

**Actas del XIX Congreso
del Instituto Internacional
de Historia del Derecho Indiano**

Berlín 2016

Coordinador:

Thomas Duve

Volumen II



Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

ACTAS DEL
XIX CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Berlín 2016

VOLUMEN II

The Figuerola Institute
Programme: Legal History

The Programme “Legal History” of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
Legal History

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

ACTAS DEL
XIX CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Berlín 2016

VOLUMEN II

Coordinador:
Thomas Duve

DYKINSON
2017

Historia del derecho, 58

© 2017 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61- 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TallerOnce

ISBN: 978-84-9148-421-9

ISSN: 2255-5137

Depósito legal: M-31220-2017

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/25729>



Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivadas 3.0. España

ÍNDICE DEL VOLUMEN

Sociedad, justicia y gobierno (instituciones y prácticas)

Notas sobre la conquista de Chile, el Derecho Indiano y la esclavitud de los indígenas <i>Notes on the conquest of Chile, Derecho Indiano and indigenous slavery</i> EDUARDO ANDRADES RIVAS	899
El Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán en el período tardo colonial <i>El Santo Oficio of the Inquisition of Cordoba del Tucuman in the late colonial period</i> MARCELA ASPELL	919
La normativa sobre corregidores en Indias durante el siglo XVIII <i>The normative about corregidores in Indias during the 18th century</i> AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR	943
Corona española, política económica e indígenas a través de la normatividad de las cédulas reales en la Audiencia de La Plata de los Charcas, siglo XVI <i>The Spanish crown, economic policy and indigenous subjects through the norms of the royal cédulas in the Audiencia of La Plata de los Charcas, 16th century</i> JOSÉ ARTURO BURCIAGA CAMPOS	961
La Real Audiencia de Lima en el proceso de la independencia del Perú <i>The Royal Audiencia of Lima in the process of Peruvian independence</i> JOSÉ DE LA PUENTE BRUNKE	983
Traducción e interpretación en la propuesta de rescate del derecho consuetudinario prehispánico de Alonso de Zorita <i>Translation and interpretation in Alonso de Zorita's proposal for the recovery of pre-hispanic customary law</i> JOSÉ LUIS EGÍO	999
Notas sobre el paso del Derecho Indiano al republicano y la concepción racionalista de los derechos humanos en Chile <i>From colonial to republican law in Chile. Notes on the rationalist conception of human rights</i> MARÍA ANGÉLICA FIGUEROA QUINTEROS	1015

Un caso de apropiación del <i>Ius Commune</i> : las nociones de dominio en los pueblos de indios en el Perú del siglo XVI <i>A case of appropriation of Ius Commune: the concept of dominium in indigenous pueblos in 16th century Peru</i>	
DAMIAN AUGUSTO GONZALES ESCUDERO	1037
El asedio a la Sala del Crimen de la Real Audiencia de México: injerencias del Conde de Galve en la jurisdicción criminal <i>The siege of the criminal court of the Real Audiencia of México: the interference of the Count of Galve in the criminal jurisdiction</i>	
PATRICIO HIDALGO NUCHERA	1049
El Dr. Alonso de Coronado y Ulloa. Letrado, catedrático y rector de San Marcos. Aproximación a su labor forense <i>Doctor Alonso de Coronado y Ulloa. Lawyer, professor and rector of San Marcos. An approach to his forensic work</i>	
RAFAEL JAEGER REQUEJO	1071
La imagen social del abogado en el tránsito del derecho premial al orden legislativo de la monarquía moderna <i>The social image of the lawyer in the transit of prize law to the legislative agenda of the modern monarchy</i>	
ALBERTO DAVID LEIVA	1087
Hipoteca de esclavos. Garantías reales mobiliarias entre Derecho Indiano y legislación ultramarina <i>Chattel mortgage of slaves. Security interests in Spanish colonial law in America</i>	
FERNANDO MARTÍNEZ PÉREZ	1097
Los tribunales de la Florida Oriental <i>Tribunals of East Florida</i>	
MATTHEW CAMPBELL MIROW	1119
<i>Modicam controversiam</i> sobre valoración de elementos jurídicos no sustantivos de determinadas <i>figurae iuridicae</i> en el sistema del derecho común y su proyección indiana <i>Modicam controversiam on the values of non-substantive legal items of certain figurae iuridicae in the ius commune system and its 'indian' projection</i>	
EMMA MONTANOS FERRÍN	1141
El recurso de suplicación en el Consejo de Indias <i>The right to appeal in the Council of the Indies</i>	
MIGUEL PINO ABAD	1163

La ocultación de bienes del Arzobispo Feliciano de la Vega y el Breve Apostólico de Inocencio X, dentro de la visita general de Juan de Palafox y Mendoza a la Nueva España (1640-1647) <i>The hiding of property of Archbishop Feliciano de la Vega and Apostolic Brief of Innocent X, in the general visit of Juan de Palafox y Mendoza to New Spain (1640-1647)</i>	JUAN PABLO SALAZAR ANDREU	1185
Injurias verbales en el Río de la Plata en tiempos de la Segunda Audiencia <i>Verbal indignities in the Rio de la Plata at the time of the Second Audiencia</i>	CLAUDIA G. SOMOVILLA	1199
Los alcaldes de sacas en las ordenanzas del gobernador Juan Ramírez de Velasco <i>The alcaldes de sacas appointed in Juan Ramírez de Velasco's government ordinances</i>	MARIO CARLOS VIVAS	1215
Percepción e ideas acerca del Derecho Indiano en las Cortes de Cádiz <i>Perception and ideas about Derecho Indiano at the Cortes de Cádiz</i>	FELIPE WESTERMAYER HERNÁNDEZ	1237
La supervivencia del Derecho Procesal Español en nuestro derecho argentino en la obra doctrinaria de Salvador de la Colina <i>The survival of procedural Spanish law in our Argentinian law in Salvador de la Colina's doctrinal work</i>	LUIS MAXIMILIANO ZARAZAGA	1259
 El Derecho Indiano en el siglo XIX: derecho civil y público y constitucionalismo moderno		
La pervivencia de la cultura jurídica indiana en un significativo debate porteño de 1838 sobre la administración de justicia en la Argentina independiente <i>The persistence of colonial legal culture in a significant debate on justice administration in independent Argentina (Buenos Aires, 1838)</i>	EZEQUIEL ABÁSULO	1277
Presencia del Derecho Indiano en la praxis judicial chilena durante el siglo XIX, a través de la formación jurídica de los Ministros de Corte <i>Presence of Spanish colonial law in Chilean judicial praxis during the nineteenth century, observed through the legal training of the Ministers of Court</i>	ROBERTO CERÓN REYES	1289
La defensa del privilegio territorial de un pueblo hospital de la Nueva España: Santa Fe de la Laguna, Michoacán <i>The defense of territorial privilege in the hospital town of Santa Fe de la Laguna (Michoacán, New Spain)</i>	JUAN CARLOS CORTÉS MÁXIMO	1313

El Derecho Indiano en los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (Argentina), 1875-1881 <i>The Derecho Indiano in the Supreme Court's decisions in the province of Buenos Aires (Argentina), 1875-1881</i>	
MARÍA ANGÉLICA CORVA	1331
Presencia del Derecho Indiano en la administración de justicia insurgente: la actuación del Tribunal de Ario <i>Presence of Derecho Indiano in the administration of insurgent justice: the action of the Ario's Court</i>	
JAIME DEL ARENAL FENOCHIO	1361
Sobre orígenes, continuidades e criações: a posse da liberdade nos decisionistas portugueses (sécs. XVI-XVIII) e no direito da escravidão (séc. XIX) <i>On origins, continuities, and creations: possession of freedom amongst Portuguese "decisionistas" (16th-18th centuries) and in slavery law (19th century)</i>	
MARIANA ARMOND DIAS PAES	1379
Presencia del Derecho Indiano en la organización política y administrativa del Río de la Plata luego de 1810 <i>Presence of Derecho Indiano in the political and administrative organization of the Rio de la Plata after 1810</i>	
JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO	1407
Nuevas consideraciones en torno al tema de las Ordenanzas de Intendentes <i>New considerations on the topic of the Ordinances of Intendants</i>	
RAFAEL DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO	1439
La reintegración de las misiones orientales a las Provincias Unidas del Río de la Plata: pervivencias indianas en la constitución del Soberano Consejo de San Borja (1828) <i>The reintegration of the Guaraní-Jesuitic oriental missions to the Provincias Unidas del Río de la Plata: colonial continuities in the constitution of the "Soberano Congreso de San Borja" (1828)</i>	
ALFREDO DE J. FLORES	1461
De persona moral a persona jurídica. Las corporaciones y su clasificación entre España y América (Siglos XVIII-XIX) <i>From moral person to legal entity. corporations and their classification between Spain and America (18th-19th centuries)</i>	
JAVIER GARCÍA MARTÍN	1481
El pago de lo indebido en el Derecho Indiano y en las codificaciones iberoamericanas <i>Payment of the undue in Derecho Indiano and in Ibero-American codifications</i>	
ALEJANDRO GUZMÁN BRITO	1507

La tradición jurídica indiana en el Michoacán decimonónico <i>The Latin American legal tradition in 19th century Michoacán</i> LEOPOLDO LÓPEZ VALENCIA	1513
Leyes de los Reynos de Indias y Derecho Internacional. Bulas, descubrimientos y evangelización vs. Ocupación efectiva del territorio en el conflicto de las Carolinas (1885) <i>Laws of the Reynos de Indias and International Law. Pontifical bulls, discoveries and evangelization vs. effective territorial occupation in the conflict of the Carolinas (1885)</i> MARTA LORENTE SARIÑENA	1531
Opinión pública y diputados americanos en las Cortes de Cádiz: las galerías <i>Public opinion and American deputies in the Cortes of Cádiz: the galleries</i> JULIA MONTENEGRO VALENTÍN	1553
Pervivencia del derecho mediante la traducción de normas: las Siete Partidas y el discurso jurídico del estado de la Luisiana durante la primera mitad del siglo XIX <i>Survival of law through the translation of norms: the Siete Partidas and the legal discourse of the state of Louisiana during the first half of the nineteenth century</i> AGUSTÍN PARISE	1575
El Derecho Indiano en los aportes de los obispos latinoamericanos a la primera codificación del Derecho Canónico de 1917 <i>The Derecho Indiano in the contributions of Latin American bishops to the first codification of Canon Law in 1917</i> CARLOS SALINAS ARANEDA	1597
Mendoza, de municipio indiano y ciudad capital de gobernación-intendencia a la nueva provincia en 1820 <i>Mendoza, from colonial municipality and capital of intendency to the new province in 1820</i> INÉS SANJURJO DE DRIOLLET	1617
Aprender a colonizar: una administración civil para Filipinas (1870-1898) <i>Learning to colonize: a civil administration for the Philipinnes (1870-1898)</i> MARÍA JULIA SOLLA SASTRE	1643
Clausura	
Discurso de clausura del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR	1663
Plan general de la obra	1667
Programa Historia del Derecho	1677

Sociedad, justicia y gobierno (instituciones y prácticas)

NOTAS SOBRE LA CONQUISTA DE CHILE, EL DERECHO INDIANO
Y LA ESCLAVITUD DE LOS INDÍGENAS

NOTES ON THE CONQUEST OF CHILE, DERECHO INDIANO
AND INDIGENOUS SLAVERY

EDUARDO ANDRADES RIVAS

Universidad del Desarrollo - Facultad de Derecho (Chile)

eandrade@udd.cl

Resumen: El artículo trata de las características que tuvo la institución de la esclavitud indígena. Dicho régimen fue siempre de naturaleza excepcional, con una clara tendencia a la abolición y reservado solo a los indígenas como sanción penal, de lo que no se exceptúa la situación chilena, aun cuando por las circunstancias especiales de la Guerra de Arauco se produjeran adaptaciones particulares al régimen general aplicable en todas las Indias y Filipinas.

Palabras clave: descubrimiento, esclavitud, caribes, araucanos, sanción penal, extrañamiento.

Abstract: The article addresses the characteristics of indigenous slavery. This system was always of an exceptional nature, with a clear inclination towards abolition and only reserved for the indigenous people as criminal punishment. Regarding this matter, the Chilean situation was no exception, even during the special circumstances of the Arauco War, when exceptional adaptations to this general regime that were applied to the Indies and Philippines took place.

Keywords: discovery, slavery, caribes, araucanos, criminal sanction, estrangement.

Sumario: 1. Introducción. 2. La esclavitud indígena tras el descubrimiento colombino. 3. De las polémicas de Indias a la Legislación Real. 4. El estatuto general de libertad personal y prohibición de la esclavitud de los Indios. 5. El reino de Chile y la guerra con los Araucanos. modificaciones al estatuto general de la libertad indígena. 6. La esclavitud de iure de los indios araucanos. régimen excepcional y de naturaleza penal. 7. Retorno a los principios generales de la libertad indígena en Chile. 8. Conclusiones.

* Magíster en Humanidades con mención en Historia Clásica, Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho, UNED. Abogado. Profesor Titular de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Dirección postal: Ainavillo 456, 5º piso, Concepción, Chile. Correo electrónico: eandrade@udd.cl.

1. Introducción

Una de las constantes presentes en el Derecho Indiano, que expresa su fundamento esencial, es la de la defensa de la libertad de los indígenas. Desde las primeras épocas del poblamiento americano el tema de la libertad de los indios fue una preocupación de la Monarquía Hispánica. Se recuerda al respecto la condena de la Reina Isabel la Católica frente a las ventas de indígenas como esclavos en los mercados de Sevilla.

Por ello el Derecho Indiano es un verdadero monumento jurídico a la defensa de la dignidad del indígena y a la regulación de su estatus como vasallo libre del Rey, dentro de la dicotomía de las “dos Repúblicas” indianas, la de los indios y la de los españoles.

Desde la regulación de los primeros “repartimientos de indios”, hasta la completísima legislación sobre la Encomienda Indiana y las disposiciones sobre defensores o protectores de indígenas, la Corona Hispánica y sus autoridades delegadas en la Metrópoli y en las Indias, dictaron un sinnúmero de leyes que tenían por objeto la defensa de los derechos de los indios, dentro de los cuales figuraba en primerísimo lugar la libertad personal.

Así, la Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias de León Pinelo, promulgada en 1680, en el reinado de don Carlos II, recogió dentro de sus 6385 leyes, agrupadas en 9 libros, divididos éstos en 218 títulos, un libro especial para regular el estatus personal y social de los indígenas.

Este libro, el sexto de la Recopilación, aborda el estatus jurídico del indígena junto con muchas otras cuestiones relativas a los naturales de América y Filipinas. Del Total de 19 títulos y 556 leyes que lo componen, el título 16 se destina íntegramente a la compilación de las normas relativas a los indígenas chilenos, siendo el título más extenso de todo el libro. Un total de 67 leyes se destinan al efecto y en ellas se puede apreciar la singularidad del tratamiento de los indígenas de Chile frente a todos los demás reinos del continente.

En efecto, el promedio de los restantes título del libro VI es de 27, 16 leyes por cada uno. El de los indígenas chilenos más que lo duplica. Y si lo comparamos con el título 17 que reglamenta el régimen particular para los indígenas de Tucumán, Paraguay y el Río de la Plata que cuenta con solo 13 normas, resulta que el título de los indios de Chile más que lo cuadruplica. Esto resulta porcentualmente en que los 18 títulos restantes obtienen un 4,88 % del total de leyes mientras que el título 16 equivale a un 12,05 %.

Cabe preguntarse entonces cuál es la razón de esta abundantísima normativa respecto de los indígenas del reino de Chile. La respuesta se encuen-

tra, por cierto, en la guerra de Arauco, sempiterno conflicto que motivó tantas asimetrías entre el poblamiento del reino y el resto del mundo indiano, y especialmente el tratamiento particular que recibió la esclavitud indígena en relación a la que existió para todos los demás indígenas americanos. Y ello se hace más notorio al dedicarse normas especiales sobre tal esclavitud en el título II sobre “Libertad de los Indios” que trata de la proscripción general de la condición servil para todas las Indias, aunque dichas normas son solo referidas a los indios de Chile¹.

El propósito de nuestro trabajo es destacar estas particularidades chilenas en relación al régimen jurídico indiano general, estableciendo una comparación y diferenciación ahí en donde las peculiaridades de la historia chilena lo hacen necesario. Aunque, por cierto, se trata de un régimen que conserva el fundamento esencial del Derecho Indiano ya anotado, que es el de la defensa de la dignidad del indígena y el respeto de su libertad natural, la que solo por excepción, justificada en la Guerra de Arauco, podía ser limitada.

2. La esclavitud indígena tras el descubrimiento colombino

Desde los primeros tiempos del poblamiento español en las Indias se planteó el tema de la esclavitud indígena. No debemos olvidar que el cuestionamiento a esta institución, universalmente aceptada en su época, solo provino de los círculos cultos de la Monarquía Hispánica. Ello dice mucho sobre los ideales de defensa de la dignidad humana que presidían la acción político cultural de los Reyes Católicos.

Por otro lado, hemos de recordar que los propios indígenas hacían esclavos desde antes de Colón. De ahí que el cuestionamiento de los conquistadores no solo fuera para prohibirla a sí mismos, sino también a los indios².

El Almirante distinguió entre la condición de libres de la multitud de los indígenas y los caribes, a los que consideraba salvajes por su canibalismo.

¹ RECOPIACIÓN DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS, Libro VI, título II, leyes XIII y XVI.

² Así lo dispone el Libro VI, título II, ley III, de la Recopilación de leyes de los reynos de Indias, de Carlos V, de 1538, que prohibió expresamente a los Caciques, y Principales “tener, vender, o trocar por esclavos a los Indios, que les estuvieren sujetos, y asimismo a los Españoles podérselos comprar, ni rescatar, y el que contraviniere, incurra en las penas estatuidas por la ley antecedente, quedando libres los Indios, que así fueren tenidos, vendidos, o cambiados”.

mo. De hecho, fue respecto de éstos que solicitó a los Reyes Católicos que se les redujera a la esclavitud y se les enviara a España para permitir que en su contacto con los españoles fueran dejando atrás sus costumbres paganas y antropófagas³.

Colón valoraba la fortaleza y carácter de los Caribes y puede pensarse que lo que deseaba era transformarles en cristianos mediante su envío a España y su servidumbre e instrucción en el cristianismo por parte de amos o señores cristianos⁴. Junto con comunicar su parecer a los reyes, en su segundo viaje, remitió a Sevilla a un total de 500 indios para ser vendidos en el mercado de esclavos de dicha ciudad. Sin embargo, la Corona tendría otra actitud. Aunque en un comienzo los reyes autorizaron la venta, pronto cambiaron de opinión y ordenaron que las operaciones se afianzaran y las ventas se paralizaran hasta contar con el parecer de una junta de expertos, teólogos y juristas que dieran su dictamen al respecto. En ello se aprecia la mentalidad humanista de los reyes que habían ya rechazado la esclavitud de los guanches, primitivos habitantes de las Islas Canarias⁵.

Asimismo, los monarcas dispusieron la liberación de los Indios, la compra y manumisión de los que restaren en condición servil y su retorno a las Indias⁶.

³ SILVIO SAVALA. *Estudios indianos*, México D.F., Edición de El Colegio Nacional, 1948, pp. 97 y ss.

⁴ Así lo sostiene en su carta a Luis de Santángel, de 15 de febrero de 1493. Ver Carta de Cristóbal Colón a Luis de Santángel de 15 de febrero de 1493, en MORALES PADRÓN, Francisco, *Primeras cartas sobre América (1493-1503)*, Sevilla, 1990 "... y esclavos, quantos mandaran cargar, e serán de los ydólatres". Ver texto completo en sitio web de Wikisource, disponible en [https://es.wikisource.org/wiki/Carta_de_Col%C3%B3n_al_escribano_de_raci%C3%B3n_\(manuscrito\)_11-05-2016](https://es.wikisource.org/wiki/Carta_de_Col%C3%B3n_al_escribano_de_raci%C3%B3n_(manuscrito)_11-05-2016)).

⁵ Lo dispone la carta de los Reyes Católicos al Obispo de Badajoz, don Juan Rodríguez de Fonseca, de abril de 1495: "...por otra letra nuestra vos obimos escripto que ficiéredes vender los indios que imbió el almirante don Cristóbal Colón en las carabelas que agora vinieron. E porque Nos queríamos informarnos de letrados, teólogos e canonistas si con buena conciencia se pueden vender estos por sólo vos o non, y esto non se puede facer fasta que veamos las cartas qu'el Almirante nos escriba, para saber la cabsa porque los imbía acá por captivos". Ver texto completo en JORGE DÍAZ CEBALLOS, "Las juntas de expertos y la configuración del sistema colonial castellano, 1503-1512", en ELISEO SERRANO (Coord.), *De la tierra al cielo. Líneas recientes de investigación en historia moderna, Actas del I Encuentro de Jóvenes Investigadores, Zaragoza, 9 y 10 de febrero del 2012*, 2013, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2013, p. 265.

⁶ La Corona dispuso el retorno de los indígenas a suelo americano, pero pocos pudieron volver debido a que las enfermedades europeas habían diezmando su número total.

La condición de esclavitud, en definitiva, solo se permitió para los Caribes⁷, fundada aquella en la antropofagia de los indios y en sus ataques a los españoles y otros naturales, es decir, usando la categoría de “guerra justa”.

Cuando la Reina Isabel dictó el codicilo de su testamento, dispuso expresamente el encargo a don Fernando de Aragón, su hija Juana y su yerno Felipe de Habsburgo, de que trataran justamente a los indígenas⁸. Con ello no hizo sino confirmar la determinación de la Corona de asegurar la libertad esencial de los indígenas americanos⁹.

⁷ RECOPIACIÓN DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS, Libro VI, título II, ley XIII: “Don Felipe II en Madrid a 25 de enero de 1569. “Tienen licencia los vecinos de las Islas de Barlovento para hacer guerra á los Indios Caribes, que las van á infestar con mano armada, y comen carne humana, y pueden hacer sus esclavos á los que cautivaren, con que no sean menores de catorce años, ni mujeres de qualquiera edad; Mandamos que así se execute, guardando las instrucciones, que diere la Audiencia de Santo Domingo para mas justificación”. No obstante lo dicho, puede apreciarse de inmediato la condición de excepcionalidad de la medida al limitarla a los hombres mayores de 14 años, excluyendo a niños y mujeres de cualquier edad. Este es un rasgo que se reitera en toda la legislación indiana al respecto.

⁸ “...suplico al Rey, mi Señor, mui afectuosamente, e encargo e mando a la dicha Princesa mi hija e al dicho Príncipe su marido, que ansí lo hagan e cumplan, e que este sea su principal fin, e que en ello pongan mucha diligencia, e non consientan e den lugar que los indios vezinos e moradores en las dichas Indias e tierra firme, ganadas e por ganar, reciban agravio alguno en sus personas e bienes; mas mando que sea bien e justamente tratados. E si algún agravio han resebido, lo remedien e provean, por manera que no se exceda en cosa alguna de lo que por las Letras Apostólicas de la dicha concessión nos es inyungido e mandado”. VIDAL GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *El testamento de Isabel la Católica y otras consideraciones en torno a su muerte*, Madrid, Instituto de Historia Eclesiástica “Isabel la Católica”, 2001, p. 50.

⁹ Siguiendo exactamente esta política, don Felipe II, en sus instrucciones sobre buen tratamiento de los naturales, recogida en la Ley II, del Título X, del Libro VI de la RECOPIACIÓN DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS, ordenó: “Grandes daños, agravios, y opresiones reciben los Indios en sus personas, y haciendas, de algunos Españoles, Corregidores, Religiosos y Clerigos en todo genero de trabajo, con que los disfrutan por su aprovechamiento, y como personas miserables (2) no hazen resistencia, ni defensa, sujetandose a todo cuanto se les ordena... encargamos y mandamos á los Virreyes, y Presidentes Governadores (pues en esta Recopilación con particular interes se han juntado, y repetido las leyes, y decisiones, que mandan, y encargan, el buen tratamiento, y alivio de los Indios) que por sus personas, y las de todos los demas Ministros, y Iusticias averiguen, y castiguen los excesos, y agravios, que los indios padecieren, con tal moderacion y prudencia, que no dexen de servir, y ocuparse en todo lo necesario, y que tanto conviene á ellos mismos”.

3. De las polémicas de Indias a la Legislación Real

En tiempos de la polémica de Indias (1511 a 1573) gran parte del esfuerzo de la Corona y sus consejeros se destinó a determinar la condición de libertad personal de los indígenas. En efecto, desde la denuncia de Fray Antón de Montesinos a las Ordenanzas de don Felipe II sobre Descubrimientos, la labor de teólogos y juristas fue decantando definitivamente la voluntad de la Corona por la libertad esencial del indígena.

Los hitos más importantes al respecto son:

1) El Sermón de Fray Antón de Montesinos de 1511: Se trata de la transcripción, de oídas, de la primera de dos homilías de Fray Antón o Antonio de Montesino (1475-1540). En particular, corresponde a la homilía del cuarto domingo de adviento de 1511, pronunciada ante los conquistadores y funcionarios de la Corona de Castilla, presentes en la isla de La Española. El texto al parecer fue preparado ex profeso por Fray Montesino y/o por su superior, Fray Pedro de Córdoba para ser leído a los conquistadores que abusaban de los indígenas de mil formas diversas y cuya conducta ofendía la dignidad humana de los naturales de América. Utilizando la frase evangélica “*Ego sum vox clamantis in deserto*” Fray Antón denuncia que los malos tratos de los conquistadores para con los indígenas, acusando a los castellanos de encontrarse en pecado mortal por sus acciones. Les escarnece por su crueldad y por la falta de derecho para hacerles la guerra a gentes pacíficas que nada les han hecho. Denuncia que la muerte de esos inocentes se debe a la codicia de explotarlos para obtener oro, sin que exista preocupación sobre su evangelización. Finalmente les advierte que si continúan con tales abusos se condenarán eternamente, al igual que turcos y moros si no rectifican su manera de actuar¹⁰.

¹⁰ El texto reconstituido por las Casas es el siguiente: “Para os los dar a cognoscer me he sobido aquí, yo que soy voz de Cristo en el desierto desta isla; y, por tanto, conviene que con atención, no cualquiera sino con todo vuestro corazón y con todos vuestros sentidos, la oigáis; la cual será la más nueva que nunca oísteis, la más áspera y dura y más espantable y peligrosa que jamás no pensasteis oír...”

Decid ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios?...

Estos, ¿no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos?...Tened por cierto, que en el estado en que estáis no os podéis más salvar que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Jesucristo”. Ver Homilía de Fray Antón de Montesino, 21 de diciembre de 1511, en FRAY BARTOLOMÉ DE

El documento demuestra la temprana condena que merecía a los eclesiásticos, trasladados a las Indias para evangelizar a los naturales, el trato inhumano y virtual esclavitud a que eran sometidos los Indios¹¹.

Y por lo anterior no tiene nada de extraño que el siguiente pronunciamiento haya provenido de la Santa Sede, en forma tan categórica, que desde ese momento en adelante ninguna tesis esclavista haría mella en las determinaciones que la Corona castellana adoptó sobre el particular.

2) El 2 de junio de 1537, el Papa Paulo III (1468-1534-1549) dictó en la *Bula Sublimis Deus*. Este pronunciamiento pontificio debe ser destacado como una de las decisiones fundamentales para orientar toda la discusión posterior¹².

La Corona optó por la confirmación expresa de estos pronunciamientos en las Leyes Nuevas (1542-1543)¹³, por lo que se estima que la determinación de la Iglesia es la fundamental al respecto. La Bula de Paulo III, documento canónico obligatorio, declaraba la perfecta condición de hombres de los Indios americanos, la inalienabilidad de sus derechos y libertades, la obligación de evangelizarlos pero usando de métodos pacíficos y no la fuerza y, finalmente, la prohibición de reducirlos a la servidumbre o esclavitud¹⁴.

LAS CASAS, *Historia de las Indias*, Libro III, Capítulo IV, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, pp. 441-442.

¹¹ La conquista de las Indias había generado un ambiente de profundas contradicciones entre los propósitos que impulsaba la Corona y los intereses mundanos y de enriquecimiento que animaban a muchos conquistadores. El 11 de febrero de 1509 don Fernando el Católico dictó una cédula por la que disponía que pasaran a las Indias los primeros 15 frailes dominicanos. En cumplimiento de dicha orden los primeros cuatro misioneros, encabezados por Fray Pedro de Córdoba, arribaron a las Islas en septiembre de 1510.

Don Fernando, cobrando conciencia de lo que realmente ocurría en las Indias, convocó a una Junta de expertos teólogos, juristas y asesores reales que le diera su parecer a fin de encontrar la mejor manera de proceder. Fruto de esta Junta, reunida en la capital de Castilla (por ello conocida como la "Junta de Burgos") se dictaron las "Leyes de Burgos", primeras normas protectoras de los indígenas y núcleo del futuro derecho indiano.

¹² Bula Sublimis Deus de Paulo III, 2 VI 1537, en ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español, metodología histórico-jurídica, antología de fuentes del derecho español*, t. II, Madrid, 1975, pp. 774-776.

¹³ Las leyes dictadas por el Emperador Carlos V disponían expresamente que los indígenas eran personas libres, vasallos de la Corona y que se prohibía su esclavitud bajo todo concepto, aún en el caso de guerra.

¹⁴ La Corte Papal, animada por altos valores humanistas, fue muy receptiva frente a los argumentos esgrimidos por los dominicos Fray Bernardino de Minaya que viajó a entrevistarse con el Pontífice y Fray Julián Garcés que envió una carta sobre el asunto.

El Santo Padre, como Vicario de Cristo en la tierra, y encargado de todas las “ovejas del rebaño”, procurando llevarlas a todas al redil de la Fe, declaró que los indios eran verdaderos hombres, capaces de recibirla. Aunque fueran paganos no debían ser privados de su libertad ni de sus propiedades, sino que debían gozar de las mismas legítimamente. No se les podría reducir a la servidumbre y todo lo que en contra de lo mandado por el Papa se hubiese obrado, sería nulo y sin valor. Se debería predicar el evangelio a los indios y darles el ejemplo con la buena conducta de los cristianos.

4. El estatuto general de libertad personal y prohibición de la esclavitud de los Indios

Él emana de la legislación indiana. Se contiene en la Ley I del Título II, Libro VI de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias. Es la libertad esencial y universal de los indígenas dada por el Emperador en Granada en 9 de noviembre de 1526.

En conformidad de lo que está dispuesto sobre la libertad de los Indios. Es nuestra voluntad, y mandamos, que ningun Adelantado, Governador, Capitan, Alcaide, ni otra persona, de cualquier estado, dignidad, oficio, ó calidad que sea, en tiempo, y ocasión de paz, o guerra, aunque sea justa, y mandada hazer por Nos, ó por quien nuestro poder huviere, sea ossado de cautivar Indios naturales de nuestras Indias, y Tierra Firme del Mar Océano, descubiertas, ni por descubrir, ni tenerlos por esclavos aunque sean de las Islas, y Tierras que por Nos, ó quien nuestro poder para ello haya tenido, y tenga, esté declarado, que se les pueda hazer justamente la guerra, o los matar, prender, ò cautivar, excepto en los casos, y naciones, que por las leyes de este título estuviere permitido, y dispuesto, por quanto todas las licencias, y declaraciones hasta hoy hechas, que en estas leyes no estuvieren recopiladas, y las que se dieren, é hizieren, no siendo dadas por Nos con expresa mención desta ley, las revocamos, y suspendemos en lo que toca á cautivar, y hazer esclavos á los Indios en guerra aunque sea justa, y hayan dado, y dén causa a ella, y al rescate de aquellos, que otros Indios huvieren cautivado, con ocasión de las guerras, que entre si tienen. Y asimismo mandamos, que ninguna persona, en guerra, ni fuera de ella pueda tomar, aprehender, ni ocupar, vender, ni cambiar por esclavo á ningun Indio, ni tenerle por tal, con titulo de que le huvo en guerra justa, ni por compra, rescate, trueque, ó cambio, ni otro alguno, ni por otra cualquier causa, aunque sea de los Indios, que los mismos naturales tenían, tienen, ó tuvieren entre sí por esclavos, pena de

que si alguno fuere hallado, que cautivó, ó tiene por esclavo algun Indio, incurra en perdimiento de todos sus bienes, aplicados a nuestra Camara, Fisco, y el Indio, ó Indios sean luego bueltos, y restituidos a sus propias tierras, y naturalezas, con entera, y natural libertad, á costa de los que assi los cautivaren, o tuvieren por esclavos. Y ordenamos á nuestras Iusticias, que tengan especial cuidado de lo inquirir, y castigar con todo rigor, según esta ley, pena de privación de sus oficios, y cien mil maravedis para nuestra Camara al que lo contrario hiziere, y negligente fuere en su cumplimiento.

La norma que hemos reproducido fue reiterada por el mismo emperador en 1530, 1532, 1540, 1542 y 1548¹⁵. El que fueran necesarias 6 reiteraciones de la misma legislación demuestra que se trataba de un principio adelantado a su tiempo, que costó ímprobos esfuerzos de imponer a la mentalidad esclavista de los españoles y de los mismos indígenas.

La legislación real que comentamos es categórica al prescribir que ni aún en el caso de paganismo ni de “guerra justa” es posible hacer a un indio esclavo. Y sanciona la infracción a este mandato con penas severas, la confiscación de todos los bienes, la privación de oficios reales y multas de 100.000 maravedís.

Ya hemos dicho que la esclavitud tuvo que ser prohibida respecto de los mismos naturales, y también la Corona debió precisar que se encontraba prohibida respecto de los indígenas originarios del Brasil de dominio portugués. Así lo estableció la Ley V del título II, la que dispuso “Lo resuelto acerca de la libertad de los Indios, se entienda, guarde y execute, aunque sean del Brasil, o demarcación de Portugal, llevados a nuestras Indias, que en ellos también declaramos, que ha, y debe tener lugar”¹⁶.

La prohibición se extendía a los indios capturados en Malocas en las regiones de Tucumán, Paraguay y Río de la Plata¹⁷.

Igualmente el conjunto de esta normativa protectora de la libertad indígena se aplicó en las Filipinas, el confín asiático del mundo indiano. Pero en este caso, concurrió un elemento diferenciador respecto de las Indias ameri-

¹⁵ RECOPIACIÓN DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS, tomo II, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1998, p. 201 s.

¹⁶ RECOPIACIÓN DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS, Ley V, título II, Libro VI. La disposición fue reiterada por Carlos V en 1550 y 1556.

¹⁷ RECOPIACIÓN DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS, Ley VIII, título II, Libro VI: “Ordenamos que la prohibición general de esclavitud en los Indios, se guarde y cumpla también en las provincias de Tucumán, Río de la Plata y Paraguay, con los que fueren aprisionados en Malocas, o adquiridos en qualquier forma”. En similar sentido puede verse la Ley VII, dictada por don Felipe III en 1618.

canas. Él se relaciona con la difusión de la fe mahometana entre los naturales del archipiélago filipino, especialmente en la isla de Mindanao.

Así don Felipe II decretaba con fecha 4 de julio de 1750¹⁸ que a los originarios de Mindanao y que fueran mahometanos, se les hiciere esclavos si se les cautivare en combate. Pero si no fueren originalmente de la secta agarena, se les diere doctrina cristiana y liberase¹⁹.

Pero la Corona no solo se limitó a asegurar el estatuto básico de libertad de los indígenas prohibiendo la esclavitud fuera de las situaciones claramente excepcionales que hemos reseñado, sino que además, garantizó a los indios la libre constitución de su familia²⁰, permitiendo los matrimonios entre españoles e indios, la libertad de residencia de los naturales²¹, la libertad para enajenar y disponer de sus propiedad y la libertad de trabajo.²²

Asimismo se procuró asegurar que las leyes que disponían el estatuto de protección y buen tratamiento para los indígenas no quedaran en letra muerta. Es el propósito de la ley promulgada reiteradamente por don Carlos V en 1528 y 1529²³.

¹⁸ Recopilación de Leyes de los reynos de las Indias, Ley XII, título II, Libro VI, ley confirmada por Felipe III en 1620.

¹⁹ De lo que se entiende que conservando el principio general de la completa libertad de los Indios, se hacía excepción, permitiendo la esclavitud de quienes fueren cautivos de guerra siempre y cuando fueran mahometanos (moros) con intenciones de difundir su errónea idolatría.

²⁰ El Libro VI, Título I, Ley II de don Fernando el Católico y su hija doña Juana, de 1514 y 1515, reiterada por don Felipe II en 1556. “Que los Indios se puedan casar libremente, y ninguna orden real lo impida. Es nuestra voluntad, que los Indios, é Indias tengan, como deven, entera libertad para casarse con quien quisieren assí con Indios, como con naturales de estos nuestros Reynos, ó Españoles, nacidos en las Indias, y que en esto no se les ponga impedimento. Y mandamos, que ninguna orden nuestra, que se huviere dado, ó por Nos fuera dada, pueda impedir, ni impida el matrimonio entre los Indios, é Indias con Españoles, o Españolas, y que todos tengan entera libertad de casarse con quien quisieren...”

²¹ La ley XII del título I del Libro VI de la Recopilación dictada por don Carlos V dispuso “Si constare, que los Indios se ha ido a vivir de unos Lugares á otros de su voluntad, no los impidan las Iusticias, ni Ministros y dexenlos vivir, y morar allí...”

²² En relación al tema podemos citar las leyes XXIV del título I que disponía que “Entre Indios, y Españoles haya comercio libre a contento de las partes”, de Carlos V, dictada en 1521 y reiterada en 1523 y 1534; también la XXV que disponía “Que los Indios puedan libremente comerciar sus frutos, y mantenimientos”, de Carlos V de 1551 y reiterada por don Felipe II en 1567. Asimismo la ley XXVII que dispuso que “*Los Indios puedan vender sus haciendas con autoridad de justicia*”. Ley de don Felipe II, de 1571, reiterada en 1572.

²³ Dispone la ley V, título II, Libro VI de la Recopilación: “Que las leyes que fueren en favor de los Indios se executen sin embargo de apelación”.

Procurando asegurar que los indígenas fueran debidamente tratados y conducidos a la Fe Católica, el Emperador mandó que todas las leyes creadas para dar protección a los naturales de las Indias tuvieran que ser siempre ejecutadas y aplicadas, sin que fuera posible evitar su aplicación en virtud de recursos presentados ante el mismo rey, como la apelación o suplicación, que tenían como consecuencia la “suspensión” de una ley estimada como injusta.

Y se sancionaba el incumplimiento con penas muy severas, establecidas en las mismas leyes, en la misma voluntad real, la confiscación de todos los bienes de la autoridad, que infringiera el mandato real, a beneficio fiscal y la suspensión en sus oficios o cargos.

Se trataba de un verdadero privilegio legal en favor de los indios, pero estaba ciertamente justificado, pues mediante este tipo de protección la Corona, siempre preocupada del bienestar de sus vasallos naturales de las Indias, procuraba que se compensara la desigualdad material entre los indígenas y los españoles y criollos²⁴.

Finalmente, en tiempos de don Felipe II se dictó la conocida ley sobre castigo a los españoles que abusaran de los Indios, contenida en la Ley XXI, Título X, Libro VI de la Recopilación de Leyes de los reynos de las Indias:

Se trata de una Real Cédula de 1593, dirigida al Virrey del Perú (Presidente de la Real Audiencia) don García Hurtado de Mendoza, marqués de Cañete, y a los oidores de la misma, que tenían su sede en Lima. En el texto el Rey explicaba que había sido informado que en la jurisdicción del virreinato no se castigaba a los españoles que cometían delitos en contra de los indígenas con la misma severidad con que se castigaban los delitos cometidos en contra de otros españoles. Tenía presente que se habían cometido incontables delitos en contra de los indios y que no se tenía conocimiento de que en ninguno de estos casos se hubiese condenado a un español por ello. Siendo esta situación muy perniciosa para la administración de una verdadera justicia, y

²⁴ Solo en una oportunidad es posible consignar que una ley protectora de indígenas tuvo que ser “suspendida”, pero ello más por la fuerza que por el derecho. Se trató de la revuelta de los encomenderos en el Perú, en contra de la ley XXX de las Leyes Nuevas de Carlos V, que prohibía la encomienda hereditaria. La revuelta se produjo cuando el primer virrey del Perú, don Blasco Núñez Vela pretendió aplicar este precepto en particular. Los encomenderos, liderados por Gonzalo de Pizarro, se alzaron contra el gobierno de Lima y derrotaron al virrey en la batalla de Iñaquito. Éste fue decapitado en 1546. El Emperador atendió las solicitudes y con fecha 20 de octubre de 1545 dictó la Real Provisión de Malinas por la que revocaba la ley 30ª y determinaba que la encomienda durara dos generaciones, pasando solo de padres a hijos.

que no debía permitirse que ante las penas o castigos se hicieran distinciones arbitrarias entre indios y españoles. Es más, siendo los indios gente “miserable” (categoría inspirada en el derecho romano, que designaba a personas desvalidas) y con menos medios para defenderse, el Rey Prudente ordenaba a sus jueces de la Audiencia que castigaran con mayor severidad a los españoles que injuriaren, ofendieren o maltrataren a los indios. Es decir, el castigo debía ser mayor que si el delito se cometía contra españoles.

Por último, ordenaba que la misma instrucción se diera a todos los jueces que pertenecieran al territorio jurisdiccional de la Audiencia de Lima²⁵.

Hacia la última parte del siglo XVI la polémica por los títulos personales de la Conquista, es decir, por el buen trato que debía dispensarse a los indígenas ya había sido cerrada, con la política práctica de la Corona, inspirada en las tesis de don Francisco de Vitoria (1492-1546) y las Leyes Nuevas, que fueron incorporadas en las “Ordenanzas de descubrimientos, nueva población y pacificación de las Indias” dictadas por el mismo don Felipe II en 1573.

5. El reino de Chile y la guerra con los Araucanos. Modificaciones al estatuto general de la libertad indígena

El caso del reino de Chile resulta excepcional respecto del sistema de protección y respeto de la libertad de los Indios que hemos estudiado antes.

En 1541, cuando don Pedro de Valdivia arribó al valle central del futuro reino de Nueva Extremadura o Chile, en su mente y la de sus compañeros se encontraba el conjunto de la legislación indiana protectora de los indígenas

²⁵ El texto es el siguiente: “Yo he sido informado que los delitos que los españoles cometen contra los indios no se castigan con el rigor que se hazen en los de unos españoles con otros, y que con aver sido tántos los delitos que se han cometido contra los indios, apenas se sabe que se aya hecho justicia de ningún español por muerte, o otro alguno, de indio. Y porque esto ha sido muy pernicioso introducción, y no se ha de dar lugar a que en el castigo de los delitos se haga diferencia ni distinción de personas de españoles e indios, antes estos sean mas amparados, como gente mas miserable y de menos defensa, os mando que de aquí adelante castiguéis con mayor rigor a los españoles que injuriaren, ofendieren o maltrataren a los indios, que si los mismos delitos se cometiessen contra los españoles Y esto mismo ordenareis a todas las justicias del distrito de essa Audiencia. Fecha en Madrid a veinte y nueve de diziembre de mil y quinientos y noventa y tres años. Yo el Rey. Por mandado del Rey, nuestro Señor, Juan de Ibarra. Señalada del Consejo”.

que ya hemos reseñado²⁶. Nada hacía pensar que fuera a actuarse de una forma diversa de la que la Corona había dispuesto con tanta claridad²⁷.

Pero rápidamente la hostilidad de los indígenas araucanos a la presencia española determinó que la práctica comenzara a separarse de la legislación indiana. El incendio y destrucción de Santiago el 11 de septiembre de 1541 por obra de Michimalonco y sus hombres, marca el comienzo de un proceso de violencia que se extendería por siglos, la Guerra de Arauco. Y aunque en esta primera oportunidad los indígenas fueron vencidos, en gran medida por la determinación de doña Inés Suárez, que mandó decapitar a los siete caciques que mantenían prisioneros en la ciudad y arrojar sus cabezas a los indios asal-tantes, fue una victoria efímera. El propio Valdivia²⁸ y un sinnúmero de capi-tanes españoles que le siguieron, perecerían en los violentos enfrentamientos que fueron la norma en el reino durante siglos.

Toda la legislación protectora de los indígenas que representaba el de-recho indiano, especialmente las Leyes Nuevas de 1542-43, fue puesta en tela de juicio y solo pudo aplicarse a los indios del valle central que se sometieron voluntariamente a la presencia española y a la legislación indiana, como por ejemplo el régimen de encomienda²⁹. Cosa muy diversa ocurrió con los Arau-canos, al sur del Bío-Bío. Allí imperaba la ley de la guerra justa, el castigo a quienes se alzaban contra la autoridad del rey y la severidad o crueldad de las penas³⁰.

Los militares españoles en Chile y los juristas que los acompañan van delineando una legislación especial, que autoriza la esclavitud de los indios en caso de guerra, (que es la condición habitual del reino).

²⁶ HUGO HANISCH ESPINDOLA, “La esclavitud de los indios en el reino de Chile. Sus fuentes jurídicas. Prácticas y tráfico esclavista”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 14, 1991, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp 92 ss.

²⁷ Es cierto que en la expedición de don Diego de Almagro se había producido el primer encuentro violento entre españoles y araucanos, una batalla en toda regla, la de Reinohuelén de 1536, cerca del río Itata, en donde unos 600 españoles al mando de Gómez de Alvarado (que había sido comisionado por Almagro para llegar al Estrecho de Magallanes) fueron atacados por más de 20000 indios, según las crónicas de Alonso de Góngora Marmolejo y Pedro Mariño de Lobera. Pero para Valdivia no tenía más importancia que la propia expedición de Almagro, a la que don Pedro juzgaba mal organizada.

²⁸ En la Batalla de Tucapel, diciembre de 1553, o enero de 1554.

²⁹ MARÍA LAURA SALINAS, *Encomienda, trabajo y servidumbre indígena en Co-rrientes. Siglos XVII-XVIII*, Tesis de maestría en Historia Latinoamericana, Palos de la Frontera, Ediciones de la Universidad Internacional de Andalucía, 2009, pp. 9 ss.

³⁰ Sólo así pueden entenderse las crueldades ejecutadas contra los príncipes de Arauco, la amputación de las manos de Galvarino y la muerte en la pica de Caupolicán.

Contra estas prácticas se fue pronunciando la legislación real.

La libertad de los indios araucanos que no reconocían la autoridad de la Corona fue limitada en tiempos de don Pedro de Valdivia (1541-1554), aunque durante su gobierno la esclavitud fue relativamente escasa en número.

Sin embargo la situación cambió radicalmente a partir de sus sucesores, especialmente durante el mandato de don García Hurtado de Mendoza (1557-1561).

Debe aclararse que la Corona no permitía oficialmente la esclavitud. Pero ella se originaba en las capturas de la Guerra de Arauco, a través de escrituras, autos acordados y contratos de ventas de los Gobernadores, los Capitanes de Guerra y los Justicias que debían autorizar la reducción de los indios a la condición servil.

Durante el gobierno de don Melchor Bravo de Saravia (1567-1573) la esclavitud indígena recrudesció por lo que el mismo gobernador, invocando las reales cédulas de 1550 y 1570 ordenó que “Nos tenemos por mandado que no se hagan esclavos ningunos indios en sus tierras, por ninguna vía y así no debemos de permitir ni dar lugar a que indios algunos lo sean”³¹.

Es en este tiempo en donde, igualmente, se produce el surgimiento masivo y recurrente de las “malones” o expediciones de saqueo y captura de los araucanos contra poblaciones españolas. Ello redundaba normalmente en el secuestro y esclavización de mujeres y niños.

Asimismo surgieron movimientos de migración de indios desde distintos confines del reino hacia Santiago. Era el caso de los huarpes de Cuyo y Tucumán, y los chilotos.

Contra esta política reaccionaba habitualmente la Corona, exigiendo el retorno de los indios a su lugar de origen. La Tasa de Santillán, de 12 de diciembre de 1563 es claro ejemplo de este intento de regular las prácticas esclavistas.

En 1582 don Felipe II legisló contra la esclavitud de hecho en el reino con su cédula de 27 de mayo, que condenó con energía la práctica esclavista³².

³¹ HANISCH, *op. cit.* p. 94.

³² “Nos somos informados que en esa tierra se van acabando los indios naturales de ella, por los malos tratamientos que sus encomenderos les hacen... y los tratan peor que esclavos y, como tales, se hallan vendidos y comprados de unos encomenderos a otros... Y porque habiéndose proveído tan cumplidamente... y mantenido en justicia y amparados en su libertad, como súbditos y vasallos nuestros, entendíamos que nuestros ministros cumplían lo que les habíamos ordenado; y de no haberlo hecho y llegado por esta causa a estado de tanta miseria y trabajo, nos ha dolido, como es razón”. HANISCH, *op. cit.* p. 98.

Durante el periodo descrito la esclavitud tiene su origen en:

- Ventas. Lo que contrariaba directamente las disposiciones de Las Partidas y las Leyes Nuevas.
- Trueques o permutas.
- El virrey del Perú, marqués de Monterrey prohibió expresamente estas prácticas por real provisión de 28 de abril de 1605³³.
- Los traslados, es decir la práctica de enviar al indio a un territorio distante de su lugar de origen.
- Los mandatos de amparo, que eran acciones por las cuales el poseedor del indio recurría al gobernador para impedir que nadie pudiese demandar la libertad del indio ante las autoridades judiciales hasta que el gobernador o su sucesor se pronunciasen.
- La venta y remate de indios en Santiago.
- Las licencias de embarque, por las que los indios, denominados “piezas”³⁴ eran llevados por barco al Perú para ser vendidos allí.
- Secuestro de los hijos de las indias.
- Reparto de indios como botín de guerra.

Tras la derrota del gobernador don Martín García Oñez de Loyola (1575-1598) en Curalaba, la esclavitud llegó a experimentar un nuevo impulso, pues la Corona se vio obligada a reconocer su existencia y sancionó legalmente su legitimidad³⁵.

6. La esclavitud de iure de los indios araucanos. Régimen excepcional y de naturaleza penal

Luego del desastre de Curalaba, que significó el abandono y destrucción de las siete ciudades ubicadas al sur del Bío-Bío, o sea la pérdida de la mitad del reino, el Consejo de Indias estudió con detalle la situación³⁶ y a fines de 1607 reco-

³³ Antes, el 4 de febrero de 1593, el gobernador don Martín García Oñez de Loyola, había instruido a los administradores de los pueblos de indios que se encontraba la prohibida la venta y permuta de indios.

³⁴ Típica nomenclatura esclavista aplicada a los negros africanos.

³⁵ JAIME VICENS VIVES et al., *Historia Social y Económica de España y América*, 5º edición, vol. III, Barcelona, Editorial Vicens Vives, 1985, p. 152.

³⁶ MELCHOR CALDERÓN, *Tratado de la importancia y utilidad que ay en dar por*

mendó a don Felipe III que, teniendo presente la guerra en el reino y la rebeldía de los araucanos, los indios capturados en los combates fueran dados como esclavos, en calidad de premios a los mismos soldados que defendían al reino³⁷.

La Corona reaccionó con la dictación de la Real Cédula de 26 de mayo de 1608, por la que dispuso que:

todos los indios, así hombres como mujeres de las provincias rebeladas del reino de Chile, siendo los hombres mayores de diez años y medio y las mujeres de a nueve y medio, que fueren tomados y cautivados en la guerra por los capitanes y gente de guerra, indios amigos y cualesquier otra persona que entendieren en esta pacificación, dos meses después de la publicación de esta provisión en adelante, sean habidos y tenidos por esclavos suyos; y como tales se puedan servir de ellos y venderlos, darlos y disponer de ellos a su voluntad³⁸.

Contra lo que pudiere parecer, la cédula indicada no contemplaba un régimen de esclavitud universal ni mucho menos. Solo se permitía la esclavitud de los indios capturados en combates de guerra. Además se excluía a los niños menores de las edades indicadas y si los indios volvieren a obedecer a la Santa Iglesia y se redujeren a su obediencia recuperaban su libertad.

Por ello se puede apreciar que la esclavitud permitida tenía un fuerte componente de sanción penal por la rebelión y un alcance limitado y excepcional.

Además, el gobernador don Alonso García Ramón, suspendió su cumplimiento alegando que su conciencia le impedía hacer esclavo al que había nacido libre y peleaba en defensa de su patria y libertad. Solo en 1610, su sucesor don Luis Merlo de la Fuente consintió en ejecutarla.

Más allá de lo obrado en este periodo, lo concreto es que la Corona cambió de postura al instaurar la llamada Guerra Defensiva a partir de 1612³⁹. Los indios reducidos a la esclavitud fueron muy escasos y se dio orden para su liberación en sendas cédulas de 1615 y ordenanzas del Príncipe de Esquilache, virrey del Perú en 1620.

esclavos a los Indios rebelados de Chile, Madrid, 1607, disponible en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-propertyvalue-144746.html> (23-10-2015). La influencia de Melchor Calderón parece haber sido de importancia para el acuerdo del Consejo de Indias.

³⁷ HANISCH, *op. cit.*, p. 104 y ss.

³⁸ HANISCH, *op. cit.*, p. 105.

³⁹ Ideada por el Padre Luis de Valdivia tenía por presupuesto el abandono de las poblaciones situadas al sur del Bío-Bío y el envío de misioneros que se encargarían de convertir pacíficamente a los indios al cristianismo. Esta estrategia fue un completo fracaso, como lo señala la decapitación de los misioneros que murieron mártires en Elicura.

Durante el periodo de aplicación de la Guerra Defensiva fueron numerosos los actos legislativos de la Corona para liberar a los indios esclavizados.

Don Felipe IV (1621-1665) en 1622, dictó la que sería la ley I del título XVI del Libro VI de la Recopilación de Leyes de los reynos de las Indias, consagrado a los indios de Chile, por la que volvía a excluir la esclavitud como castigo, aún en los casos en que se tratara de cautivos producto de los enfrentamientos propios de la Guerra de Arauco.

Sin embargo el fracaso de la estrategia de pacificación hizo que el mismo don Felipe IV rectificara la política de tratamiento de los indígenas y a partir de 1625 se retornó a la Guerra Ofensiva con la consecuente renovación del régimen de esclavitud para los indios capturados en guerra. El 13 de abril de 1625 el rey dispuso “haréis ejecutar que todos los indios que se tomaren en la guerra sean dados y tenidos por esclavos”.

Hay aquí una innovación radical, pues no se contemplan normas de limitación basadas en la minoría de edad o en la conversión de los indios al cristianismo. Los indios volvieron a ser tomados como botín y un lucrativo negocio renació en los territorios del sur del reino. De hecho, los propios indios adoptaron la costumbre (o “usanza”) de vender hijos y parientes a los españoles para aprovechar las ganancias obtenidas por el tráfico de esclavos. Y se hicieron habituales los envíos de indios al Perú.

De toda forma, los efectos de la autorización de la esclavitud fueron limitados. La guerra había dado paso a la política de Parlamentos, como el de Quillín de 1641 y de ahí se siguió que los indios en condición de ser esclavizados disminuyeron notablemente debido a la relación relativamente pacífica entre españoles y araucanos.

La reacción de la Corona frente a estas prácticas se hizo sentir en las reales cédulas de 1663, 1664 y 1667.

En definitiva, en tiempos de la regencia de doña Mariana de Austria, madre de Carlos II, se dicta la cédula de 20 de diciembre de 1674, por la cual se dispone la libertad universal de los indios⁴⁰. En esta determinación se ha

⁴⁰ “...Y he resuelto por la presente, por la cual quiero y es mi voluntad que no se hagan esclavos de esas provincias de Chile, en ninguno de los tres casos que quedan expresados: (indios capturados en guerra, servidumbre de niños y la usanza o venta de hijos o parientes por los propios indios)... Y así mando y ordeno que los que tuvieren esclavos se pongan en su libertad natural, reservando como reservo, a los poseedores y compradores su derecho a salvo contra los vendedores...”. ÁLVARO JARA y SONIA PINTO, *Fuentes para la historia del trabajo en el Reino de Chile, tomos I - II*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1982-1982, pp. 319-323.

visto la influencia antiesclavista del padre jesuita don Diego de Rosales⁴¹. Con ello se cierra el círculo histórico y la Corona vuelve al viejo principio libertario establecido por los Reyes Católicos a fines del siglo XV.

7. Retorno a los principios generales de la libertad indígena en Chile

A partir de la cédula indicada la situación particular de la esclavitud en el reino de Chile vuelve a régimen general de libertad universal que regía en todo el continente⁴².

No fue fácil la ejecución de la orden real. Los propietarios de esclavos alegaron en contra y la guerra continuó. Nuevas batallas, alzamientos y destrucción motivaron la reintroducción de hecho de la pena de esclavitud para los indios alzados contra el Rey, pero en 1679 don Carlos II el último Austria volvía a insistir en la total libertad de los araucanos y en la prohibición de sustraerlos del reino.

Solo autorizaba que contra los indios alzados, que no reconocieran la autoridad real, se les llevaría al Perú para ser distribuidos en encomiendas.

Con ello queda claro que la esclavitud de los indios de Chile fue un régimen excepcional, varias veces sancionado y proscrito y que tuvo siempre naturaleza penal, es decir, se permitía, a falta de otro castigo, en contra de indios alzados que no reconocían la autoridad real.

El paso final para el término de la esclavitud indígena, lo dio don Felipe V en 1703 cuando decretó nulos y de ningún valor los depósitos de indios en encomiendas irregulares.

8. Conclusiones

- 1) La Conquista de América, tras las polémicas de Indias dio paso a la adopción de un régimen de universal libertad de los indios como vasallos libres del rey.

⁴¹ JIMENA PAZ OBREGÓN ITURRA y JOSÉ MANUEL ZAVALA CEPEDA, “Abolición y persistencia de la esclavitud indígena en Chile Colonial: Estrategias esclavistas en la frontera Araucano-Mapuche”, *Memoria Americana*, n° 17-1. Buenos Aires, 2009, p. 6.

⁴² “Con estas disposiciones se dio por terminada la toma de esclavos indios en el reino de Chile; sin embargo, hay que advertir que la guerra de Arauco no terminó, sino que siguió muchos años más, pero ya los españoles no tuvieron ninguna causal para proceder a la esclavitud de los indios ni retenerlos como tales”. HANISCH, *op. cit.*, p. 117.

- 2) Este régimen fue especialmente reiterado a lo largo de todo el desarrollo del derecho indiano.
- 3) Especial influencia tuvo en ella la Iglesia Católica con la Bula *Sublimis Deus* del Papa Paulo III.
- 4) Las excepciones como el caso de los Caribes y los Araucanos, más que ser verdaderos casos de régimen particular, vuelven a reiterar el principio general.
- 5) Los indios de Chile, sometidos a la esclavitud en virtud de la lógica y del derecho de la guerra, fueron puestos en libertad por mandato expreso de los monarcas de la casa de Austria en reiteradas oportunidades.
- 6) La esclavitud se reservó como sanción penal de naturaleza excepcionalísima y no se constituyó nunca en un régimen general ni menos aceptado por la Corona.
- 7) El Derecho indiano se preocupó especialmente del régimen de trabajo de los indios, que como sujetos de derecho, libres y dueños de su propia vida, debían ser protegidos de todo abuso por parte de los conquistadores y encomenderos.
- 8) A partir de la Reales Cédulas de 1610 y 1625 se permitió de iure la esclavitud de los araucanos alzados contra el reino. Pero ni aún en el caso de indios alzados contra el Rey, la Corona admitió un régimen de esclavitud generalizada, siendo numerosos los perdones y leyes que volvían al principio general de la libertad del indio.
- 9) Desde 1674 en adelante la Corona reimpuso el estatuto de libertad universal para los indios, con lo que la esclavitud, subsistente por la fuerza de los hechos durante muchos años más, fue progresivamente desapareciendo, merced al surgimiento del mestizaje⁴³.

⁴³ RAFAEL GAUNE y MARTÍN LARA (editores), *Historias de racismo y discriminación en Chile*, Santiago, Uqbar editores, 2009, pp. 236 y ss.

EL SANTO OFICIO DE LA INQUISICIÓN EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN EN EL PERÍODO TARDO COLONIAL

EL SANTO OFICIO OF THE INQUISITION OF CORDOBA DEL TUCUMAN IN THE LATE COLONIAL PERIOD

MARCELA ASPELL

Universidad Nacional de Córdoba

aspellmarcela@gmail.com

Resumen: El trabajo estudia la actuación del Santo Oficio de la Inquisición en el último cuarto del Siglo XVIII y principios del XIX en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán. La actuación de los Comisarios Inquisitoriales es analizada en especial relación al ejercicio de la censura en las vísperas del proceso emancipador que desemboca en la Revolución de Mayo.

Palabras clave: Inquisición, Córdoba del Tucumán, siglos XVIII-XIX, Comisarios Inquisitoriales, censura inquisitorial, Revolución de Mayo.

Abstract: The subject of this work studies the performance of the *Santo Oficio de la Inquisición* in the last quarter of the 18th and early 19th centuries in the jurisdiction of *Córdoba del Tucumán*. The performance of the Inquisitorial Commissioners is analyzed in special relation to the exercise of censorship on the eve of the emancipation process leading to the *Revolucion de Mayo*.

Keywords: inquisition, Córdoba del Tucumán, 18th-19th centuries, inquisitorial commissioners, inquisitorial censorship, *Revolución de Mayo*.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los Comisarios Inquisitoriales. 3. La inquisición de Córdoba del Tucumán en las vísperas de la Revolución de Mayo.

1. Introducción

La Inquisición española había logrado con el establecimiento de sus Tribunales en los reinos peninsulares, amén de los de Sicilia y Cerdeña al expandirse por el Mediterráneo y los que más tarde logra erigir en el Nuevo Mundo, México, Lima y Cartagena de Indias *cerrar* una muralla en todo el imperio.

Porque la institución, naturalmente, se proyectó en Indias. Para el gobierno de estos dilatados territorios fue común acudir a la figura de los Co-

misarios Inquisitoriales que se sujetaban de los tribunales ubicados en las ciudades cabeceras del gobierno indiano.

La jurisdicción de Córdoba del Tucumán dependió del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima, creado por Real Cédula fechada en el Pardo el 25 de enero de 1569.

El mundo americano fue repartido pues, en dos grandes jurisdicciones inquisitoriales separadas por el istmo de Panamá. Al Tribunal novohispano le correspondían por distrito, los pertenecientes a las audiencias de Méjico, Guatemala, Nueva Galicia y Santo Domingo y al limeño el distrito de la Audiencia local, sumado al de las Audiencias de Charcas, Quito, Panamá, y Nuevo Reino de Granada. La organización empero, no conformó al Consejo y rápidamente se insistió en la necesidad de erigir una tercera sede. Finalmente, ésta fue instalada en 1610 en Cartagena de Indias. Al nuevo Tribunal le correspondían los obispados de Santa Fe de Bogotá, Santo Domingo, Cartagena, Panamá, Santa Marta, Popayán, Venezuela, Puerto Rico y Santiago de Cuba¹. A los dos Inquisidores que integraban el Tribunal se sumaban un Fiscal, un Alguacil Mayor, un Notario del Secreto, un Notario de Secuestros, un Receptor General, un Abogado del Fisco, un Procurador, un Contador, siete Consultores del clero, tres Consultores seculares y treinta y siete Calificadores, dos abogados de presos y un médico. La planta de empleados cuando logro funcionar completa, estuvo compuesta por un Alcalde, un Nuncio, un portero, un despensero, un Solicitador, un barbero, dos *pinches* de cocina, cuatro dependientes del Alcalde, un herrero y doce Alguaciles. Bajo este diseño se instaló el Tribunal, que comenzó a desempeñar sus tareas “seis o siete horas por día”².

2. Los Comisarios Inquisitoriales

La figura de los Comisarios inquisitoriales, *alter ego* de los Inquisidores en comarcas distantes, cobró una decisiva importancia en la inmensidad de los territorios indianos.

¹ Véase el clásico JOSE TORIBIO MEDINA, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Cartagena de Indias*, Santiago de Chile, Chile. 1889. También: FERMINA ÁLVAREZ ALONSO, *La Inquisición en Cartagena de India durante el Siglo XVII*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1999.

² JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima 1569-1820*, Santiago de Chile, 1956, t. I, p. 27.

El *Directorium Inquisitorum* o Manual de la Inquisición redactado en 1376 por el dominico Nicolás Eimeric y comentado, por encargo del papado en 1578 por el canonista aragonés Francisco Peña, autorizaba al Inquisidor a nombrar Comisarios Inquisitoriales quienes debían por su parte, reunir las virtudes de prudencia, instrucción, piedad, vieja cristiandad y aptitud “para ocuparse de los asuntos de la Inquisición, prefiriéndose su elección entre los miembros del clero regular o secular o entre el capítulo de la catedral de la ciudad donde estuviera radicada la sede del tribunal³.

Empero, la insuficiencia de la red americana de Comisarios Inquisitoriales es una constante que se repite a lo largo de los siglos de vida del Tribunal, atentando contra su correcto funcionamiento. Los Cabildos Eclesiásticos y los Obispos se quejaban, por su parte, periódicamente que los prebendados designados comisarios, desatendían sus tareas pastorales para el auxilio de la Inquisición. A ello se sumaba el largo tiempo que insumía las informaciones de limpieza y la falta de candidatos que aceptasen someterse a las pruebas⁴.

Comisarios y familiares se desempeñaron pues como *genuinos instrumentos operativos* que garantizaban el control del tribunal en el espacio geográfico asignado⁵. Los Comisarios que actuaron en la lejana jurisdicción de Córdoba del Tucumán, dependieron como hemos visto del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima, la temprana necesidad de su presencia había originado reclamos. El 1610 el Padre Provincial de los Jesuitas, Diego de Torres alertaba sobre la abundante presencia de judíos portugueses y herejes extranjeros en las provincias de Chile, Tucumán y Paraguay sobre la necesidad de erigir un Comisariato en aquellas regiones “pues el de Buenos Aires no puede atenderlo todo”, petición que es concedida para el caso de Córdoba⁶.

³ NICOLAU EIMERIC. FRANCISCO PEÑA *El Manual de los Inquisidores*. Barcelona, Atajos 1996, pp. 224-225. Nicolau Eimeric había nacido en 1320 en Gerona. A la temprana edad de 14 años ingreso a la Orden de Santo Domingo, alcanzando en 1357 el cargo de Inquisidor General de Cataluña, Valencia, Aragón y Mallorca. Su larga permanencia en la Inquisición se extendería hasta pocos años antes de su muerte ocurrida en 1397. En el siglo XVI, el *Manual* fue enriquecido por encargo del Papado, con los comentarios de Francisco Peña, a quien se le confió la edición definitiva del texto.

⁴ En 1654 se informaba la vacancia de más de cinco meses de las Comisarías de Chuquisaca y Arequipa, “porque no ha habido quien las pretenda”. PAULINO CASTAÑEDA DELGADO Y PILAR HERNÁNDEZ APARICIO: *La Inquisición en Lima*, Madrid, 1989, t. II, p. 104

⁵ Ídem. p. 856.

⁶ AGHN Inquisición Libro 353 Fol. 42 vta, citado por PAULINO CASTAÑEDA DELGADO Y PILAR HERNÁNDEZ APARICIO *La Inquisición en Lima 1570-1635* Tomo I pp. 53, Madrid, Editorial Deimos, 1989.

Fueron considerados los funcionarios de mayor importancia en la organización del distrito, su designación originó múltiples problemas que dejaron descubiertas poderosas redes de clientelismo y tráfico de influencias⁷. Verdaderos dueños de un espacio de significativo poder, amparados en la lejanía de su residencia, de sus fueros y privilegios “sus actuaciones apenas dependían de nadie más que de sí mismos” circunstancia que originó no pocos conflictos y choques institucionales⁸.

Su conducta personal determinó una larga serie de delitos, desavenencias y dificultades que recogen las actas inquisitoriales. La labor de estos funcionarios que aparecen hacia finales del siglo XVI, ha sido juzgada como prioritariamente ejecutiva, “pues sus atribuciones se limitaron a enviar informaciones y denuncias, cumplir las órdenes del tribunal, levantar sumarias y recibir pruebas”⁹.

Los alcances de sus funciones estaban descriptos en los títulos de nombramientos cursados por los Inquisidores “y os damos poder y facultad para que, con todo secreto y rectitud, hagáis información de todos los crímenes y delitos y excesos que se ofrecieran y cometieran contra nuestra Santa Fe Católica y Religión Cristiana” son las recomendaciones que se transcriben con insistencia en los respectivos títulos.

Los Comisarios que actuaron en Córdoba del Tucumán debieron ajustar, pues, su desempeño al cumplimiento de estas normativas. Al parecer en la jurisdicción en estudio se cumplió minuciosamente la preceptiva contenida en el artículo 26 de la *Instrucción*, que ordenaba no sustanciar, en el asiento del Comisario, la causa que allí se iniciaba, remitiendo las actuaciones con carta al Tribunal con los pliegos perfectamente cerrados, transportados por el Chasqui si lo hubiera, o por persona segura “que le dará recibo de ella y lo notara en un libro que tendrá encuadernado de a folio sentado en el, el día mes y año y con quien lo envió, para que en todo tiempo conste”.

De este modo, el Archivo Inquisitorial, en la generalidad de los casos, no alberga el trámite de las causas sino sólo la recepción de las denuncias, su poste-

⁷ JOAQUÍN PÉREZ VILLANUEVA Y BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET *Historia de la Inquisición en España y América*, Biblioteca de Autores Cristianos., Madrid 1993, p. 832 y ss. Las clásicas obras de Kamen, Lea, Bennassar, Greeleaf, Contreras, etc. desarrollan reflexiones parecidas.

⁸ Ídem, p. 857.

⁹ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La Organización Judicial Argentina en el periodo hispánico*, 2ª edición UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, Editorial Perrot, p. 138.

rior ratificación y el ejercicio de algunas diligencias inmediatas, cuya presencia misma en el repositorio desafiaba la radical prohibición, que asimismo contenía, el ya mencionado artículo 26, de no guardar en la sede de los Comisariatos, *texto alguno de las denuncias, sus copias o traslados*. El material documental que abunda, son las llamadas “cabezas de proceso”, es decir la recepción de las delaciones que desencadenaban la actuación de los Inquisidores. La delación formulada ante el Comisario del Santo Oficio y su Notario. Recepcionada ésta, el trámite de la causa atraviesa diversas instancias, cumpliéndose generalmente con rigor el texto de las detalladísimas instrucciones. Es llamado el delator a ratificar la denuncia ante testigos de probada honra, en una o en dos ocasiones, a veces se dispone la recepción de los interrogatorios de los testigos que puedan arrojar mayor luz sobre los alcances del hecho denunciado, se llama a declarar al presunto reo, más rara es, en casos singulares, su orden de prisión y luego, la secuencia documental de las causas se interrumpe, sin mención del trámite siguiente. De este modo, en la gran masa de denuncias recibidas, ante el Comisario del Santo Oficio, las causas no contienen sustanciación posterior luego de su primera presentación y su posterior ratificación.

Aun así, y con la estructura insoluble de un Archivo incompleto, nos parece válido enfocar el estudio de la actuación del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán por representar el fondo de la documentación del Archivo del Arzobispado de Córdoba, prácticamente la mayor base de datos de alguna organicidad que existe en el país, luego de la destrucción del Archivo del Arzobispado de Buenos Aires.

3. La Inquisición de Córdoba del Tucumán en las Vísperas de la Revolución de Mayo

Hacia el fin del siglo XVIII nuestra Córdoba del Tucumán era una ciudad que, fundada por españoles en 1573 y erigida en el centro del actual territorio de la República Argentina, registraba ya, más de dos siglos de existencia. Caracterizada como una ciudad mediterránea, típicamente continental, constituida en un vital cruce de caminos, nudo vigoroso y neurálgico de comunicaciones para los peregrinos que recorrían las rutas hacia Buenos Aires, Asunción, Santiago o Lima, alejada del teatro de las guerras, pero permanente frontera con el indio, cabecera del Obispado y sede de la Universidad, una ciudad india donde los siglos XVII y XVIII trazarían perfiles de un particularismo acendrado, que influirían de manera decisiva en su propia historia y en la

historia misma del país. Y es a esta ciudad, rodeada de un universo rural complejo y diversificado, constituido por varios ecosistemas, algunos de ellos más agrícolas que otros, en sus fortalezas, posibilidades y virtualidades naturales, donde se estaba imponiendo un lento tránsito del sistema de trabajo coactivo a la organización del conchabo asalariado y regido por las leyes del mercado, donde llegan los Comisarios del Santo Oficio de la Inquisición, con exhaustivas y precisas recomendaciones e instrucciones.

Los archivos documentales, dan cuenta de la actividad cumplida en estas tierras que integraban la *periferia* del imperio. Es un fondo complejo y diverso, salpicado por intensas lagunas, que no logran, empero, impedir una interpretación coherente.

Se suman los textos que hacen a la vida administrativa y burocrática del tribunal, las cuestiones de integración de sus miembros la elección de los familiares del Santo Oficio, los expedientes de limpieza de los mismos, la recepción de los edictos, las instrucciones, recomendaciones, autos y cartas recibidas del Tribunal de Lima al Comisario de Córdoba del Tucumán, los inventarios menudos, que dan cuenta del material que disponía el Comisario para su trabajo cotidiano, pero el mayor número de folios examinados corresponde, sin duda, a la labor de un Tribunal actuando en toda la extensión de sus funciones, que expresa su labor específica a través de la redacción de actas prolijas, minuciosas y atadas a una estudiada formalidad.

Las estrechas relaciones que el Comisario cordobés mantenía con Lima, el intercambio de información, su permanente disposición para recibir y acatar las minuciosas instrucciones, recomendaciones y cartas acordadas que bajaban desde la ciudad capital del Virreinato, reiterando el propósito constante “no olvide Vd. anoticiarnos sobre todo circunstancia que estime Vd., es de nuestro interés conocer” contestadas con prontitud y diligencia, hablan de una fluida relación y un aceitado control, que los años no alcanzaron a desdibujar. Si bien el archivo cordobés está hecho a su vez de significativos silencios, la producción documental, emanada de puño y letra de la extensa red de comisarios y familiares hábilmente expandida en todo el imperio, y que alcanzó a construir un poderoso entramado, que Francisco Bethencourt ha calculado, para el funcionamiento de todo el periodo español, en 9.000 funcionarios remunerados y 60.000 comisarios y familiares, tiene la virtud de develar nuevos matices del funcionamiento del Tribunal, en territorios lejanos sometidos a su jurisdicción.

Fue, al mismo tiempo, un Tribunal que debió trabajar bajo el poderoso imperio de una cultura jurídica común, persiguiendo lo que consideraban un

mismo delito, amparados en el ejercicio de una formalidad minuciosamente estudiada y sopesada y establecida bajo los modelos de las actas que se enviaban, desde la cabecera del distrito, al Comisario de Córdoba del Tucumán, con el decidido propósito de no dejar cabo alguno suelto, librado a los destinos de un azar insoportablemente peligroso.

La Inquisición fue un Tribunal que, en principio, perseguía toda forma de *herejía*, es decir el sostenimiento de formulaciones alejadas a la ortodoxia de la iglesia, pero en la vastedad de los territorios indianos, se denuncian asimismo comportamientos que sin constituir una clara *herejía* hacían dudar de la firmeza de la fe de quienes los protagonizaban.

En todo caso, las instrucciones enviadas a los Comisarios del Santo Oficio insistieron siempre en que se verificara puntualmente si las manifestaciones vertidas obedecían a rudeza o torpeza de sus autores, al violento estallido de inocultables pasiones encontradas o si realmente respondían a la expresión de una meditada *herejía*. Sumergidos en complejos procesos multiculturales, y a un difícil entramado de poder, impreciso y ambiguo, “sujetos a un poderoso derecho local nacido por acción de los poderes periféricos pero aceptado por Madrid”¹⁰ donde el casuismo abría nuevas formas de interpretación y de supervivencia de las normas y donde nunca estaba ausente el peligro de sublevaciones y desordenes que comprometieran la unidad y la paz del imperio.

Esta circunstancia ha inclinado a pensar a más de un autor que la Inquisición en Indias fue “un tribunal de costumbres” Las conductas denunciadas ante el Comisario del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán aúnan un abanico de prácticas, que conforme los patrones sociales de la época, pudieron ser consideradas como contrarias a la moral y a las buenas costumbres, pero donde al mismo tiempo siempre anida la sospecha que pudieran estar enmascarando una concepción herética, capaz de poner en duda la ortodoxia del dogma. En este sentido se reciben denuncias de solicitud, alguna de bigamia, denuncias de hechicerías, práctica de la adivinación, magia y brujería, de formulación de proposiciones heréticas y blasfemias, de lecturas prohibidas de circulación de impresos y libros de lectura vedada etc.

Desde Lima se anuncia el probable arribo a la ciudad de viajeros sospechosos, o que cargan en sus maletas textos o impresos de lectura prohibida, invocando implacablemente las desdichas de un pasado que parecía estar urdiendo su propia venganza.

¹⁰ EDUARDO MARTIRE, “La tolerancia como regla de gobierno de la Monarquía española en las Indias. (Siglos XVI-XVII)”, *Intolerancia e Inquisición*, Madrid, 2005, t. III, p. 38.

Las denuncias funcionan en la jurisdicción, con una eficiencia asombrosa. Los vecinos siempre están dispuestos a hablar, a recordar a relacionar. Refieren aspectos mínimos, detalles y coincidencias fortuitas que logran, al fin, reconstruir el rompecabezas, viajeros y forasteros que fatigan los caminos relatan sus encuentros y descubrimientos, en la extensa e intrincada red de tambos y postas.

La movilidad de la campaña es extrema, pero también funcionan aceleradamente los complejos mecanismos de la delación. Nada ni nadie puede ocultarse eficazmente en las poblaciones rurales

Los vecinos hablan con idéntico entusiasmo, por sus bocas, de lo que conocen y han visto con sus ojos, pero también narran lo que tienen por sabido de pública fama. Tanto en las actas inquisitoriales como en las de la justicia capitular es habitual encontrar las expresiones: “ha oydo decir, se lo conoce por su pública fama de, lo dice porque todo el partido lo sabe”, etc.

Amen a ello, en la ciudad, cientos de ojos curiosos vigilan tras las ventanas, la vida de los vecinos: “que muele el polvo de las piedras, que cría sapos y culebras a quienes habla, que junta gallinas de plumas negras para sacar los maleficios, que ha oydo decir que ha echizado a...”. En todas las instancias procesales hay una constante que se repite una y otra vez, la presencia de la *pública fama*. El insoportable peso de la *pública fama*, que no dependía de pruebas, ni requería formalidades procesales, y que podía albergar tanto una genérica valoración individual, como alguna información puntual, condicionaba, como los ordinarios, los procesos inquisitoriales.

Las causas se inician generalmente por la presentación de las denuncias, cuando “pareció sin ser llamado” un angustiado feligrés, quien “para aliviar los pesares de su conciencia” o por consejo de su confesor, amparado en las sombras de la noche, acude en busca del Comisario del Santo Oficio y desencadena la actuación inquisitorial. Son pues en su mayoría denuncias o auto denuncias, “denuncias de sí mismos,” nunca hay denuncias anónimas. Los fieles que se auto denunciaban, lo hacían por presiones sociales, sabedores que su conducta herética o sospechosa de herejía era conocida en el ámbito donde interactuaban y podía a su vez, ser denunciada por terceros. ¿Actuaban por consejo o imposición de su confesor, entendiendo que una auto confesión atenuaría siempre el rigor de la sentencia?

Presentadas las denuncias se inicia el curso de las mismas, en primer lugar se llama a ratificar, las ratificaciones *ad perpetuam rei memoriam* reproducen con pocas alteraciones el texto inicial de las primera denuncia y en algunas causas, existen acompañadas las declaraciones de los testigos cono-

cedores del hecho cuyo conocimiento se ha revelado al Comisario del Santo Oficio.

La delación es intensamente aconsejada y estimulada a la población a través de la predicación y de los textos de los edictos.

Los inquisidores “contra la herética pravedad y apostasía se dirigían a todos los vecinos y moradores estantes y residentes en todas las ciudades, villas y lugares de los dichos Arzobispado, Obispados y distrito, de cualquier estado, condición, preeminencia o dignidad que sean, exemptos y no exemptos”, el cumplimiento estricto de lo señalado en los edictos de fe.

Los términos del edicto obligaban a todos los cristianos, sin excluir siquiera a los familiares cercanos de denunciar la conducta del hereje. Se imponía la obligación de la denuncia, aun después de la muerte del presunto reo. Y todo ello en un tiempo preciso que el texto mismo del edicto indicaba.

La utilización de un ceremonial impactante, que se convertía en un estudiado montaje escenográfico de la lucha paradigmática contra la herejía, encuentra en la jurisdicción su vehiculización precisa, a través de la solemne ceremonia de la lectura de los “edictos de fe”.

Esta misma atmósfera de inseguridad aceleraba las denuncias. La Inquisición exigía, en primer lugar, una adhesión total, externa y formal.

La misma religiosidad se definía acudiendo a los comportamientos externos.

En este sentido, las formas habituales de la conducta cotidiana, la asistencia a misa y la frecuentación de los sacramentos, el mismo estilo de vida, las amistades o relaciones personales, donde se meritaba la presencia de herejes conocidos proporcionaban a los testigos que deponían en las causas o a los vecinos que se transformaban en denunciadores, la excusa perfecta para acudir ante el Comisario.

Entre las denuncias ocurridas en la jurisdicción en el último cuarto del siglo XVIII se registran las que corresponden a la comisión de la *sollicitatio ad turpia*, es decir el comportamiento del sacerdote que, en el ejercicio de su rol de confesor, y vinculado al acto mismo del sacramento de la confesión, intentaba la seducción, impulso, inducción o instigación del penitente, para compartir un acto sexual.

Las actas elaboradas por los Comisarios que actúan en la jurisdicción dan cuenta minuciosa de los diferentes modos, con que la *sollicitatio ad turpia* se llevaba a cabo y que comprendía todas las palabras, gestos, insinuaciones o ademanes que tenían como propósito provocar la seducción del penitente durante la práctica de la confesión, antes o después de ella, o cuando el

acto se fingía para encubrir otras intenciones. En un horizonte de víctimas de la sollicitación, que integran un abanico de mujeres solas, solteras o viudas, y en el caso de alguna mujer casada, siempre de condición inferior.

También impacta en la arquitectura inquisitorial la censura impuesta por el Santo Oficio, y considerada como un importante instrumento de control social, cuyo diseño no fue librada al azar. Aun con la existencia de enormes masas analfabetas el control de la difusión de las ideologías, resultó indispensable para evitar la formación de heterodoxias, que pudieran socavar los alcances de las ideologías dominantes. Completa este panorama el control y persecución inquisitorial, ocurrido en la jurisdicción, sobre algunos segmentos comprensivos del delito de herejía, concretamente a la formulación de las consideradas proposiciones heréticas y blasfemias, estrechamente vinculado, al nacimiento mismo de la Inquisición y caracterizado por una extrema elasticidad en su proceso de tipificación y que rápidamente se convirtió en un instrumento de altísima discrecionalidad, extremadamente operativo, al servicio de los valores políticos e ideológicos del Estado y de la Iglesia.

Por último, no faltan en la labor de los Inquisidores dieciochescos el trámite de las causas de hechicería, brujería y magia y adivinación, labradas en los tribunales, tanto capitulares como inquisitoriales, de la ciudad de Córdoba de Tucumán y el universo de las mujeres acusadas de llevar a cabo estas prácticas, blancas, españolas, pardas, mulatas, negras, mestizas, todas de escasos recursos, que sin ser mendigas vivían en un marco de considerable estrechez, mujeres de edad elevada, provenientes de los estratos más bajos del estamento social, pobres, rudas e ignorantes, algunas de las cuales parecían mantenerse de sus prácticas, y en su mayoría mujeres solas, solteras, abandonadas o viudas, cuya misma vulnerabilidad parecía asentarse en la falta del control marital.

Estas mujeres son acusadas por sus vecinos, muchas veces convertidos en sus mismos pacientes, de llevar a cabo maniobras para curar pesares y enfermedades, destrabar los trabajos de daños, maleficios y hechizos varios sufridos en carne propia, o en la de sus familiares e incluso esclavos y también, conseguir paliar penas de amor, mitigar soledades, curar heridas amorosas, construir una vida sexual satisfactoria, etc.

Aunque en el siglo XVIII la Inquisición no era, como afirma Stephen Haliczer, “sino la sombra de sí misma”, se convirtió en estos deslindes del imperio español en América en una verdadera policía de costumbres que vigilo la conducta de los cristianos viejos, en cuestiones de moral y de los comportamientos sociales y que puso a prueba también la enorme elasticidad del concepto de “herejía”.

Las actas proporcionan asimismo alguna información sobre las víctimas de la Inquisición, los considerados herejes se inscriben en las capas más altas de la sociedad, son españoles o criollos de posición acomodada, en tanto los reos acusados del crimen de brujería pertenecen a los estratos más bajos de la sociedad, cuando no, directamente a las castas, y es casi la única figura que agrupa casi exclusivamente a mujeres, los solicitantes son sacerdotes de procedencia española, o criolla, en número escaso, con mayor registro en la categoría de religiosos regulares, la bigamia agrupa, por su parte, tanto a españoles como a indios¹¹.

En la jurisdicción en estudio es conocida la facilidad de sus habitantes para eludir la acción de la justicia, sus estrategias de supervivencia y de mimetismo con los estudiados recursos de la auto presentación ante el Comisario, a fin de dejar aclarado, y en su caso, destruir el peligroso efecto de un rumor popular que podía adquirir los contornos de una virulencia extrema y desbordada.

En suma, los estudios de la actuación del Comisario inquisitorial en áreas alejadas del control del Tribunal de Lima, permiten describir la Inquisición como un campo de experimentación, donde se configura al mismo tiempo una estrecha interrelación y dependencia entre el poder de la Iglesia y el poder secular, circunstancia que indudablemente fortaleció el poder secular, pero donde a la par se puede medir el impacto de muchos fenómenos relacionados con la construcción del poder del estado.

¹¹ El tema ha sido estudiado POR MARCELA ASPELL en “Los Comisarios del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. La solicitud en el Siglo XVIII”, *Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994. “Las lecturas prohibidas en Córdoba del Tucumán. Siglos XVII-XVIII” en el Volumen VII de *Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Córdoba, 1997; “Los Comisarios del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. Las proposiciones heréticas Siglos XVII-XVIII”, *Memoria del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, 1998. “Los Comisarios del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. La regulación de la censura. Siglos XVII-XVIII”, en el *Libro Homenaje al Profesor Carlos Díaz Rementería publicado por Universidad del Museo Social Argentino*, Universidad de Huelva, Córdoba, 1997. Estos primeros trabajos fueron luego ampliados en MARCELA ASPELL “*El Tribunal de la Inquisición en América. Los Comisarios del Santo Oficio de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII*”, La América de Carlos IV. Colección Coordinada por Eduardo Martiré. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Buenos Aires, 2007.

Una actividad jurisdiccional que, para lo extenso de su distrito, no registra cifras numéricamente importantes. René Millar en su erudito libro, *Inquisición y Sociedad en el Virreinato Peruano*, ha demostrado como el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima condenó a 1700 reos de los cuales, tan solo 50 fueron sentenciados a muerte, llevándose a cabo exclusivamente 30 ejecuciones, por cuanto el resto de las condenas se cumplieron “en efigie”¹².

Creemos por último que estos estudios, que permiten arrojar alguna luz sobre el establecimiento y la actuación de los Comisariatos en zonas apartadas, la configuración de las redes de familiares que apoyaron decisivamente la labor cumplida por el Comisario del Santo Oficio, tratando de desentrañar la lógica interna del Tribunal, las condiciones en que llevaron a cabo su trabajo y de manera fundamental, el análisis de la materia, el *sustratum* que interesaba y disparaba la labor del Santo Oficio, que en horas de la noche se desperezaba para recibir el flujo de denuncias que alimentaba su labor cotidiana, aunque necesariamente incompletos, por la cicatería de la documentación que ha logrado sobrevivir, ayudan, sin embargo, a comprender el funcionamiento de los tribunales de justicia, como un instrumento decisivo para entender los procesos de construcción del estado y los espacios donde se estaban ensayando nuevas formas del ejercicio del poder.

Tal fue pues el campo que espigó, en nuestra jurisdicción este instrumento de control político, al servicio del estado español, fiel y decidido custodio de la ortodoxia religiosa, y, además, un aliado devoto de las estructuras políticas, a las que sirvió con igual reverencia, porque la herejía es delito y es pecado, y al violarse la ley divina se viola también la ley civil, que no es otra cosa que espejo y reflejo de aquella.

Pero resultaba muy difícil el control visceral de estos territorios, tan alejados de la cabecera de Lima.

La situación fue advertida por el Consejo, a los inquisidores limeños: “Aquí se ha entendido que a esos reinos y provincias pasan algunos herejes de diferentes naciones con ocasión de las entradas que en ellas hacen los holandeses y que andan libremente tratando y comunicando con todos y tal vez disputando de la religión, con escándalo de los que bien sienten y con manifiesto peligro de introducir sus sectas y falsa doctrina entre la gente novelera,

¹² RENE MILLAR, *Inquisición y Sociedad en el Virreinato Peruano. Estudios sobre el Tribunal de la Inquisición en Lima*, Chile, Instituto Riva Agüero, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Historia, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1998,

envuelta en infinidad de supersticiones, cosa que debe dar cuidado y que pide pronto y eficaz remedio”¹³.

Pero el grado de temor a los continuos ingresos de herejes al Río de la Plata aumentaba de manera tal, que convenció al Rey sobre la necesidad de requerir informes al Virrey, y al Presidente de Charcas, acerca de la conveniencia de establecer un nuevo Tribunal de Inquisición en la provincia de Tucumán, que el segundo funcionario vio posible y aprobó calurosamente, fundando su necesidad precisamente en los desmanejos protagonizados por los Comisarios que operaban en la jurisdicción: “Mi parecer es, que ha muchos años que debía haberse hecho: en los que ha que sirvo a Vuestra Majestad en este oficio he visto que se han hecho grandes agravios a los vasallos de Vuestra Majestad en estas provincias por los comisarios que hay en ellas, maltratándolos con leves ocasiones, mandándolos comparecer en Lima con gastos y descrédito nunca reparable, vejándolos con tomar particulares cesiones, y haciendo otros daños de que no han osado pedir remedio por tenerle tan lejos y serles horrible la misma medicina”¹⁴.

Analizados cuidadosamente los informes producidos, el Rey, resolvió “que se excusase de poner inquisición por los inconvenientes que se seguirían, y tomase por medio que la Inquisición de Lima enviase un comisario de muchas partes, y al gobernador se ordenase le asistiese”¹⁵, con lo cual se dio por tierra todo intento de erigir un nuevo Tribunal inquisitorial en estos territorios del sur, y los tres Comisariatos prosiguieron funcionando con un sinnúmero de dificultades, cuyo análisis excede el marco de este panorama.

La censura de las obras en las Bibliotecas cordobesas es permanente.

Insistentemente, desde Lima se requiere al Comisario informe al Tribunal si albergan las Librerías de la *Docta*, obras de lectura y circulación pro-

¹³ La carta está fechada el 20 de marzo de 1626. JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima*, cit., t. I, p. 301 y ss.

¹⁴ 3 de marzo de 1641. JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima*, cit., t. I, p. 305.

¹⁵ El despacho respectivo está fechado el 26 de noviembre de 1636. Refiere el autor como el propósito de establecer un tribunal inquisitorial en Buenos Aires era una idea que rondaba en el pensamiento de significativos hombres de la época, citando, en su aserto el texto de la carta que el jesuita Juan de Escandón escribía en 25 de marzo de 1574 al padre procurador Pedro de Arroyo: “V. R. entre sus muchos cuidados, procure acordarse del que tratamos en el camino de Córdoba a Buenos Aires, es a saber, de la indispensable necesidad que estas tres provincias tienen de un tribunal de la Santa Inquisición, por estar tan retirado el de Lima, que de casi nada nos sirve, ni nos puede servir aquí, distando más de mil leguas”. JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima*, cit., t. I, p. 305 y ss.

hibidas o si se ha verificado irreprochablemente la corrección de las obras expurgadas.

Al remitirse, el 28 de julio de 1711, a don Francisco de Vilches Montoya y Texeda, nuevos edictos de censura de obras prohibidas se le recordaba:

...que luego que los reciba, mande se publiquen por el Notario del Santo Oficio en la Santa Iglesia Catedral de esa ciudad en el primero día festivo, a hora de la Misa Mayor y se fijen en el lugar acostumbrado de dicha Santa Iglesia. Y de los libros y papeles que en su virtud, se exhibiesen ante el Comisario, lo que se manda recoger, los remitirá a este Tribunal, y a los que tiene que borrar, hecha esta diligencia por el Comisario, les pondrá en la inscripción de la primera foja: Corregido por mandado del Santo Oficio y rubricados de su mano los volverá a sus dueños y de la lectura de dichos edictos y haber cumplido con lo demás que en este se le ordena, nos dará noticia...¹⁶.

El imperio de los índices es incuestionable, aún cuando se dispensara la lectura de alguna obra, se recordaba expresamente la vigencia del resto de las prohibiciones. Así en 1765 al permitir la lectura de la obra del Conde de las Torres se insistía al Comisario de Córdoba del Tucumán.

“... mas queda en su fuerza y vigor la prohibición de los impresos de esta ciudad por las causas que se expresan en los edictos de este Tribunal que subsisten, lo que tendrá entendido...”¹⁷.

Raras son sin embargo, las comunicaciones, operadas también a través del empleo de la carta acordada, prohibiendo prohibir que se prohibiese el curso de alguna obra que desde España viajaba hacia América.

Así, el 2 de septiembre de 1795, el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima daba cuenta al Comisario cordobés, José Antonio Asscasubi, de lo ordenado, en una Carta-Acordada de la Suprema, disponiendo: “...no se embarace el curso de los ejemplares de la nueva impresión que en la Corte de Madrid trataba hacer el señor Conde de las Torres del Diálogo Crítico sobre la oración panegírica que dijo el Doctor Don Miguel de Valdivieso, para que se le concedió Su Alteza permiso, con tal que se arreglase a lo prevenido en las leyes y Pragmáticas que habla en esta razón y que lo hiciesen constar...”¹⁸.

¹⁶ AHAC Santo Oficio de la Inquisición cit. Legajo XVIII, año de 1771.

¹⁷ Ídem año de 1765.

¹⁸ Ídem, año 1795.

Fueron reglamentados, asimismo los pasos que debían dar los Comisarios u otros familiares del Santo Oficio, al examinar los fondos bibliográficos pertenecientes a bibliotecas institucionales o privadas.

Se les encargó especialmente que revisados los textos fuera inmediatamente recogidos y remitidos al tribunal del Santo Oficio de Lima los expresamente prohibidos, en tanto en los expurgados, luego de verificada dicha operación, cuya ejecución ordenaba se hiciera siempre con la máxima celeridad y eficiencia, debía anotarse esta leyenda Corregido por mandato del Santo Oficio y rubricados convenientemente por mano del Comisario y su Notario, devueltos puntualmente a sus dueños.

Frecuentemente advertidos en sus instrucciones particulares: “que deben propender al exterminio de las herejías, errores, blasfemias, supersticiones y demás hechos y dichos escandalosos que causen sospechas y redunden en ofensa a la pureza de nuestra Santa Fe Católica...”¹⁹. Se les recomendaba que mantuvieran fluida comunicación con el Tribunal del Santo Oficio de Lima:”... a lo menos anoticiando que no se les ofrece cosa de oficio de que darnos cuenta”²⁰. Matiz que confirmaba la proverbial preocupación del Santo Oficio por la celeridad de las comunicaciones y la actualidad de la información que le permitía actuar con extrema agilidad y rapidez, sorteando hábilmente las distancias.

Los mecanismos de la censura utilizada por el Santo Oficio podían recaer tanto sobre obras concretas que se conocían y cuya identificación estaba registrada en las colecciones de índices o en el texto de los edictos o sobre cargamentos de libros heréticos provenientes de las imprentas protestantes.

El reconocimiento de estos contingentes planteaba dificultades especiales por el desconocimiento de las lenguas extranjeras. La Inquisición, empero no cesó en sus propósitos y la sola sospecha de un desembarco de herejías obligó a extremar los cuidados. Se intentó proteger con el mismo fervor todos los puertos del Reino.

El 18 de febrero de 1779, era anoticiado el Comisario Pedro Joseph Gutiérrez:

El Ilustrísimo Señor Inquisidor General, de orden del Rey nuestro Señor, nos previene haber tenido noticia Su Majestad de que una de las Librerías de Amsterdam había remitido por mar a Coruña (ignorándose a cuál de los puertos), algunos fardos con varios libros en francés que contienen máximas

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ídem.

contrarias a nuestra sagrada religión y buenas costumbres: Siendo esta materia una de las de mayor atención y gravedad en el Santo Oficio, encargamos al Comisario, que sin pérdida de tiempo, se ponga por los Ministros, el mayor cuidado para descubrirlos y recogerlos, si se averiguase haberse conducido a esos parajes y del recibo de ésta y su cumplimiento, nos dará aviso...²¹.

Las voces ilustradas del siglo XVIII se levantaron para criticar la ciencia de los Inquisidores a quienes juzgaban poco instruidos para acometer con propiedad y certeza la persecución de las herejías:

Contra tamaño mal es corto dique la Inquisición, primero porque sus individuos son ignorantes y no pueden juzgar sin los calificadores, segundo porque lo son estos también, pues no estando dotados los empleos vienen a recaer en frailes que lo toman sólo para lograr el platillo y la exención de coro, que ignoran las lenguas extrañas, que sólo saben un poco de teología escolástica y de moral casuista y aún en esto siguen las encontradas opiniones de su escuela²².

El siglo XVIII planteó a su vez, la embestida de los grandes autores de la Ilustración francesa, con una rotunda capacidad de difusión, advertido el Santo Oficio del peligro ilustrado, poco pudo hacer para frenar su expansión.

Todavía era lejanos los debates sobre la abolición de la Inquisición, la obra del Inquisidor Juan Antonio Llorente *Historia Critica de la Inquisición de España* (1817) la de Antoni Puigblanch *La Inquisición sin mascara* (1811-1813) cuyo análisis excede las apretadas páginas de esta presentación, pero el advenimiento de obras literarias con fuertes críticas al Tribunal comenzó a multiplicarse. La publicación en Paris en 1801 de un pequeño volumen de apenas 141 páginas titulado “Borrorquia o la victima de la Inquisición”²³ abre un camino que logra superar las prohibiciones de la *Recopilación de las leyes, autos acordados del Consejo y reales Ordenes que manda Su Majestad observar a los Impresores y tratantes en libros de esta Corte y demás Ciudades, Villas y Lugares de este Reino*, publicadas en 1753, alcanzando nuevas ediciones corregidas y aumentadas y hasta sus traducciones, que sometidas luego a los calificadores del Santo Oficio fueron unánimemente rechazadas,

²¹ Ídem, año 1779.

²² JOVELLANOS: *Representación a Carlos IV sobre lo que era el Tribunal de la Inquisición* en *Obras en BAE Madrid*, Volumen 87, 1956 pp. 334

²³ LUIS GUTIERREZ, *Cornelia Boroquia o la victima de la Inquisición*, Edición de Gerard Dufour, Madrid, Cátedra, 2005.

convergiendo los sucesivos dictámenes, en la opinión unísona del Edicto de la Suprema, del 25 de febrero de 1804 que prohibía *in totum* su lectura, aun para los que acreditasen licencia “por ser un libelo infamatorio, lleno de proposiciones impías y antisociales”²⁴.

“De hecho, la Inquisición no ha impedido que las obras más significativas del siglo fueran leídas, comentadas, a veces textualmente citadas o traducidas y que se convirtiesen en una fuente de inspiración para la Ilustración española”²⁵.

La desafortunada historia de Cornelia, rehén de los lascivos deseos de un hombre de la Iglesia, quien para acceder a ella la encierra en los calabozos inquisitoriales, encuentra eco en las apretadas páginas del drama “La Inquisición” concluido en 1811, que remite al proceso de los esposos Josefa de la Peña y Pedro de Porres, sometidos a la hoguera en razón de una falsa denuncia por “observantes de la ley de Moisés”, formulada por un clérigo, preso de sus pecaminosas intenciones hacia la joven y virtuosa Josefa, y a quien ésta había rechazado.

El texto del castellano Francisco Antonio de Cabello y Mesa²⁶ guarda un considerable paralelismo argumental y político, amén de su expresa

²⁴ GERARD DUFOUR, Introducción a Luis Gutiérrez, Cornelia, cit., p.19.

²⁵ JOAQUÍN PÉREZ VILLANUEVA, BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET, *op.cit.*, p. 1251.

²⁶ Había nacido en la aldea de Copernal, Guadalajara, España en 1764. Aun sin completar sus estudios salmantinos y toledanos de Filosofía y Derecho viaja al Virreinato del Perú donde su temprana vocación periodística cuajó en *El Diario de Lima, Curioso, Erudito, Económico y Comercial*. Fue uno de los fundadores de la Sociedad Patriótica de Amantes del País, típica reunión de notables de la época de la Ilustración. En la Universidad de San Marcos se graduó en ambos Derechos. Un planificado retorno a España lo lleva a permanecer en la ciudad de Buenos Aires a la espera del navío que lo transportase a destino, pero la obligada espera del barco que se demora, le otorga el tiempo y la ocasión propicia para vincularse con el ambiente de la ilustración rioplatense donde no tarda en fundar la *Sociedad Patriótica* y editar *El Telégrafo Mercantil, Rural, Político, Económico e Historiográfico*, cuyo primer número apareció el miércoles 1 abril de 1801. Dejó de aparecer en octubre de 1802, tras lograr editar pocos números. Durante las invasiones inglesas, de 1806 y 1807 muchos criollos colaboraron con los ingleses. Algunos operaron en secreto, pero Cabello aceptó ejercer un cargo público en el gobierno del gobernador William Carr Beresford. Cuando se produjo la Reconquista por parte de los criollos y españoles, su suerte lo lleva a Montevideo. En 1807, cuando aún permanecía en la ciudad oriental se produjo la segunda invasión inglesa. Quizá John Whitelocke, reconociendo la experiencia periodista de Cabello intentara destinarlo al frente de la editorial de un periódico de propaganda inglesa, el *Southern Star*, publicación bilingüe que aspiraba a fortalecer lazos con la ilustración rioplatense. Sus azarosos días lo llevan luego a España y Francia y nuevamente a España donde se ignora la fecha de su muerte. Conforme OSCAR R. BELTRAN, *Historia del periodismo argentino, pensamiento y obra de los forjadores de la Patria*, Buenos Aires, Editorial Sopena, 1943; CELEDONIO GALVAN MORENO, *El periodismo argentino*,

mención a la “nueva obrita” impresa en Paris, “Boroquia o la victima de la Inquisición”²⁷.

Pero el Tribunal velaba celosamente todavía sobre el control de las proposiciones heréticas y sobre toda manifestación, opinión, discernimiento o juicio que considerara un ataque a la Iglesia.

En el alba del Siglo XIX nuestro ya citado Francisco Antonio de Cabello y Mesa²⁸ periodista y escritor, fundaba en Buenos Aires *el Telégrafo Mercantil, Rural, Político, Económico e Historiográfico*, el primer periódico porteño que logra publicar 110 ejemplares, 2 suplementos y 13 números extraordinarios impresos en la Imprenta de Niños Expósitos. El viernes 15 de octubre de 1802 se publica en las páginas del Telégrafo un “Retrato Político Moral del Gobierno Secular y Eclesiástico antiguo y moderno de la Sierra del Perú con muchos avisos y noticias importantes de la historia primitiva de los Ingas y del Influxo que tuvo y mantiene hasta ahora en el Sistema civil de nuestro Gobierno” donde se denunciaba la falta de caridad, castidad pobreza y obediencia de los sacerdotes de los curatos americanos.

Estas apreciaciones no cayeron en saco roto, máxime cuando en las dos últimas palabras del artículo se amenazaba con un peligroso “Se continuará” cuyo alcance resultaba completamente insoportable. Los tiempos se precipitan. Ese mismo día el Comisario del Santo Oficio de la Inquisición en Buenos Aires, don Cayetano José María de Roo se dirigía al Virrey afirmando que el Telégrafo Mercantil era:

“... un libelo infamatorio contra el cuerpo respetable de los párrocos del Perú y, estando prohibidos por la regla 16 del Expurgatorio del Santo Oficio tales libelos, se sirva V.SE. dar el competente auxilio para que se recojan todos los ejemplares que se han repartido en esta Capital e impida su circulación fuera de ella”²⁹.

Buenos Aires, Editorial Claridad, 1944; MONICA P. MARTINI, *Francisco Antonio Cabello y Mesa, un publicista de dos mundos (1786-1824)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones sobre Identidad Cultural, Universidad del Salvador, 1998. JOSE TORRE REVELLO, *El Libro, la imprenta y el periodismo en América durante a dominación española*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, 1940; Id. “Datos para la biografía del primer periodista porteño. Francisco Cabello y Mesa” en *Universidad*, n° 21, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1949 pp. 101-122; Id, “Periódicos y periodistas en América durante la dominación española”, *Revista de Historia*, Año I, n° I, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1949, pp. 11-32.

²⁷ MÓNICA P. MARTINI, cit., p. 271.

²⁸ Ídem.

²⁹ ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN. Sala IX 7-1-5

El 17 de octubre de 1802 *El Telégrafo* repartía su último y postrero número.

Aunque no faltan autores que sostienen la existencia de una verdadera disminución de la censura inquisitorial a partir del Siglo XVIII, sorprendentemente en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, en 1812, dos años después del movimiento revolucionario de Mayo, todavía el Comisario del Santo Oficio recibía denuncias sobre la prohibida lectura de Rousseau y mandaba formar cabeza de proceso. ¡Paradojas de la historia!... Inmerso en el proceso revolucionario, que sostenía con fervor patriótico, el gobierno independiente prohijaba el conocimiento del *Contrato Social*, difundiendo su texto en las páginas de *La Gaceta* y en la “*Docta*” en la ciudad universitaria, su lectura era perseguida. El análisis del acta respectiva es significativo, el 12 de abril de dicho año de 1812 *se apersonó, sin ser llamado*, ante el Comisario del Santo Oficio, Juan Gualberto Coaraza, José Baños y Flores un vecino español de la ciudad, Notario en la Junta de Concordia, natural de Cádiz, de 37 años de edad “no cumplidos”, el cual, “para descargo de su conciencia”, denunció:

... que hace cosa de diecisiete meses estando en un billar de esa ciudad en concurso de varias gentes oyó que don Juan Gregorio de las Heras, español, alto de cuerpo, dijo que no creía en la confesión, haciendo desprecio de ella, que no cree en mas confesión que lo que enseña Rousseau, que es el autor que él sigue y que lo tiene debajo de su almohada, y que si llega a tener hijos no les había de enseñar otra doctrina que la de este autor y a lo cual se hallaron presentes varios sujetos que unos no conoce y de otros no tiene presente³⁰.

Preguntado sobre el juicio que el joven Las Heras le merecía al denunciante, acotó éste, “que era un blasfemo, que daba horror el oírlo y que a otros oyó decir lo mismo de este sujeto, y que es muy poco religioso en sus expresiones”³¹. Se le requirió luego, informara sobre los detalles del caso, e inquirido por la demora en denunciarlo al Santo oficio, replicó: “... que ignoraba la obligación que de ello tenía, y que al mismo tiempo había estado negociando en el campo y que cuando oyó al susodicho Las Heras lo que acaba de declarar le pareció estaba en su entero juicio y que de ninguna de las circunstancias tuvo corrección ni advertencias...”³².

³⁰ AAPC Santo Oficio de la Inquisición Legajo XVIII, año de 1812.

³¹ Ídem.

³² Ídem.

Cuatro días más tarde compareció a ratificar su denuncia, ante la presencia de los clérigos, presbíteros José Saturnino de Urizar y Theodoro Lozano, Clérigos presbíteros que tienen jurado el secreto, ante los cuales reconoció sus dichos: "... según él lo había dicho y se le había leído, y que estaba bien escrito y asentado. Y no había que alterar, añadir ni enmendar, porque como estaba escrito, era verdad y en ello se afirmaba y afirmó, ratificaba y ratificó ad perpetuam rei memoriam",³³ en la causa que se iniciaba contra Juan Gregorio de las Heras, "... no por odio ni mala voluntad que le tenga, sino por descargo de su conciencia..." encargándosele el secreto en forma prometida y firmando las actas junto al Comisario Inquisitorial, su Notario y los testigos.

Nada sabemos del trámite posterior que registraron estas actuaciones, sospechamos que los temores que provocaba el polémico Rousseau continuaron inquietando aún a las autoridades eclesiásticas, pero un año más tarde el Tribunal del Santo Oficio fue abolido. En la Sesión del 23 de marzo de 1813 la Asamblea General Constituyente declaraba :

Queda desde este día absolutamente extinguida la autoridad del Tribunal de la Inquisición en todos los pueblos del territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, y por consiguiente se declara devuelta a los ordinarios eclesiásticos su primitiva facultad de velar sobre la pureza de la creencia, por los medios canónicos que únicamente puede conforme al espíritu de Jesucristo, guardando el orden y respetando el derecho de los ciudadanos³⁴.

El clima creado después de la Revolución de Mayo favorecía estos propósitos. Tanto las originarias páginas de su prensa periódica, como las opiniones de los hombres que dirigían los primeros Gobiernos patrios coincidían en una cerrada crítica, sin fisuras a los Tribunales de la Inquisición.

La *Gazeta de Buenos Aires* fue un periódico escrito en Buenos Aires, entre 1810 y 1821 con el objetivo original de publicitar los actos de gobierno de la Primera Junta. Inicialmente fue redactada por Mariano Moreno con la ayuda del Manuel Alberti, y contó también con colaboraciones de Manuel Belgrano y Juan José Castelli entre otros patriotas³⁵.

³³ Ídem.

³⁴ AURELIO PRADO Y ROJAS, *Nueva Recopilación de Leyes y Decretos de la Provincia de Buenos Aires 1810-1876*, t. I, n° 116, Buenos Aires, 1877, p. 183-184.

³⁵ Fueron redactores de La *Gazeta* Mariano Moreno (7 de junio de 1810 - diciembre de 1810) Gregorio Funes (diciembre de 1810 - marzo de 1811), Pedro José Agrelo (18 de marzo de 1811 - 5 de octubre de 1811), Vicente Pazos Kanki (o Pazos Silva) (5 de noviembre de 1811 - 25 de marzo de 1812), Vicente Pazos Kanki (*Gazeta de los miércoles*) Bernardo Monteagudo

Fue fundada el 2 de junio de 1810 por la Primera Junta de Gobierno, porque “el pueblo tiene derecho a saber la conducta de sus representantes”³⁶. Su lema “Tiempos de rara felicidad, son aquellos en los cuales se puede sentir lo que se desea y es lícito decirlo”, atribuida a Cornelio Tácito. Ya en su primera edición afirmaba enérgicamente:

¿Por qué se han de ocultar a las Provincias sus medidas relativas a solidar su unión, bajo nuevo sistema? ¿Por qué se les ha de tener ignorantes de las noticias prósperas o adversas que manifiesten el sucesivo estado de la Península?... Para el logro de tan justos deseos ha resuelto la Junta que salga a la luz un nuevo periódico semanal, con el título de la Gaceta de Buenos Aires.

El 7 de junio de 1810 Mariano Moreno, escribía en *La Gazeta de Buenos Aires*:

El pueblo tiene derecho a saber la conducta de sus representantes, y el honor de éstos se interesa en que todos conozcan la execración con quien miran aquellas reservas y misterios inventados por el poder para cubrir sus delitos. El pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien, debe aspirar a que nunca puedan obrar mal. Para logro de tan justos deseos ha resultado la Junta que salga a la luz un nuevo periódico semanal con el título de Gazeta de Buenos Aires³⁷.

Pero no fue esta la única publicación de los tiempos patrios. En 1812 aparecía *El Censor* dirigido por Vicente Pazos Kanki o Pazos Silva con una fuerte prédica a favor de la tolerancia política y religiosa. *El Grito del Sur* aparecido asimismo en ese año de 1812, periódico de la Sociedad Patriótica de Buenos Aires bajo la recia pluma de Bernardo de Monteagudo y dos años más tarde,

(Gazeta de los viernes) (25 de marzo de 1812 - 5 de octubre de 1812), Manuel José García (7 de septiembre de 1812 -), Emiliano Medrano (8 de octubre de 1812 - abril de 1815), Camilo Henríquez (abril de 1815 - noviembre de 1815), Julián Álvarez (noviembre de 1815 - 1820)

³⁶ El primer número de *La Gazeta* vio la luz el día 7 de junio de 1810, fecha, fecha que luego fue elegida como el Día del Periodista por el Primer Congreso Nacional de Periodistas celebrado en Córdoba en 1938. *La Gazeta* publicaba las resoluciones oficiales, decretos y otros documentos oficiales, ofrecía noticias de actualidad tanto del extranjero como locales y contenía también los ideales del gobierno.

³⁷ *La Gazeta* protagonizó un rol destacado en la formación de opinión pública. A través de la misma Moreno enfatizaba dos principios caros a la nueva organización política: la libertad de pensamiento y la publicidad de los actos de gobierno. Desapareció el 12 de septiembre de 1821, cuando Bernardino Rivadavia decidió sustituirla por el *Registro Oficial*.

en 1814, *El Sol de las Provincias Unidas*, comenzado a publicar por Nicolás Rodríguez Peña en la Banda Oriental. Por su parte, *El Independiente* dirigido por Manuel Moreno se publicó a su vez, entre 1815 y 1816, años en los que también vio la luz *Los Amigos de la Patria y de la Juventud* dirigido por Felipe Senillosa.

Todos estos periódicos de frágil y errática prolongación en el tiempo, coincidieron, sin embargo, en una decidida e intensa crítica a favor de las libertades de prensa y de libre opinión que no debía reconocer ninguna forma de censura inquisitorial. En tal sentido testimonios elocuentes lo constituyen los siguientes fragmentos:

Emperezaba la Europa a repararse de las devastaciones de los barbaros del Norte y de las invasiones de los sarracenos que la habían sepultado en las tinieblas de la Edad Media ... cuando el genio del mal apuraba, por decirlo así, los recursos y medios más exquisitos para obstruir la difusión de las luces. El espíritu de intolerancia declaró una guerra tan atroz a la libertad de opinar que parece milagroso como no se extinguió para siempre aquella clase de hombres que la providencia reservaba para restaurar los principios saludables en algunos rincones de la tierra menos desgraciados³⁸.

España y Portugal estaban destinados a hospedar a este azote del género humano... Allí fixo su residencia y va para tres siglos que sentada en su trono de bronce hace la guerra a muerte a todo el que la contraríe... Allí se ostenta el triunfo de la intolerancia en medio de algunos millones, no tanto de hombre como de espectros escuálidos y andrajosos a quienes la miseria mas horrorosa a reducido al último extremo³⁹.

El franco clima contrario a la Inquisición fue evocado por Manuel Moreno, quien en sus páginas biográficas sobre su hermano Mariano recordaba como:

Todos los mejores autores de Europa sobre política, moral, religión, historia, etcétera, que han pasado de cuando en cuando por entre las severas prohibiciones del despotismo inquisitorial hasta Buenos Aires, han ido regularmente a parar al Perú, donde encuentran mejor recepción...siendo los que están encargados de estorbar la circulación de semejantes obras los mismos que las solicitan y colocan con preferencia en sus estantes⁴⁰.

³⁸ El Censor, martes 7 de enero de 1812.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ MANUEL MORENO, *Vida y Memorias del Dr. Don Mariano Moreno*. Senado de la Nación. Biblioteca de Mayo, Colección de Obras y Documentos para la Historia Argentina. Tomo II, Autobiografías. pp. 1166/7. Buenos Aires, 1910.

La situación se replicaba en otros escenarios de la extensa geografía americana. Mientras San Martín era Protector del Perú, en el año 1822⁴¹, Protectorado que se extendió durante un año y 17 días, se cambió el nombre de la Plaza de la Inquisición de Lima, por el de “Plazuela de la Constitución”.

Un párrafo del Decreto del 6 de julio de 1822 explicaba: “...Aquel sitio será tan memorable en lo sucesivo, como ha sido antes odioso por hallarse en él situado el Tribunal del Santo Oficio, donde han gemido tantas víctimas bajo el imperio de la superstición y de la tiranía política”.

Y continuaba:

Sus calabozos eran en los últimos tiempos la mansión de los más ilustres patriotas. y desde el fondo de su lóbrego y mortífero recinto se han elevado al Cielo clamores que no han dejado de ser oydos... concluyendo: “Justo es que se conserve la memoria de las causas y época de este cambio, y que el paraje a donde tantos se han acercado temblando de horror, ofrezca un monumento cuya magnificencia se aumente cada año, y sirva de consuelo a los que mediten la opresión en que han vivido las generaciones pasadas...”⁴².

Este es pues el clima que rodeó y sustentó la abolición de la Inquisición, en el Río de la Plata, efectuada por la Soberana Asamblea General Constituyente del Año XIII. Un Congreso de Diputados de las Provincias Unidas del Río de la Plata convocado por el Segundo Triunvirato, reunida en Buenos Ai-

⁴¹ El Protectorado de San Martín fue el gobierno provisorio ejercido por el General de la Expedición Libertadora del Perú, José de San Martín tras la proclamación de la independencia efectuada en Lima, el sábado 28 de julio de 1821, sobre el territorio peruano entonces liberado del dominio virreinal. San Martín asumió oficialmente el mando político y militar de los departamentos libres y el título de Protector, por decreto suyo del viernes 3 de agosto. El mismo renunció al cargo el viernes 20 de setiembre de 1822, fecha de la instalación del Congreso Constituyente que convocó el 27 de diciembre del año anterior y el cual depositó el día siguiente en la flamante Junta Gubernativa los poderes devueltos por el General.

⁴² GACETA DEL GOBIERNO DE LIMA INDEPENDIENTE. TOMOS I A III. JULIO DE 1821 A DICIEMBRE DE 1822, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, 1950, p. 549. El Decreto disponía asimismo la erección de un monumento constituido por una columna Trajana “... restableciéndose cerca de su base la fuente publica que antes existió allí. La columna será coronada por una estatua pedestre que represente al protector del Perú señalando el día en que proclamo la libertad realizado en el pedestal con caracteres de oro. En la base se inscribirá el día en que se instale el Congreso Constituyente del Perú”.

res cuya sesión inaugural se llevó a cabo en el edificio del Consulado de Buenos Aires, el 31 de enero de 1813, y que no alcanzó a cumplir con ninguno de los dos objetivos por la que había sido convocada: *Declarar la Independencia y dictar una Constitución*⁴³.

⁴³ El 24 de octubre de 1812, el Segundo Triunvirato ordenó el número de diputados que le correspondería concurrir a la Asamblea en razón de su importancia, a la capital Buenos Aires, a las capitales de cada provincia o intendencia y a cada ciudad dependiente, con excepción de San Miguel de Tucumán, que como recompensa por el reciente triunfo sobre el ejército realista, elegiría dos diputados.

LA NORMATIVA SOBRE CORREGIDORES EN INDIAS DURANTE
EL SIGLO XVIII

THE NORMATIVE ABOUT CORREGIDORES IN INDIAS DURING
THE 18th CENTURY

AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR
Universidad de Alicante (España)
agustin.bermudez@ua.es

Resumen: Durante el siglo XVIII la institución del corregidor se consolida en la Península mientras que en Indias, por el contrario, el corregidor sufre una profunda crisis institucional. Los abusos y corruptelas cometidos en el ejercicio de su cargo, por un lado, y sus funciones al servicio de la política reformista de los Borbones, por otro, le hicieron destinatario de una gran cantidad de disposiciones. Toda esta legislación fue no solamente profusa sino también muy casuística, características ambas que dificultaron su conocimiento y aplicación. Los repertorios legislativos y comentarios doctrinales que por esas fechas se elaboran no aportaron soluciones válidas al problema.

Palabras clave: corregidores, Indias, siglo XVIII, derecho indiano, repertorios legislativos, comentarios doctrinales.

Abstract: Whereas the institution of *corregidor* is consolidated in the Peninsula during the eighteenth century, in the Indies, the *corregidor* undergoes a deep institutional crisis. The abuses and corruption in the exercise of his office, on the one hand, and their tasks in service of the reformist policies of the Bourbons, on the other, both caused the appearance of a lot of provisions concerning corregidores. All this legislation was not only profuse but also very casuistry, and for this reason their knowledge turned out very difficult. The making of legal repertoires and legislative comments by jurists failed to solve the problem.

Keywords: corregidores, Indias, 18th century, Indiano Law, legislative repertoires, doctrinal comments.

Sumario: 1. El marco de referencia peninsular: consolidación institucional del corregidor castellano. 2. La distinta trayectoria del corregidor en Indias: su profunda crisis institucional. 3. Persistente complejidad y casuismo en la normativa sobre corregidores indianos. 4. Paliativos a las dificultades de conocimiento de la normativa: los repertorios legislativos y los comentarios a la Recopilación de Indias.

Este estudio sobre el corregidor en Indias es continuación de dos anteriores que lo han precedido. El primero consistió en una inicial aportación sobre el

tema en referencia al siglo XVI¹. El segundo prosiguió el análisis de dicha temática durante el XVII². La participación en el XIX Congreso del Instituto ha deparado la posibilidad de completar esta breve panorámica con el análisis de la problemática que al respecto se desarrolla durante el siglo XVIII.

1. El marco de referencia peninsular: consolidación institucional del corregidor castellano

Así como en los siglos XVI y XVII la legislación sobre los corregidores castellanos ofreció un válido marco referencial para Indias, en el XVIII tal proceso se interrumpe. La razón fundamental de ese hecho hay que buscarla en el diferente *iter* institucional que a lo largo de ese siglo va a recorrer el corregidor en España y en Indias.

En los territorios peninsulares, el corregidor borbónico³ conoce un importante proceso de consolidación institucional. Así lo prueba, por un lado, el hecho de la implantación del oficio en los territorios de la Corona de Aragón tras la Guerra de Sucesión. Y así lo corrobora también, por otro lado, su exitosa confrontación con una novedosa institución que de alguna manera parecía que podría desplazarle: el intendente. Este oficial, que empieza a aparecer en la Península hacia 1711, tendrá su primera regulación normativa en 1718 al ritmo de una implantación parcial y progresiva. Sin embargo, en 1721 los intendentes comenzaron a ser abolidos parcialmente para serlo definitivamente en 1728. A este primer periodo de diez años de vida institucional le volverá a seguir un segundo periodo de nueva instauración de intendentes de provincia entre los años 1749 a 1766. En esta última fecha Carlos III separa definitivamente ambos oficios, delimitando con relativa precisión los respectivos ámbitos competenciales de cada uno de ellos: justicia y policía, los corregidores, y ejército y hacienda los intendentes.

A esta consolidación institucional del corregidor le acompañará una importante reestructuración del oficio a partir de su consiguiente regulación

¹ AGUSTÍN BERMÚDEZ, “La normativa sobre corregidores en Indias durante el siglo XVI”, en *Libro homenaje al Dr. Ricardo Zorraquín Becú* (en curso de publicación).

² AGUSTÍN BERMÚDEZ, “La normativa sobre corregidores en Indias en el siglo XVII”, *XVIII Congreso Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Córdoba (Argentina), 2016, pp. 411-438.

³ Se ha seguido para esta síntesis a BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1970, cap. IV.

normativa. Ésta normatividad se produce lógicamente tras su afianzamiento en el organigrama administrativo peninsular durante los años ochenta del siglo XVIII y se concreta en dos importantes disposiciones.

La primera tiene lugar a instancias de Campomanes mediante una real cédula de 21 de abril de 1783. En ella se fijan las bases de una auténtica carrera profesional del corregidor a partir de su articulación en tres escalafones calificados con la correspondiente denominación de: entrada, ascenso y término. Cada uno de ellos tenía seis años de duración y una dotación económica más ventajosa respecto a la que hasta ese momento disfrutaban.

La segunda e importante disposición normativa sobre corregidores peninsulares es la contenida en una real cédula de 15 de mayo de 1788 por la que se pone en vigor una nueva *Instrucción de Corregidores*, que en setenta y cinco artículos regula sus funciones y cometidos. Esta disposición será complementada (pero tan sólo en cuestiones concretas) por otra real cédula de Carlos IV de 7 de noviembre de 1799. Así pues, con estas nuevas normas la institución deja atrás las viejas *Ordenanzas de 1648* y resulta notablemente renovada.

2. La distinta trayectoria del corregidor en Indias: su profunda crisis institucional

Pues bien, estos eventos tan característicos de la dinámica del corregidor peninsular no tienen parangón en Indias. Y es que, a diferencia de la Península, en Indias no se advierte ningún proceso de consolidación institucional. En Indias lo que se advierte es una institución sumida en una acentuada crisis.

A diferencia de la Península, en Indias la institución no sólo no se expande más de lo que ya estaba implantada en el siglo XVII sino que, por el contrario, en el XVIII se observa que su presencia sufre un proceso evolutivo decreciente en algunos ámbitos territoriales indios. Dos ejemplos pueden servir de muestra. El primero es relativo a la Nueva España. En 1553 en dicho territorio se proveían 153 corregimientos y 45 alcaldías mayores, a la altura de 1786 son 14 los corregimientos existentes y 116 las alcaldías mayores⁴. El segundo está referido al reino de Guatemala; mientras que en 1600 se conta-

⁴ CARLOS MOLINA ARGÜELLO, "Gobernaciones, alcaldías mayores y corregimientos en el reino de Guatemala", *Anuario de Estudios Americanos*, 17, 1960, pp. 105-132. Concretamente aquí p. 107.

bilizan 19 corregimientos, en 1700 tan sólo había 8, y en 1787 eran ya únicamente 2⁵.

Por otro lado, también en Indias el corregidor deberá enfrentarse a la progresiva implantación de la institución de la intendencia. Pero a diferencia de Castilla la presencia de este nuevo oficial en muchos ámbitos territoriales indianos terminará extinguiendo al corregidor o, en el mejor de los casos, marginándole y dejándole supeditado a la superioridad jerárquica y funcional del intendente. Este proceso en la Península en modo alguno acontece.

Además de la incidencia de estos importantes factores, en la decadencia institucional del corregidor indiano operaron otras causas, específicamente indianas y, por lo tanto, no parangonables a otras similares de la Península. Entre ellas no debió serlo menos la inexistencia de una profunda reforma institucional que pusiera fin a las deficiencias y corruptelas de las que la institución ya adolecía en el XVII y que, al no haber sido erradicadas en su momento, ahora se consolidan⁶. El resultado será un acusado y rutinario continuismo institucional que ahonda en el descrédito del oficial indiano a lo largo del siglo XVIII.

Difícil resultaría enumerar en su totalidad las corruptelas y abusos que afectaban al oficio de corregidor en Indias. No sería exagerado indicar que las mismas aparecían de manera concatenada desde el mismo momento de la pretensión al oficio hasta las últimas actuaciones que ponían término a sus funciones. Así pues, a la luz de las denuncias y críticas recaídas sobre el corregidor indiano, éste depara la fisonomía institucional de un oficio que en múltiples ocasiones se ha obtenido beneficiando su nombramiento, lo que ocasiona que, en general, el titular carezca de unas mínimas capacidades de gobierno y que intente no sólo resarcirse de las inversiones y gastos efectuados en la consecución del oficio sino claramente enriquecerse con el ejercicio del mismo⁷. Para conseguirlo acudirá sin ningún escrúpulo a cualquier

⁵ *Ibidem*, *ibidem* nota anterior, p. 128.

⁶ Tal, por ejemplo, la utilización del beneficio en la provisión de oficios de corregidores. Véase al respecto FERNANDO MURO ROMERO, “El beneficio de oficios públicos con jurisdicción en Indias. Notas sobre sus orígenes”, *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, 5 (1980), pp. 311-359. También proporciona referencias al respecto. ANGEL SANZ TAPIA, “Provisión y beneficio de cargos políticos en Hispanoamérica (1682-1698)”, *Estudios de Historia social y económica de América*, 15, 1997, pp. 107-122, especialmente p. 113.

⁷ Sobre las negativas consecuencias de la política de beneficios de oficios en Indias, y en concreto de corregidores, véase para el virreinato del Perú: ALFREDO MORENO CEBRIÁN, “Venta y beneficios de los corregimientos peruanos” *Revista de Indias*, XXXVI, nº 143-144, 1976, pp. 213-246. Para la Nueva España: HORST PIETSCHMANN, “Alcales mayores, corregidores und subdelegados. Zum problem der distriksbeamtschaft

medio que se lo facilite, aunque sea ilegal, puesto que al final de su mandato contará con la impunidad de un juicio de residencia las más de las veces manipulado y benévolo.

No debe creerse que tal fisonomía se haya elaborado a partir de interesadas y malévolas acusaciones. Su origen, por el contrario, tiene variadas y a la vez creíbles procedencias. Incluso algunas de ellas hacen acto de presencia en la propia documentación oficial.

Por ejemplo, en los informes de los visitadores. Es el caso del elaborado por Gálvez en 1771 para entregarlo, por mandato real, al virrey Bucarelli. En el mismo Gálvez no duda en realizar una dura crítica de los corregidores de la Nueva España y aconsejarle al nuevo virrey su apoyo a la puesta en marcha de la implantación de intendentes⁸.

Denuncias similares se advierten en los propios informes o memorias de gobierno dadas por los virreyes a sus sucesores en el cargo. En los del Perú se encuentran ejemplos paradigmáticos. Así el que D. José de Armendáriz, conde de Castelfuerte, entrega a su sucesor el marqués de Villagarcía en 1736. Su texto, en lo que se refiere a los corregidores, es denunciatorio de sus conocidos fraudes aunque –según advierte el propio representante real– son “disimulados” cuando no alcanzan gravedad⁹. También reviste gran interés

im vizekönigreich Neuspanien”, *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*, 9, 1972, pp. 173-270. Del mismo: “Burocracia y corrupción en Hispanoamérica colonial”, *Acomodos políticos, mentalidades y vías de cambio*, México, Colegio de México, 2016, pp. 245-273.

⁸ “Expuse con claridad y al auxilio de la experiencia, los males que causan en las provincias los corregidores y alcaldes mayores que en esta gobernación y en la de Guadalajara llegan a cerca de doscientos, pues constituidos en la triste necesidad de buscar medios con que mantenerse, satisfacer los empeños que traen, y retirarse con algún caudal, no perdonan comúnmente arbitrio por injusto o extraordinario que sea a fin de llenar estos objetos, y como no pueden conseguirlo sin notable perjuicio del rey y detrimento de sus vasallos, vienen a ser igualmente gravosos al erario y a los pueblos”. Sigue Gálvez denunciando las defraudadoras prácticas del oficial sobre el impuesto de alcabalas y los obstáculos que interpone al libre comercio mediante la práctica de los repartimientos de géneros. Gálvez no duda en aconsejar al virrey que más beneficio le podría reportar tener a sus órdenes a doce intendentes que “sufrir y contener doscientos hombres infelices con sólo el nombre de jueces que, constituidos en inferior esfera y a esfuerzos de la codicia, labran su fortuna sobre la ruina del erario y de los pueblos”. (*Informe general que en virtud de real orden instruyó y entregó el Excmo. Sr. Marqués de la Sonora, siendo visitador general de este reino al Excmo. Sr. virrey Frey D. Antonio Bucarely y Ursua con fecha 31 de diciembre de 1771*, México, Santiago White, 1867, p. 17.

⁹ “Los corregidores suelen tener sus excesos con los indios, y comercian contra lo establecido por las leyes; pero el comercio se disimula cuando no hay circunstancias de vio-

el informe del virrey Manso de Velasco, conde de Superunda a su sucesor D. Manuel Amat. En las páginas dedicadas a tratar sobre los corregidores, y concretamente sobre el tema de sus repartimientos de géneros, se trasluce una posición conciliatoria del virrey sobre el tema. Por una parte el virrey admite la ilegal y habitual práctica de dichos repartimientos, su conocimiento y la condescendencia tenida con ella pero, por otra, no deja de justificar dicha práctica ante la escasez del sueldo del oficial y de los posibles beneficios que tales repartimientos podían reportar a la población indígena. La solución, a la que el propio virrey ha contribuido con su pertinente informe a la Corte, no es otra que la de intentar una conciliación entre legalidad y pragmatismo mediante la instauración de una Junta que controlaría y fijaría el precio de los productos suministrados por los corregidores para así evitar abusos, esto es, legalizar una práctica ilegal. El propio virrey suministra noticias a su sucesor sobre la efectiva puesta en marcha del nuevo sistema¹⁰.

De otro lado, un similar panorama crítico respecto a la actuación de los corregidores cabe encontrar en algunas referencias de carácter particular. Recuérdense, por ejemplo, las duras críticas contenidas en las páginas de las *Noticias Secretas* de Jorge Juan y Antonio de Ulloa referidas a los abusos y

lencias o excesos en el repartimiento; a veces, hecha la sumaria, he bajado a algunos, y remitido su causa al acuerdo de justicia, en que los han dado por libres, pretextando que semejantes causas tienen su lugar en la residencia de dichos corregidores; lo que es muy perjudicial porque se dilata el escarmiento; como que el virrey no sea dueño de darle por sí a los indios, es necesario oírlos con la debida cautela porque con diferencia de poco tiempo testifican las cosas contrarias y ambas bajo juramento”. (*Memorias de los virreyes que han gobernado el Perú durante el tiempo del coloniaje español*, edic. de M. A. FUENTES, Lima, Felipe Bailly, 1859-1860, t.3, p. 365). Una más amplia referencia sobre la labor de gobierno de este virrey con la inclusión en Apéndice de su relación de gobierno puede verse en ALFREDO MORENO CEBRIÁN, *El virreinato del marqués de Castelfuerte, 1724-1736. El primer intento borbónico de reformar el Perú*, Madrid, Catriel, 2000.

¹⁰ *Memorias de los virreyes que han gobernado el Perú*, cit., t.4, pp. 151-157. Véase la edición y estudio de ALFREDO MORENO CEBRIÁN, *Relación y documentos de gobierno del virrey del Perú José A. Manso de Velasco, conde de Superunda (1745-1761)*, Madrid, CSIC, 1983; especialmente aquí p. 78 y ss. Para un amplio análisis de la situación peruana sobre dicho tema véase del mismo autor: *El corregidor de indios y la economía peruana del siglo XVIII: los repartos forzosos de mercancías*, Madrid, CSIC, 1977. Para la Nueva España: HORST PIETSCHMANN, “El comercio de repartimiento de los alcaldes mayores y corregidores en la región de Puebla-Tlaxcala en el siglo XVIII”, *Estudios sobre política indigenista española en América. Simposio conmemorativo del IV centenario del padre Las Casas*, Valladolid, Universidad, 1977, v. 3, p. 147 y ss. Este estudio se encuentra también incluido en sus *Acomodos políticos*, cit., pp. 301-315.

atropelías de todo género que por los años de su visita, hacia 1737, eran cometidas por los corregidores peruanos sobre la población indígena¹¹.

En suma, tanto estas referencias oficiales como las particulares que se formulan sobre la conducta de los corregidores, las incontables demandas ante los tribunales denunciando sus ilegalidades, e incluso los propios desórdenes y rebeliones de la población nativa contra ellos son muestra inequívoca, en definitiva, del cariz que la institución había tomado en algunos ámbitos indios.

Las opciones gubernativas que desde la Corte podían adoptarse para poner fin a esta situación se movían dentro de una escala de medidas que podían ir desde las más radicales de supresión del oficio a las más lenitivas de mantenerlo aunque con la puesta en marcha de los adecuados correctivos que permitieran acabar con las deficiencias estructurales del oficio y las prácticas abusivas de los titulares.

La opción de prescindir de la institución venía de lejos y había sido ya barajada en el Consejo de Indias en el siglo XVII. Sin embargo, el vacío funcional y consiguientes problemas que con dicha solución podían generarse hicieron desistir de su puesta en marcha. En el XVIII tampoco se descartará tal radical medida, aunque tan sólo se llevará a efecto de forma parcial y progresiva a partir de la tardía fecha del último cuarto de la centuria con la introducción de los intendentes.

Por lo tanto, y consecuentemente, a lo largo de casi todo el setecientos prevaleció la opción del mantenimiento de la institución. Pero mantener la institución, haciéndola objeto de una profunda reestructuración, al modo de la que se pondría en vigor en la Península en 1783 y 1788, no llegó a ser una opción contemplada para Indias. Por el contrario, lo que se hizo fue utilizar normas concretas para solucionar problemas concretos en espacios territoriales concretos. Tal casuismo ocasionó, como fácilmente puede colegirse, una normativa enormemente abundante y por lo tanto difícil de conocer y aplicar.

3. Persistente complejidad y casuismo en la normativa sobre corregidores indios

En la galaxia de normas que gravitaban sobre el corregidor indiano, y que de una u otra forma le afectaban, habría que considerar tanto los órganos emi-

¹¹ JORGE JUAN-JUAN ANTONIO DE ULLOA, *Noticias secretas de América*, Madrid, Editorial América, 1918, t.1, segunda parte, cap. I, pp. 251-287.

sores de las mismas cuanto la tipología normativa utilizada por esos distintos órganos.

En cuanto a los órganos emisores, pese a que en último término la actividad legislativa tenía una procedencia regia, en su nombre y por su delegación, la misma era ejercida por los pertinentes órganos y oficiales facultados para ello. En la Península lo fueron: tanto el Real y Supremo Consejo de Indias, órgano multiseccional del supremo gobierno de los territorios indios, cuanto los Secretarios del Despacho Universal, y concretamente el de Indias, novedoso alto oficial instaurado en el XVIII que gozaba de facultades normativas. Por su parte, al otro lado del Atlántico, la actividad legislativa ejercida de forma delegada por virreyes, presidentes, gobernadores y audiencias seguirá produciendo igualmente un abundante segundo contingente normativo.

Respecto a la tipología normativa utilizada, la misma variaba mucho y no había necesariamente un determinado tipo de norma para un específico tipo de tema o problema, sino que la elección de la misma obedecía a consideraciones muy diversas.

En función de su mayor solemnidad habría que considerar en primer término el uso de las *reales provisiones*. Las procedentes vía Consejo, normalmente emitidas previa consulta real, podían tener un muy variado destinatario. Las hubo tanto dirigidas a todo el ámbito indiano¹² como para determinados territorios del mismo e incluso para un destinatario personal, como eran las provisiones emitidas por la Cámara de Indias para los nombramientos de corregidores¹³. Este tipo normativo también se utilizó en vía reservada por los Secretarios de Estado y del Despacho de Indias, quienes desde 1717 estaban facultados para validarlas¹⁴. En Indias los virreyes utilizaron también reales provisiones, entre otros fines, para los nombramientos de los titulares de los corregidores adscritos a sus facultades de libre disponibilidad. Igual hicieron las Audiencias indianas, tal y como, por ejemplo, nos transmite Ventura Beñena con referencia a la Real Audiencia de la Nueva España¹⁵.

¹² Véase como ejemplo la real provisión ejecutoria de 13 de enero de 1711 entre cuyos destinatarios se encuentran los corregidores. (JOAQUÍN REAL DÍEZ, *Estudio diplomático del documento indiano*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano Americanos, 1970, p. 193.

¹³ RAFAEL GARCÍA PÉREZ, *El Consejo de Indias durante los reinados de Carlos III y Carlos IV*, Pamplona, Eunsa, 1998, p. 287.

¹⁴ BERNARD GILDAS, *Le Secrétariat d'État et le Conseil Espagnol des Indes (1700-1808)*, Genève, Droz, 1972, p. 12 y ss.; MARGARITA GÓMEZ GÓMEZ, *Forma y expedición del documento en la Secretaría de Estado y del Despacho de Indias*, Sevilla, Universidad, 1993, p. 234.

¹⁵ Por ejemplo, la real provisión de dicho alto tribunal fechada el 17 de agosto de 1784

Un específico y característico tipo de provisión, las *Ordenanzas*, se seguirán utilizando para regular el funcionamiento de organismos de ámbito general o territorial que incidieron en la actividad del corregidor. Tal ocurre con las emitidas vía Consejo para organizar el funcionamiento de las Reales Audiencias indianas. En las ordenanzas de dichos altos tribunales se solían incluir preceptos referidos a los corregidores, tal y como, por ejemplo, se constata en las ordenanzas de la Audiencia de Buenos Aires de 1786¹⁶.

En cuanto a las *reales cédulas*, las mismas siguen siendo un tipo de disposición muy usado a lo largo de todo el siglo XVIII en cuanto instrumento normativo de comunicación y mandato de todo tipo de asuntos relativos a corregidores. A su todavía cierta solemnidad se aunaba su mayor sencillez y pragmatismo, características de las que carecía la provisión. Buena prueba de su abundancia lo constituyen sus colecciones, los libros cedularios, siempre presentes en los distintos altos órganos de la administración peninsular y americana. Respecto a sus emisores las hubo vía Consejo o bien vía Secretario del Despacho. Las reales cédulas emitidas vía Consejo muchas veces se utilizaron meramente para vehicular en su interior otros tipos de normas, como los reales decretos¹⁷ y las reales órdenes. Esta fue una práctica que no agradaba especialmente al Consejo en cuanto que lo convertía en un mero transmisor de disposiciones en las que su intervención había sido prácticamente nula. También las hubo emitidas por la vía reservada del Secretario del Despacho de Indias, sobre todo en su constante comunicación con los virreyes. En cuanto a sus posibles destinatarios éstos podían ser muy variados. Las hubo generales para el conjunto de las Indias¹⁸, para dos autoridades de

por la que se dispone que los corregidores no puedan nombrar tenientes por precio o dádiva. (*Recopilación sumaria de las providencias de este superior gobierno posteriores a las recopiladas por el señor Montemayor, y de las reales cédulas y ordenanzas que después de publicada la Recopilación de Indias han podido recogerse*, México, Felipe Zúñiga, 1787, p. 197, n. 355).

¹⁶ Ordenanzas 33, 41, 42, 43, 89 y 199. En JOSÉ SÁNCHEZ ARCILLA BERNAL, *Las ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 260, 262, 271 y 288 respectivamente.

¹⁷ Varios ejemplos pueden encontrarse en el *Cedulario americano del siglo XVIII* ed. de ANTONIO MURO, t.2, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano Americanos, 1969, doc. 93 (p. 140), 304 (p. 458), También en el t.3, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano Americanos, 1977, doc. 65, p. 103-110.

¹⁸ Con carácter general para Indias y Filipinas, en MURO, *Cedulario americano*, cit., t. 3, doc. 89, p. 173.

un mismo distrito¹⁹, para virreyes²⁰, para Audiencias²¹, para los fiscales de la misma²², para los oficiales de la Real Hacienda²³, para concejos y regimientos²⁴, para corregidores²⁵, etc. En el ámbito virreinal la traducción tipológica de las reales cédulas serían los *mandamientos* o mandatos de gobernación y su más específica concreción: los *bandos*. De ambos, tipos son innumerables los referidos más o menos directamente a corregidores.

Aun perteneciendo a la familia tipológica de las reales cédulas, las *Instrucciones* tenían una personalidad diferenciada. Su uso también siguió siendo muy frecuente durante el siglo XVIII. Ejemplo paradigmático de las mismas eran las que se entregaban a los virreyes antes de iniciar su mandato, tanto las que tenían un carácter público como las secretas. En ambas se solían contener disposiciones referidas a corregidores. Sirvan de ejemplo las generales dadas en 1755 al marqués de las Amarillas tras nombrarle virrey de la Nueva España²⁶. Por su parte, también los virreyes dieron con frecuencia sus propias instrucciones para reglar actuaciones de distintos oficiales del virreinato, entre los que obviamente se contaban los corregidores.

¹⁹ En 4 de noviembre de 1711 para el virrey y la Audiencia del Perú, en “Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales” incluido por JUAN JOSÉ MATRAYA Y RICCI en su obra el *Moralista Filalético Americano*, ed. facsimilar del original de Lima, Bernardino Ruiz, 1819, realizada por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978, doc. 358, p. 288. Otra de 1 de octubre de 1714 dirigida al Presidente y Audiencia de Santo Domingo, en MANUEL JOSÉ DE AYALA, *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*, ed. de MARTA DEL VAS MINGO, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1989, t.4, p. 285, ap. 16.

²⁰ De 10 de febrero de 1716, al virrey de la Nueva España, en AYALA *Diccionario*, cit., p. 216, ap. 18. Al virrey del Perú en 24 de enero de 1721, en MATRAYA, *Catálogo*, cit., doc. 471, p. 298. Al virrey de Santa Fe en 31 de mayo de 1755, en AYALA, *Diccionario*, cit., p. 287, ap. 23.

²¹ De 10 de febrero de 1716 a las Audiencias de la Nueva España, en MURO, *Cedulario*, cit., t.2, doc. 371, pág. 473.

²² De 10 de febrero de 1716 a los Fiscales de las Audiencias de la Nueva España, en MURO, *Cedulario*, t.2, doc. 312, p. 474. De 10 de febrero de 1720 al Fiscal de la Audiencia de Chile, en AYALA, *Diccionario*, cit., p. 286, ap. 19.

²³ De 5 de mayo de 1716 a los oficiales de la Real Hacienda de Lima, en MURO, *Cedulario*, cit., t.2, doc. 315, p. 488.

²⁴ De 12 de mayo de 1717 a los concejos y regimientos del Perú, en MURO, *Cedulario*, cit. t. 2, doc. 328, p. 512.

²⁵ De 22 de agosto de 1738 a los corregidores de Cuzco, Guamanga, Arequipa y Paz, en MURO, *Cedulario*, cit., t.3, doc. 102, p. 215.

²⁶ En *Instrucciones que los virreyes de la Nueva España dejaron a sus sucesores*, México, Imprenta Imperial, 1867. En p. 58 y ss. se contiene la “Instrucción general que trajo de la Corte el marqués de las Amarillas expedida por la vía del Consejo”; en ella los apartados 22 y 23 están referidos a corregidores.

Emparentadas con las reales cédulas se encontraban las simplemente denominadas *cartas reales*, y específicamente un tipo de ellas que eran las procedentes de los órganos colegiados: las *cartas acordadas*, que en el caso del Consejo de Indias y de las Audiencias se conocían como *autos acordados*. Su uso prosigue en el XVIII, y entre ellas las hubo dirigidas a corregidores. Entre los múltiples ejemplos citables podría aducirse para la Real Audiencia de la Nueva España el auto acordado de 11 de agosto de 1760 disponiendo que los escribanos de cámara no tramitaran los títulos de corregidores que no estuvieran debidamente cumplimentados²⁷.

A medida que avanza el siglo XVIII, a la abundante utilización de las reales cédulas en toda su diversa tipología se suma el uso cada vez más creciente de reales decretos y reales órdenes.

Los *reales decretos* constituían un documento de simple suscripción real, que por su carácter expeditivo eran muy utilizados, sobre todo para asuntos de gobierno y administración. También solían usarse en aquellos casos en que se deseaba transmitir disposiciones de carácter general a cumplir por un amplio número de autoridades, entre las que estaban los corregidores²⁸. En muchos casos se utilizaban para vehicular otro tipo de disposiciones como, por ejemplo, los reglamentos.

Por su parte, las *reales órdenes*, por su sencillez y menor formalidad, constituirán el instrumento legislativo preferido para impulsar la política reformista por parte de las distintas Secretarías, y por supuesto de la Secretaría de Indias. Mediante ellas el Secretario, único suscriptor del texto, comunicaba a las autoridades indianas (entre las que se encontraban obviamente los corregidores) las más diversas disposiciones de gobierno²⁹.

²⁷ “Que los Escribanos de Cámara no reciban ningún despacho o título de gobernador, corregidor o alcalde mayor sin estar refrendado, sellado y afianzado y hecho el juramento, y asentado el auto a continuación de los títulos se pasaran a los oficios del Superior Gobierno”. (EUSEBIO VENTURA BELEÑA, *Recopilación sumaria de todos los autor acordados de la Real Audiencia de esta Nueva España que desde el año de 1677 hasta el de 1786 han podido recogerse*, México, Felipe de Zúñiga 1787, p. 13, auto XL).

²⁸ De 19 de octubre de 1715, en AYALA, *Diccionario*, cit., p. 293, ap. 11. De 26 de agosto de 1748, en ibídem, ibídem, p. 293, ap. 12. De 28 de mayo de 1751, en ibídem, ibídem, p. 287, ap. 21. De 15 de junio de 1751, MURO, “Legislación general de Fernando VI para las Indias hispanas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50 (1980), p. 38.

²⁹ De 2 de septiembre de 1751 al virrey del Perú, en AYALA, *Diccionario*, cit., p. 293, ap. 15. De 21 de diciembre de 1762 a la Cámara de Indias, en AYALA, *Diccionario*, cit., t.4, p. 296, ap. 20.

4. Paliativos a las dificultades de conocimiento de la normativa: los repertorios legislativos y los comentarios a la *Recopilación de Indias*

No existió para Indias una normativa orgánica sobre sus corregidores que tuviera una entidad similar a la dada en la Península en 1783 y 1788 para los suyos. Por lo tanto, el oficial indiano tan sólo contará durante el XVIII con el conjunto normativo integrado por los preceptos que sobre él se recogen en la *Recopilación de Indias* de 1680. El resto de su preceptiva estaba integrada por una variadísima y abundantísima regulación casuística que creó a la larga un corpus normativo de muy difícil conocimiento y aplicación³⁰.

Los repertorios legislativos

Para subsanar en la medida de lo posible el creciente problema del conocimiento de la normativa vigente en Indias (problema que afectaba también a los altos órganos de gobierno indiano radicados en la Península) hicieron acto de presencia desde finales del XVIII algunos repertorios legislativos en los que se articulaban las más importantes normas emanadas de la autoridad real. En los mismos, las disposiciones, estuvieran o no estrictamente ordenadas por orden cronológico, casi siempre terminaban siendo referenciadas alfabética y temáticamente para así facilitar su consulta.

En la Península, los repertorios cronológicos de legislación que podrían calificarse de generales contienen escasas o nulas referencias legislativas a Indias y por ende a sus corregidores.

Tal vez uno de los ejemplos más elocuentes sea el *Teatro de la legislación universal de España e Indias* de Antonio Xavier Pérez y López. En él la voz *corregidores* ocupa, en efecto, un extenso apartado en el que la referencia a Indias se limita a extraer las normas de la *Recopilación de 1680*. Sin

³⁰ Sobre las dificultades que entrañaba el conocimiento de la normativa jurídica vigente en el siglo XVIII véanse las referencias que suministra JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO en *El conocimiento del Derecho a fines del siglo XVIII y principios del XIX*, insertas como “Advertencia Preliminar” a la ed. de MATRAYA, *Catálogo cronológico*, ed. cit., pp. 9-29. Una amplia panorámica general sobre los esfuerzos realizados a nivel oficial y particular para conseguir una puesta al día del conocimiento de la normativa vigente en Indias puede verse en MIGUEL LUQUE TALAVÁN, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, Madrid, CSIC, 2003, especialmente pp. 229-247.

embargo, dicho extracto no es seguido del epígrafe “Reales resoluciones de Indias no recopiladas”, que habitualmente se suele insertar en otras voces del propio *Teatro*. De aquí la escasa o nula utilidad que el famoso diccionario proporcionaba respecto a la concreta legislación indiana sobre corregidores habida con posterioridad a la Recopilación³¹.

Similar escasez de referencias se observa también en el *Extracto puntual* de Santos Sánchez referido a la legislación del reinado de Carlos III. En dicho repertorio las cinco disposiciones que sobre corregidores se recogen en su edición de 1792 no están ni tan siquiera referidas a territorio indiano³².

Tampoco ocurre algo diferente en el *Prontuario* de Severo Aguirre, donde las voces *corregidores* y *corregimiento* no recogen ningunas disposiciones referidas a Indias³³.

El contrapunto a estas pobres referencias se encuentra en el rico acerbo legislativo reunido en el *Cedulario Indico* de Manuel José de Ayala, cuya consulta viene facilitada por su propio *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*³⁴. En éste Diccionario la voz *corregidores* remite a 29 disposiciones del *Cedulario* y la voz *corregimiento* a 28, insertándose todas ellas por orden cronológico. Numéricamente, del conjunto total de estas 57 disposiciones algo más de la mitad están referidas al siglo XVIII, siendo reales cédulas casi la mitad de estas últimas. La temática abordada en dichas normas es muy casuística, y está referida a concretos ámbitos geográficos y, dentro de ellos, a puntuales problemas. Entre éstos los más reiterados son los relativos a disfuncionalidades en el nombramiento del oficial, prácticas abusivas de los corregidores y deficiencias usuales en la toma de sus residencias. Las disposiciones generales son muy escasas, destacando entre ellas el real decreto de 28 de mayo de 1751 estableciendo para todas las Indias la Junta y el arancel de los repartos de géneros a efectuar por los corregidores.

³¹ Madrid, 1791-1798, 28 tomos. En general sobre corregidores el t.9, (Madrid, 1794) y en especial sobre la legislación indiana a ellos referida las pp. 260-280.

³² *Extracto puntual de todas las pragmáticas, cédulas, provisiones, circulares, autos acordados y otras providencias publicadas en el reinado del Señor Don Carlos III*, Madrid, Vda. de Marín, 1792, 2 vols. En el volumen segundo se contiene un índice alfabético de asuntos en el que se recogen las voces *corregimientos* y *corregidores*.

³³ *Prontuario alfabético y cronológico por orden de materias de las instrucciones, ordenanzas, reglamentos y pragmáticas y demás reales resoluciones no recopiladas que han de observarse para la administración de justicia y gobierno de los pueblos del Reino*, Madrid, Benito Cano, 1793, pp. 98-114.

³⁴ Ed. cit., t. 4, s.v. *corregidores* (pp. 277-289) y *corregimiento* (pp. 290-298).

Sin llegar al nivel de la labor de Ayala, pero con la contrapartida de haber sido una obra publicada, es también representativo de este tipo de aportaciones el “Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales” incluido por Juan José Matraya y Ricci en su obra el *Moralista Filaléthico Americano*³⁵. Al igual que Ayala, Matraya recoge en el Índice del mencionado Catálogo las dos voces clásicas sobre la institución: *corregidores* y *corregimientos*, extractando un total de 18 reales cédulas referidas específicamente a corregidores. Proceden todas estas normas, según advierte el autor, del Archivo de la Secretaría del Virreinato en Lima, predominando cronológicamente las de la segunda mitad del XVIII. Su destinatario es casi siempre el virrey del Perú y la temática contenida es lógicamente de incidencia local: divisiones de corregimientos, nombramientos de titulares (reales e interinos), beneficios, trasposos, prórrogas, repartimientos de géneros, residencias, etc. Excepcionalmente se referencia alguna disposición de carácter general como la real cédula de 7 de septiembre de 1765 por la que se prohibía a los corregidores que nombrasen a sus tenientes.

Los comentarios a la Recopilación de Indias

Pero junto a estos repertorios cronológicos de legislación, mayor interés revistió a efectos del tratamiento de toda esta temática la elaboración de comentarios doctrinales que, tomando como base la normativa sobre corregidores recogida en la *Recopilación de 1680*, daban referencias en cada precepto a disposiciones posteriores que introducían precisiones o cambios. Se trata de una labor de actualización que se generaliza tanto en los territorios hispanos de los dos hemisferios americanos como en la propia Península.

En el hemisferio sur, en el *virreinato del Perú*, pueden señalarse dos autores representativos de esta ardua labor comentarista de la Recopilación indiana. Ambos tuvieron en común tanto el espacio en que desarrollaron su actividad, la Real Audiencia de Chile, como la circunstancia de no haber llegado a ver publicada su obra.

El primero cronológicamente es Juan del Corral Calvo de la Torre, oidor de la mencionada Real Audiencia de Chile, quien trabaja en unos comentarios que sólo bastantes años después de su muerte, acaecida en 1737, se imprime

³⁵ Véase nota 19.

en Madrid en 1756. Se trató de una edición que, en su momento, casi no circuló ni fue prácticamente conocida ni utilizada³⁶.

Por mandato real se encomendó a otro fiscal de dicha Audiencia, José Perfecto de Salas, que continuase una labor similar elaborando unas anotaciones a las leyes de Indias³⁷. Éstas, que no serían terminadas a causa de su muerte (acaecida en 1778), fueron continuadas por su yerno Martínez de Rozas. Dichas aportaciones y su posterior reelaboración³⁸ se utilizaron como unas anónimas anotaciones que insertó el editor Boix en la impresión que efectuó en 1841 de la *Recopilación de Indias*³⁹. Tales anónimas anotaciones se ubican en el libro V, títulos segundo y quince. El título segundo, que, como es sabido, trata no sólo de los corregidores sino también de los gobernadores, de los alcaldes mayores, sus tenientes y alguaciles, abarca un conjunto de cincuenta y dos leyes, de las cuales tan sólo diez (referibles todas ellas a corregidores) son objeto de comentario⁴⁰. El título quince dedicado genéricamente a las residencias inserta 49 disposiciones, de las cuales 14 son objeto de comentario⁴¹. La comparación de estas anónimas notas con las del manuscrito chileno de Salas-Rozas muestra que el editor Boix se ha servido sustancialmente de las mismas⁴². Así, para el título segundo ha utilizado nueve notas de dichos autores, omitido una y añadido dos nuevas⁴³, y respecto al título quince Boix mantiene cinco notas con idéntico texto, amplía el texto de cuatro, reduce el

³⁶ JUAN DEL CORRAL CALVO DE LA TORRE, *Comentaria in libros Recopilationis Indiarum*, Madrid, J. Rico, 1756. Sobre el alcance de los mismos: CARLOS DE ALURRALDE, *Los comentarios a la Recopilación de Indias del Licenciado Juan del Corral Calvo de la Torre*. Buenos Aires, 1951. Los comentarios de Corral terminan en el precepto contenido en V.12, 2 aunque, los de ese libro quinto, en general, son incompletos (sólo se hacen comentarios a cinco títulos de los quince que contiene).

³⁷ Hay edición en base al manuscrito existente en la Biblioteca Nacional de Chile por CONCEPCIÓN GARCÍA GALLO, *Las notas a la Recopilación de Indias de Salas, Martínez de Rozas y Boix. Estudio, edición e índices*, Madrid, Cultura Hispánica, 1979.

³⁸ La valoración del alcance de las distintas y sucesivas elaboraciones en: ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, "Los comentarios a las leyes de Indias", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 24 (1954), pp. 381-541, concretamente aquí 80-86; también en CONCEPCIÓN GARCÍA GALLO, *Las notas a la Recopilación de Indias*, cit. pp. 9-37.

³⁹ *Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias*, Madrid, Boix, 1841.

⁴⁰ Son las referidas a V.2, leyes 7, 9, 14, 18, 34, 38, 44, 45, 47 y 49.

⁴¹ Son las referidas a V.15, leyes 1, 2, 3, 4, 6, 11, 15, 20, 21, 26, 29, 42, 43, 49.

⁴² Para tal comparación textual se ha seguido la edición que del manuscrito chileno de Salas-Rozas hace CONCEPCIÓN GARCÍA GALLO, *Las notas a la Recopilación*, cit.

⁴³ Boix omite la nota a V.II, 42 de Salas-Rozas y añade como novedosas las referidas a V.II, 14 y 18. En el resto hay coincidencia literal entre el texto de Boix y el de los mencionados autores.

texto de una, omite otra e introduce tres nuevas⁴⁴. En cuanto al alcance de las notas de Boix, mediante ellas llegan a comentarse tan solo alrededor de una cuarta parte de las leyes incluidas en los respectivos títulos. Los comentarios son en su mayoría relativamente escuetos, como no podía ser de otra forma debido a la tipología de la obra. Se dedican, sobre todo, a remitir al lector a disposiciones posteriores reguladoras de la temática a la que hace referencia el precepto recopilado. En el caso de los corregidores, evidentemente los preceptos comentados suelen ser los que regulan temas importantes y conflictivos, como: juramento, fianzas, ausencias, casamiento, tratos y contratos, etc.

En el hemisferio norte americano, concretamente en el virreinato de la Nueva España y aproximadamente por las mismas fechas, dos comentaristas a la *Recopilación* merecen ser destacados: Prudencio Antonio de Palacios y José Lebrón y Cuervo.

Palacios fue fiscal de la Real Audiencia de la Nueva España y posteriormente consejero de Indias. Sus *Notas* a la *Recopilación* de Indias fue posiblemente una obra de uso particular que el autor terminaría hacia 1744 y que no llegó a publicar⁴⁵. A diferencia de las *Notas* de Salas-Rozas, Palacios solamente deja nueve disposiciones sin comentar de las cincuenta y dos de que consta el libro quinto, título segundo. Y también en contraste con las notas de Salas, las *Notas* de Palacios tienen un marcado carácter erudito que recuerdan más a la técnica de la glosa del XVII y siglos anteriores. Palacios utiliza y cita muchas obras doctrinales y poca legislación. De entre las obras doctrinales ocupa un lugar preferente la de Bovadilla, seguida de la de Solórzano, Diego Avendaño, Antonio Gómez, Bolaños, San Ambrosio, Feliciano de Oliva y Antonio Herrera, principalmente. En cuanto a la legislación, cita con mucha frecuencia la preceptiva de *Partidas* y la *Recopilación castellana*, haciendo muchas remisiones internas, esto es, a leyes de la propia *Recopilación indiana*. De la normativa no recopilada solo se cita una real cédula de 16 de febrero de 1688 y, ya del siglo XVIII, otra de 29 de febrero de 1708 en la que se ordenaba que los corregidores de Zacatecas tuvieran jurisdicción ordinaria civil y criminal. En suma, las *Notas* de Palacios referidas a los corregidores se muestran bastante eruditas pero poco prácticas para conseguir la actualiza-

⁴⁴ En comparación con el texto de las notas de Salas-Rozas, Boix lo mantiene en V. XV, 2, 3, 11, 20, 26 y 43; se amplía el de las leyes 1, 4, 21 y 29; se reduce el referido a la nota de la ley 49; se omite la nota de Salas-Rozas a la ley 40 y se introducen como novedosas las notas a las leyes 6, 15 y 42.

⁴⁵ PRUDENCIO ANTONIO DE PALACIOS, *Notas a la Recopilación de leyes de Indias*, estudio, edición e índices de BEATRIZ BERNAL DE BUGEDA, México, UNAM, 1979.

ción de la preceptiva de la *Recopilación* respecto a la abundante legislación del XVIII.

José Lebrón y Cuervo, de generación posterior a Palacios, trabajará en México como abogado al servicio de distintas instituciones. Sus *Notas a la Recopilación de Indias*, o más exactamente, sus *Varias anotaciones a muchas leyes de Indias* recogen la legislación habida desde 1680 hasta 1775-76⁴⁶, fecha esta última en que la obra se interrumpió definitivamente. En cualquier caso parece que fue un texto de uso personal, sin pretensiones de publicación, como así efectivamente ocurrió. Son pocas las leyes del libro cinco, títulos dos y quince de la *Recopilación de Indias* que Lebrón anota, concretamente cinco en el primero y tres en el segundo⁴⁷. Sin embargo, pese a su escasez, dichas anotaciones están llenas de referencias normativas del siglo XVIII, aunque también es cierto que referidas específicamente al virreinato de la Nueva España. Por el contrario, las referencias doctrinales contenidas en las anotaciones a dichos preceptos son escasas, reduciéndose a obras de Solórzano y Julio Caponi.

En cuanto a la Península, la labor más destacada en este género de anotaciones son las *Notas a las leyes de Indias* de Manuel José de Ayala. Una obra que el autor realizaría entre 1767 y 1804 y que también permaneció sin publicarse⁴⁸.

En suma, lo anticuado de la legislación orgánica recogida en la *Recopilación de 1680*, la ingente cantidad de legislación recaída desde entonces, y la incapacidad doctrinal por alumbrar una obra que actualizase los viejos preceptos recopilados debieron predisponer al rey Carlos III a encargar a una Junta de Leyes que trabajase en la elaboración de un nuevo Código para Indias. Y mientras tal obra se realizaba, y para no entorpecer sus trabajos, por real decreto de 9 de mayo de 1776 se suspendió la práctica de los comentarios a las leyes de Indias. Es indudable que tal disposición contribuye a explicar el freno a la aparición de tal tipo de obras y la reducción de las mismas a un ámbito privado.

Todo ello, en lo que a la preceptiva recopilada sobre corregidores se refiere, comportará que el fracaso de los planes carolinos, y de los habidos posteriormente, mantengan a la institución con su obsoleta y casuística normativa.

⁴⁶ CONCEPCIÓN GARCÍA GALLO “José Lebrón y Cuervo, *Notas a la Recopilación de leyes de Indias*. Estudio, edición e índices”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 40 (1970), pp. 349-537.

⁴⁷ Son la V.II.4; V.II. 36; V.II, 42; V.II.45; V.II.47 y la V.XV.4; V.XV.6; V.XV. 49.

⁴⁸ La edición comenzada por JUAN MANZANO MANZANO (MANUEL JOSÉ DE AYALA, *Notas a la Recopilación de Indias*, Madrid, Cultura Hispánica, 1945-46, 2 v.) tan sólo llega hasta el precepto contenido en II.XXXIV, 37 de la *Recopilación*.

CORONA ESPAÑOLA, POLÍTICA ECONÓMICA E INDÍGENAS A TRAVÉS
DE LA NORMATIVIDAD DE LAS CÉDULAS REALES EN LA AUDIENCIA
DE LA PLATA DE LOS CHARCAS, SIGLO XVI

THE SPANISH CROWN, ECONOMIC POLICY, AND INDIGENOUS
SUBJECTS THROUGH THE NORMS OF THE ROYAL CEDULAS IN THE
AUDIENCIA OF LA PLATA DE LOS CHARCAS, 16th CENTURY

JOSÉ ARTURO BURCIAGA CAMPOS
Universidad Autónoma de Zacatecas (México)
burciagacampos@gmail.com

Resumen: La relación entre los españoles y los indígenas estuvieron reguladas por las disposiciones del monarca a través de las cédulas reales enviadas a la Audiencia de la Plata de los Charcas. Los documentos de esta correspondencia relativos al trato de los indígenas, revelan parte de la realidad que estos vivían en el contexto económico y las exigencias a las que estaban sometidos. El análisis de tales disposiciones permite reconstruir aspectos de la historia económica en esa audiencia y el tipo de normativas aplicadas.

Palabras clave: Audiencia de la Plata, indígenas, cédulas reales, economía, siglo XVI, corona española, normatividad.

Abstract: The relationship between the Spanish and the indigenous peoples were governed by the provisions of the monarch through royal decrees sent to the *Audiencia of La Plata de los Charcas*. The documents of this correspondence relating to the treatment of indigenous peoples reveal part of the reality that they lived with regard to their economic context and the demands to which they were subjected. The analysis of these provisions allows us to reconstruct aspects of economic history at that *Audiencia* and the type of policy applied.

Keywords: *Audience of La Plata*, indigenous people, royal cédulas, economy, 16th century, Spanish crown.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los indígenas y la libertad. 3. Una economía fundacional americana. 4. Audiencia de Charcas, indios y economía. 5. Consideraciones jurídicas contenidas en las cédulas reales en Charcas. 6. Consideraciones finales.

1. Introducción

La legislación aplicada en el Nuevo Mundo corresponde, como ya es sabido, a situaciones que originaron una casuística en la conformación de los or-

denamientos reales. Es posible abordar el asunto de las directrices reales, desde la política económica de la Corona en el ámbito de la vida y la naturaleza de los indígenas a través de los ordenamientos formulados en cédulas reales, como un particularismo en la región de la audiencia de la Plata de los Charcas durante el siglo XVI. La audiencia de la Plata de los Charcas fue instaurada en 1559 para resarcir la necesidad de justicia y gobernación en el Alto Perú. Había sido instituida en 1558; fue puesta en formal función en 1561.

Las instituciones reguladoras de las relaciones de trabajo entre los españoles y los indígenas fueron el repartimiento y la encomienda. No es fácil distinguir una de la otra. Del repartimiento como modalidad de distribución inicial de indígenas para servicios personales surgió la encomienda, con una forma jurídica más desarrollada porque suponía la protección y la educación religiosa de los nativos, a manera de tutela y como un medio civilizatorio aplicado a ellos¹. Pero la encomienda derivada del repartimiento se instituyó como la forma más corriente de explotación económica en las Indias. Ambas maneras terminaron identificándose en la práctica. Posteriormente, la Corona trató de rectificar y adujo la condición jurídica de los indígenas como seres que tenían alma, eran de carne y hueso y que necesitaban de protección legal. Así, fueron tratados como “los campesinos menores” o rústicos en la escala del antiguo derecho castellano. Sin embargo, aunque el encomendero cumpliera con su obligación, no dejaba de ser un sistema abusivo y limitador de la libertad que suscitó las reclamaciones de algunos clérigos religiosos quienes pidieron el alto de las acciones arbitrarias y punitivas de los encomenderos, como una forma de cumplir con los imperativos de la moral cristiana. Uno de los primeros que alzó la voz, fray Antonio de Montesinos, reprochó a los colonos de La Española el mal trato que imponían a los indígenas. En ese año de 1511, se asentó el precedente de una defensa a los nativos que bregaría muchos años contra viento y marea, pero con ecos, como el suscitado en el propio rey Carlos I que convocó a una junta en Burgos en 1512 para analizar la situación. Así comenzó la formación de un estatuto jurídico en Indias donde el rey resultó “campeón” de los derechos de los indígenas, al

¹ Nicolás de Ovando creó la encomienda por encargo de los reyes católicos, porque los indios, no obstante “fuesen libres y no sujetos de servidumbre,” no querían trabajar aun pagándoles los jornales. Al principio la encomienda fue una institución económica o laboral. Las leyes, como la de 1512, la trasformó en un régimen destinado a regular la totalidad de los problemas suscitados entre el contacto de las razas, tratando de proteger a los naturales.

serle conferida la responsabilidad de defender a sus súbditos nativos ante la imposibilidad vista en ellos para responder en un sentido político acerca de su condición². Al revisar su política en Indias la Corona revertió sus intenciones y volteó la mirada a los argumentos de fray Bartolomé de las Casas, le premió con el obispado de Chiapas y utilizó sus ideas. Autorizó la publicación en Sevilla, en 1552, en la imprenta de Sebastián Trujillo, de su obra *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, como parte de una estrategia y plantarles cara a las reiteradas pretensiones de los encomenderos³ para que se volviera la encomienda perpetua⁴. O sea, pidieron el repartimiento perpetuo. Los peruleros, “caballeros del oro” como procuradores del Perú, ampararon dicha petición en los tesoros del Inca que le habían conseguido al monarca⁵.

Una de los primeros logros de los conquistadores, la mano de obra indígena, se constituyó a partir de la imperiosa necesidad de sobrevivir en un ambiente extraño, agreste y hasta hostil. La cédula enviada a la audiencia platense en 1543, sobre la prohibición de llevar por mar, indios e indias, libres o esclavos, a otras provincias⁶, es una de las consecuencias de las *Nuevas*

² ANTONIO TRUYOL, “Los clásicos españoles del derecho de gentes y la protección de los indios”, en ALBERTO A. HERRERO DE LA FUENTE (coordinador), *Los derechos humanos en América. Una perspectiva de cinco siglos*, León, España, Cortes de Castilla y León, 1994, pp. 40-41.

³ El distrito de la ciudad de La Plata se convirtió en un lugar preferente para que los encomenderos sacaran el mejor provecho. Un encomendero representativo de ese grupo de explotadores de recursos materiales y humanos fue Juan Ortiz de Zárate, heredero universal de su enriquecido hermano Lope de Mendieta, que también había sido encomendero en Charcas, minero, mercader y aviador. Juan fue exitoso hombre de negocios que vivió en La Plata por más de tres décadas. JOSÉ ENCISO CONTRERAS (coordinador), *Cedulario de la Audiencia de la Plata de los Charcas (siglo XVI)*, Sucre, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia-Corte Suprema de Justicia de Bolivia-Universidad Autónoma de Zacatecas-Consejo Zacatecano de Ciencia y Tecnología, 2005, p. 50.

⁴ Fray Bartolomé de las Casas solicitó a Felipe II en un *Memorial*, redactado en 1556, la supresión de las encomiendas de indios a perpetuidad. Esta petición es emblemática porque se dio pocos meses antes de que el fraile dejará de existir.

⁵ DEMETRIO RAMOS PÉREZ, “La gran reunión para la defensa de los derechos de los indios celebrada en Valladolid en 1550-1551,” en ALBERTO A. HERRERO DE LA FUENTE (coordinador), *Los derechos humanos en América. Una perspectiva de cinco siglos*, León, España, Cortes de Castilla y León, 1994, p. 74.

⁶ Real cédula 1, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1543, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

Leyes de 1542-1543, hechas para la Nueva España, pero aplicables al ámbito indiano y que causaron levantamientos contra ellas⁷.

En estas Nuevas Leyes es claro el ataque a los intereses económicos de los conquistadores encomenderos (amén de ir también contra los caciques y principales indígenas).

En su conjunto, la promulgación de estas leyes obedecía a la alarma que estaba cundiendo entre defensores de los derechos de los indígenas, debido al gran daño y la merma demográfica que estaban sufriendo los amerindios. Morían muchos en el mar y se “seguían muchos inconvenientes.” La razón particular de la autoridad real radicaba en el daño generalizado que los nativos sufrían por ser sustraídos de sus pueblos y naturalezas. La adaptación a otros ambientes ajenos al lugar de origen era un proceso muy complicado y punitivo en sus formas de vida.

2. Los indígenas y la libertad

No se puede decir que la libertad de los amerindios se convirtió del todo en una utopía. Incluso, un buen número de indios pudieron viajar o ser trasladados a España, como una prueba de cierta libertad que tenían (al menos de tránsito), desde el mismo siglo XVI. Por determinadas circunstancias sobresale el ejemplo de los indios que llevó Hernán Cortés, desde la Nueva España, emulando al almirante Cristóbal Colón. Por diversas razones, algunos indígenas se quedaron en la Península; otros murieron en la travesía atlántica en el regreso. Aunque es admisible ahora que la gran mayoría fueron vejados, despojados de sus tierras y desplazados de sus lugares de origen. En este con-

⁷ En la historia del Derecho Indiano, para Antonio Muro Orejón, se distinguen siete etapas: La primera con una fuerte influencia medievalista española, la *fundacional*, de 1492-1542. La segunda, de raíz medieval pero con ideología renacentista, de *estabilización*, de 1542-1556. La tercera, del *perfeccionamiento*, de 1556 a 1621 (reinados de Felipe II y Felipe III). Las cuatro siguientes: *declive* (Felipe IV y Carlos II) hasta 1700; periodo *reformador* (Felipe V y Fernando VI); periodo de *transformación* (Carlos III); y periodo *decadente* (Carlos IV y Fernando VII). La tercera, con la influencia de Juan de Ovando, visitador (1568) y luego presidente del Real y Supremo Consejo de Indias (1570-1574), fue la era de las grandes ordenanzas: Consejo Indiano (1571), Cámaras de Indias (1600), Juntas de Guerra (1598), Descubrimientos y nuevas poblaciones y pacificaciones (1573), Casa de Contratación de Sevilla y Generales de las Audiencias (1563). ANTONIO MURO OREJÓN, “Periodificación del Derecho Indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 6, Santiago de Chile, 1970, p. 65

texto y con un fuerte contraste, sobresale la figura de Francisco Tenamaztle, quien fue llevado en cautiverio a Valladolid⁸, donde residía la corte y la audiencia. Privado de su libertad, expresó en su defensa sentir “peligro de mi vida y persona, que padezco estando en esta tierra tan diferente, y extrema en frío y en calor de la mía donde nací y he sido criado”⁹.

Las ideas principales giraron en torno al reconocimiento de que todos los humanos nacen y son libres, con derecho a la vida, de manera natural, con seguridad y libertad como personas. El corolario es la prohibición de ser sometido a la esclavitud, servidumbre obligada, trabajos forzados, mutilaciones, prisiones, destierros y muerte. Otro tanto para el respeto a sus propiedades, costumbres y modos de pensar. Las ideas se redondean con el derecho de petición a las autoridades y la escucha de éstas a sus querellas y quejas; también a defenderse mediante la resistencia a la opresión¹⁰.

La limitación de la libertad indígena llegó con los medios de opresión, sobre todo la encomienda. La expansión territorial de la conquista y la colonización se relacionó con el movimiento demográfico indígena. Las leyes españolas, como es sabido, ordenaron la concesión de tierras a los pueblos de indios donde estos pudieran sembrar. En la realidad, los indios de encomienda fueron limitados drásticamente en su libertad de tránsito y posesión. A finales del siglo XVI no tenían hacienda propia de tierras y ganado, ni trato ni contrato, ni servicio ni propiedad y derecho a un palmo de terreno, porque tampoco se les hacía merced de tierras, declaró un vecino de Córdoba en el Tucumán, en 1610¹¹.

La Corona insistió en preservar la población indígena para que trabajaran discrecionalmente en la producción de las rentas reales¹². La legislación no eliminaba totalmente la esclavitud, pero sí la condenaba y trataba de regular las relaciones entre los colonizadores y los indígenas. El derecho a la

⁸ Recientemente se descubrió que falleció el 5 de octubre de 1546, en su cárcel domiciliaria. Posiblemente fue sepultado en la iglesia de san Pablo, de Valladolid.

⁹ MIGUEL LEÓN-PORTILLA, *Francisco Tenamaztle. Primer guerrillero defensor de los derechos humanos*, segunda edición, México, Diana, 2005, pp. 17 y 121-122.

¹⁰ MIGUEL LEÓN-PORTILLA, *op. cit.*, p. 15.

¹¹ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, *El sistema de la economía colonial. El mercado interior, regiones y espacio económico*, México, Editorial Nueva Imagen, 1983, p. 41.

¹² Una de las políticas de preservación de la población derivó en la prohibición del matrimonio de las indias de corta edad, por “quebrarse y quebrantarse en aquella tierna edad, de manera que mueren o enferman sin tener generación.” El problema provenía de la ambición de los encomenderos: obligaban a los indios solteros a casarse para que estuvieran obligados a pagar tributo. Reales cédulas 50 y 147, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1564 y 1581, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

libertad fue promulgado de manera frecuente por el poder real a través de las reales cédulas. Como la de 1550 que mandaba que por ninguna causa de guerra¹³ ni de otra manera se pudiera hacer esclavo a ningún indio¹⁴.

El argumento sobre la libertad de los indios, aun tardíamente en el siglo XVI por parte del poder real, es elocuente. La libertad consistía en el amparo espiritual para la salvación del alma y en el cambio de estado desde que los indios quedaron sujetos a la Corona como vasallos y a la Iglesia como feligreses¹⁵. Con motivo de condenar el abuso de los encomenderos en el cobro de tributos, decía Felipe II: “y que no paguen más de lo que justa y cómodamente pudieren, para que en todo les sea diferente el bien y libertad de lo que padecían en el tiempo de su infidelidad”¹⁶. Las relaciones entre los esclavos negros y los indios también afectaban a estos últimos en su movilidad y posesiones. Los perjuicios eran frecuentes: los negros trataban mal a los indios, se servían de ellos, les quitaban cosas, mujeres e hijas; les corrompían en sus costumbres y evangelio. El rey ordenó a la audiencia que vigilaran que los negros no vivieran entre los indios para evitar todos esos perjuicios¹⁷. Pero también los oficiales reales como corregidores, alguaciles y escribanos agravaban a los indios, tanto en la ciudad de La Plata como en El Potosí: los cargaban con cosas de sus casas; los obligaban a labrar sin pagarles; se aprovechaban de las mujeres casadas y doncellas¹⁸. El rey, para evitar más abusos contra los nativos,

¹³ Una zona de guerra con indígenas rebeldes, afinales del siglo XVI, seguía siendo al sureste de la audiencia, en las provincias de Santa Cruz de la Sierra y el Tucumán, donde algunos de los encomenderos estaban abandonando el lugar. Colección Rück, Libro Copiador, Real cédula 120, 1584, ff. 128 v-129 r., Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB). Se encomendó el pago de cuatro mil pesos de la Caja Real del Potosí al gobernador de Santa Cruz, Lorenzo Suárez de Figueroa, para que continuara librando la guerra contra los Chiriguanes (de la etnia guaraní en las regiones de Santa Cruz, Tarija y parte de Chuquisaca). Real cédula 200, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1588, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

¹⁴ Real cédula 6, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1550, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

¹⁵ Real cédula 270, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1596, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

¹⁶ Real cédula 139, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1578, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

¹⁷ Real cédula 140, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1580, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

¹⁸ Colección Rück, Libro Copiador, Real cédula 317, 1582, ff. 340 v-341 v., Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB). Real cédula 177, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1585, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

también ordenó el embarque de los gitanos que andaban en el distrito de la audiencia engañando a los indios¹⁹. Pero los peores abusos eran perpetrados por los mismos españoles. El rey deploró que muchas muertes de indios a manos de españoles no habían sido castigadas conforme a justicia, haciendo diferencia y parcialidad en la aplicación de la misma²⁰.

Sobre los indios recaían muchas cargas y perjuicios en contra de su libertad incluso económica. Al final de cuentas, la encomienda tenía muchas características de la esclavitud. Paradójicamente, la figura de protectores de indios²¹ fue pervertida por algunos españoles: “se han creado oficios de protectores de los indios a su costa [de los indígenas].” Y ordenaba el rey:

(...) os mandamos que luego, sin otra réplica ni contradicción, quitéis todos los protectores que hubiere en el distrito de esa audiencia, tomando vosotros el cargo de ampararlos como os está mandado, y el nuestro fiscal de defenderlos; lo cual le requeriréis y si en hacerlo tuviere algún descuido, nos daréis aviso de ello, porque de lo contrario nos tendremos por deservido, y se pondrá la culpa a cuenta de todos para que se castigue como convenga²².

Algunos españoles incurrieron en otros cobros indebidos a los indígenas. La merma de la población nativa ocasionaba que los encomenderos, cuando

¹⁹ Real cédula 143, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1581, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

²⁰ Colección Rück, Libro Copiador, Real cédula 333, 1593, ff. 353 r-353 v., Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

²¹ Bartolomé de las Casas fue nombrado procurador de los indios y promotor de su defensa (1516). Significaba interceder por el bienestar y buen trato de éstos y que los colonos los trataran convenientemente. Pero la figura jurídica de protector de indios aparece por primera vez en real cédula de 15 de febrero de 1528, con el nombramiento al dominico fray Tomás Ortiz. De ahí que hubo protectores eclesiásticos pero también legos. Para la audiencia de Charcas, el protector de indios fue una figura controvertida en la que se fincaron mitos y realidades, según un estudio de Acevedo. EDEBERTO ÓSCAR ACEVEDO, “El protector de indios en el Alto Perú”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, tomo II, Madrid, Universidad Complutense, 1990, pp. 29-54.

²² Real cédula 157, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1582, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB). El rey, ante la desobediencia que se hizo de esta cédula, envió otra para ordenar directamente que se quitara a los protectores de indios proveídos en el distrito de la audiencia. Mencionó en particular el protectorado a cargo de Francisco de Vera, solicitó también a la audiencia que se le recogieran los salarios que le hubieran dado. Real cédula 171, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1584, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

faltaban o se morían indios, le cobraran tributos al resto de la encomienda por los indios ausentes, huidos y muertos²³.

Ante tanta injusticia y abuso, la Corona manifestó su intención de enviar visitadores y reformadores al distrito de la ciudad de La Plata para remediar los agravios de los indios. Para ello se requería información al presidente y oidores de la audiencia sobre

(...) las vejaciones y molestias que se hacen a los dichos indios, y en qué cosas y con qué color, y qué tributos pagan, y qué servicios dan a sus encomenderos, y si para algunas labranzas o granjerías los sacan de sus lugares, y si los hacen ir a las minas contra su voluntad; y a los que van con ella si se les pagan sus jornales y en qué otras cosas se excede de lo que tenemos proveído y ordenado sobre su buen tratamiento²⁴.

El sistema de sujeción indígena, pese a la legislación real, acusaba sus efectos negativos en lugares tan lejanos del centro de la audiencia como la provincia de Tucumán. En ella, en 1588, los colonizadores habían sacado para su venta cientos de indios, aprovechando la conflagración y confusión en esa zona²⁵. Los españoles podían esclavizar indios cuando eran aprehendidos en prácticas de guerra²⁶. Esta estrategia siempre fue muy discutida porque muchas veces los conflictos eran provocados deliberadamente para aprender indios y venderlos para fuerza de trabajo. En este caso, no fue con trasiegos de guerra que fueron vendidos los indios, sino por movilidad de mercancías.

²³ Colección Rück, Libro Copiador, Real cédula 315, 1582, ff. 339 v-340 r., Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB); Reales cédulas 232 y 237, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1591, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

²⁴ Real cédula 158, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1582, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

²⁵ Real cédula 213, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1588, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

²⁶ En ese año, Felipe II consideraba poner un administrador, con moderado salario, para amparar y defender a los indios de dos repartimientos (Soconcho con 375 indios y Manogasta) y enviarlos cada año a la villa imperial del Potosí a trabajar en las minas, por los malos tratos que recibían en la provincia de Tucumán. Seguramente no fue nombrado tal administrador porque tres años después dio la orden al presidente de la audiencia de Charcas para que un oidor fuera a visitar esa provincia para tasar el trabajo de los indios y evitar abusos. Real cédula 178 Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1585, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB); Colección Rück, Libro Copiador, Real cédula 107, 1550, f. 118, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

3. Una economía fundacional americana

Al amparo de la conquista y sus fines económicos, esta empresa en su modalidad hispánica, trajo consigo el interés y el método para la implantación de un sistema colonial que explotara los recursos naturales y humanos en las Indias. Se le puede llamar economía fundacional americana, por sus características particulares, amén de las costumbres y métodos de trabajo traídos por los españoles al Nuevo Mundo.

El origen y desarrollo de grandes zonas económicas americanas y nodos regionales en la época virreinal permitieron una *zonificación política y administrativa* (como la audiencia de la Plata de los Charcas). Su diseño se puede concebir de la siguiente manera. La estructura se fundamenta en uno o más productos dominantes (la plata es sin duda la máxima expresión de ello) para orientar el crecimiento hacia afuera y sostener el intercambio con la metrópoli; cada zona tiene un proceso de especialización (de larga duración) de trabajo que delinea a la región y estructura intercambios comerciales para su propio desarrollo frente a otras zonas y regiones; la metrópoli legisla un sistema de comunicación con las zonas y la regiones y veda el acceso a otras potencias europeas; también la metrópoli regula, interfiere o niega la relación entre grandes zonas coloniales (como entre el Perú y la Nueva España). Potosí era el polo de desarrollo económico en la región del Alto Perú²⁷; Lima, el polo de desarrollo político y centro privilegiado del monopolio comercial metropolitano. Ambos espacios son claves para la estructuración del espacio peruano y la evolución de los polos de crecimientos²⁸.

El mercado minero tuvo relaciones con otros diferentes. En la región de la audiencia de Charcas, conforme se fue consolidando el sistema de intercambios económicos, otros mercados se desarrollaron al cobijo del importante consumo de los centros de minas. El abastecimiento de esas zonas mineras

²⁷ El primer censo de la región potosina de que se tiene noticia fue el ordenado por el virrey Francisco de Toledo, que arrojó datos que calculaban la población potosina en 120,000 habitantes, 90% de los cuales eran indios. Hacia 1560, la población potosina era ya de 160,000 personas. En 1611, el presidente de la Audiencia de Charcas ordenó se realizara otro conteo que arrojó una población de 114,000 almas: 65,000 indios, 4,000 forasteros de España, 3,000 españoles nacidos en Potosí, 35,000 criollos y 6,000 negros y mulatos. Otro autor, da cuenta de sucesivos descubrimientos de ricos filones en la zona potosina, señalando que, entre 1545 y 1562, se descubrieron 7 de ellos, y que tan sólo en los 30 años posteriores al descubrimiento del Cerro Rico, la ciudad fue habitada por más de 150,000 personas. JOSÉ ENCISO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 33.

²⁸ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, *op. cit.*, p. 129 y 132.

se dio por las composiciones de las exportaciones, como las de textiles de Tucumán a la villa imperial del Potosí. Para 1585 se compraban 25,000 pesos en lienzo de algodón, alfombras y reposteros, miel y cera y ropa de indios. En 1603 ascendía a 100,000 pesos en lienzo, pabellones, delanteras de cama labradas, alpargatas, almohadas y otras cosas. Potosí era el mayor consumidor de todo el orbe indiano en América del Sur. A finales del siglo XVI, importaba anualmente 50,000 fanegas de maíz y más de 90,000 de trigo. Gran parte del maíz se utilizaba en la producción de chicha, bebida muy popular entre los indios y otras castas²⁹.

El sistema de trabajo utilizando la mano de obra indígena, consistió en que los colonizadores españoles enseñaron a los aborígenes a realizar actividades productivas. Los primeros encomenderos se erigieron como socios minoritarios de obrajes en la zona del Tucumán. La participación económica desigual: el encomendero se quedaba con el 75% y los especialistas que enseñaban a trabajar a los indios, con el 25%. La inversión, locales y herramientas la hacían los encomenderos³⁰. Estas prácticas también se pueden encontrar en alguna documentación de la audiencia charqueña pero con un método de enseñanza del oficio y explotación mixta. Es decir, cuando el trabajo de la minería requería operarios indígenas, los encomenderos directamente enseñaban las formas de trabajo, o delegaban a sus capataces (que fungían como especialistas) esta tarea.

La diversificación de actividades relacionadas con el mercado minero, consideró a la ganadería como una de las más importantes por el abasto de carne y sus derivados a las minas. En principio los costos de producción y venta fueron muy elevados por la escasez y el alto precio del ganado³¹. El consumo se generalizó al grado de que en una ciudad de las Indias se consumía más carne que en diez españolas³².

En la región andina el eje comercial Lima-Potosí se activó con la producción ganadera y la minera en sus correspondientes extremos. La extensa red vial andina fue aprovechada por los colonizadores y no representó un gran problema su uso y adaptación. Al contrario, el sistema de transporte hubo de ser modificado en su origen. Las llamas servían sólo en tramos cortos por cada jornada y su capacidad de carga era reducida. La solución ideal para

²⁹ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, *op. cit.*, p. 24, 169 y 185.

³⁰ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, *op. cit.*, p. 25.

³¹ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, *op. cit.*, p. 31.

³² CUAUHTÉMOC ESPARZA SÁNCHEZ, *Historia de la ganadería en Zacatecas, 1531-1911*, segunda edición, Zacatecas, Universidad Autónoma de Zacatecas, 1988, p. 20.

los angostos y escarpados caminos andinos fue la mula. En los inicios del siglo XVII los principales mercados de mulas de Córdova estaban en Potosí y Oruro (y así había sido desde el siglo XVI). Estos aspectos se constituyeron en la coyuntura propicia que indujo el desarrollo económico en el eje Lima-Potosí a través del incremento del ganado mular³³. No se puede ignorar la solución temprana y alternativa a los animales de carga para el transporte que implementaron los colonizadores: los indígenas. Los problemas que este sistema suscitó trataron de ser regulados por la legislación real. En cédula real del 16 de agosto de 1563 (que le antecedieron y siguieron otras) el rey Felipe II (1556-1598) se refirió a una cédula de Carlos I³⁴ dada a la Nueva España para ordenar que los indígenas no fueran utilizados para portear cargas de ninguna especie aún fuera por falta de animales o caminos abiertos. Si esto sucediera, debería regularse la carga, la jornada y el pago por ello, previa autorización de los justicias reales³⁵.

4. Audiencia de Charcas, indios y economía

Las contradicciones en el espacio charqueño son notorias. El crecimiento económico y demográfico no es igual en todas partes a la vez. El arrastre de Potosí causa efectos económicos en el territorio de la audiencia con polos regionalizados de donde se estructuran relaciones entre estos últimos y otras regiones nuevas. Los indígenas se vieron afectados por el servicio personal hasta en lo más simple cotidiano³⁶. Se delimitan claramente los sectores de

³³ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, *op. cit.*, p. 37.

³⁴ Cantidad considerable de cédulas de Carlos I fueron referidas y ratificadas por su hijo Felipe II.

³⁵ Real cédula 31, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1563, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

³⁶ Decía el monarca al respecto: "(...) soy informado que de darse lugar en esa tierra a que se den servicios personales de indios para echar a las minas y para otras cosas, por vía de tasación o permutación en lugar de los tributos que les está tasados, se siguen grandes inconvenientes; especialmente que como van muchos de los tales indios a servir fuera de su tierra y naturaleza, cincuenta leguas, y otros más y menos, donde están las minas, e ir cargados con sus comidas, mantas y camas, adolecen algunos de ellos, además que la doctrina cristiana que a los tales se había de dar, se impide, y se cometen otras ofensas contra el servicio de dios nuestro señor y se menoscaba la gente de esas provincias, y se siguen muchos daños e inconvenientes a la vida y salud de los dichos indios, y para su instrucción". Real cédula 35, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1563, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

comercialización y de subsistencia. En este último se alinean la mayoría de los indios, quienes como campesinado o trabajadores de minas se esforzaban para ganar con qué vivir. En este sentido, la existencia de comunidades indígenas, su legislación y administración por parte del poder real, recae en las acciones de administración de bienes e imposiciones de censos de las cajas correspondientes³⁷.

Hay que considerar que la autosuficiencia, la integración y la especialización regional no son homogéneas ni lineales; tienen contradicciones que originan las desigualdades y los desequilibrios de desarrollo, con oposiciones en tres frentes. El primero es la disputa de la mano de obra indígena, con sus consecuentes arrebatos de trabajadores, alzas, depresiones y formas organizadas y violentas de despojo. Los flujos migratorios de mano de obra son los más destacados de esta primera contradicción, influenciados por los intereses preferenciales de la Corona por determinado tipo de producción (minera). El segundo frente tuvo la captación y permanencia de los mercados principales. Hubo una concurrencia del comercio de ganado en la región de la banda oriental (Uruguay) y Argentina, del trigo en Chile y del sebo en Lima. El tercer frente: la conservación de los precios en el intercambio con la regulación de producción³⁸.

El monarca se interesó en el estado de conservación de la población indígena y en la calidad de trato que a ésta se le dio por parte de los conquistadores y colonizadores. Interés que tuvo que ser preconizado más tarde en favor del trabajo que de los indios requerían los colonizadores. Indicó el rey que ninguno se pudiera servir por los indios yanaconas³⁹ por vía de naboría

³⁷ Este no es el tema del presente trabajo. Díaz Rementería lo aborda suficientemente (del siglo XVI al XIX); además, analiza la actuación de los jueces potosinos de las cajas de censos y la creación del juzgado general de censos de indios para la región de Charcas. CARLOS J. DÍAZ REMENTERÍA, “La administración de los bienes de comunidades indígenas en Charcas, Tucumán y Río de la Plata”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, tomo II, Madrid, Universidad Complutense, 1990, pp. 65-105.

³⁸ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, *op. cit.*, p. 137-138.

³⁹ *Yanaconas*. Los españoles los definieron inicialmente como yuanaconas a los indios libres y proclives a ellos, que incluso vivían entre ellos. En Potosí ellos eran los que inicialmente desarrollaban trabajo minero. En muchos casos equivale a asalariados, jornaleros o naborías. JOSÉ ENCISO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 110. Una amplia disertación sobre esta forma de trabajo indígena está en: J. CARLOS DÍAZ REMENTERÍA, “En torno a la institución del yanaconazgo en Charcas”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 12. 1987, pp. 305-322; JORGE BASADRE AYULO, “Algunas consideraciones sobre el yanaconaje en la legislación indiana peruana”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, tomo II, Madrid, Universidad Complutense, 1990, pp. 55- 64.

contra su voluntad y sin pagarles su trabajo⁴⁰. La inclinación del rey hacia la protección de la población india contra las consecuencias del trabajo forzoso y excesivo fue constante. Se indicaba de vez en vez al presidente y oidores de la audiencia real del Perú para que no proveyeran peonadas de indígenas por ninguna vía en la edificación de iglesias⁴¹. Esta orden no fue acatada. El trabajo indígena en la fábrica eclesiástica fue recurrente. En 1551 se envió la real cédula que ordenaba que ni los prelados ni monasterios no tuvieran repartimientos de indios⁴². Se reforzaba la legislación de las Leyes Nuevas de 1542. El rey utilizaba argumentos religiosos también en su campaña para anular las encomiendas. Se insistía en el tema de la conversión, porque

(...) somos informados que las personas que tienen indios encomendados en esas provincias y en otras sujetas a esa audiencia [de la Plata] teniéndolos como los tienen con cargo de instruirlos y enseñarlos en las cosas de nuestra santa fe católica, no lo han hecho (...) por lo cual los dichos encomenderos son obligados a restituir los frutos que han llevado y llevan de sus indios (...) y sea esta causa legítima para los privar de los indios que así tuvieren encomendados⁴³.

El trabajo en las minas de Potosí no debía detenerse, pese a que se querían obedecer las Nuevas Leyes. En 1550 los indios yanaconas hicieron un trabajo equivalente al valor de cincuenta mil pesos al año⁴⁴. La legislación se daba porque el problema existía. El rey insistía en el mismo año de 1550 que no se llevaran indios a las minas porque “era grande estorbo” a su conversión cristiana, y además morían mucho por lo rudo del trabajo⁴⁵. Contradictorio y paradójico cuando el mismo monarca apresuraba a sus súbditos a despachar

⁴⁰ Se dio el caso que hasta algunos negros y mulatos llegaron a tener en su servicio indios yanaconas, por lo que se procedió a prohibir esta práctica para esos grupos. Reales cédulas 3 y 218 Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1550 y 1589, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁴¹ Real cédula 5, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1550, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁴² Real cédula 10, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1551, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁴³ Real cédula 11, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1554, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁴⁴ Colección Rück, Libro Copiador, Real Cédula 291, 1550, ff. 341 r-341 v., Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁴⁵ Real cédula 19, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1550, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

lo más rápido posible los cargamentos de plata y oro que estaban produciéndose en las minas de la región andina. También la encomienda sirvió discretionalmente al rey para utilizarla como moneda de cambio, pagando con ella los servicios de sus súbditos. Mandó poner en cabeza (a nombre) de Antonio Vaca de Castro un repartimiento de indios que estuvieran vacantes que valiera diez y seis mil pesos de renta anual para pagar los servicios a la Corona que el padre de aquel, el licenciado Vaca de Castro, había hecho. Este ejemplo de pago de servicios fue ordenado por el rey en 1558, muchos años después de haber entrado en vigor las Leyes Nuevas⁴⁶.

Deploraba también el rey que españoles solteros tuvieran indios encomendados a los que trataban mal; los tratarían mejor si los encomenderos fueran casados, tal era el razonamiento real, porque al entrar al estado matrimonial los encomenderos “estuviesen de asiento en esas dichas provincias”⁴⁷.

5. Consideraciones jurídicas contenidas en las cédulas reales en Charcas

Los intereses económicos de los colonizadores siempre se desarrollaron con la dificultad de obedecer las leyes y las ordenanzas reales. En 1550 el rey aludía la obediencia a las Leyes Nuevas, hechas para el buen tratamiento de los indios. Una de las leyes indicaba que ninguna persona se podía servir de los naturales por ninguna vía, contra su voluntad⁴⁸. En ocasión de pleitos de indios, el rey ordenó que estos fueran remitidos, después de tres meses de presentada la querrela y cuando la audiencia no conociera bien de ellos, hechas las probanzas de los casos, fueran enviadas al Consejo de Indias para que se determinara justicia⁴⁹.

No se olvidaba el rey de legislar para regular los abusos en el cobro de tributos a los indígenas⁵⁰. El mismo poder real tenía en “cabeza” el cobro de

⁴⁶ Real cédula 21, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1558, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁴⁷ Real cédula 18, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1551, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁴⁸ Colección Rück, Libro Copiador, Real cédula 291...

⁴⁹ Real cédula 43, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1563, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁵⁰ El tributo en la Nueva España adquirió características particulares provenientes de la costumbre castellana pero con peculiaridades y singularidades fiscales que se dieron en otras partes del Nuevo Mundo, como en el Alto Perú y en la audiencia de Charcas, determi-

tributos de las encomiendas que iban quedando vacantes. Las consecuencias de un manejo jurídico al respecto debían de buscar los medios para seguir explotando el trabajo indígena, pero con más ventajas para éste con respecto a la tributación a que se habían sometido hasta antes de la llegada de los españoles. Es decir, que las tasas debían ser “menos que lo que solían pagar en tiempo de los caciques y señores que los tenían antes de venir a nuestra obediencia para que conozcan la voluntad que tenemos de les relevar y hacer merced”⁵¹. No se buscaba presionar demasiado a los indígenas para que anduvieran “descansados y relevados” y así les quedara con que pagar los tributos pero sin empobrecerse. Incluso, llegó a condonar tributos atrasados a los indios pobres de ciertos repartimientos en la audiencia⁵².

Las referencias respecto al abuso en el cobro de tributos de los encomenderos a los indios, fue escasa en la audiencia de Charcas. Al menos así se refleja en las cédulas reales, como la del 23 de septiembre de 1580: “pagan excesivos tributos a sus encomenderos y no se les pone justicia suficiente para que los defienda y gobierne en paz”⁵³. Otra, del 27 de mayo de 1582, profería la decisión de adjudicarse las rentas de las encomiendas cuyos titulares abusaran en el cobro de tributos a los indígenas. El rey ordenó hacer tasar el oro y plata ganado por los encomenderos. Si excedían en los cobros,

nadas por el tipo de trabajo, los productos y hasta la geografía de los territorios. El tributo fue la carga principal exigida a los indios; en su calidad de vasallos debían suministrarlos a su soberano o señor, el monarca castellano. La medida fue aplicada a todos los hombres solteros o casados, desde los dieciocho a los cincuenta años. Restaura, revista electrónica de conservación. Conservación.inah.gob.mx/publicaciones/wpcontent/uploads/2015/10/Coixtlahuaca_restaura.pdf.

⁵¹ Reales cédulas 13 y 15, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1551, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁵² Se conminaba a los usuarios de los servicios de los indios que tasaran éste correctamente y pagaran jornales justos para poder mantenerse y ahorra para otras necesidades. Sin embargo, sólo se les daba 8 maravedíes y medio por día, paga que difería “poco de trabajar de balde”. Real cédula 35, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1563, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB). En algunas regiones, como Chucuito, no les era posible pagar el tributo en plata, por lo que solicitó la audiencia al rey restableciera el antiguo tributo, “antes de la retasación,” con el pago en especie (ropas). Reales cédulas 186 y 228, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1586 y 1591, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁵³ Real cédula 91, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1570, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB). Otro exceso de los encomenderos: cobrar tributos a indios viejos, mayores de cincuenta años y obligarlos a realizar trabajos. Colección Rück, Libro Copiador, Real cédula 331, 1591, ff. 351 v-352 r., Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

podían perder la encomienda⁵⁴. También, el rey trataba de evitar que los indios fueran penados pecuniariamente, porque esto afectaba el proceso de evangelización⁵⁵.

Quien hace la ley se aprovecha de ella. El poder real practicó esta máxima al sacar ventaja de la liquidación paulatina de las encomiendas en el Alto Perú. En ocasión de la muerte de Lope de Mendieta y de Alonso de Montemayor, el repartimiento de indios que poseía cada uno, les fue transferido a García de Mendoza, hijo del marques de Cañete y a Pedro de Córdoba, respectivamente. El rey ordenó que se les quitara a ambos su repartimiento y se pusieran en la cabeza de la Corona (a nombre del rey)⁵⁶. Las rentas se repartirían de la siguiente manera: del primero, las ganancias se remitirían a la Casa de Contratación de Sevilla. Se utilizarían en pagar a Francisco de Eraso, el secretario del Consejo de Indias, y a otras personas del mismo, el aumento del salario que se les había proporcionado. Las rentas del segundo se invertirían en el sustento de religiosos que instruyeran en la religión y convirtieran en cristianos a los indios del territorio de la audiencia⁵⁷. Las prisas por obtener la utilidad de encomiendas “vacas” (vacantes) y los tributos caídos (ya no cobrados por el titular de la encomienda) fue una constante y dan cuenta de la problemática de las finanzas de la Corona. En esa misma ocasión el rey Felipe II ordenó que fueran enviados doce mil pesos a la Casa Contratación de Sevilla: “de cualquier maravedís y pesos de oro que haya de tributos de repartimientos de indios vacos; y si no hubiera la dicha cantidad, se cobren con toda brevedad de donde quiera que los hubiere”⁵⁸.

⁵⁴ Real cédula 156, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1582, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁵⁵ Real cédula 139, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1578, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁵⁶ Esta práctica fue ordenada con la frecuencia que las encomiendas iban entrando en vacancia. Las encomiendas duraban “dos vidas” o generaciones (de encomendero fundador a heredero). Inherente era el cobro de las rentas de las encomiendas a favor de la Corona.

⁵⁷ En este sentido un excedente de tributos de indios mineros del Potosí (de seis mil pesos en cuatro años), los aprovechó el rey para ordenar el pago de la cátedra de lengua aymara para habilitar a los sacerdotes doctrineros de esa ciudad. Real cédula 168, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1584, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁵⁸ Real cédula 23, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1561, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

Al mismo tiempo, el poder real fue escrupuloso en el manejo de las cuentas de sus intereses, al grado de legislar en el año de 1570 sobre el orden que debían tener los libros de la hacienda⁵⁹.

Una cuestión jurídica importante en el conglomerado de las cédulas reales enviadas a la audiencia de Charcas (y al resto de las audiencias) fue la relacionada con el mecanismo de recuperación de tributaciones y otros tipos de pagos a la Corona. Unas órdenes específicas a través de unas cédulas reales de 1562 indicaban: 1. Las cuentas que rendían los oficiales de hacienda en Indias, se tomaran al principio de cada año y fueran cerradas entre los meses de enero y febrero (los oficiales tenían que trabajar a marchas forzadas por las distancias y lentitud de las comunicaciones). 2. Las cuentas las tomarían el presidente de la audiencia y dos oidores donde radicaran los oficiales; donde no hubiera audiencia, las cuentas las tomarían el gobernador con dos regidores del pueblo y con el escribano del consejo. 3. Los oficiales no cobrarían su salario hasta que las cuentas estuvieran enteradas y completas a los dos meses del plazo indicado. 3. Los derechos reales a través de almojarifazgos tenían que pagarse íntegramente en transacciones entre comerciantes para que la falta de cobro no repercutiera negativamente en las arcas reales. En esas mismas cédulas sigue una larga serie de indicaciones respecto a la forma de proceder en los cobros de alcabalas en las arribadas de mercancías al puerto de la Veracruz en la Nueva España⁶⁰. Más cédulas ordenaban la pulcritud de las cuentas en la recuperación de tributos directamente, con almonedas de encomiendas vacantes y deudas con el fisco real⁶¹.

Los servicios personales de los indios se convirtieron en un asunto jurídico de primera importancia en el orbe indiano⁶². El repartimiento tuvo mayor difusión después de 1550, con la utilidad para estancieros, ganaderos, mineros y otros, sin excluir a los encomenderos que tuviesen una acti-

⁵⁹ Colección Rück, Libro Copiador, Real cédula 213, 1550, ff. 235 r-236 v., Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁶⁰ Reales cédulas 28 y 29, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1562, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁶¹ Cédulas 54, 56, 57, 58, 70, (1565); 92 (1570); 112 (1575). El requerimiento de la recuperación de tributos y rentas de encomiendas vacantes, cada vez fue menor, conforme se iban liquidando.

⁶² Una larga y profunda disertación al respecto, fue realizada por Silvio Zavala. Véase: SILVIO ZAVALA, *La encomienda indiana*, México, Porrúa, 1973; *El servicio personal de los indios en el Perú*, tres volúmenes, México, El Colegio de México, 1978. Del mismo autor, para el caso novohispano: *El servicio personal de los indios de la Nueva España. 1521-1550*, seis volúmenes, México, El Colegio de México-El Colegio Nacional, 1984.

vidad productiva. La mita fue la expresión particular en el mundo andino. Esta institución laboral se aplicó a una serie de diversas actividades coloniales, incluyendo el otorgamiento de encomiendas, la asignación de la tierra, la distribución de tributos, la venta forzada y el trabajo reclutado. Un sector ampliamente beneficiado del servicio personal de los indios, la Iglesia, utilizó el trabajo indígena para construcción de iglesias o explotación de recursos naturales en favor de la misma. El rendimiento del servicio personal sustentó la estructura económica de la América española en todo el periodo colonial, en especial durante el siglo XVI.

En ese mismo sentido, el derecho de sucesión y heredad de repartimientos de indios provocó muchos pleitos, sobre todo entre tíos y sobrinos. Se pretendía que el hijo, segundo o tercero del poseedor que moría, que había de heredar, antes que el sobrino nieto del poseedor, hijo del hijo primero o segundo. El rey se refería a las Leyes de Toro donde se habla de la sucesión de los mayorazgos. Mandó el monarca que en la sucesión de los repartimientos de indios,

aunque el hijo mayor muera en vida del poseedor del tal repartimiento, si el tal hijo mayor dejare hijo o hija, nieto o nieta, o descendiente legítimo en quien concurran las demás calidades que se requieren para suceder en los dichos repartimientos, conforme a lo que por Nos está ordenado, éstos tales descendientes del hijo mayor, por su orden, se prefieran al hijo segundo del dicho poseedor que murió, lo cual queremos que se guarde, no solamente en los pleitos y causas que de aquí adelante hubiere y sucedieren, pero también en los que al presente están pendientes⁶³.

Y en el sistema de heredad de los indios ricos el abuso por parte de clérigos también fue condenado por la Corona. Muchos indios ricos, aunque tuvieran herederos forzosos, eran conminados por sus confesores, clérigos regulares o seculares, a testar a favor de la Iglesia o de las órdenes religiosas. “Cuando la justicia lo viene a entender, ya el difunto está enterrado; y el cura o la Iglesia apoderada en la hacienda quedando muchos pobres indios defraudados”⁶⁴.

⁶³ Colección Rück, Libro Copiador, Real cédula 63, 1580, ff. 67 v-68 v., Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

Real cédula 50, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1564, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁶⁴ También los clérigos llegaron a incurrir en abusos en el cobro de los entierros y de las misas. Reales cédulas 202 y 241, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1588 y 1591, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

El rey tomó una decisión importante al instituir a la figura de un juez que se encargara de defender y amparar a los indios que hacían tratos con la hoja de coca, debido a que muchas personas se involucraban en su cultivo y trasiego⁶⁵. Otra decisión no menos importante, refiere a la necesidad de observar los usos y costumbres de los indios para impartirles justicia en consecuencia con los ordenamientos de las cédulas reales y no con las leyes castellanas:

(...) los indios naturales de esa provincia no son gobernados por las leyes y provisiones nuestras sobre ello dadas, sino por las de estos reinos, siendo diversa la república y gobierno de donde se sigue que los enseñan a pleitear, llevándoles sus haciendas y siendo causa de muchos perjuros en los negocios, y de usurpar las haciendas ajenas con autoridad de justicia; y se les pervierte su gobierno quintándolos de la sujeción de sus caciques y curacas y señores naturales; y porque como sabéis, tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios, y que sumariamente se determinen, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustas; y de no hacerse así, además de seguirse tanto daño a los dichos indios, Nos somos deservido; y nuestra voluntad es que para que mejor se acierte, se os declare y advierta más en particular la orden que en ello habéis de tener; y para hacerlo es necesario saber los usos y costumbres que los dichos indios tenían en tiempo de su gentilidad, en todo el término del distrito de esa dicha audiencia⁶⁶.

La justicia fue más limitada para los indios cuando se expidió la real cédula en que se indicaba que los indios no hicieran viajes largos para exponer negocios nimios. Debían esperar la visita de uno de los oidores, o exponer sus casos ante los corregidores del cabildo más cercano. Por tanto, no eran sujetos a provisiones jurídicas que les adjudicaran derechos. Debían ser despachados sus asuntos, breve y sumariamente, con decretos, pero sin provisión alguna⁶⁷.

⁶⁵ Real cédula 50, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1564, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁶⁶ Real cédula 141, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1580, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

⁶⁷ Real cédula 188, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1586, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

6. Consideraciones finales

La carencia del valor en la tierra durante los años fundacionales indios en esa centuria, concentró a los colonizadores a interesarse más en la fuerza de trabajo; por eso, antes de solicitar tierras, pidieron mercedes de repartimientos y encomiendas para suministrarse de trabajo y alimentos por concepto de tributo y servicio personal⁶⁸.

La producción minera fue privilegiada durante la época virreinal. Los centros productores en la Audiencia de Charcas, principalmente El Potosí, participaron en la economía europea, en la formación del mercado mundial y en la articulación y los efectos externos de la economía colonial de exportación. El alma y el progreso de todas las operaciones económicas en el orbe indiano fue la minería⁶⁹.

La estructuración agraria en el espacio andino en general y en la audiencia de La Plata de los Charcas en lo particular, se conformó entre el último cuarto del siglo XVI y los primeros años del XVII. Los cambios principales ocurrieron primero en el periodo entre 1530 y 1550, luego de la conquista que destruyó el estado imperial inca. Se suscitó la caída de la población indígena quedando reducida a la mitad o un tercio del tamaño que tenía hacia 1525-1530. Se alteró el paisaje agrario y hubo un retroceso del espacio agrícola. La segunda fase de transición (económica) de 1550 a 1575, ocasionó la subordinación formal de la población indígena. El medio, el sistema de encomienda, transformó la renta de productos y eliminó después el servicio personal o la renta de trabajo. La mita incaica fue transformada en el proceso de producción español. La producción colonial irrumpió con fuerza y rompió los esquemas de la producción tradicional indígena a través de la actividad minera. Los mineros indígenas, otrora agricultores, se convirtieron en consumidores agrarios. Los nativos que quedaron enfrascados en la actividad agrícola mediante las encomiendas, produjeron excedentes de alimentos y artículos. Éstos fueron el valor de cambio con los metales preciosos extraídos de la minería y se convirtieron en dinero. El aumento en la producción de plata y de la monetización (alrededor del año

⁶⁸ ENRIQUE FLORESCANO, *Origen y desarrollo de los problemas agrarios en México, 1500-1821*, México, Editorial Era, 1991, p. 38.

⁶⁹ En la audiencia de Charcas, como en otras regiones hispanoamericanas, las órdenes reales se enfocaron a esta actividad. Por ejemplo a finales del siglo XVI, el rey todavía legislaba en consecuencia al indicar que los repartimientos de indios se hicieran exclusivamente a los dueños de minas, ingenios y haciendas. Real cédula 258, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1594, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

de 1570) intensificó el valor de la encomienda. Se da así una reordenación de la ocupación del suelo y la redistribución de la población indígena concentrándose hasta una centena de aldeas en dos o tres pueblos, como parte de una nueva “policía” española. Se forzaba así el paso hacia una nueva economía. La tercera fase, de 1570 hasta 1605 aproximadamente, trajo consigo, sobre todo, una mayor movilidad étnica y la alteración del paisaje agrario en aquellas áreas afectadas por la mita del Potosí. El sistema de la mita tuvo una gran crisis porque los 13,000 requeridos anualmente para la explotación del cerro rico, eran inconseguibles toda vez que los pueblos se habían casi vaciado porque los indígenas ya no tenían tierras que ocupar en ellos. Muchas tierras fueron vendidas por los jueces de composición, alentando el surgimiento de latifundio que también afectaron a la población indígena en su movilidad laboral⁷⁰.

La formación andina indiana en la región de la audiencia charqueña, se dio a través de las ordenanzas indicadas en las cédulas reales. Para el caso del siglo XVI, esas normativas delinearon el cambio mercantil mediante el control del Estado en un sistema de reciprocidad y redistribución, la circulación espacial de valores (¡incluidos los indígenas como tales!) y el intercambio entre diferentes grupos étnicos (intercambio directo de productos), controlado por los mismos grupos, con los españoles y otro tipo de europeos a la cabeza. El poder colonial a través de las ordenanzas en las cédulas reales durante el siglo XVI, contribuyó a la desestabilización de la población indígena. Hay que admitir, al mismo tiempo, que otras normas reales trataron de conservar elementos del sistema primitivo, como el acceso a la tierra de los grupos étnicos, con la regulación del tamaño de la parcelas con respecto al de las unidades familiares que regía en el antiguo régimen incaico, como lo señala Sempat⁷¹.

Pero fue también notoria la presión y el perjuicio contra la población indígena en los primeros decenios de dominio europeo. Con su trabajo sustentaron las cargas de tributaciones que habían de pagar, por un lado a los españoles encomenderos, y por otro a sus caciques. El desorden del pago de tributos trató de ser corregido por la Corona: “convenía que se tasase para que se supiese lo que hayan de dar a sus caciques señores naturales de tributo, servicio y vasallaje que se les había de dar”⁷². La instauración del tributo indígena intentó eliminar el trabajo intenso y dispuso que los indios fueran

⁷⁰ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, *op. cit.*, pp. 274-276, 283 y 297.

⁷¹ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, *op. cit.*, p. 283.

⁷² Real cédula 23, Cédulas Reales, Audiencia de Charcas (Ach), 1560, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia (ABNB).

obligados a contratarse libremente por un justo salario. La reforma no se hizo efectiva en todas partes pero fue un gran adelanto legislativo⁷³.

Los alcances de la administración económica de la audiencia, con la habilitación en las órdenes reales, llegaron hasta la provincia de Tucumán, pero con menos efectividad que en el centro del territorio del Alto Perú, debido a las distancias y dificultades presentes por tratarse de una zona de guerra durante el siglo XVI.

Las leyes en materia económica relacionada con los indígenas de la audiencia de La Plata de los Charcas fueron instauradas para regular las relaciones ente nativos y colonizadores. El cumplimiento fue relativo, debido a particularidades y múltiples factores en el contexto indiano, por ir contra Derecho y fuero, perjudiciales a las partes o, simplemente, porque las condiciones no eran propicias en determinados casos.

⁷³ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *op. cit.*, pp. 27-28.

LA REAL AUDIENCIA DE LIMA EN EL PROCESO
DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ

THE ROYAL AUDIENCIA OF LIMA IN THE PROCESS
OF PERUVIAN INDEPENDENCE

JOSÉ DE LA PUENTE BRUNKE

Instituto Riva-Agüero. Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

jpuente@pucp.edu.pe

Resumen: Esta ponencia se propone presentar el papel que desempeñó la Real Audiencia de Lima, y los ministros que la integraron, en el proceso de la Independencia del Perú. Partiendo de la idea de que el tribunal limeño fue una suerte de “termómetro” de la compleja situación de esa época, se estudiará el conjunto humano de sus ministros. Se analizará, en la medida de lo posible, su pensamiento jurídico, y se hará referencia a las diversas posiciones y actitudes que los ministros de la Audiencia mostraron en ese contexto de guerra civil que significó el proceso que llevó a la Independencia. Por último, se analizará el proceso en virtud del cual se dio el paso de la Real Audiencia a la Alta Cámara de Justicia, luego de la proclamación de la Independencia.

Palabras clave: Perú, independencia, Audiencia de Lima, Ministros de la Audiencia, Alta Cámara de Justicia, pensamiento jurídico.

Abstract: This paper studies the role played by the Royal Audiencia of Lima, and by its ministers, in the process of Peruvian Independence. Bearing in mind that the Audiencia was a sort of “thermometer” of the complex situation of that time, the paper will analyze its ministers. Their legal ideas will be investigated, as well as their positions and attitudes during the War of Independence. Finally, the dissolution of the Royal Audience and the creation of the *Alta Cámara de Justicia*, after the proclamation of the Independence, will be explained.

Keywords: Peru, independence, Audiencia of Lima, ministers of the Audiencia, *Alta Cámara de Justicia*, legal ideas.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los magistrados y sus posiciones frente a las corrientes jurídicas. 3. Las relaciones entre el virrey y la Audiencia. 4. Los magistrados y sus actitudes ante la Independencia

1. Introducción

A diferencia de lo ocurrido en los otros países hispanoamericanos, el Perú celebrará el bicentenario de su Independencia bastante “tarde”: el 28 de julio de 2021, cuando se cumplan doscientos años de la proclamación de la Independencia en Lima por José de San Martín. Por esta circunstancia todavía no se ha planificado el modo de las celebraciones desde las instancias estatales. Sin embargo, desde el ámbito académico se ha producido una notoria renovación en los estudios sobre la Independencia desde hace ya bastantes años.

Esta ponencia se propone presentar el papel que desempeñó la Real Audiencia de Lima, y los ministros que la integraron, en el proceso de la Independencia del Perú. Partiendo de la idea de que el tribunal limeño fue una suerte de “termómetro” de la compleja situación de esa época, se estudiará el conjunto humano de sus ministros. Se analizará, en la medida de lo posible, su pensamiento jurídico, en cuyo marco notaremos la influencia de los nuevos planteamientos suscitados a partir de la difusión de las ideas de la Ilustración –como la exaltación del “derecho municipal y propio de cada nación”–, pero a la vez la vigencia del derecho natural y de gentes, y los cuestionamientos a la tradición del *ius commune*. Del mismo modo, se hará referencia a las diversas posiciones y actitudes que los ministros de la Audiencia mostraron en ese contexto de guerra civil que significó el proceso que llevó a la Independencia. Por último, se analizará el proceso en virtud del cual se dio el paso de la Real Audiencia a la Alta Cámara de Justicia, luego de la proclamación de la Independencia.

El papel de la Audiencia de Lima en el tiempo de la Independencia puede analizarse a partir de diversos enfoques. Hemos escogido tres: las posiciones de sus magistrados frente a las corrientes jurídicas; las relaciones entre el virrey y la Audiencia; y las actitudes de los magistrados ante la Independencia.

2. Los magistrados y sus posiciones frente a las corrientes jurídicas

Guillermo Lohmann Villena puso de relieve, hace más de cuarenta años, cómo era notoria la ausencia de monografías que estudiaran “la ideología peculiar de las principales corporaciones virreinales de cara al proceso separatista.” Así, denunció que “por inercia” se repetían afirmaciones falsas, como la de que el cabildo de Lima habría sido el centro de los anhelos liberales y del fervor regionalista, mientras que la Audiencia se habría caracterizado por su afán de

reprimir los movimientos insurgentes. Dicho autor procuró poner de relieve la falsedad de esas afirmaciones y la complicación del escenario, señalando –entre otras cosas– cómo no todos los magistrados peninsulares se mantuvieron leales a la Corona, ni todos los criollos apoyaron las posiciones separatistas¹.

Como es sabido, no fueron pocos los magistrados criollos en la Audiencia de Lima en el tiempo de la Independencia. Varios de ellos se formaron en el convictorio de San Carlos, que había sido fundado en 1772 por el virrey Manuel de Amat y Junient, con el fin de que la “filosofía moderna” y el derecho natural y de gentes fueran estudiados por sus alumnos, para que los jóvenes pudieran “discurrir como no pensaron sus abuelos”². El convictorio fue clave en la formación de una nueva generación de juristas, en el clima intelectual de la Ilustración, que impulsó el interés por el estudio del derecho patrio, y buscó disminuir la importancia del estudio del derecho romano y, en general, de la tradición del *ius commune*. Así lo expresó el rector del convictorio, Toribio Rodríguez de Mendoza³, en el Plan de Estudios, al afirmar que por derecho civil debía entenderse “aquel derecho municipal y propio de cada nación, y no precisamente el derecho romano”. Consideraba que no era necesario el estudio del derecho romano, y que si se había estudiado en tiempos anteriores había sido “para que los hombres se hiciesen más sabios y eruditos y no para que fincasen en él su ciencia legal”. Por eso, el mencionado rector lamentaba que los juristas hispanoamericanos no conocieran bien el ordenamiento jurídico español⁴. Así, el derecho patrio y el derecho natural eran considerados las ba-

¹ GUILLERMO LOHMANN VILLENA, *Los ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700-1821). Esquema de un estudio sobre un núcleo dirigente*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1974, p. CVII.

² Esas expresiones fueron de Manuel Lorenzo de Vidaurre. Cfr JOSÉ DE LA PUENTE BRUNKE, “Entre dos mundos: juristas peruanos del tiempo de la independencia”. En Pérez Collados, José María y Samuel Rodríguez Barbosa (eds.): *Juristas de la independencia*. Madrid, Marcial Pons – Cátedra de Cultura Jurídica, 2012, p. 588.

³ Ya en 1860 Benjamín Vicuña Mackenna puso de relieve la trascendencia de la figura de Rodríguez de Mendoza: “Rector durante 30 años del Colegio de San Carlos, que acababa de fundarse casi como una revolución en los claustros que la expulsión de los jesuitas dejara vacíos, él adelantó con sus innovaciones, consideradas entonces temerarias, y a pasos de gigante, el movimiento que aquella organización joven y nueva iba a recibir y a comunicar; y así puede decirse que la revolución peruana que desde 1810 tuvo su foco en el colegio de San Carlos, nació en las manos de aquel eminente americano y en las de sus ilustres auxiliares (...)”. BENJAMÍN VICUÑA MACKENNA, *La revolución de la Independencia del Perú, 1809-1819*. Lima, Editorial “Garcilaso”, 1924, p. 48.

⁴ PUENTE BRUNKE, “Entre dos mundos”, pp. 588-589. Recientemente Víctor Tau Anzoátegui –citando las investigaciones de María Paz Alonso Romero– ha destacado cómo

ses de la formación jurídica. Para Manuel Lorenzo de Vidaurre, por ejemplo, el derecho natural ofrecía un modelo que podía ser muy útil para el legislador, ya que la ley justa era la que oía la voz de la naturaleza⁵.

Vamos a referirnos a dos magistrados en especial: José Baquijano y Carrillo y Manuel Lorenzo de Vidaurre. José Baquijano y Carrillo, conde de Vistaflorida (1751-1817), fue nombrado oidor de la Audiencia de Lima en 1807, y en 1812 se convirtió en consejero de Estado. De quienes ocuparon los estrados de la Audiencia de Lima a inicios del siglo XIX, fue él sin duda el más importante en términos de sus manifestaciones con respecto a la situación política del virreinato, y en lo relativo a las ideas jurídicas del momento. Sus propios orígenes familiares son muy reveladores de la complejidad de la sociedad limeña en esos tiempos, en los que muchas familias de la aristocracia virreinal establecían alianzas matrimoniales con acaudalados peninsulares recién llegados al Perú. Así, Baquijano fue hijo de un comerciante vasco llegado al Perú en la primera mitad del siglo XVIII y que logró hacer una gran fortuna; y su madre pertenecía a una antigua familia de la aristocracia criolla, descendiente de primeros conquistadores⁶.

Baquijano desarrolló una muy notable carrera académica. Muy joven se doctoró en Cánones y Leyes y se recibió de abogado ante la Real Audiencia. Fue también asesor del cabildo de Lima y del Tribunal del Consulado, y luego de un primer viaje a España fue nombrado protector interino de naturales y fiscal del crimen interino en la Audiencia de Lima. Como catedrático en la Universidad de San Marcos destacó por sus reclamos de cambios en cuanto a las materias jurídicas impartidas, al igual que por su posición crítica en lo relativo a diversos aspectos del gobierno virreinal. En cuanto a esto último, el punto culminante fue su célebre “Elogio” del virrey Jáuregui, en 1781, en los mismos claustros sanmarquinos, mediante el cual demandó de las autoridades una nueva manera de gobernar, en el dramático contexto de los meses posteriores a la ejecución de Túpac Amaru II. En ese Elogio afirmó, entre otras cosas, que “el bien mismo deja de serlo, si se establece y funda contra el voto y opinión del público”. Años después, en 1793, Baquijano viajó a España

en la Universidad de Salamanca sí se preparaba a los aspirantes a juristas en el estudio del ordenamiento del reino, poniendo especial énfasis en el derecho regio. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento, Doctrina, Mentalidad*. Frankfurt, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, p. 8.

⁵ PUENTE BRUNKE, “Entre dos mundos”, p. 589.

⁶ JOSÉ DE LA PUENTE BRUNKE, *José Baquijano y Carrillo*. Lima, Editorial Brasa S.A, 1995; PUENTE BRUNKE, “Entre dos mundos”, p. 584.

en representación del cabildo de Lima, para pedir mayor presencia de criollos en la Audiencia⁷.

A pesar del malestar que entre las autoridades virreinales generó el “Elogio”, en 1807 –como ya señalamos– fue nombrado Baquijano oidor de la Audiencia de Lima, en lo cual pesó mucho su prestigio académico y social⁸. Como oidor, Baquijano representó uno de los primeros casos en los que un magistrado de ese tribunal se manifestó abiertamente en contra de las políticas de la Corona. Esto ocurrió con ocasión de las denuncias publicadas por el Brigadier Manuel Antonio de Villalta y Santiago-Concha (hijo, sobrino y nieto de oidores), quien en 1811, y con el amparo de la libertad de imprenta, publicó unos textos en los que se quejaba de haber sufrido unas supuestas postergaciones en su carrera militar. Baquijano apoyó públicamente la posición de Villalta, que suponía una grave crítica a la administración virreinal. Frente a ello, otro magistrado limeño, el alcalde del crimen Gaspar Antonio de Ceballos y Calderón, se pronunció en defensa de la administración. Este magistrado manifestó hasta el final de sus días –murió en diciembre de 1820– una firme posición en defensa de la autoridad del rey⁹.

Manuel Lorenzo de Vidaurre (1773-1841) es el magistrado de esa época que ha sido más estudiado en cuanto a su pensamiento jurídico y político. Si bien no fue oidor de la Audiencia de Lima, sino de la del Cuzco, su figura es muy simbólica, porque fue también el primer presidente de la Corte Suprema de Justicia de la república. Tal como lo ha afirmado Víctor Peralta, el caso de Vidaurre es muy representativo de la fuerza que tuvo el liberalismo hispánico en la transformación de la cultura política peruana –y de las nociones jurídicas–:

Su caso ejemplifica el camino seguido por los personajes públicos de origen criollo que con una alta formación ilustrada creyeron encontrar en las disposiciones emanadas de las Cortes de Cádiz el remedio a una marginalidad histórica identificada discursivamente con el asentamiento del despotismo. Vidaurre fue un sincero defensor del liberalismo hispánico y consideró indispensable su éxito en el Perú para alejar el fantasma de la independencia¹⁰.

⁷ PUENTE BRUNKE, *José Baquijano y Carrillo*.

⁸ PUENTE BRUNKE, “Entre dos mundos”, pp. 584-585.

⁹ LOHMANN VILLENA, *op. cit.*, pp. CIX-CX y 32.

¹⁰ VÍCTOR PERALTA RUIZ, *La independencia y la cultura política peruana (1808-1821)*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos – Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 2010, p. 309.

Sin embargo, la reacción absolutista de Fernando VII implicó el destierro de Vidaurre del Perú, y su progresivo paso a la causa independentista. Podría decirse que Vidaurre fue uno de los principales representantes de un conjunto de juristas que vivió el paso –en el ámbito de las ideas jurídicas, sociales y políticas– desde los paradigmas del Antiguo Régimen hacia lo que más adelante sería el pensamiento constitucional moderno. Al igual que Baquijano, Vidaurre fue aristócrata y limeño. Es posible distinguir dos grandes periodos en cuanto a sus planteamientos. El primero, que podríamos denominar ‘liberal’, se desarrolló en el tiempo de la crisis de la monarquía hispánica; el segundo, que podríamos definir como ‘republicano’, se dio tras la independencia, y con la definición de un Estado republicano¹¹. Vidaurre era veintidós años más joven que Baquijano y Carrillo y, a diferencia de este, no tuvo relevancia pública antes del tiempo de las Cortes de Cádiz.

Vidaurre tuvo acceso a obras jurídicas de autores de la Ilustración europea, y en particular italiana. Así, consta que leyó “La ciencia de la legislación” de Filangieri, quien sintetizó en dicha obra muchos de los postulados de los más importantes exponentes de la Ilustración italiana, como Beccaria, Muratori y otros. Vidaurre tuvo acceso a esa y a otras obras prohibidas por el Santo Oficio en la biblioteca del marqués de Casa Concha, José de Santiago Concha y Salazar, cuando era estudiante en el convictorio de San Carlos, y así pudo conocer corrientes distintas a las que se impartían en San Carlos, que eran el derecho romano, el canónico y el natural. En esa biblioteca leyó también el *Discurso sobre las penas* de Manuel de Lardizábal y Uribe, y el *Espíritu de las leyes* de Montesquieu. Así, combinó en su formación las concepciones jurídicas romanas, medievales e hispanas con las propias de la Ilustración¹².

En un texto publicado luego de su salida del Cuzco, Vidaurre insistió en la importancia de la lectura de autores muy variados en la formación del jurista: “¿Se puede ser un buen jurista sin el Montesquieu, Filangieri, el Beccaria y otros? (...) No se debe impedir la lectura de aquellas obras que deben formar las almas de unos caballeros destinados a los gobiernos, las magistraturas y las mitras”¹³.

Vidaurre puso de relieve la importancia de las ideas de Filangieri en lo relativo a la promoción de la libertad de comercio y a la denuncia de las exac-

¹¹ CRISTÓBAL ALJOVÍN DE LOSADA, *El imaginario constitucional de Manuel Lorenzo de Vidaurre*. Lima, 2012 (inédito).

¹² PERALTA, *op. cit.*, pp. 313-314.

¹³ Citado en PERALTA, *op. cit.*, p. 327.

ciones sufridas por la población para financiar la guerra, entre otras cosas. Según él, las obras de Montesquieu y Filangieri debían ser los dos pilares del derecho patrio, basados en la racionalidad ilustrada, ya que la auténtica libertad solo podía ser lograda por pueblos ilustrados. Consideraba que los pueblos de la América hispana estaban aún lejos de alcanzarla, cosa que ya había sido lograda por Norteamérica. Al no ser ilustrados, los pueblos hispanoamericanos no podían pretender la independencia, ya que estaban habitados por:

(...) nobles sin valor ni virtud, sabios por los libros, mas no por las costumbres; patriotas por lo fértil del suelo, no por la energía de las almas, ricos por la abundancia de los metales, no por la industria y el comercio, cristianos por el culto exterior de los sentidos, no por la fiel observancia del evangelio¹⁴.

3. Las relaciones entre el virrey y la Audiencia

Si bien la historia de la Audiencia de Lima es pródiga en episodios de desacuerdos o enfrentamientos entre los magistrados y el virrey, los años posteriores a 1808 fueron especialmente nutridos en ellos. Timothy Anna ha ofrecido un ilustrativo panorama en este sentido, y ha puesto de relieve cómo la “escandalosa conducta pública” de muchos magistrados estuvo en la mira del virrey Abascal, quien buscó “disciplinarlos” con diversas medidas, que a la postre no surtieron efecto. Por ello Abascal, en su labor gubernativa, prefirió prescindir del consejo “de una audiencia en la cual desconfiaba y que le disgustaba”¹⁵. En el mismo año de 1808 Abascal escribió a las autoridades peninsulares denunciando que la mayoría de los magistrados del tribunal limeño se ocupaba en negocios privados u operaba haciendas, todo lo cual estaba prohibido por la ley. Según Abascal, eran tan lucrativos los beneficios que los magistrados obtenían que ninguno de ellos aceptaría un nombramiento –incluso a integrar el propio Consejo de Indias– que los obligara a dejar Lima. Tiempo después el propio Consejo de Regencia desaprobó explícitamente esas actuaciones, aunque sin ningún resultado efectivo. Sin embargo, desde la península empezaron a solicitarse informes secretos a diversos vecinos importantes de Lima, con respecto a la conducta de los magistrados. Luego de ello, la Regencia ela-

¹⁴ Citado en PERALTA, *op. cit.*, p. 327.

¹⁵ TIMOTHY ANNA, *La caída del gobierno español en el Perú. El dilema de la independencia*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2003, pp. 112-113.

boró una larga lista de cargos contra casi todos los magistrados¹⁶. Los cargos más frecuentes fueron los referidos a aprovechamientos económicos ilícitos, aunque los hubo también vinculados a la conducta personal y familiar, como fue el caso del oidor Domingo Arnáiz de las Revillas, acusado de haber abandonado a su mujer y a su numerosa prole para ir a vivir con otra, a la cual le había puesto una panadería¹⁷.

Si bien el Consejo de Regencia instruyó al virrey Abascal para que levantara cargos contra varios ministros de la Audiencia y que incluso suspendiera a la propia institución, el vicesoberano decidió no hacerlo, considerando el panorama bélico que estaba enfrentando el virreinato en el Alto Perú. Esto ocurrió en 1812. Además, sin duda el virrey también ponderó los peligros que habría entrañado una acción en contra de los magistrados en el seno de la elite limeña, tan relacionada con aquellos¹⁸.

Pero finalmente, en 1815, Fernando VII dispuso el retiro de cuatro magistrados, la suspensión y juicio de tres, la transferencia de uno a un tribunal distinto, y advertencias para otros dos. Es decir, la Audiencia perdió a la mitad de sus miembros (ocho de dieciséis). Sin embargo, en la práctica no fue así. Si bien los cuatro magistrados que fueron retirados –el regente Arredondo, García de la Plata, Pino Manrique y Eyzaguirre– dejaron, en efecto, sus cargos, no ocurrió lo mismo con los tres suspendidos –Arnáiz de las Revillas, Valle y Postigo y Pareja–, quienes siguieron ejerciendo sus magistraturas. Para cubrir las vacantes se dispuso que Francisco Tomás de Anzótegui, antiguo regente de Charcas, fuera el nuevo regente, y fueron nombrados como oidores sustitutos –en tanto no llegaban los permanentes– algunos magistrados de Chile, Cuzco y Quito que estaban en Lima debido a las rebeliones que afectaban a sus jurisdicciones¹⁹.

La codicia de los agentes de la administración, y en particular de los magistrados, fue censurada en múltiples oportunidades, y muchos realistas vieron en ella la causa principal de las aspiraciones separatistas. Lo dijo, por ejemplo, el marqués de Valleumbroso, en año tan tardío como 1821, en el contexto de la misión que se le encomendó para defender al virrey La Serna y justificar el motín de Aznapuquio. Censuró la conducta de muchos funcionarios,

¹⁶ ANNA, *op. cit.*, pp. 113-114.

¹⁷ LISELLE QUIROZ-PÉREZ, *Du service du Roi au service de la République: haute magistrature et construction de L'État au Pérou (1810-1870)*. Tesis de Doctorado. París, Universidad de París 1, Panthéon – Sorbonne, 2009, p. 91.

¹⁸ ANNA, *op. cit.*, p. 115.

¹⁹ ANNA, *op. cit.*, pp. 116-117.

que abusando de la confianza depositada en ellos han buscado su lucro con perjuicio notable de la justicia y de la opinión, única fuerza por la cual se ha dominado este país hasta ahora. Lo diré de una vez señor Excmo., el amor al dinero y la poca escrupulosidad en los medios de adquirirlo es el pretexto más especioso y por desgracia el más fundado que alega la revolución en su apoyo (...) ²⁰.

El fiscal del crimen, Miguel de Eyzaguirre, protagonizó un enfrentamiento con el virrey Abascal, ya que se manifestó partidario de las medidas reformistas en lo político, y se mantuvo como defensor de los principios de la Constitución de Cádiz incluso después de la reacción absolutista de Fernando VII. El virrey intentó alejarlo de sus funciones y del virreinato, pero no lo logró. El punto de discordia más grave estuvo representado por la posición del fiscal en cuanto al modo de procesar a los involucrados en movimientos insurgentes²¹. Jugó en contra del fiscal el hecho de que su hermano José Ignacio, en Santiago de Chile, encabezara los reclamos de los comerciantes chilenos frente a la administración, lo que lo llevó a ser arrestado. Posteriormente Abascal solicitó al Consejo de Indias el destierro del fiscal, pero desde la península se dispuso que se le adjudicase la primera plaza de oidor que vacase en la cancillería de Valladolid o en la de Granada. No obstante ese ascenso –producido contra los deseos del virrey–, Eyzaguirre permaneció en Lima, a pesar de que en 1815 llegara quien lo reemplazaría en el cargo, José de Irigoyen y Centeno. Posteriormente el virrey Pezuela lo denunció como conspirador, a pesar de que solo apoyaba las reformas liberales. Finalmente se embarcó rumbo a España, pero un asalto perpetrado por piratas en Panamá, que dejó sin sus pertenencias a todos los viajeros, lo obligó a regresar al Perú, donde se instaló en Trujillo. Años después las autoridades patriotas lo invitaron a ejercer nuevamente la administración de justicia, lo cual no aceptó, y decidió retirarse a Chile, aunque falleció antes de hacerlo, en el pueblo de Guadalupe, el 6 de mayo de 1821. En diversos documentos que escribió dejó claro que su propósito era el de defender las reformas políticas, pero no la separación de España²². Incluso antes de 1808 ya Eyzaguirre se había pronunciado a favor de cambios importantes en el estado

²⁰ JOSÉ AGUSTÍN DE LA PUENTE CANDAMO, “La misión del marqués de Valle-Umbroso y de Antonio Seoane”. *Revista Histórica*, vol XXI (Lima, 1954), p. 438.

²¹ CARLOS CONTRERAS Y LUIS MIGUEL GLAVE, “Estudio introductorio”, en CARLOS CONTRERAS Y LUIS MIGUEL GLAVE (editores), *La independencia del Perú. ¿Concedida, conseguida, concebida?* Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2015, p. 29.

²² JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ, “El establecimiento del Poder Judicial en el Perú: de la Real Audiencia de Lima a la Corte Suprema de la República (1821-1824)”. *Campus. Revista Oficial de la Universidad Privada Antenor Orrego*. Año 2, N° 3 (2007), pp. 85-87.

de cosas del virreinato. Así, por ejemplo, fue muy crítico con la pervivencia del repartimiento de mercancías, tan oneroso para los indígenas, y que a pesar de haber sido formalmente abolido tras la rebelión de Túpac Amaru, seguía dándose en la práctica. De este modo, en 1807 escribió que si se le pudiera dar otro nombre al Perú, este sería el de “reino de corrupción y repartimiento”²³. Años después fue un firme partidario de la apertura de los puertos peruanos al comercio directo con las potencias extranjeras, lo cual fue ponderado por Abascal como una posición contraria a los intereses de la monarquía²⁴.

“De entre los ministros de oriundez americana ninguno aventajó al Fiscal del Crimen Eyzaguirre en la intrepidez con que exteriorizó sus tendencias decididamente favorables a una transformación radical del sistema político. Sin ambages apoyó cuanto contribuyera a socavar el poderío virreinal y con sobrada razón el Virrey Abascal lo denunció como ‘el único defensor de los insurgentes’ porteños en los estrados de la Audiencia”²⁵.

4. Los magistrados y sus actitudes ante la Independencia

Burkholder y Chandler han puesto de relieve cómo a partir de 1808 el sistema de escalafón en los nombramientos en las audiencias sufrió trastornos, tal y como había ocurrido décadas atrás, en el tiempo del beneficio de oficios públicos en dichos tribunales. En efecto, el sistema de escalafón implicaba que los magistrados que se desempeñaban en audiencias “menores” fueran luego promovidos a las más importantes, como eran las de Lima y México. Los mencionados autores han mostrado cómo de los dieciocho nombramientos de magistrados para la Audiencia de Lima efectuados después de 1808, solo nueve fueron “promociones escalafonarias normales”; los otros nueve nombramientos no siguieron los criterios del escalafón, y respondieron al deseo de favorecer a individuos fieles a la Corona que habían perdido sus puestos a raíz de la inestabilidad política de esos años²⁶. Sin embargo, los mismos

²³ PATRICIA H. MARKS, *Deconstructing Legitimacy. Viceroy, Merchants, and the Military in Late Colonial Peru*. University Park, The Pennsylvania State University Press, 2007, pp. 83-84.

²⁴ MARKS, *op. cit.*, p. 157.

²⁵ LOHMANN VILLENA, *op. cit.*, p. CXIV.

²⁶ MARK A. BURKHOLDER Y D.S. CHANDLER, *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América, 1687-1808*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 197-198.

autores sostienen que, si bien para fines del siglo XVIII “las audiencias de todo el imperio se hallaban firmemente sometidas a la autoridad real, como nunca antes”, el caso de la Audiencia de Lima era una excepción²⁷. En efecto, en el tribunal limeño hubo una proporción de magistrados criollos mayor que en otras audiencias, lo cual ha llevado a Lohmann a afirmar que la supuesta discriminación de los criollos en dichos tribunales era “un ripio histórico”²⁸.

Cuando llegaron a Lima las noticias dando cuenta de que el 10 de agosto de 1809 se había producido una revolución en Quito, a cuya cabeza estaba una autoridad considerada ilegítima, el virrey Abascal convocó a una junta secreta con las más altas autoridades del virreinato. La mayor parte de los asistentes a esa junta se manifestó partidaria de enviar tropas a Quito a repeler violentamente el mencionado levantamiento. Voces minoritarias señalaron su preocupación en el sentido de que el envío de tropas podría agravar la situación, en vez de lograrse la paz. El regente de la Audiencia, Manuel Antonio de Arredondo, fue de esa opinión. Vicuña Mackenna refiere que privadamente Abascal le manifestó a Arredondo compartir su posición, pero para salvar su responsabilidad dispuso el envío de las tropas²⁹.

Manuel Plácido de Berriozábal y Beitia fue alcalde del crimen de la Audiencia de Lima desde 1815 hasta la extinción del tribunal. Peninsular –natural de Elorrio, en Vizcaya–, había sido antes nombrado oidor de la Audiencia del Cuzco en 1804, y en 1810 pasó a desempeñarse también como oidor en la Audiencia de Charcas³⁰. Desempeñándose como oidor en el Cuzco, Berriozábal –quien, según Vicuña Mackenna, se caracterizaba por “su odio a los americanos”– se prestó a una maniobra de engaño para conseguir de Manuel de Ubalde la confesión de una supuesta conspiración contra el rey, tras lo cual aquel fue condenado a muerte³¹.

Un caso interesante es el del magistrado Tomás Ignacio de Palomeque y Céspedes –peninsular–, quien fue en un principio muy celoso en la defensa de la autoridad virreinal y en el castigo a los conspiradores. Sin embargo, todo indica que con el paso del tiempo, y por influencias recibidas aparentemente de su mujer, oriunda del Río de la Plata, fue cambiando de posición,

²⁷ BURKHOLDER Y CHANDLER, *op. cit.*, p. 140.

²⁸ LOHMANN VILLENA, *op. cit.*, p. XXV.

²⁹ Vicuña Mackenna manifiesta que los doscientos hombres armados que se enviaron a Quito ensangrentaron la ciudad “con la más horrible y la más aleva de las matanzas”. VICUÑA MACKENNA, *op. cit.*, pp. 79-80.

³⁰ LOHMANN VILLENA, *op. cit.*, p. 13.

³¹ VICUÑA MACKENNA, *op. cit.*, pp. 70-71.

y terminó –luego de la Independencia– desempeñándose como magistrado de la Alta Cámara de Justicia³². Lohmann atribuye a Palomeque “el colmo de la versatilidad ideológica”, ya que pasó de caracterizarse por estar entre “los oidores más enemigos de la causa”, a manifestar poco después gran entusiasmo por la independencia. Fue vocal de la flamante Corte Suprema de la república. Lohmann no ahorra adjetivos al referirse a su radical cambio de posición: “arrastrado por su fervor de tráfuga, en el primer aniversario de la batalla de Junín no tuvo el menor rubor de lanzar un brindis por ‘la próxima destrucción del orgulloso imperio español’. En verdad, no cabe mayor desfachatez”³³.

El carácter de guerra civil del proceso de Independencia se reflejó también en el seno de la Audiencia. Así, hubo magistrados peninsulares que terminaron sirviendo en los posteriores tribunales independientes –como fueron los casos de Palomeque, de Osma y Tricio, de Valle y Postigo y de la Iglesia. Y hubo criollos que ante la Independencia prefirieron trasladarse a España, como fue el caso de Diego Bravo de Rivero, marqués de Castelbravo, quien allí obtuvo una plaza en el Consejo de Órdenes, además de la concesión de la Gran Cruz de la Orden de Isabel la Católica³⁴. Durante su desempeño como magistrado en la Audiencia limeña, Castelbravo no dudó en participar activamente en todo lo que pudiera ayudar a las armas del rey y a sus partidarios. Así, por ejemplo, hizo gestiones para que se levantara el arresto que padecía en el convento de la Merced el sacerdote Pedro Ángel Jado, por haber sido adicto a la causa del rey, y por no haber aceptado colaborar con el protectorado instaurado por San Martín³⁵.

El 2 de agosto de 1814 Abascal envió una carta a la Regencia, en la que se refería en términos muy duros a los magistrados de la Audiencia, y los acusaba de ser lentos y torpes en el seguimiento de los casos que involucraban a quienes se habían levantado en armas contra la autoridad virreinal³⁶.

En determinados momentos los magistrados de la Audiencia desarrollaron también labores vinculadas con la defensa de Lima frente a movimientos rebeldes. Por ejemplo, así ocurrió en julio de 1818, cuando se produjo una conspiración para tomar el castillo del Real Felipe en el Callao: los oidores Manuel Villota y marqués de Castelbravo recibieron el encargo de defender

³² GÁLVEZ, *op. cit.*, pp. 87-88.

³³ LOHMANN VILLENA, *op. cit.*, pp. CXII-CXIII.

³⁴ GÁLVEZ, *op. cit.*, pp. 88-89.

³⁵ CONTRERAS Y GLAVE, *op. cit.*, pp. 23-24.

³⁶ ANNA, *op. cit.*, p. 115.

Lima en el caso de que el virrey saliera de la ciudad. Un año después, el mismo oidor Villota colaboró en la recaudación de cupos en los días del bloqueo del Callao por Cochrane³⁷.

El virrey La Serna se quejó de que ningún magistrado de la Audiencia de Lima lo hubiera acompañado en su salida de Lima hacia la sierra, poco antes de la llegada de San Martín a la capital. Tal como afirma Brian Hamnett, todo indica que ningún magistrado estuvo dispuesto a poner en riesgo sus intereses personales acompañando al virrey ante la inminencia de la entrada de San Martín³⁸.

Hubo casos dramáticos, como el del oidor Antonio Caspe y Rodríguez. Realista, huyó a los castillos del Callao. Luego de la capitulación, en 1826, llegó a convertirse –en palabras de Timothy Anna– en “un refugiado indigente”. Logró salir del Perú, pero dejó allí a su mujer y a sus nueve hijos. En Río de Janeiro logró sobrevivir gracias a un préstamo que le hizo otro español³⁹.

Los ministros de la Audiencia de Lima en julio de 1821 eran catorce, y ante la declaración de la Independencia se dividieron en dos grupos de siete. Por un lado, tres americanos –Moreno y Escandón, Aldunate e Irigoyen– y cuatro peninsulares –Valle, Palomeque, Osma e Iglesia– se manifestaron dispuestos a seguir en el despacho del tribunal; y los otros siete pidieron dejar sus funciones y pasar a España: seis de ellos eran peninsulares –Ansótegui, Villota, Bazo y Berry, Rodríguez Romano, Caspe y Berriozábal–, y uno criollo: Bravo del Ribero y Zabala⁴⁰. Especial mención merece Bazo y Berry, alcalde del crimen, calificado como “segundo Fouché” por el *Diario secreto de Lima*⁴¹.

Los ministros que luego se desempeñaron como vocales de la flamante Corte Suprema fueron José de la Iglesia y Hugues, Tomás Ignacio Palomeque, José Santiago Aldunate y Francisco de Moreno y Escandón.

Timothy Anna sostiene que solo un magistrado de la Audiencia firmó la Declaración de Independencia: el peninsular Manuel María del Valle. Pero otros seis (los peninsulares Palomeque, Osma y de la Iglesia, y los criollos Aldunate, Irigoyen y Moreno), si bien no firmaron la Declaración, le pidieron a San Martín permanecer en Lima. “Optaron por permanecer en Lima no

³⁷ GÁLVEZ, *op. cit.*, pp. 83 y 96.

³⁸ BRIAN R. HAMNETT, *Revolución y contrarrevolución en México y el Perú. Liberalismo, realza y separatismo (1800-1824)*. México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 349.

³⁹ ANNA, *op. cit.*, p. 244.

⁴⁰ LOHMANN VILLENA, *op. cit.*, pp. CXVII-CXIX.

⁴¹ CONTRERAS Y GLAVE, *op. cit.*, p. 25.

porque aceptasen positivamente la idea de la independencia, sino porque sus ingresos y propiedades estaban en el Perú⁴².

El 6 de julio de 1821 fue el último día de despacho de la Real Audiencia de Lima. El 23 del mismo mes San Martín dirigió una carta al magistrado Moreno solicitando que el tribunal continuara en funciones para no perjudicar el desarrollo de los procesos judiciales. Así ocurrió con aquellos magistrados que simpatizaban con la causa patriota, a los que se unieron algunos juristas convocados para tal efecto. En agosto, por medio de un decreto protectoral expedido por San Martín, se creó la Alta Cámara de Justicia, con las mismas funciones de la Audiencia en el ámbito judicial, con jurisdicción en los territorios que se habían adherido a la independencia⁴³.

Como sede de la Alta Cámara de Justicia se estableció el inmueble en el que había funcionado antes el Tribunal del Santo Oficio, y las labores de aquella se iniciaron en el mismo mes de agosto. Sin embargo, la instalación oficial se efectuó el 7 de octubre, bajo la presidencia de Moreno y Díaz de Escandón. Además de este, cinco de los vocales lo habían sido de la Real Audiencia. Los nuevos magistrados fueron José Arriz y Uceda –quien había sido uno de los redactores de la declaración de la Independencia–, Fernando López Aldana –neogranadino–, Mariano Pérez de Saravia –rioplatense. Fiscal en lo civil fue nombrado Mariano Alejo Álvarez, y en lo criminal Manuel Pérez de Tudela, redactor también del acta de la Independencia.

Luego de la derrota de las tropas rebeldes en Ica el 7 de abril de 1822, se inició una persecución contra los realistas. Entre las víctimas estuvo “el popular ex oidor de Lima, Pedro Mariano de Goyeneche (criollo)”, hermano del conde de Guaqui y del obispo de Arequipa. Se le ordenó ofrecer una contribución especial de 40,000 pesos al gobierno, “para expiar los pecados de su familia”. Cuando alegó que no disponía de esa suma, Bernardo de Montea-gudo dispuso el saqueo de su casa, tomó 80,000 pesos y lo mandó a la cárcel encadenado. Posteriormente huyó⁴⁴.

Un dispositivo fundamental en este proceso de cambio fue el Estatuto Provisional promulgado el 8 de octubre de 1821, que estableció la Alta Cámara de Justicia en reemplazo de la Real Audiencia. Tuvo corta duración, ya que la Constitución de 1823 la reemplazó a su vez con la creación de la Corte Suprema de Justicia. Al parecer, la conducta de varios de los magistrados de la

⁴² ANNA, *op. cit.*, p. 245.

⁴³ GÁLVEZ, *op. cit.*, pp. 110-111.

⁴⁴ ANNA, *op. cit.*, p. 272.

Alta Cámara, al permanecer en Lima con ocasión de la ocupación realista de ese mismo año, generó sospechas en las autoridades patriotas, lo cual pudo influir en la supresión del mencionado tribunal⁴⁵.

⁴⁵ GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 73.

TRADUCCIÓN E INTERPRETACIÓN EN LA PROPUESTA DE RESCATE
DEL DERECHO CONSUECUDINARIO PREHISPÁNICO DE ALONSO
DE ZORITA*

TRANSLATION AND INTERPRETATION IN ALONSO DE ZORITA'S
PROPOSAL FOR THE RECOVERY OF PRE-HISPANIC CUSTOMARY
LAW

JOSÉ LUIS EGÍO**

*Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte,
Frankfurt am Main (Alemania)*

joseluisegio@gmail.com / egio@rg.mpg.de

Resumen: El presente artículo analiza las reflexiones sobre traducción jurídica contenidas en dos *Relaciones* escritas por el jurista español del siglo XVI, Alonso de Zorita. Sus ideas son una ilustración perfecta de la dimensión creativa que inspiró varias de las propuestas que, en esta época, se realizaron para adaptar el Derecho castellano a las costumbres legales particulares de los pueblos amerindios. Mi análisis se concentra en algunas de las problemáticas lingüísticas implicadas por la propuesta de Zorita de restaurar una policía prehispánica en cierto modo idealizada. Me refiero en particular a los problemas ligados al uso judicial de fuentes legales nativas de naturaleza pictórica, así como a algunos de los dilemas abiertos en torno a la posibilidad de su misma interpretación y traducción.

Palabras clave: traducción, interpretación, costumbre, código pictográfico, policía, fiscalidad.

Abstract: This article examines the reflections on legal translation set out in two *Relaciones* written by the 16th century Spanish jurist Alonso de Zorita. These serve as excellent illustrations for the creative dimension motivating several of the proposals for the adaptation of Castilian law to native legal custom in the Americas. My analysis focuses on

* El presente trabajo es una versión revisada de un trabajo más extenso publicado originalmente en inglés con el título "From Castilian to Nahuatl, or from Nahuatl to Castilian? Reflections and Doubts about Legal Translation in the Writings of Judge Alonso de Zorita (1512–1585?)" en la revista *Rechtsgeschichte* 24 (2016), pp. 122-153.

** Investigador post-doctoral en el Instituto Max Planck para la Historia del Derecho Europeo de Frankfurt am Main. Máster en Derecho e Instituciones Europeas por la Universidad de Ginebra. Doctor en Filosofía por la Universidad de Murcia. Doctorando en Historia en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

some of the linguistic issues implied by Zorita's proposal for the restoration of an idealized pre-Hispanic polity: the use of the native pictorial legal sources, and it considers some of the issues and dilemmas related to their proper interpretation and translation.

Keywords: translation, interpretation, custom, pictographic codex, policy, taxation.

Sumario: 1. Introducción. Las *Relaciones* de Zorita, materiales para el estudio de la traducción jurídica. 2. Humanismo, regreso al contexto y espíritu paleocristiano e indagación sobre las "antigüedades" de los amerindios. 3. Pregunta por el método jurídico y proto-empirismo neo-aristotélico. De las "razones especulativas" a la "experiencia firme de la tierra". 4. Irritantes jurídicos resultado de "malentendidos" y anfibologías. 5. Interés pionero en los códigos pictográficos, fuentes esenciales del derecho prehispánico. 6. Dificultades relativas al trabajo con códigos pictográficos: destrucción de las fuentes, muerte de los intérpretes competentes e imposibilidad de una interpretación unívoca. 7. Apuesta por la 'predicación' y comunicación pictográfica de los tributos y optimización del sistema de tasaciones. 8. Conclusión. Líneas de investigación a desarrollar.

1. Introducción. Las *Relaciones* de Zorita, materiales para el estudio de la traducción jurídica

La figura del jurista español Alonso de Zorita es, en términos generales, bien conocida. Aunque debido al hecho de que sus escritos fueron publicados solamente en época contemporánea, sus perspectivas sobre asuntos indianos no pudieron jugar el mismo papel en la construcción del Derecho colonial que las de Solórzano, Villarroel, Hevia Bolaños u otros autores publicados en los siglos XVI y XVII, su obra conoció un interés creciente desde que Joaquín García Icazbalceta publicara su *Breve y sumaria relación de los señores de Nueva España* en 1891¹.

El historiador estadounidense Ralph Vigil le dedicó en 1987² un importante trabajo monográfico y, en las últimas dos décadas, figuras de la talla de Ethelia Ruiz Medrano³ o Wiebke Ahrndt⁴ han publicado ediciones críticas de

¹ ALONSO DE ZORITA, *Breve y sumaria relación de los señores de la Nueva España*, en: Joaquín GARCÍA ICAZBALCETA, *Nueva colección de documentos para la historia de México*, México, Porrúa, 1941 (1ª ed., 1891), v. III, pp. 65-205.

² RALPH VIGIL, *Alonso de Zorita. Royal Judge and Christian Humanist 1512-1585*, Norman-London, University of Oklahoma Press, 1987.

³ ETHELIA RUIZ MEDRANO, JOSÉ MARIANO LEYVA y ALONSO DE ZORITA, *Relación de la Nueva España*, México, CONACULTA, 1999.

⁴ WIEBKE AHRNDT, ALONSO DE ZORITA, *Edición crítica de la Relación de la Nueva*

sus principales *Relaciones*, deteniéndose a analizar la naturaleza de las propuestas políticas, económicas y jurídicas de Zorita.

El aspecto de su obra que más ha llamado la atención de los académicos tiene que ver con las informaciones específicas que las *Relaciones* y *Memo-riales* de Zorita proporcionan sobre la organización social de los Nahuas, sus costumbres tributarias y las relacionadas con el uso y división de la tierra. Estos elementos han sido recogidos en muchas monografías sobre el tributo indígena en la Nueva España, trabajos ya clásicos como los de Zavala⁵, Sarabia Viejo⁶ o Miranda⁷. Las *Relaciones* de Zorita fueron, posteriormente, una de las pocas crónicas hispanas que se salvaron del fuego crítico alentado por etno-historiadores como Lockhart⁸, hasta el punto de que etnógrafos actuales como Rik Hoekstra⁹ o Hidelberto Martínez siguen tomándolas como punto de partida de sus propias investigaciones sobre los Nahuas. Martínez sigue considerando, por ejemplo, la definición que proporciona Zorita del *calpulli*, microcosmos del mundo Nahua, como “la más amplia, la más acabada y, probablemente la más específica”¹⁰ de las que disponemos con respecto a esta institución prehispánica.

Dejando de lado estos temas o contenidos que, aunque interesantes, han sido ya bastante abordados en trabajos anteriores, mi intención en esta comunicación es la de concentrarme en las problemáticas ligadas a la historia de la traducción jurídica que las *Relaciones* de Zorita nos permiten abordar. Efectivamente, su apuesta por el rescate de las costumbres indígenas que

España y de la Breve y Sumaria Relación escritas por Alonso de Zorita, México, Bonn, INAH, Universität Bonn, 2001.

⁵ SILVIO ZAVALA, *La encomienda indiana*, México, Porrúa, 1993, 3ª edición revisada.

⁶ MARÍA JUSTINA SARABIA VIEJO, *Don Luis de Velasco, virrey de Nueva España 1550-1564*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1978.

⁷ JOSÉ MIRANDA, *El tributo indígena en la Nueva España durante el siglo XVI*, México, El Colegio de México, 2005 (1ª ed. 1952).

⁸ JAMES LOCKHART, *The Nahuas After the Conquest: A Social and Cultural History of the Indians of Central Mexico, Sixteenth Through Eighteen Centuries*, Stanford, Stanford University Press, 1992.

⁹ RIK HOEKSTRA, “A Different Way of Thinking. Contrasting Spanish and Indian Social and Economic Views in Central Mexico (1500-1600)”, en: ARIJ OUWENEEL, SIMON MILLER (eds.), *The Indian Community of Colonial Mexico. Fifteen Essays on Land Tenure, Corporate Organizations, Ideology and Indian Village Politics*, Amsterdam, CEDLA, 1990, pp. 60-86.

¹⁰ HIDELBERTO MARTÍNEZ, “Calpulli ¿Otra acepción de *teccalli*?”, en: ANTONIO ESCOBAR OHMSTEDE, TERESA ROJAS RABIELA (coords.), *Estructuras y formas agrarias en México. Del pasado y del presente*, México, CIESAS, 2001, p. 28.

tanto los etno-historiadores citados como historiadores del derecho indiano como Tau Anzoátegui han reseñado, sería interesante, a mi juicio, no sólo por su carácter pionero y la riqueza de los datos apuntados por el Zorita cronista. Las lúcidas reflexiones sobre cuestiones lingüísticas que el Zorita jurista esgrime a la hora de avalar las costumbres de los naturales como marco de referencia de un derecho indiano en construcción, merecen también un estudio detenido.

2. Humanismo, regreso al contexto y espíritu paleocristianos e indagación sobre las “antigüedades” de los amerindios

Dotado al mismo tiempo de una gran intuición y erudición, Zorita no fue un jurista confinado a cuestiones que hoy llamaríamos técnicas, sino un hombre de letras empeñado en dar a conocer la cultura y sociedad de los Nahuas contextualizándola y contrastándola con las de los pueblos paganos antiguos. Su conocimiento de los escritos de los Apóstoles y de los Padres de la Iglesia, le permiten, por ejemplo, regresar a menudo a un contexto paleocristiano donde la diversidad de religión y costumbres, en esa difícil convivencia entablada entre cristianos, paganos y neófitos, figuraba ya como un enorme desafío socio-político, tal y como era el caso también en la América de la Modernidad Temprana.

Desde esta perspectiva, apunta Zorita, por ejemplo, a la autoridad de Jerónimo de Estridón para subrayar la importancia de las competencias lingüísticas a la hora de entender la sociedad Nahua, su mentalidad, valores morales y costumbres, conocimientos amplios que, desde su perspectiva, no eran menos necesarios para el jurista encargado de dar leyes que para el clérigo encargado de evangelizar. Dice Zorita en su *Relación de la Nueva España*:

Quando alguna vez yva algun señor ynferior o algun principal a visitar al señor supremo o a lo consolar de algu[n] trabajo que le avia susçedido le hazia un rrazonamiento que contiene buenos avisos y en su lengua paresçe y suena mejor que no traducido en otra porque como el glorioso sanct g[e] r[oni]mo dize en una epistola que escrivio a pammachio que se intitula de optimo genere interpretandi que comiença paulus apostolus cada lengua tiene su propia y particular manera de hablar y lo que se escrive en una lengua no suena tambien como en ella si en otra se traduze (...)¹¹.

¹¹ WIEBKE AHRNDT, ALONSO DE ZORITA, *op. cit.*, 151-152.

El texto de Jerónimo que cita Zorita es la *Epístola a Pammachius* o *De optimo genere interpretandi*. Se trata de una de las primeras reflexiones metodológicas sobre el ejercicio de la traducción y la interpretación que encontramos en la historia de la cultura. Su importancia para la historia de los estudios sobre la traducción ha sido puesta de manifiesto, por ejemplo, por Lawrence Venuti en su varias veces editado *Translation Studies Reader*. El texto de Jerónimo es, precisamente, el que abre este libro de cabecera para los expertos en el ámbito de la traducción¹².

Los razonamientos nahuas de los que habla Zorita son los famosos *huehuetlahtolli* o “pláticas de los viejos”, discursos solemnes, pedagógicos o consolatorios que los nahuas pronunciaban en ocasiones especiales. Se trata de un género literario oral que ha sido también bien estudiado por académicos como Miguel León Portilla¹³ o Mark Christensen¹⁴. Zorita les concede mucha importancia en sus *Relaciones*, reproduciendo en las primeras secciones de su *Breve y sumaria relación* amplios pasajes de una compilación manuscrita de estos *huehuetlahtolli* escrita por el franciscano Andrés de Olmos en torno a 1547. Es importante mencionar que estos discursos no fueron impresos hasta 1600¹⁵ y que Zorita los cita a partir del manuscrito original que llevó consigo a Granada tras jubilarse como oidor de la Audiencia de México en 1566 y regresar a España.

¿Cómo explicar el interés de un jurista experto en tasaciones y cuestiones fiscales por este tipo de literatura moral? Si pensamos en el tipo de lecturas propias de un especialista contemporáneo en cuestiones de hacienda, finanzas o lo que eufemísticamente llamamos ingeniería fiscal, quizá nos parezcan sorprendentes las lecturas a las que Zorita era aficionado y las que creía fundamentales para el desempeño de sus cometidos como jurista. Ahora bien, la selección de tales lecturas y materiales de trabajo resulta perfectamente lógica en el contexto intelectual de una segunda mitad del siglo XVI en la que, como respuesta al fracaso del traslado de marcos fiscales importados desde la península, los usos

¹² JEROME, “Letter to Pammachius [De optimo genere interpretandi]”, en: LAWRENCE VENUTI (ed.), *The Translation Studies Reader*, 3a ed., London, New York, 2012, pp. 21-30.

¹³ MIGUEL LEÓN-PORTILLA, “Huehuetlahtolli. Antigua palabra. La retórica náhuatl”, en: HELENA BERISTÁIN, GERARDO RAMÍREZ VIDAL (comps.), *La palabra florida*, México, UNAM, 2004, pp. 23-41.

¹⁴ MARK CHRISTENSEN, *Translated Christianities. Nahuatl and Maya Religious Texts*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2012, pp. 46-50.

¹⁵ ANDRÉS DE OLMOS, JUAN BAUTISTA, *Huehuetlatolli. Pláticas de los viejos*, México, Pedro Ocharte, 1600.

y costumbres indígenas comienzan a ser apreciados, investigados y hasta propuestos como piezas clave de ese derecho indiano en construcción.

3. Pregunta por el método jurídico y proto-empirismo neo-aristotélico. De las “razones especulativas” a la “experiencia firme de la tierra”

Como ya refirió Tau Anzoátegui en *El poder de la costumbre*, Zorita apunta en sus escritos a la obtención de un conocimiento exhaustivo sobre el mundo y costumbres de los pueblos amerindios como un prerequisite esencial a la hora de evaluar qué tipo de regulación permitiría consolidar un sistema de tributos y policía que fuera justo, eficiente y estable¹⁶. Teniendo en cuenta tanto el exterminio antillano como la alta mortalidad ocasionada en el virreinato novohispano por la repetición de crueles e inadecuados marcos de tributación y compulsión al trabajo, desde mediados del siglo XVI habían proliferado en México las denuncias contra ellos. Para el agustino Nicolás de Witte, que en 1554 escribía al rey desde Meztitlán, las pautas tributarias vigentes no sólo eran abusivas, sino cambiantes e inestables, ya que ninguna de las tasaciones realizadas hasta esa fecha había estado en vigor “más de cuatro años”¹⁷. Los malentendidos lingüísticos y culturales entre indios y españoles aparecen en esta y otras cartas y relaciones como una causa fundamental de exigencias fiscales inasumibles y marcos fiscales desatinados.

La evaluación que realiza Zorita de estas medidas es también interesante desde un punto de vista lingüístico y filosófico. En lugar de hablar, como Las Casas, de una injusticia y una crueldad generalizadas, Zorita se refiere a estas traducciones jurídicas homogeneizadoras como “malentendidos” resultado de una falta de conocimiento de las realidades indianas por parte de los juristas de las Audiencias y el Consejo de Indias. Abundan, en este sentido, en las *Relaciones* de Zorita expresiones como “por no haber entendido”, “si se hubiera entendido” o “debería entenderse”¹⁸.

¹⁶ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El Poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho consuetudinario en América Hispana hasta la emancipación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001, pp. 70-74.

¹⁷ NICOLÁS DE WITTE, “Carta a un ilustrísimo segnor, Meztitlán, 21 de agosto de 1554”, en: MARIANO CUEVAS (comp.), *Documentos inéditos del siglo XVI para la historia de México, cogidos y anotados*, México, Talleres del Museo Nacional de Arqueología, Historia y Etnología, 1914, p. 226.

¹⁸ “Por no aver entendido los rritos y çirimonias que los naturales de anauac tenian en se

Zorita se muestra especialmente duro con los oidores que, recién llegados a las Indias y sin tener conocimiento alguno de la tierra, se apresuraban a fijar tributos. Amparándose en la autoridad de Aristóteles y en el proto-empirismo que caracterizó su filosofía, Zorita realiza un cuestionamiento radical que apunta al mismo método jurídico. Su propuesta es la de que se acabe de una vez por todas con la tendencia a legislar a partir de “razones especulativas” y el saber jurídico extraído de libros y autoridades y se tome como base de la legislación futura la “experiencia” firme de la tierra. Dice Zorita en la *Relación de la Nueva España*:

(...) porque cada uno de los oydores que va de nuevo quiere dar nueva orden y piensa sin tener mas experiencia ni certidumbre que las relaciones que le an dado algunos interesados que sus antecesores estaban engañados y que El solo açierta y que le estaba aguardando el remedio comun y suele ser destruición general (...) y como dize el philosopho en el libro primero de las ethicas para que se vea si algun negoçio conviene hazerse o no se a proceder por experiencia y congeturas de los que ven el provecho o daño y los ynconvinientes que en ello ay o se podrían rrecresçer y no por sutilezas y rrazones especulativas¹⁹.

4. Irritantes jurídicos resultado de “malentendidos” y anfibologías

A falta de esta experiencia y conocimiento, los juristas de los Consejos regios y los oidores de las Audiencias habían sepultado unas costumbres de gobierno nahuas que para Zorita y los miembros del clero regular más interesados en su conocimiento, eran armónicas, justas y eficientes, sustituyéndolas por traducciones jurídicas no acordes a la calidad de los nuevos pueblos y tierras. Zorita da muchos ejemplos de este tipo de disposiciones inadecuadas a las que, siguiendo la terminología propuesta por Gunther Teubner, podríamos llamar irritantes jurídicos²⁰. Menciona, entre otras muchas, la obligación que se estableció en

casar y por no saber la diferencia que hazian entre mançebas y mugeres legitimas ni entre que personas era liçito casarse o no uvo a los principios muchas y diversas opiniones”, WIEBKE AHRNDT y ALONSO DE ZORITA, *op. cit.*, p. 200. “Por no se aver entendido esto bien hazen acudir a las obras publicas los mercaderes y sus cabeças an insistido en que no son obligados a ello”, *Ibid.*, p. 245.

¹⁹ *Ibid.*, p. 279.

²⁰ GUNTHER TEUBNER, “Legal irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences”, *The Modern Law Review* 61:1 (1998), pp. 11-32.

varios períodos y regiones americanas de pagar el tributo en oro, moneda²¹ o trigo, o el que se obligara a desplazarse a indios semi-desnudos a regiones frías en las que debían realizar servicios personales o pagar sus tributos, etc.

Los malentendidos son, en ocasiones, conceptuales, prestándose a numerosos abusos la traducción llana y simple de términos como el vocablo taíno “naboría” o el Nahuatl “huehuetlatlacalli” por el concepto europeo de esclavo²². El jurista e historiador español Manuel Giménez Fernández consideró este tipo de traducciones erradas como ejemplos de la proliferación de la anfibología o empleo voluntario de términos con doble sentido en la argumentación jurídica de los traficantes de esclavos y las autoridades que los alentaban²³. Como denunciaba Zorita, estas traducciones apresuradas tenían graves consecuencias jurídicas, pues convertían en esclavos a servidores domésticos que, en la sociedad pre-hispánica, estaban facultados, por ejemplo, para disponer de su propio patrimonio y gobernar a su familia, situación muy distinta a la de los esclavos europeos.

Regresando a los *huehuetlahtolli*, podemos entender ahora porque Zorita reprodujo varios fragmentos de estos discursos morales nahuas en las primeras secciones de la *Breve y sumaria relación*. Con una perspectiva sobre el fenómeno jurídico que, a diferencia del criterio moderno, no lo reduce a la mera legalidad, Zorita considera necesario introducir primero a sus lectores poco a poco y de forma pedagógica en la cosmovisión y ética social y familiar de los Nahuas. Sólo después de dejar bien claras las bases de esta normatividad social, pasa Zorita a abordar las cuestiones técnicas relacionadas con el sistema tributario pre-hispánico que requieren ser reguladas mediante leyes propiamente dichas.

5. Interés pionero en los códices pictográficos, fuentes esenciales del derecho prehispánico

Amén de estos *huehuetlahtolli*, Zorita recurre a relaciones de los frailes que Baudot y otros llamaron anacrónicamente “etnógrafos” y a la consulta direc-

²¹ “Pedirles rreales tambien es grandisimo agrabio porque si no son los qu[e] estan en pueblos çerca de [e]spañoles y en caminos pasajeros (...) no alcançan dineros y aun ay partes donde no an visto en su vida rreal ni saben que es y asi los neçesitan a yrlos a buscar fuera de sus cassas y pueblos”, WIEBKE AHRNDT y ALONSO DE ZORITA, *op. cit.*, p. 279.

²² *Ibid.*, p. 198.

²³ MANUEL GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Bartolomé de Las Casas. Vol. II (1517-1523)*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1960, pp. 472-481.

ta de códices para reconstruir las costumbres indígenas y proponerlas como marco de inspiración de la política fiscal indiana. Gracias al trabajo de Wiebke Ahrndt que el INAH publicó en 2001 en la Ciudad de México pudimos conocer al detalle lo mucho que deben las Relaciones de Zorita a los trabajos manuscritos sobre costumbres indígenas que venían realizando desde la década de 1530 frailes franciscanos como Motolinía, Las Navas o De Olmos²⁴.

Zorita no se limita a conocer estas costumbres fiscales de segunda mano, es decir, valiéndose siempre del testimonio mediado de los frailes. Aunque no aprendió el náhuatl u otras lenguas indígenas y requirió siempre la mediación de intérpretes, sus escritos revelan un interés pionero en las mismas fuentes indígenas. Refiriéndose por ejemplo a una de las visitas que tuvo ocasión de realizar en Guatemala, adonde desempeñó el cargo de oidor de la Audiencia entre 1552 y 1556, Zorita señala haber tenido la oportunidad de consultar un códice pictográfico que narraba más de ochocientos años de historia local y haber podido obtener información del mismo gracias a los viejos principales de la zona y a la interpretación de un fraile dominico²⁵, probablemente, fray Tomás Casillas, antiguo sub-prior del convento de San Esteban en Salamanca y discípulo de Francisco de Vitoria. Si creemos lo que dicen las *Relaciones* de Zorita, esta búsqueda y consulta de códices pictográficos habría sido una constante en sus viajes y visitas a través de amplias regiones de las actuales Colombia, Guatemala y México.

Desde la perspectiva de Zorita, la búsqueda de fuentes jurídicas prehispánicas y su estudio e interpretación mediante testigos autóctonos aparece como una tarea absolutamente necesaria para el jurista encargado de legislar, juzgar o fijar tributos en Nueva España y otras áreas del Nuevo Mundo. Sus escritos resultan interesantes para la historia de la traducción legal en la medida en que describen con relativa exhaustividad los pasos llevados a cabo a la hora de interpretar los códices pictográficos Nahuas: un proceso en dos pasos, en el que, en un primer momento, los ancianos nobles a cuya

²⁴ WIEBKE AHRNDT, “Análisis formal del segundo tomo de la *Relación de la Nueva España* y de la *Breve y sumaria relación*”, en: WIEBKE AHRNDT, ALONSO DE ZORITA, *op. cit.*, pp. 35-117.

²⁵ “La provincia de utlatan de que ya se a hecho mençion es junto a guatimala y siendo yo alli oydor fui a bisitarla y mediante un Religioso de santo domingo (...) que aora es obispo mui buen letrado y predicador averigue por las pinturas que tenian de sus antiguedades de mas de ochoçientos años y con biejos muy antiguos que solia aver e[n]trellos en t[iem]po de su gentilidad tres señores y el prinçipal tenia tres doseles o mantas de pluma mui Ricas en su asiento y el segundo dos y el terçero una”, *Ibid.*, p. 317.

comunidad pertenecían los códigos interpretaban dibujos, símbolos y glifos y, en un segundo momento, intérpretes cualificados traducían al castellano sus declaraciones.

En sus *Relaciones*, Zorita alerta también a sus colegas juristas sobre el tipo de informaciones y la riqueza de datos que es posible encontrar en los códigos, insistiendo en la gran cantidad de pleitos por tierras y tributos que se podían solucionar si eran considerados como fuentes jurídicas válidas por oidores y tribunales²⁶. Sólo de esta forma, se podían además entender instituciones consuetudinarias como el *calpulli* Nahuatl, cuyo mantenimiento consideraba Zorita clave para incrementar la productividad agrícola y garantizar el sustento de indios y españoles.

6. Dificultades relativas al trabajo con códigos pictográficos: destrucción de las fuentes, muerte de los intérpretes competentes e imposibilidad de una interpretación unívoca

Otra clase de reflexiones interesantes para la historia de la traducción legal son las que tienen que ver con la forma en la que Zorita se refiere a las dificultades que podían presentársele al jurista a la hora de trabajar con un tipo de fuentes jurídicas de carácter pictográfico y que diversas circunstancias estaban contribuyendo a deteriorar y hacer escasas. Señala Zorita con realismo en la *Breve y sumaria relación*:

y no es de maravillar que entre los yndios se halle agora alguna bariacion e[n] las Relaciones que dan porque demas d[e] estar la falta las mas bezes e[n] los ynterpretes como carecian de letras y escriptura y todas sus antigüedades las tenian en pinturas e destas las mas se an perdido y estragado y la memoria es deleznable y faltan los mas de los viejos que lo podían saber ay diversas Relaciones e[n] todo y tambien es la causa la poca qu[en]ta q[ue] se a tenido y tiene en saberlo como sea cossa de que se saca poco o ningun ynteres²⁷.

²⁶ “Este principal tiene cuidado de mirar por las tierras del calpulli y defenderlas y tiene pintadas las suertes que son y las lindes e adonde e con quien parten terminos y quien las labra e las que tiene cada uno y quales estan bacas y quales se an dado a españoles y quien e quando e a quien las dieron y ban Renobando siempre sus pinturas segun los subçesos y se entienden mui bien por ellas (...). En entender el armonia destes calpullec o baRios ba mucho para los sustentar en justicia e no los confundir como lo estan casi todos”, *Ibid.*, p. 161.

²⁷ *Ibid.*, p. 134.

El testimonio de Zorita alude a elementos circunstanciales como el paso del tiempo y la muerte de los intérpretes competentes. De una forma sutil pero también clara, como suele ser el caso en este tipo de relaciones y memoriales, la negligencia de las autoridades españolas queda también apuntada. Sin embargo, no todos los elementos mencionados por Zorita son circunstanciales. La misma naturaleza pictográfica de estas fuentes jurídicas, requeridas siempre de una mediación interpretativa y hostiles a una lectura unívoca, es problematizada como una causa de la diversidad existente entre las “relaciones” o informaciones existentes sobre materias como la tributación.

Apelando siempre al rescate de las costumbres fiscales prehispánicas como horizonte normativo y a la localización, preservación y trabajo con los códigos pictográficos como compromiso metodológico a adoptar por el jurista, Zorita no esconde ni escatima ninguna de las dificultades que se plantean al oír indiano en esta tarea hercúlea. El tópico de la diversidad indiana, que aparece frecuentemente en las reflexiones de juristas como Solórzano²⁸, cobra, por ejemplo, en Zorita, una dimensión lingüística particular. Así, a la hora de justificar las contradicciones que los miembros del Consejo de Indias pudieran detectar al comparar sus relaciones con otras escritas por otras autoridades españolas en el Nuevo Mundo, señala:

Me ynforme de indios antiguos y principales de quien se podía creer que dirían berdad aunque [e]s cierto que en esto ni en otra cossa que sea de su gobernaçon y costumbres no se puede poner ni dar Regla general porque assi en cada provincia ay gran diferencia en todo e aun en muchos pueblos ay dos y tres lenguas diferentes y casi no se tratan ni conocen²⁹.

La humildad con la que Zorita presenta el resultado de sus investigaciones y el realismo con que reconoce las dificultades de método a las que el jurista ocupado con códigos pictográficos debía enfrentarse contrasta con la rapidez con que estas mismas dificultades eran despachadas por algunas

²⁸ Especialmente en L. I, C. IV, “De la naturaleza, excelencias, y cosas raras del Nuevo Orbe”, JUAN DE SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política indiana*, Madrid, Atlas, 1972 (1ª ed. 1648), pp. 41-49. Siguiendo el *De procuranda indorum salute* (1588) de José De Acosta, Solórzano consideraba que, teniendo en cuenta las características completamente inéditas del Nuevo Mundo, la diversidad de sus regiones, pueblos y condiciones climáticas y su naturaleza cambiante, resultaba muy difícil regir a sus habitantes de acuerdo a un transplante directo de los marcos legales propios del Derecho romano o castellano e incluso mantener un mismo sistema jurídico de manera estable, *Ibid.*, L. V, C. XVI, 260.

²⁹ WIEBKE AHRNDT, ALONSO DE ZORITA, *op. cit.*, p. 134.

Audiencias indianas en este período. Un caso ejemplar del recurso a fuentes indígenas en esta época es la respuesta que el virrey de Nueva España, Luis de Velasco y el oidor de la Audiencia de México, Antonio Rodríguez de Quesada, dieron a una cédula-cuestionario de 1553 en la que el Consejo de Indias solicitaba informaciones a distintas autoridades sobre tributos indígenas en tiempos prehispánicos. Ordenando la cédula que se interrogara a viejos nobles nativos y se buscaran pinturas que pudieran servir de confirmación a sus testimonios³⁰, las autoridades novohispanas tomaron declaración a trece testigos indios, interrogados en presencia de un Códice pictográfico traído por las mismas autoridades.

Pese a que la *Información* de 1554, publicada íntegramente en la colección documental de Scholes y Adams³¹, es uno de los más exhaustivos interrogatorios sobre tributos de los que disponemos para este período, no encontramos ninguna referencia en su transcripción a las características del códice utilizado. Tampoco se describe la metodología seguida en su interpretación ni se mencionan problemas al respecto. Sorprendentemente, todos los indios interrogados dicen casi lo mismo y conforme avanza el informe se observa que los responsables de redactarlo se limitaron a copiar la declaración de los dos primeros testigos.

Los indios coinciden también en las cifras de mantas, semillas, divisas de plumas o provisiones entregadas a Moctezuma antes de la llegada de los españoles y de forma casi milagrosa, se muestran también coincidentes a la hora de calcular en pesos de oro castellanos el valor de todos estos tributos. En la *Información* se repiten frases inverosímiles atribuidas a indios de más de setenta años incapaces de escribir y, seguramente, de calcular en números arábigos, como la de:

Por manera que sumado todo lo susodicho a lo que monta y vale a los precios que ahora valen, son un millón novecientos sesenta y dos mil cuatrocientos cincuenta pesos de oro común, porque, hecho por sus pinturas, este testigo halló que a los precios que dicho tiene que valen al presente los dichos tributos montan los dichos pesos de oro³².

³⁰ “Hareys traer ante vos qualesquier pinturas o tablas o otra cuenta, que aya de aquel tiempo por do se pueda averiguarlo que esta dicho”, VASCO DE PUGA, *Provisiones, cédulas, instrucciones, para el gobierno de la Nueva España*, México, Pedro Ocharte, 1563, f. 140v.

³¹ LUIS DE VELASCO, ANTONIO RODRÍGUEZ DE QUESADA, *Información sobre los tributos que los indios pagaban a Moctezuma. Año de 1554*, en: FRANCE SCHOLES, ELEANOR ADAMS (eds.), *Documentos para la historia del México colonial. Vol. IV*, México, Porrúa, 1957.

³² *Ibid.*, p. 59.

El tipo de declaraciones atribuidas a los testigos refleja, ciertamente, la escrupulosidad con la que los oficiales reales hicieron todo lo que estuvo a su alcance no para cumplir las instrucciones contenidas en la cédula real, sino para aparentar que las cumplían. Por otra parte, la brutalidad de las cifras es también sintomática de que estas instrucciones se cumplían de un modo formal y rutinario.

Los escritos de Zorita resultan interesantes en la medida en que suponen un replanteamiento de todo lo que relaciones anteriores, presuntamente basadas en pinturas prehispánicas, daban por supuesto o aparentaban haber estudiado. Desmarcándose del trato instrumental dado por el virrey Luis de Velasco y los oidores de la Audiencia a testigos y códices, y del formalismo y tretas que habían empleado para dar lugar a una unanimidad interpretativa artificialmente construida, Zorita demuestra en sus *Relaciones* una lucidez y honestidad metodológicas mucho mayores. Si bien es cierto que, en ocasiones, resalta con optimismo la riqueza de la información contenida en los códices, no deja de subrayar, continuamente, las dificultades que encierra su interpretación y traducción.

Efectivamente, puesto que sólo era posible ‘hacer hablar’ a las pinturas de los naturales tras un ejercicio de interpretación, las lecturas y cálculos obtenidos podían variar de un intérprete a otro, dificultad que requería que en tasaciones o juicios de demarcación de linderos se interrogara de forma seria y escrupulosa a varios testigos (y no aparentemente y para guardar las formas, como solían hacer los oidores de la Audiencia de México). La solución de estos pleitos hubiera requerido además la búsqueda y consulta de todos los códices disponibles, que variaban también según la comunidad o grupo social que los poseía. La Audiencia había trabajado en cambio, con un único código, una versión del *Mendocino* y la *Matrícula de Tributos*, elaborada y utilizada ya en tiempos del virrey Mendoza³³.

7. Apuesta por la ‘predicación’ y comunicación pictográfica de los tributos y optimización del sistema de tasaciones

Otro elemento interesante desde el punto de vista lingüístico es el relacionado con la forma en la que las disposiciones regias y tasaciones debían ser dadas a conocer en opinión de Zorita. En muchas relaciones y memoriales

³³ *Ibid.*, p. 13.

de la época, se nos presenta a los indios apocados, asintiendo sin entender a tasaciones que no entienden ni están en condiciones de satisfacer. Para remediarlo, frailes como el agustino Nicolás De Witte habían propuesto ya en la década de 1550 que se moderara el tributo, ciertamente, pero también una serie de medidas que hoy consideraríamos propias de una política de comunicación institucional. De Witte proponía concretamente que la cantidad y naturaleza del tributo se predicara en los púlpitos y en la lengua de los naturales³⁴, para que éstos la entendieran mejor y se pusiera freno a la arbitrariedad de encomenderos y colectores de tasas. Se trata de una propuesta que Zorita secunda y desarrolla en la década de 1580, cuando se ocupa en la redacción de su *Breve y sumaria relación*, proponiendo que:

Hecho y aprobado el Repartimi[ent]o como d[ic]ho es se mande juntar la gente un día de fiesta e[n] la iglesia y presente el corregidor o teniente y el Religioso o clérigo que los doctrinare se les de a e[n]tender todo lo d[ic]ho y la cantidad del tributo y lo que a de pagar cada uno llamandolo por su nombre³⁵.

En la *Relación de la Nueva España*, el oidor jubilado amplía el paquete de propuestas destinadas a favorecer la comunicación entre gobernantes y gobernados solicitando que se volviera sistemática una práctica que él había visto practicar a varios visitantes encargados de tasaciones, a saber, la entrega a cada indio de un papel sellado en el que estuvieran reflejadas sus obligaciones tributarias de forma pictórica. En el razonamiento con el que Zorita justifica esta medida destaca de nuevo la importancia que el jurista concede a lo lingüístico y la alta estima en la que tiene los modos de representación pictográficos característicos del mundo nahua, mucho más claros y, por ende, universales, que la palabra escrita. Dice Zorita en este sentido:

[...] algunos visitantes que an tenido comisión para hazer las tasaciones davan a cada un yndio un papelito y por pintura que es scriptura entre Ellos y le declaravan en el lo que avia de pagar y ponian en cada un papel su rrubrica o señal, o sello otros lo davan por escripto en su lengua pero mejor es por pintura porque todos lo entienden y pocos saben leer y en la pintura no puede ser engañado en lo que se le a rrepartido y por aquellos Escriptos o pinturas pagavan y se cobrava el tributo de cada uno [...]³⁶.

³⁴ NICOLÁS DE WITTE, *op. cit.*, p. 226.

³⁵ WIEBKE AHRNDT, ALONSO DE ZORITA, *op. cit.*, p. 298.

³⁶ *Ibid.*, p. 280.

8. Conclusión. Líneas de investigación a desarrollar

Pasando a concluir brevemente mi intervención, no lo haré con afirmaciones y reiteraciones, sino con algunos interrogantes y problemáticas que quedan abiertas. Entre las líneas por desarrollar está la de hacer una lectura comparada de los escritos de Zorita con los de juristas que trabajan y escriben sobre el potencial y complejidades de las fuentes indígenas en distintas regiones americanas de la monarquía hispánica. De esta manera, sería posible incorporar a mi análisis planteamientos afines sobre otros contextos y tipos distintos de fuentes jurídicas pre-hispánicas (pienso, por ejemplo, en los *quipus*, aún más difíciles de interpretar que los códigos pictográficos, a los que se refirieron juristas del siglo XVI como Polo de Ondegardo³⁷).

Sería también interesante poner en relación este estudio histórico-jurídico y metodológico con trabajos recientes de académicos como Yannakakis³⁸, Owensby³⁹, Kellogg o Ruiz Medrano⁴⁰, quienes han estudiado numerosos ejemplos del uso de fuentes pictográficas y en lenguas indígenas en el funcionamiento habitual de juzgados y tribunales durante el dominio colonial español. Una de las hipótesis a evaluar sería la de determinar si, como en el caso de las pinturas sobre obligaciones tributarias que acabamos de mencionar, las reflexiones de Zorita sobre fuentes pictográficas y en lenguas autóctonas, impregnadas de patristica latina y filosofía aristotélica, no serían sino una propuesta formulada en clave letrada para lograr mediante la acu-

³⁷ JUAN POLO DE ONDEGARDO Y ZÁRATE, “Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar á los indios sus fueros”, en: *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía*, Tomo XVII, Madrid, Bernaldo de Quirós, 1872 (red. orig., 1571), pp. 5-177.

³⁸ YANNA YANNAKAKIS, “Making Law Intelligible: Networks of Translation in Mid-Colonial Oaxaca”, en: GABRIELA RAMOS, Yanna YANNAKAKIS (eds.), *Indigenous Intellectuals. Knowledge, Power, and Colonial Culture in Mexico and the Andes*, Durham, London, Duke University Press, 2014, pp. 79-103; YANNA YANNAKAKIS, “Indigenous People and Legal Culture in Spanish America”, en: *History Compass* 11:1 (2013), pp. 931-947; YANNA YANNAKAKIS, *The Art of Being In-Between: Native Intermediaries, Indian Identity, and Local Rule in Colonial Oaxaca*, Durham, London, Duke University Press, 2008.

³⁹ BRIAN OWENSBY, *Empire of Law and Indian Justice in Colonial Mexico*, Stanford, Stanford University Press, 2008.

⁴⁰ SUSAN KELLOGG, ETHELIA RUIZ MEDRANO (eds.), *Negotiation within Domination: Colonial New Spain's Indian Pueblos Confront the Spanish State*, Boulder, University of Colorado Press, 2010; SUSAN KELLOGG, *Law and the Transformation of Aztec Culture, 1500-1700*, Norman, University of Oklahoma Press, 1995.

mulación de razonamientos rebosantes de erudición y autoridades antiguas que se generalizara en la Nueva España y otros dominios indianos lo que, en realidad, eran ya prácticas cotidianas seguidas por algunos oficiales e instituciones de administración de justicia en el altiplano del centro de México. En este caso, Zorita no sería tanto el genial forjador de innovaciones que académicos anteriores vieron en él, sino el condensador de una serie de postulados metodológicos seguidos de forma implícita en el funcionamiento de la justicia colonial desde las primeras décadas de su implantación en América.

NOTAS SOBRE EL PASO DEL DERECHO INDIANO AL REPUBLICANO
Y LA CONCEPCIÓN RACIONALISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN CHILE

FROM COLONIAL TO REPUBLICAN LAW IN CHILE. NOTES
ON THE RATIONALIST CONCEPTION OF HUMAN RIGHTS

MARÍA ANGÉLICA FIGUEROA QUINTEROS

Universidad de Chile (Chile)

mfiguero@derecho.uchile.cl

Resumen: Este artículo indaga acerca del conocimiento que tenían los líderes chilenos de la independencia hispano americana sobre las bases teóricas de la concepción jurídica racionalista sobre los derechos humanos, al momento en que utilizaron y aceptaron conceptos del racionalismo, como soberanía popular o contrato social, considerando la gran diferencia existente entre la concepción católica y racionalista de los derechos.

Palabras clave: Historia del Derecho, Derechos Humanos, Historia constitucional, Derecho Comparado.

Abstract: This paper explores how much knowledge of the legal theoretical basis of human rights did the Chilean leaders of the Spanish American Independence have at the time they used and accepted political concepts of rationalism, such as popular sovereignty or social pact, considering the great differences between Catholic and rationalist human rights conceptions.

Keywords: Legal History, Human Rights, Constitutional History, Comparative Law.

Sumario: 1. Introducción. 2. Ideario racionalista e innovación republicana. 3. 1812 y las primeras “garantías constitucionales”. 4. La libertad en el proceso de supresión de la esclavitud. 5. Libertad de imprenta y de opinión. 6. Los indígenas y la libertad e igualdad republicanas. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Las investigaciones histórico-jurídicas sobre el tránsito del derecho indiano al republicano se han centrado en los cambios en la institucionalidad política y en la legislación. Poco se ha investigado sobre el proyecto jurídico del racio-

nalismo, cuya implementación aparentemente se acepta al adoptar conceptos jusracionalistas, como el de poder constituyente residente en el pueblo o el de derechos humanos como fundamento del pacto social.

Por el contrario, el objetivo del presente trabajo es indagar acerca de la comprensión que tenía el grupo chileno que tomó las decisiones políticas a partir de 1810, sobre las diferencias con la concepción católica que contenía la teoría filosófico-jurídica racionalista de los derechos humanos respecto de las ideas de libertad, igualdad, sobre su origen, capacidad humana de percepción de su contenido, o sobre el rol rector asignado a los derechos humanos en la construcción del derecho positivo.

Por tanto, este estudio explora el grado de comprensión que tenía el grupo dirigente chileno acerca de la concepción teórica racionalista de los derechos humanos; sobre sus fundamentos jusfilosóficos y sobre las implicancias que la inclusión de las garantías a su ejercicio, teóricamente debiera haber producido en el ordenamiento jurídico colonial.

En breve, nuestro análisis se basa en el supuesto jusracionalista que los derechos inherentes a la persona humana, establecidos a priori en la calidad de autoevidencias racionales, en su condición de derecho natural, deben constituir el fundamento de todo derecho positivo. Éste, al ser generado a partir de estos derechos y de sus garantías normadas, debe conformar un todo coherente, no contradictorio con sus fundamentos. De ese modo el derecho positivo, que con base racionalista debe llegar a sustituir el derecho anterior, debiera constituirse como un sistema jurídico, armónico y no contradictorio, al modo matemático. De aquí la importancia acerca del significado material, del contenido de aquellos conceptos sustentados en calidad de derechos naturales del hombre¹.

Como fuentes se han consultado, además de los textos normativos, los escritos jurídicos y políticos publicados en el periodo, incluida la prensa periódica. Ésta cumplió un papel fundamental en la discusión política, debido a la publicación en ella de artículos e información extranjera con fines de divulgación. La documentación contiene material de difusión ideológica, información sobre política contingente y varias de carácter panfletario.

¹ Por razones de espacio no se menciona bibliografía sobre teoría jusracionalista.

2. Ideario racionalista e innovación republicana. Normativa general

Las normas sobre garantías a los derechos aparecen formalmente en el caso chileno ya desde el periodo de 1810 a 1814. Estas expresiones son incorporadas en los reglamentos constitucionales y en la legislación complementaria que se dicta en la época. Terminada la reconquista, este proceso se reinicia en 1818, en los ensayos constitucionales, en la legislación complementaria y en la discusión en la prensa periódica. La revisión sobre garantías a los derechos en este trabajo se extiende hasta 1828, fecha en que entra en vigencia la primera constitución política propiamente liberal de Chile, pero solo parte de los resultados alcanzados se exponen en estas notas, esto es hasta 1823, debido al espacio asignado a la publicación.

Para la evaluación de lo que sucede en Chile en esta materia hay que tener presente que existieron en la dirigencia chilena al menos dos grupos, cuyas posiciones dan testimonio de una diferente formación filosófico-jurídica. Ambos con un adecuado manejo de la cultura de la época, que proporcionalmente, representan en el ámbito local, las diferencias que en Europa existían entre los ilustrados del antiguo régimen absolutista, en contraposición con aquellos concedores del ideario ilustrado racionalista, y que en lo político contingente, llevaba a estos últimos a accionar en favor de la República basada en la soberanía popular. En Chile, en ambos grupos se trató de patriotas, en el sentido de que sus integrantes eran partidarios de la independencia política de la gobernación chilena, pero con una formación cultural de distinta raigambre.

Identificaremos a los primeros como grupos de criollos cuya formación proviene de las universidades hispano-americanas, varios de ellos con viajes a la metrópoli y con participación en el manejo de la gobernación, vinculados a las transformaciones impulsadas en la segunda mitad del siglo XVIII por las reformas borbónicas al aparato económico y estatal. El prototipo está constituido por personas como Manuel de Salas o Anselmo de la Cruz, destacando entre ellos Juan Egaña, debido a su autoría de importantes documentos jurídicos, entre ellos, su participación en la redacción y explicación de la Constitución Política chilena de 1823.

Junto a este sector, brega también por los ideales independentistas, un segundo grupo formado por individuos educados o con largas permanencias en Europa, más algunos que, como consecuencia de lecturas filosófico-políticas no incorporadas a la formación tradicional hispano-americana, disponían de un conocimiento más acabado del ideario de la ilustración racionalista. La historiografía chilena ha destacado largamente la posición política de ambos con-

tradictores en su condición de “patriotas, realistas o moderados”, es decir, su posición frente al proceso político de independencia y acerca de la filiación liberal o conservadora de las ideas que manejaron para adoptar esas decisiones².

En el periodo que va entre 1810 hasta 1814, junto a material complementario, debemos considerar entre los documentos oficiales que consagran derechos, el reglamento constitucional de 1812 y el texto de Juan Egaña sobre derechos del pueblo chileno. En cuanto a la regulación legal complementaria, corresponde revisar, incluida la fundamentación expresada en el preámbulo de cada texto, la ley de 1811 sobre libertad de cierto tipo de esclavos y prohibición del tráfico de esclavos, el reglamento sobre libertad de imprenta y el de supresión de los pueblos de indios de 1813.

Dentro de los documentos oficiales se encuentra el *Sermón de Instalación del primer Congreso Nacional* cuyo autor es el fraile Camilo Henríquez³. El análisis de este documento pone de manifiesto que toda la argumentación contenida en él, va dirigida a justificar la elección y establecimiento del Congreso instalado el 4 de julio de 1811, cuyo objetivo era que éste redactara un reglamento constitucional. Se apoya expresamente en la filosofía católica, respecto de la cual asevera “que existe una justicia inmutable e inmortal anterior a todos los Imperios” que revisten a los seres humanos “de derechos eternos”. Agrega que “estos derechos son principalmente la facultad de defender y sostener la libertad de nuestra nación, la permanencia de la religión de nuestros padres y las propiedades y el honor de las familias”⁴. Agrega que el derecho de los chilenos a “establecer por medio de nuestros representantes una Constitución conveniente a las actuales circunstancias de los tiempos” se funda en las proposiciones que expresa y entre las cuales la primera es, “los principios de la religión católica, relativos a la política, autorizan al Congreso Nacional de Chile para formarse una Constitución”. La segunda proposición que acuña señala que “existen en la nación chilena derechos en cuya virtud puede el cuerpo de sus representantes establecer una Constitución y dictar providencias que aseguren su libertad y felicidad”⁵.

² ANTONIO DOUGNAC, “El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la patria Vieja 1810-1814”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, n° XXII, 2000, Valparaíso, Chile, pp. 225-266. Acucioso análisis político jurídico de los reglamentos constitucionales del periodo desde la perspectiva de la pervivencia del derecho indiano.

³ RAUL SILVA CASTRO, *Escritos Políticos de Camilo Henríquez*, Santiago, Ediciones Universidad de Chile, 1960.

⁴ SILVA CASTRO, *op. cit.*, p. 2.

⁵ SILVA CASTRO, *op. cit.*, p. 3, 4, 5.

Insiste sobre estos derechos de la nación chilena y en la doble fundamentación de la representación del Congreso para su tarea constituyente: “ved pues, como la religión católica, que no está en contradicción con la política, autoriza a nuestro Congreso Nacional para establecer una Constitución. Ni es menos sólido el apoyo que le prestan nuestros derechos”⁶.

Dentro del ámbito de los “derechos” a que alude en el párrafo anterior, continúa con el mismo tipo de argumentación, en relación a la prerrogativa de las naciones de establecer en ausencia de la autoridad, su propia forma de organización para asegurar su seguridad y felicidad. Habla de derechos pero referidos a la sociedad, no a los individuos en calidad de titulares de éstos⁷. Si analizamos estos textos debemos concluir que los derechos a los que se refiere Henríquez, son aquellos considerados por la doctrina política tradicional de la filosofía católica, la que formó parte del legado de la patrística en el Liber Judiciorum y que pervivía, como normas vigentes del derecho castellano, en las Partidas. En consecuencia, la expresión “derechos” en este caso estaría lejos de vincularse a una explicación racionalista de éstos. Nos hemos detenido en este documento en razón de ser parte de los textos oficiales constitutivos del Estado chileno y en razón de que su autor tuvo gran influencia en la formación de la cultura política y jurídica de su época hasta 1825, entre otros motivos por dirigir el primer periódico, la *Aurora de Chile* y más tarde *El Mercurio de Chile*⁸.

La *Proclama de Quirino Lemachez*, cuyo autor también es Camilo Henríquez, en cambio, sí contiene ideas que suponen un mayor conocimiento de la fundamentación racionalista de los derechos, aunque no se puede concluir que sea expresión de ellos. Así se desprende de la parte del panfleto que dice: “la naturaleza nos hizo iguales; y solamente, en fuerza de un pacto libre, espontáneo y voluntariamente celebrado puede otro hombre ejercer sobre no-

⁶ El destacado es mío.

⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS, *Páginas de la Independencia Nacional. Camilo Henríquez, Juan Martínez de Rozas*, Santiago, Editorial del Pacífico, 1975, p. 65, 66.

⁸ Henríquez estudio inicialmente en el Convictorio Carolino de Chile y habiendo ingresado a la orden de San Camilo, continuó sus estudios en Lima. Fue procesado en 1796, en 1802 y en 1809 por la inquisición debido a la lectura de escritos de los ilustrados racionalistas prohibidos en el Index. En el texto absolutorio de su último juicio, el examinador inquisitorial afirma que no obstante esas lecturas, mantiene una creencia perfectamente ortodoxa. En 1812 dirige “La Aurora de Chile”, es redactor de la Constitución de 1812, redactor en el “Mercurio de Chile” en 1822 y diputado en 1823.

sotros una autoridad justa legítima y razonable”⁹. En el mismo, apela directamente a Raynal “que dicha hubiera sido para el género humano, si en vez de perder el tiempo en cuestiones obscuras e inútiles, hubieran los eclesiásticos leído en aquel gran filósofo los derechos del hombre y la necesidad de separar los tres poderes: Legislativo, Gubernativo y Judicial para conservar la libertad de los pueblos”.

Con todo, otro artículo de Henríquez deja en claro que su mención a los derechos solo se refiere a formas políticas de ejercicio de éstos, y que su fundamento último en la concepción que él maneja, no tiene relación con las ideas jurídicas del racionalismo. Esto queda más claro en el texto del periódico *La Aurora de Chile*, que dirige Henríquez desde 1812. Publica en su primer número un artículo¹⁰ que aclara bastante cuáles son las ideas que los patriotas vinculan, en este caso aquellos con posiciones más extremas, a las expresiones “derechos”, “libertad”, “igualdad”. Refiriéndose al “pacto o alianza social” añade, “los contratantes son el pueblo y la autoridad ejecutiva. En la monarquía son el pueblo y el rey. El pueblo se obliga a la obediencia y a proporcionar al rey los medios necesarios para defenderlo y conservar el orden interior”¹¹.

Existe otro documento que debe ser analizado, se trata del proyecto de Declaración de Derechos del Pueblo Chileno, que redactó Juan Egaña en 1811¹². Este había sido redactado a petición de la Junta de Gobierno de ese año y se publicó en 1813. Aunque no entró en vigencia, para nuestro caso es evidencia del significado del concepto de derechos que nos ocupa. Se trata nuevamente de expresiones que corresponden a derechos de libertad en sentido político. El texto de Egaña considera que el titular de los derechos es el pueblo de Chile, no se está refiriendo a derechos individuales fundantes de la soberanía, sino a un poder de darse gobierno cuando falta la autoridad, o sea los fundamentos tradicionales de la monarquía hispánica. Los siete artículos que siguen al preámbulo tienen por finalidad dar forma al proyecto

⁹ En INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS, *Páginas de la Independencia Nacional*, cit., p. 19.

¹⁰ CAMILO HENRÍQUEZ, “Nociones fundamentales sobre los derechos de los pueblos”, *Aurora de Chile*, n° 1, 12 de febrero de 1812.

¹¹ *Idem.*, p. 1.

¹² VALENTIN LETELIER, (comp.) *Sesiones de los cuerpos legislativos de la república de Chile 1811 1845*, t. I, Santiago de Chile, Impresiones Cervantes, 1908. Antecedió a éste en 1810, un Plan de Gobierno y en 1813 se publicó la Declaración, con modificaciones por decisión de la Junta de Gobierno de ese año.

de Egaña de un Congreso General americano, al estilo de la Federación de Estados Unidos de Norteamérica, idea que perfila y propugna en varios otros escritos¹³. Si bien la forma de ciertas expresiones corresponden al tipo usado por los documentos racionalistas, y es notoria en ellos la influencia del texto de Rousseau, del contexto general de los escritos se puede afirmar que no es posible vincularlos con el conocimiento específico de la teoría jurídica del racionalismo en materia de derechos humanos.

3. 1812 y las primeras “garantías constitucionales”

En cuanto a la Constitución o reglamento constitucional de 1812, éste va precedido de un texto que recoge los nombres de los “ciudadanos suscriptores del reglamento que acompaña”, y contiene la frase: “el pacto que debe intervenir entre el pueblo y sus gobernantes”¹⁴, y aunque el texto del reglamento en su artículo V se refiere al término “voluntad general” y en otra disposición¹⁵, dispone la retención de soberanía por el pueblo, en términos semejantes a la Constitución Federal norteamericana¹⁶, lo que en ambas menciones puede entenderse como expresión del concepto racionalista de soberanía popular, es indudable que la expresión contenida en el documento remitido es incompatible con la teoría del pacto social.

El artículo primero del reglamento establece la confesionalidad católica y apostólica de Chile, en lo que sigue la pauta marcada por la Constitución española de Cádiz a la que alude en el artículo tercero¹⁷. Este es uno de los puntos de referencia para determinar la pertenencia o la incompatibilidad con la concepción racionalista si consideramos el concepto de libertad de conciencia como expresión fundamental del carácter de los derechos racionalistas. Debido a que este tipo de normas confesionales están presentes en todo el constitucionalismo republicano chileno, haremos un análisis más extenso sobre el

¹³ RAUL SILVA CASTRO, “Juan Egaña, Precursor de la Integración Americana”, *Estudios Internacionales*. Año 11, n° 7, octubre-diciembre, 1968, pp. 387- 405.

¹⁴ Publicado el 9 de noviembre de 1812, en *Aurora de Chile*, n° 39, 5 de noviembre de 1812.

¹⁵ Art. VIII, que establece las atribuciones del Senado.

¹⁶ Tema ampliamente estudiado, entre otros: EUGENIO PEREIRA SALAS, “La influencia norteamericana en las primeras constituciones de Chile”, *Boletín del Seminario de Derecho Público*, n° 25 a 28°, Santiago, 1944, pp. 58-84.

¹⁷ Reproduce en esta parte además el texto de Juan Egaña de Declaración de Derechos del Pueblo Chileno.

punto al final de este escrito, cuando el tema se hizo presente históricamente en la sociedad chilena por primera vez, esto es en 1823.

El reglamento de 1812 garantiza derechos¹⁸, y ese articulado también es influencia del texto norteamericano. Del análisis de esas disposiciones se puede concluir que ellas constituyen garantías procesales a la libertad personal, que integran lo que se denominará en el desarrollo histórico del constitucionalismo, debido proceso. Sin embargo, dentro del mismo reglamento algunas disposiciones restan valor a esta primera consagración de derechos, por la imprecisión y amplitud de los términos empleados, es así que se garantiza: “el respeto a las personas, casas, efectos y papeles”, pero agrega que: “y no se darán órdenes sin causas probables, sostenidas por un juramento judicial”.

Dentro de este mismo tenor está la disposición¹⁹ que establece la suspensión de todas las normas constitucionales “en el caso de importar a la salud de la Patria amenazada”.

También el artículo XXIV plantea problema para su calificación como expresión de normas de corte racionalista, pues solo reconoce la igualdad de derechos a los habitantes libres, con lo cual es consecuente con la subsistencia de la esclavitud en Chile a esa fecha.

Habiendo sido Henríquez junto con Manuel de Salas y José Antonio Irisarri parte de la comisión redactora del reglamento constitucional de 1812, tiene base interpretar la inclusión de los derechos que el reglamento constitucional trae, en la línea de la pervivencia de las normas indianas. Ello en especial debido a que mayoritariamente se trata de garantías procesales, las que ya en la segunda mitad del siglo XVIII tenían un cierto desarrollo en el derecho indiano²⁰, no tanto en la normativa legal, como en la reglamentación y praxis carcelaria, en torno a la humanización del procedimiento y en materia de garantías procesales sobre la seguridad personal de los detenidos y reos, debido a la influencia del reformismo borbónico²¹.

¹⁸ Arts. XV a XXIV.

¹⁹ Art. XXVI.

²⁰ MARÍA ANGÉLICA FIGUEROA, “Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena”, *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*, n° 2, 1967, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 33-101, pp. 90-92.

²¹ Me refiero a varios estudios, entre ellos, ALAMIRO DE AVILA MARTEL, *Esquema del derecho penal indiano*, Santiago, Universidad de Chile, 1941, que destacan la influencia de Manuel de Lardizábal, de Alfonso de Acevedo y de Gaspar Melchor de Jovellanos, en los intentos de humanización del derecho penal del siglo XVIII, en una tendencia semejante a la de Beccaria y Filangieri.

4. La libertad y el proceso de supresión de la esclavitud

El año 1811 la Junta de Gobierno decreta un cambio radical en la condición jurídica de los esclavos²² que sin lugar a dudas es influencia del ideario ilustrado. Mediante el bando de 15 de octubre prohibió el ingreso de esclavos, estableció la libertad de los esclavos que estando en tránsito, permanecieran más de seis meses en territorio chileno y para evitar los fraudes, dispuso que las madres que fueran vendidas estando encintas, se vendieran con la cláusula de que sus hijos nacerán libres. Estaba en la base del racionalismo la abolición de la esclavitud, sin embargo el preámbulo del bando establece fundamentos para esta medida relacionados con “la esclavitud como contraria al espíritu cristiano, a la humanidad y a las buenas costumbres”. Mantiene la condición de esclavos de quienes están en esa situación para “conciliar el interés de los actuales dueños de esa miserable propiedad”.

La normativa indiana que regulaba la condición jurídica de personas en calidad de esclavos, es expresión de esa curiosa dualidad que representa la convivencia de las normas romanas, que consideran a estos individuos objetos de derechos, junto a una creciente aparición de facultades o derechos, que contradictoriamente requerirían en el derecho castellano-indiano, un sujeto libre como titular. No nos vamos a referir aquí al tráfico de esclavos, el que estuvo regulado fundamentalmente por tratados y contratos o asientos negreros, sino a la esclavitud como estatuto jurídico que afectó a importantes grupos de personas que pasaron a integrar la población de hispano-américa.

La base jurídica de la condición de esclavo en América hispana es la regulación de Partidas sobre la servidumbre, que establece que se trata de personas sobre las cuales se puede ejercer el derecho de propiedad o dominio pleno y otros derechos como usufructo, pueden ser bienes dentro de sucesiones y objeto de todo tipo de contratos como arrendamiento, depósito, prenda, comodato entre otros. Los hijos de esclavos pertenecen al dueño y si los padres pertenecen a distintos dueños, se reparten el valor del hijo entre los propietarios de los padres. Como es sabido, entre estas limitaciones a los poderes del amo aparecen la prohibición de castigos extremos y el derecho del esclavo maltratado de acudir a un juez para lograr ser vendido a otro dueño. También se establece la prohibición de destinar una esclava a la prostitución.

²² VALENTIN LETELIER, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile*, t. I, p. 370, Apéndice XIX: Bando de la Junta de Gobierno sobre la libertad de los esclavos, en 15 de octubre de 1811.

Dentro del incremento de facultades atribuidas a los esclavos como parte del proceso histórico²³ destacan aquellas que les permiten recibir remuneración por su trabajo, recibir donaciones, asignaciones testamentarias y otros pagos. La transformación normativa indiana más importante para el estatuto de los esclavos es la ordenanza dictada en 1789²⁴. Como consecuencia de estos cambios ellos pueden comprar su libertad siendo éste un mecanismo muy utilizado por los esclavos en el derecho indiano en Chile, al igual que en otras partes de América hispana. La práctica de uso de la vía jurisdiccional por esclavos en reconocimiento o defensa de sus derechos, aparece comprobada desde largo tiempo por la investigación en Chile, con aportes recientes importantes²⁵. Otros juicios frecuentes se refieren a las peticiones de venta por malos tratos o por fugas y temor a las represalias de sus dueños. También hay casos de ventas judiciales de esclavos para indemnizar a la víctima de un delito cometido por el esclavo y cuyo dueño se niega a pagar la indemnización impuesta por la sentencia. Los juicios llegados a la Real Audiencia implican incluso casos de mayor complejidad²⁶. De todas las transformaciones producidas en la condición de los esclavos durante el periodo indiano destaca la frecuencia en el uso que éstos hacen de la judicatura. En sus causas usan procesalmente los privilegios de la condición de “rústicos y miserables” que incluye la defensa judicial del Procurador de Pobres según dispone la ley indiana²⁷.

La abolición de la esclavitud se produjo en Chile por ley de 24 de julio de 1823²⁸. Autor y defensor del proyecto de ley en el Congreso fue José Miguel Infante. Su supresión no fue tema pacífico, el Congreso aprobó la abolición pero el ejecutivo, constituido por el Director Supremo Ramón Freire y su Ministro

²³ FIGUEROA, *op. cit.*, pp. 84-87, ver enumeración de los avances logrados por la condición de los esclavos en América hispana hasta el siglo XVIII, incluido el contenido de la ordenanza dictada en 1789.

²⁴ Publicada en: JUAN JOSE MATRAYA Y RICCI, *El moralista Philalético Americano*, Lima, 1819, p. 406.

²⁵ Me refiero al estudio y publicación de documentos sobre la materia de CATALINA GONZALEZ UNDURRAGA, *Esclavos y esclavas demandando justicia. Chile, 1740-1823. Documentación judicial por carta de libertad y papel de venta*, Editorial Universitaria, Santiago, 2014, p. 293.

²⁶ Causa sobre cumplimiento de cláusula testamentaria que otorgaba la libertad a hija de la esclava recurrente. en: JORGE CORVALAN y VICENTE CASTILLO, “Derecho Procesal Indiano”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, N° 18, Santiago, 1951, p. 133.

²⁷ *Recopilación de Leyes de Indias*, libro 7, tit. 5, ley 8.

²⁸ GUILLERMO FELIÚ CRUZ, *La abolición de la esclavitud en Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, 1973, pp. 83-84.

del Interior Mariano Egaña, se opuso a la medida, dilatando la promulgación en defensa del derecho de propiedad de los dueños de esclavos. El ejecutivo planteó que debía proceder una indemnización antes de liberar a los esclavos, con todo, debió promulgar la ley ante la insistencia del Congreso. Como consecuencia de este conflicto, Mariano Egaña planteó la inaplicabilidad de la ley y el 28 de julio de 1823 en defensa de su criterio, el ejecutivo dictó un decreto por el cual estableció diversos requisitos previos que los esclavos liberados debían cumplir para que pudieran “tomar posesión de su libertad”²⁹. El conflicto entre ambos poderes quedó resuelto con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1823, que paradójicamente tenía como autor principal a Juan Egaña. El artículo 8º del texto establecía la clásica expresión del constitucionalismo liberal prohibiendo la esclavitud³⁰ y el tráfico de esclavos.

Si bien como se ha dicho, este decreto evidencia el conocimiento y aceptación por el Congreso conservador del planteamiento racionalista, la comprensión de sus efectos dista de la línea de ese discurso, si se consideran las acciones emprendidas por algunos de los afectados por la abolición. Es así que consta en actas de sesiones del Congreso³¹ la presentación de algunas acciones judiciales en contra del despojo sufrido por algunos propietarios de esclavos. Estos siguen un litigio en los términos patrimoniales propios de la defensa judicial del dominio sobre las cosas. Dada la pervivencia del derecho castellano supletorio en esta materia como derecho vigente, tendríamos que concluir que la defensa es correcta, pero desde el punto de vista de la comprensión de las reformas hay que concluir que ellas no fueron entendidas como reconocimiento del derecho natural de libertad, términos esenciales al concepto racionalista de los derechos. El estudio de los juicios aludidos aportará en el futuro mayor claridad sobre el tema.

5. La libertad de opinión y de imprenta

Como consecuencia de la garantía a la libertad de imprenta establecida en la Constitución de 1812, se dictará con fecha 23 de junio de 1813 un reglamento

²⁹ Decreto de 28 de julio de 1823, Archivo Nacional Histórico. Fondo Ministerio del Interior, V. 32, f. 268-268 vta.

³⁰ *En Chile no hay esclavos: el que pise su territorio por un día natural será libre. El que tenga este comercio no puede habitar aquí más de un mes ni naturalizarse jamás.*

³¹ LETELIER, *op. cit.*, Acta de sesión del Senado Conservador de 23 de junio de 1823 y de 2 de julio de 1823, Cuenta.

sobre la materia. Respecto del preámbulo, el texto habla de la libertad de pensamiento y de su expresión libre como un derecho al que califica de “barrera más fuerte contra los ataques de la tiranía”. Otra expresión señala que: “el Gobierno quiere devolverles” a los chilenos ese “precioso derecho tan propio de los hombres libres”³², conceptos que podrían interpretarse como propios de una concepción racionalista, pero que debemos restringir a un ámbito político si tomamos en cuenta la confesionalidad religiosa del Estado establecida en la constitución y las limitaciones que ésta determina en el reglamento para la libertad de expresión a través de la imprenta.

El reglamento constitucional de 1812 había establecido³³ “que la libertad de imprenta gozará de una libertad legal y que para que esto no degenera en una licencia nociva a la religión, costumbres y honor de los ciudadanos y del país, se prescribirán reglas por el gobierno y el Senado”. La normativa dictada el año 1813 reglamentaba la disposición constitucional y establecía una Junta Protectora de la Libertad de Prensa, cuyos integrantes para ser elegidos debían cumplir con los requisitos de ser individuos de “ilustración, patriotismo e ideas liberales” y cuya función en calidad de jurados era la de declarar si había abuso a la libertad de imprenta como trámite previo a un juicio en los tribunales ordinarios. Uno de los primeros jurados fue Juan Egaña. El texto declara que “el hombre tiene derecho a examinar cuantos objetos estén a su alcance, quedando abolidas las revisiones y aprobaciones y cuantos requisitos se opongan a la libre publicación de los escritos”, pero consecuente con la confesionalidad religiosa del texto constitucional el reglamento establece “que no pudiendo ser controvertida la moral de la Iglesia romana (...) Porque es un delirio que los hombres particulares disputen sobre materias y objetos sobrenaturales, los escritos religiosos no pueden ser publicados sin una censura previa del ordinario eclesiástico”³⁴. De acuerdo al reglamento las injurias que ataquen la tranquilidad pública, la religión o la forma de gobierno adquieren el carácter de delitos públicos. Para dimensionar la amplitud de las restricciones a estas normas sobre libertad de imprenta solo debemos recordar que en materia penal estaba vigente, y se ha comprobado su plena

³² Libertad de Imprenta, decreto de la Junta de Gobierno con acuerdo del Senado, 23 de junio de 1813, en: RICARDO ANGUITA y VALERIO QUESNEY, *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta 1901*, Santiago, Imprenta Nacional, 1902, v. 1, pp. 39-40.

³³ Art. XXIII.

³⁴ ANGUITA, *op. cit.*, p. 39, n° VIII, y NORMA MOBAREC ASFURA, “El procedimiento de los juicios de imprenta en Chile de 1813 a 1828”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 9, Santiago, Chile, pp. 177-180.

aplicación en la práctica, el Código de las Siete Partidas, que incluye gran variedad de delitos religiosos con penas severas. Adicionalmente se constituyen en delitos públicos, esto es que corresponde su denuncia a cualquier ciudadano y al ministerio público según el texto, sin una tipificación precisa, como lo requería ya largamente la doctrina penal racionalista, aquellas conductas que vulneren “la seguridad y tranquilidad pública, la religión del Estado o el sistema de Gobierno”³⁵. La calificación de cada situación como delitos correspondía a la Junta Protectora de la Libertad de Prensa, que en realidad era un jurado que una vez que declaraba vulnerada la libertad de imprenta, pasaba la causa a la justicia ordinaria.

El tema de la libertad de imprenta y de opinión volverá a ser discutido el año 1823. Con motivo de su participación en la redacción de la Constitución Política de 1823, Juan Egaña publicará un documento denominado *Examen instructivo de la Constitución Política de Chile promulgada en 1823*³⁶ y en relación a la disposición de esta constitución sobre religión del Estado³⁷ publicó un texto denominado *Memoria sobre si conviene políticamente en Chile la libertad de cultos*, planteamiento sobre el cual mantuvo una discusión con José María Blanco White publicada en Chile y Perú. Interesa aquí la fundamentación dada por Egaña a su planteamiento a favor de la confesionalidad de una exclusiva religión y para desechar la tolerancia de otras religiones.

Sus argumentos se resumen en el acápite que titula *La uniformidad de religión consolida los Estados*, que dice que “de todo lo expuesto resulta que materias político-religiosas, pueden asentarse casi con absoluta seguridad estos principios. 1. la multitud de religiones en un solo Estado conduce a la irreligión; y esta es la tendencia de nuestro siglo. 2. Dos religiones en un Estado, conducen a una lucha que debe concluir con la destrucción del Estado, o de uno de los partidos religiosos. 3. La uniformidad de religión, es el medio más eficaz de consolidar la tranquilidad en la masa de la nación”³⁸.

Del análisis del párrafo anterior, al igual que de la revisión del texto explicativo de la Constitución Política de 1823, llamada también Constitución moralista de Juan Egaña, por la cantidad de disposiciones destinadas a con-

³⁵ ANGUITA, *op. cit.*, n° II, p. 39.

³⁶ JUAN EGAÑA, *Colección de algunos escritos políticos morales, poéticos y filosóficos del Dr. Juan Egaña* (editor Agustín Lizardi), tomo I, Londres, 1826, 1830, pp. 101-233.

³⁷ Art. 10: *La religión del estado es la Católica Apostólica Romana: con exclusión del culto de cualquier otra.*

³⁸ EGAÑA, *op. cit.*, p. 14, y también en: *Breve contestación (...) sobre sistemas federativos*, cit., p. 67 y 75.

ducir la vida de los ciudadanos, se concluye que en un tema tan álgido para los derechos humanos, la libertad de conciencia y la libertad de credo, la argumentación elude el tema de fondo y opta por argumentos de conveniencia política, sin aceptar la existencia del conflicto ideológico subyacente al igual que lo hace la mayor parte de los escritos chilenos en la prensa periódica revisada.

6. Los indígenas frente a la libertad e igualdad republicana

El año 1813 la Junta de Gobierno regulada en la Constitución de 1812, dictó un “decreto con acuerdo del Ilustre Senado”, por el cual modificó parcialmente la situación de los indígenas chilenos. Eliminó la reducción a pueblos del sistema indiano, estableciendo que los indígenas podían pasar a residir en villas que debían establecerse en dos o más de los pueblos existentes por una comisión a partir del remate de las tierras de los pueblos de indios. En ellas residirían los indígenas “gozando de los mismos derechos sociales de ciudadanía que corresponde al resto de los chilenos”³⁹. La investigación realizada hasta hoy no permite conocer el efecto de esta normativa en la realidad.

El tema indígena se retoma en 1819, se dicta otro decreto⁴⁰ que, fundado expresamente en la igualdad que debe establecerse respecto de ellos, les otorga la ciudadanía chilena y en consecuencia les reconoce todos los derechos de que disponen el resto de los ciudadanos chilenos. Se suprime el pago del tributo personal que los gravaba en el sistema indiano y se elimina el funcionario indiano denominado Protector de Indios, creado en 1512. Se establece además un sistema especial para la venta de tierras de indígenas⁴¹. Estas modificaciones no incluyeron a la población de la región de Arauco.

Para determinar los alcances de estas modificaciones debemos revisar brevemente su estatuto indiano. Entre los siglos XVI y XVIII, la base teórica del derecho indiano estaba en la doctrina del *ius commune*, parte de la cual estaba incorporada en los textos legales castellanos que rigieron en América según la prelación de las Leyes de Toro de 1505. Hay que agregar, la doctrina vinculada a esta concepción que fue utilizada para dictar nuevas normas y en la interpretación jurisprudencial y administrativa. Reproduciendo un princi-

³⁹ ANGUIA, *Leyes promulgadas en Chile 1810-1901*, v. 1, p. 40.

⁴⁰ ANGUIA, *op. cit.*, v. I, p. 65, Bando Supremo de 4 de marzo de 1819. Exime del tributo a los indígenas y les otorga la ciudadanía chilena.

⁴¹ ANGUIA, *op. cit.*, v. I, p. 119; 10 de junio de 1823 fija procedimiento para la venta de tierras de indígenas.

pio sustentado por el derecho castellano, el ordenamiento indiano estableció estatutos jurídicos diferenciados para los habitantes del Nuevo Mundo, asignando derechos distintos a grupos humanos estructurados como tales por el propio derecho. El criterio de diferenciación no es el estamental que regía en la península sino uno, que antropólogos americanos han denominado pigmentocracia, es decir, los estatutos establecían distintos derechos de acuerdo a un criterio de pertenencia de los individuos a aparentes razas o etnias.

Una de las primeras disposiciones emanadas del poder real es la dictada por Isabel la Católica en 1501, que estableció la condición de hombres libres de los indígenas de América⁴². Formalmente el texto es bastante revolucionario para su época y en parte también lo es su efecto en el proceso histórico concreto⁴³, pero recalco, su carácter formal, por cuanto lo que hace es determinar dentro de cuál de los estatutos jurídicos que regulaban la estamentación social medieval, trasladada parcialmente a América, serían incorporados los indígenas.

Las personas de los tres estamentos, nobiliario, laico y eclesiástico y comunes o pecheros, eran jurídicamente libres, por tanto, el primer significado de la disposición es ratificar, que fuera de los caciques indígenas, el resto de la población prehispánica de América quedaba asimilada a la clase pechera de Castilla, la cual, teniendo la condición jurídica de libre, debe pagar tributo personal y debe trabajar. Así, el concepto jurídico de libertad implícito en la disposición analizada, significa solamente una negación del carácter de esclavos, que se quiso dar a la población autóctona de América y que antes ya se había adjudicado a la población africana en las donaciones pontificias a los portugueses.

Cabe agregar que el derecho indiano dispuso que los indígenas americanos tuvieran la calidad de incapaces relativos. Este estatus tenía efectos de protección de derechos, entre otros, en la rebaja de penas, en la calificación de “públicos”⁴⁴ de los delitos de que fueran víctimas o actores y en el establecimiento de requisitos especiales para la enajenación de bienes de propiedad indígena. La incapacidad relativa fue asimilada en la práctica al tratamiento

⁴² Incorporada como ley 1, tomo II, libro VI, *Recopilación de Leyes de Indias*, 1681, Julián de Paredes, 4 v., Madrid, (en adelante, R.L.I). Evolución histórica de esta ley, en FIGUEROA, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁴³ Me refiero a las discusiones sobre su adecuación al derecho natural, sustentadas en la Junta de Burgos y a las diferencias que se generan a partir de su aceptación y que diferencian el trato de los naturales de América y de África. Confirma esta forma de interpretar la disposición de Isabel la Católica, la excepción contenida en la segunda parte de esta norma, la que establece la autorización para esclavizar a los indios caribús, a los de las Islas de Mindanao y a los indios de Chile cogidos en guerra viva.

⁴⁴ R. L. I. Libro.VI, t. X, ley XXI.

de las personas miserables, pero el derecho indiano generó una evolución particular de los derechos asignados a los indígenas como parte de la política de la corona en relación a la encomienda, en gran medida debido a las Polémicas de Indias⁴⁵.

Aunque la legislación indiana reguló el estatuto indígena sobre la base de su libertad jurídica, durante el siglo XVI se mantuvieron las discusiones sobre la naturaleza humana y los derechos de los habitantes de América. Además, la legislación indiana aún después de Burgos, estableció excepciones a la regla de la libertad, quedando entre éstas, la condición de los indios de Chile. La situación particular de los mapuche determina que en Chile se reproduzcan las Polémicas de Indias, discusiones vinculadas a los vaivenes de la guerra ofensiva y defensiva que se produce en la frontera de Arauco. Esos planteamientos fueron sustentados por los jesuitas y por los dominicos.

Tras diversas vicisitudes, esta disposición que autorizaba la esclavitud de los indios de Chile fue definitivamente suprimida el año 1674, después de haber sido suprimida y repuesta. Con todo, la evidencia es cuantiosa acerca de la persistencia de prácticas esclavistas que burlaron la disposición de la libertad de los indios en Chile en todo el periodo colonial⁴⁶.

La esclavitud indígena, establecida como excepción a la libertad general indígena, aplica, respecto de la libertad de las personas, los criterios generados por la doctrina del *jus commune*. Esa interpretación de la libertad fue rechazada por la filosofía clásica del derecho natural en las polémicas iniciadas a partir de 1512 y, aceptado el principio de la libertad natural de los indios en Burgos, éste se había integrado como fundamento del derecho indiano. Sin embargo también fue parte de los acuerdos de Burgos, la redacción del requerimiento por Juan López de Palacios Rubio, texto que fue leído a los indígenas americanos hasta los confines de Chile y que representa el alto grado de ro-

⁴⁵ Este concepto, que viene desde el derecho romano bajo imperial, tit. 14, libro 3 del Código de Justiniano, y que fue utilizado en Indias como justificativo de la guerra contra los indígenas, Juan de Solórzano Pereira, libro II, cap. V, n° 23 de Política Indiana, había dado origen en la etapa altomedieval a la jurisdicción real especial en los denominados casos de corte, y se constituye en América, en un mecanismo aplicado a los indígenas en materia de protección jurisdiccional.

⁴⁶ HUGO HANISH, “La esclavitud de los indios en el reino de Chile”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 14, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 91-125, p. 92 y ss. También, ÁLVARO JARA, “Importación de trabajadores indígenas en el siglo XVII”, *Revista Chilena de Historia y Geografía*, n° 124, 1956, p. 39 y ÁLVARO JARA y SONIA PINTO, *Fuentes para la historia del trabajo en el reino de Chile*, 2 v., Santiago, Editorial Andrés Bello, 1983, pp. 159 -189.

manización que había sufrido el *ius commune* al asignar derechos diferentes a los cristianos y a los infieles.

Las Leyes de Burgos dictadas en 1512 como parte de los acuerdos adoptados en esa primera junta, es un texto importante dentro del recuento sobre normas indianas relacionadas con derechos fundamentales. Se trata de un texto bastante reglamentario que establece beneficios y condiciones de trato respecto de los indígenas encomendados a partir de esa fecha. Regula la encomienda en su etapa antillana, caracterizada por no tener definido el monto del tributo debido por el indígena al encomendero y tampoco el jornal que correspondía pagar al indígena por su trabajo, además que permite el servicio personal en pago del tributo. Todas estas disposiciones consideran al indígena en calidad de libre. Fue el tipo de encomienda que perduró en Chile en la versión de la de Tasación de Santillán de 1569⁴⁷.

Para la historia de los derechos humanos son de especial importancia las disposiciones de Burgos sobre la visita de las encomiendas y el establecimiento del Protector de Indios, instituciones que la investigación ha podido comprobar que tuvieron en América una larga y a veces exitosa realización práctica integrados a la institucionalidad indiana. Todas estas normas solo se aplican a los indígenas encomendados en calidad de sujetos libres. Por lo tanto, no tienen la generalidad propia de las normas sobre derechos inherentes a la naturaleza humana.

El principio que sustenta esta normativa es que los derechos que asigna corresponden al trato debido a una persona por su condición jurídica de libre, no en relación a su condición genérica de ser humano, esto es, no se trata de derechos subjetivos. Sin embargo, a ello cabe agregar que las garantías establecidas para lograr el efectivo cumplimiento de esas disposiciones, adquieren con el tiempo una especie de autonomía, al desvincularse del supuesto más restringido, de persona en situación concreta, que las sustenta. Es muy tentador analizar este proceso de institucionalización de estas normas de garantías desde la perspectiva de juristas que distinguen entre el carácter subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales y de la institucionalización de ciertas garantías.

El intento frustrado de la monarquía de suprimir las encomiendas mediante la dictación de las Leyes Nuevas de 1542 permite concluir acerca de la conciencia existente en la metrópoli sobre los conflictos éticos que planteaba el sistema de encomiendas, que se intentará resolver imponiendo el

⁴⁷ JARA, *op. cit.*, v. I, texto de la tasación, p. 14.

sistema de tasaciones. Este incluía la determinación del monto del jornal y de los tributos de los indígenas, prohibiendo el servicio personal en pago del tributo. Esta legislación, en un proceso largo, reducirá el tiempo de trabajo que el indígena debía destinar para ganar el monto del tributo que debía a su encomendero y, junto a la aparición de la población mestiza como fuerza laboral más barata, permitirá que la supresión de la encomienda a comienzos del siglo XVIII, no reproduzca los levantamientos y oposiciones que generó el frustrado intento de 1542.

En aras de equilibrar este recuento sobre los indígenas como titulares de libertad cabe señalar que en la práctica chilena, además del incumplimiento de la legislación protectora que el sistema de visitas permite comprobar, se debe considerar el permanente traslado de indígenas encomendados, los que son destinados al yanaconaje que resulta económicamente más conveniente.

Como parte del estatuto jurídico del indígena se regulan los pueblos de indios, como asentamientos obligados, exclusivamente de indígenas e inicialmente en tierras de propiedad del encomendero. Su organización y funcionamiento estaba regulada a semejanza de los pueblos de españoles. Estos asentamientos, tanto en sus orígenes como avanzada la colonización, implicaron traslado de población indígena, con el consecuente desarraigo de sus lugares de origen y el cambio de las tierras antes ocupadas a la calidad de baldíos, pudiendo éstas ser entregadas en mercedes como comprueba parte de la investigación⁴⁸.

La encomienda y la obligada residencia en los pueblos de indios que ésta suponía, obviamente limitó la libertad de desplazamiento de los indígenas, derecho que la legislación indiana les reconocía⁴⁹. Cabe hacer presente que la reducción a pueblos parece haber sido de aquellas prohibiciones que el indígena poco respetó, como lo atestigua la práctica del “amestizamiento”. Uno de los puntos importantes a considerar respecto de la normativa sobre pueblos de indios es el derecho de propiedad de sus habitantes. Las leyes de Indias establecieron el respeto de la propiedad indígena precolombina la que, fuera de aquella de los caciques, difícilmente pudo subsistir bajo el régimen de reducciones a pueblos. En cuanto a la naturaleza jurídica de la propiedad indígena dentro de los pueblos indios no hay acuerdo, al menos en el caso chileno. Mirado desde la perspectiva del derecho castellano, se discute si se

⁴⁸ FERNANDO SILVA VARGAS, *Tierras y pueblos de Indios en el reino de Chile*, Santiago, Universidad Católica de Chile, , 1962., pp.189-205-233.

⁴⁹ R.L.I. L.VI, T. I, ley XXII.

trataba de un derecho de usufructo o de propiedad plena en las tierras asignadas dentro del pueblo y si tiene un carácter comunitario o individual⁵⁰.

Si intentamos una mirada general sobre las “normas protectoras” de los indígenas, con todas las prevenciones que nos merezca la posibilidad de su cumplimiento desde el punto de vista de primeras expresiones de derechos humanos, estas disposiciones tienen evidentemente un carácter dual. Analizadas comparativamente con otros sistemas colonizadores contemporáneos a la época, es indudable que representan avances respecto del trato de la población autóctona, en su calidad de persona. Es una normativa que evidencia un esfuerzo por incluir, como parte del sistema de trabajo, al que compulsivamente se los integra, normas que acusan un criterio de piedad. Sin embargo también es claro que el fundamento de estas disposiciones está más cerca de la protección debida en relación a la noción de “miserables”, que corresponde a la incapacidad relativa de los indígenas⁵¹, que a la idea de respeto de derechos debidos a la condición de seres humanos, en los términos postulados por los teólogos de la escuela clásica en las polémicas de Indias, y por cierto sin ninguna relación con el concepto abstracto de derechos del racionalismo. Confirma este aserto el que la condición de *miserabilis* estaba regulada en Las Partidas, proveniente del derecho postclásico romano, en una constitución imperial del emperador Constantino.

7. Conclusiones

Para finalizar, enumero algunas conclusiones provisorias aplicables a la parte del trabajo aquí expuesto.

1. En el derecho indiano las normas sobre garantías continúan la línea de desarrollo de aquellas que garantizaban derechos dentro del ordenamiento jurídico castellano. Por tanto, los principios que las sustentan están directamente relacionados con la filosofía jurídica católica y a partir del siglo XVI, en materia de derechos humanos, parcialmente

⁵⁰ SILVA VARGAS, *op. cit.*, pp. 189-206.

⁵¹ FRANCISCO CUENA BOY, “Utilización pragmática del Derecho romano en dos memoriales indianos del siglo XVII sobre el Protector de Indios” *I Consideración jurídica de los indios: su *status* como personas miserables”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, n° 20, Valparaíso, 1998.

- con la escuela clásica de esa filosofía, en contradicción con el *jus commune* que se expande a América a través de la legislación.
2. En consecuencia, se puede afirmar que las garantías a los derechos que estableció el ordenamiento indiano tienen los rasgos de privilegios, más que de derechos, en tanto se fundamentan en un principio de separación de los titulares de derechos por estatutos jurídicos diferenciados.
 3. Las garantías se generan básicamente como consecuencia de conquistas de grupos sociales que pugnan por acceder a privilegios o situaciones existentes que benefician a otros grupos, o en ciertos casos, por su defensa basada en principios de justicia y humanidad determinados por el proceso histórico.
 4. Aparecen, evolucionan y se institucionalizan, determinadas por el contexto histórico. En contraposición al carácter especulativo abstracto de los derechos racionalistas, apriorísticamente determinados.
 5. En cuanto al contenido de los derechos, el principio de igualdad, tanto formal como material, identificado por el racionalismo jurídico como derecho subjetivo inherente a la condición humana, cabe afirmar que éste fue expresamente rechazado en el ordenamiento castellano e indiano, a través de la regulación de estatutos jurídicos con base pseudo racial en América. La condición de libertad en el derecho indiano no tiene el carácter de derecho inherente a la condición humana, como lo comprueba la juridicidad de la esclavitud, sino la de una condición adjudicada por el derecho a grupos determinados.
 6. Las garantías procesales son aquellas que tienen una estructura y continuidad histórica más sólida y se puede seguir su continuidad, al menos normativa, desde fines del alto medievo. Con frecuencia se encuentran institucionalizadas al inicio de la independencia americana, integrando la normativa jurídica que estructuraba el funcionamiento de organismos que operaban en la realidad.
 7. Respecto del derecho republicano chileno, formalmente hay expresa mención de la concepción “liberal” e ilustrada como fundamento de las novedades que se incorporan. Sin embargo estas “garantías” se insertan junto a disposiciones que las hacen inoperantes o junto a conceptos absolutamente contrarios a la concepción racionalista de los derechos. Profundiza esa contradicción, la continuidad de la vigencia en avanzada etapa republicana del derecho castellano-indiano, y el funcionamiento de instituciones indianas como la judicatura.

8. No hay discusión teórica acerca del fundamento de los derechos. La que existe, a veces rica en argumentos, se centra en la estructura constitucional de la sociedad política, no se considera que para el racionalismo los derechos humanos, especulativamente determinados, deben ser el fundamento que valida la inclusión de toda norma al sistema jurídico positivo.
9. El principio o derecho de libertad aparece integrado a los catálogos constitucionales y es mencionado con frecuencia en los textos de difusión, al igual que en los de prensa periódica, pero en ellos se refieren a aspectos políticos de la libertad, no a la fundamentación racionalista de la libertad personal con excepción del caso de los indígenas. Los derechos relacionados con la igualdad son integrados y aparentemente aceptados con el fundamento racionalista, sin que exista expresa discusión acerca de su significado y de las consecuencias que esa transformación debiera acarrear para todo el ordenamiento jurídico.
10. Explicación aparte requiere el traspaso al derecho republicano de las normas jurídicas castellano indianas que regulaban la seguridad personal en el sistema carcelario. Se puede comprobar que esas disposiciones aunque “garantizaban” derechos en términos restringidos⁵², una vez integradas en instituciones reguladas jurídicamente, se insertaron con vitalidad propia en el derecho republicano y paulatinamente fueron adquiriendo la fundamentación racionalista a medida que ésta fue siendo incorporada por el derecho. Cabe agregar que al desligarse de su antigua fundamentación, colaboran con el proceso de manejo positivista del sistema jurídico. En este sentido, la teoría constitucional actual sobre el carácter objetivo y subjetivo de los derechos ayuda a una mejor comprensión del fenómeno histórico de los derechos humanos.
11. Si bien provisionarias, presta fundamento a estas conclusiones la conducta de la Iglesia Católica frente al cambio revolucionario de la cosmovisión propiciada por la ilustración racionalista. El proceso de aparición de las encíclicas papales desde 1832, con la encíclica *Mirare Vos* en adelante, evidencia la falta de análisis de contenido habido

⁵² Un caso paradigmático es el de la regulación del sistema carcelario respecto de los requisitos que deben cumplirse en las cárceles, en las constancias de las detenciones y las garantías que se incorporan como complementos del habeas corpus

en la aceptación, aparentemente no problemática, de los derechos racionalistas por las sociedades católicas hispanoamericanas. El enfático rechazo de la Iglesia Católica al concepto de derechos humanos en la forma planteada por el racionalismo, y a sus consecuencias en la generación de conceptos como soberanía popular, no se condicen con la discusión meramente lógico-formal de los conceptos políticos acogidos en el movimiento independentista americano.

UN CASO DE APROPIACIÓN DEL IUS COMMUNE: LAS NOCIONES DE DOMINIO EN LOS PUEBLOS DE INDIOS EN EL PERÚ DEL SIGLO XVI

A CASE OF APPROPRIATION OF IUS COMMUNE: THE CONCEPT OF DOMINIUM IN INDIGENOUS PUEBLOS IN 16th CENTURY PERU

DAMIAN AUGUSTO GONZALES ESCUDERO
Instituto Riva-Agüero-PUCP (Perú)
dgonzalese@pucp.edu.pe

Resumen: Este trabajo propone una lectura de los derechos de dominio que se sumerge en la comprensión del *Ius Commune*. Por eso, divide el análisis de las formas de aprovechamiento de la tierra de los pueblos de indios en dos: por un lado la *substantia* y por otro la *utilitas*. El estudio de cada uno de estos aspectos del dominio nos dará el sentido de la construcción jurídica elaborada para proteger sus derechos sobre las tierras. Este trabajo se basa en el conflicto de los indígenas de Chacalla y los de Canta por las tierras de Quivi. A partir de este caso se estudiarán las nociones de dominio.

Palabras clave: Ius Commune, apropiación de cultura jurídica, derechos de dominio, pueblos de indios, nociones de dominio, Perú.

Abstract: This paper proposes a reading of property rights immersed in the logic of the *ius commune*. This investigation divides the study of the land tenure of indigenous peoples in two: on the one hand, *substantia* and, on the other hand, *utilitas*. The examination of both spheres will provide a sense of the legal construction that was created in order to protect their rights. This paper is based on the conflict of the indigenous peoples of Chacalla and Canta for the lands of Quivi. These cases serve as the basis for an analysis of the domains.

Keywords: *Ius Commune*, legal culture appropriation, property rights, indians people, domain notions, Peru.

Sumario: 1. Introducción. 2. El juicio de por las tierras de Quivi. 3. Hacia las características del dominio. 3.1. Dominio utile o el goce de la tierra. 3.2. Dominio directum o la disposición de la tierra. 4. Conclusión.

1. Introducción

La sociedad incaica se caracterizó por la ausencia de una noción de dominio o concepto de propiedad, al menos de la manera occidental de comprenderlo.

La imposición de nuevas estructuras de explotación de recursos fue un hecho que obligó a los grupos andinos a repensar sus relaciones con la tierra, en la medida que su deseo fuese subsistir. Para mantener las estructuras sociales prehispánicas en la época en que se convirtieron en grupos dominados, los indígenas iniciaron un proceso de apropiación. En términos de derecho de dominio, esto implicaba necesariamente que los vencidos pudieran comprender sus atribuciones sobre la tierra dentro del discurso del Derecho importado. Resulta lógico que el nuevo sujeto que nació de esta dinámica de dominación, que llamaremos sujeto jurídico colonial, elabore un discurso que pudiera ser legitimado en las cortes coloniales. Esta elaboración se hizo a través de la intermediación jurídica de los abogados y procuradores de causas, quienes fueron los agentes que reinterpretaron las pretensiones de los indígenas en términos del Derecho hegemónico.

Así fue como el sujeto jurídico colonial, dentro de este macro proceso de apropiación cultural que se dio con la conquista, asimiló las nociones que traía la tradición europea del derecho de dominio. Es importante resaltar que esta asimilación se hizo con fines meramente utilitarios, es decir siempre y cuando pudiera significarles un beneficio para sus intereses. El litigio por las tierras de Quivi es un caso paradigmático de esto. En las piezas procesales se puede observar cómo los pueblos indígenas esgrimen un desarrollo argumentativo que deja pistas para comprender cuál fue la noción de dominio que se elaboró para defender los intereses de los pueblos indígenas. En las siguientes líneas se va a sintetizar el proceso surgido en las tierras de Quivi para luego analizar las nociones de dominio que estuvieron en juego.

2. El juicio de por las tierras de Quivi

En el valle del río Chillón, al norte de la ciudad de Lima, o valle del río Rímac, se ubica la zona conocida como Quivi, que en épocas prehispánicas era conocida por la producción de coca. El grupo indígena de los Canta, en una alianza con el cacique Collique, líder de la etnia que dominaba esa zona, aprovechaba los recursos naturales, hídricos y suntuarios del valle¹. Cuando los avances de las conquistas de los Incas llegaron hasta el valle del río Chillón, los caciques

¹ Archivo General de Indias. Justicia 413. 1567. F. 226r; 233r-233v, 259r-259v, en MARIA ROSTWOROWSKI, *Conflicts over coca fields in XVIth-century Perú*, Ann Harbor-Lima, University of Michigan e IEP, 1988, pp. 83 y ss.

locales, como el de los Collique y Canta, se opusieron generando una reacción violenta por parte de los conquistadores. Como resultado se dio una guerra cruenta y la consecuente movilización de los vencidos².

Para contar con un mejor control del área productora de coca, el Inca trasladó hasta Quivi a unos aliados suyos: los indígenas de Chacalla, quienes eran parte de la macro-etnia de los Yauyos³. Los instaló en calidad de *mitimaes*, es decir que se encontraban en la tierra de Quivi, lejos de su localidad de origen, con la finalidad de cumplir labores de aprovechamiento en favor del Inca⁴. El hecho de estar en una localidad distante, realizando trabajos para el Inca, no significaba que dejaran de estar ligados a su etnia de origen. Por eso, para Murra, se trataba de una manifestación de “control vertical de pisos ecológicos”⁵. Al encontrarse respaldados por el poder del Inca, los Chacalla realizaban su actividad agrícola con normalidad, sin el temor de que los Canta intentaran recuperar el dominio de las tierras de Quivi.

Cuando los españoles conquistaron el imperio incaico, se produjo un quiebre en las relaciones sociales y económicas. Este hecho fue aprovechado por los indígenas de Canta para hostilizar a los *mitmaqs* de Chacalla con el objetivo de que abandonaran Quivi y ellos pudieran regresar a la zona. Su razonamiento no era ilógico, pues si los indígenas de Chacalla se encontraban trabajando la tierra a nombre del Inca, una vez que este fuera depuesto como gobernante, ya no tendrían razón de permanecer en la zona. Sin embargo, los chacalla se sentían legitimados a permanecer en Quivi. Comenzaron una serie de enfrentamientos que incluyeron matanzas y hostilidades de todo tipo, de ambas partes⁶.

En tiempos del licenciado La Gasca, en 1549, los enfrentamientos entre los canta y los chacalla fueron sonados al punto que el mismo presidente envió a los encomenderos de cada una de las etnias para que pusieran fin al conflicto. Francisco de Ampuero y Nicolas de Ribera, el mozo, encomenderos de los chacalla y los canta respectivamente, llegaron a Quivi resueltos a cumplir su mandato⁷. Luego de varios días de tratativas, llegaron a un acuerdo:

² Justicia 413, f. 190v, pp. 83 y ss.

³ Justicia 413, f. 144r, pp. 83 y ss.

⁴ RENZO HONORES, *El ius commune en los Andes: Una aproximación a los informes del licenciado Polo Ondegardo*, Lima, Tesis PUCP, 2005, pp. 126.

⁵ JOHN MURRA, “El control vertical de un máximo de pisos ecológicos en la economía de las sociedades andinas”, en: Id. *Formaciones económicas y políticas del mundo andino*, Lima, IEP., 1975, pp. 60; 81-95.

⁶ Justicia 413, f. 150r; 154v; 164v, pp. 83 y ss.

⁷ Justicia 413, pp. 83 y ss.

se firmó una transacción por la cual, los indígenas de Chacalla dejarían las tierras de Quivi a cambio de doscientas ovejas que serían entregadas por el cacique de Canta⁸.

A pesar de lo acordado, nueve años más tarde, en 1558, los indígenas de Chacalla solicitaron la restitución de las tierras, aduciendo la invalidez de la transacción. Alegaban que su cacique había sido obligado por el encomendero a firmar ese convenio, razón por lo cual pedían que se le “rescinda y anule conforme a dr^o”⁹. A partir de ese momento se pusieron en juego, en los tribunales, una serie de cuestionamientos sobre los derechos de dominio de cada uno de los grupos indígenas. La duración de este juicio (12 años) abrió un espacio para que los indígenas pudieran reinterpretar sus ideas sobre la apropiación de la tierra en términos de la cultura jurídica hegemónica en esa coyuntura: el *Ius Commune*. Con la ayuda de eminentes abogados del foro limeño de mediados de la década de los años 1550 se pudo lograr esta tarea. Estas nociones, que quedaron impregnadas en el expediente judicial, cobrarán vida en nuestro análisis en las siguientes líneas.

3. Hacia las características del dominio

La cultura jurídica del *Ius Commune* tuvo un elemento esencial y característico de desarrollo que fue el dominio. Cuando esta cultura llega al nuevo mundo, los indígenas se influyeron por ella y trataron en primer lugar de defender su título de dominio. Sin embargo, las pretensiones en los litigios no se limitaban solamente a defender un título, sino que sobre todo defendían una forma de aprovechamiento económico de la tierra. Tomando en cuenta la dimensión fáctica del *Ius Commune*, en los litigios se trató de demostrar cómo los indígenas ejercían un goce de la tierra, delineando sus poderes y facultades sobre esta. Desde este punto se puede comprender la noción de dominio que se encuentra subyacente. A partir de estos rasgos se puede reconstruir una noción de dominio que los intermediarios jurídicos sustentados en los testimonios de los curacas e indios del común defendieron.

Una característica de suma importancia para el derecho de dominio en el *Ius Commune* fue el aprovechamiento efectivo de los bienes. Sin embargo, es importante señalar que no cualquier apropiación o aprovechamiento de un

⁸ Justicia 413, f. 140r, pp. 83 y ss.

⁹ Ídem.

bien y su uso era calificado como dominio. Para Grossi, existía un contenido mínimo de derechos o poderes sobre el bien que designaban a un aprovechamiento como dominio. En este sentido señala que es importante que el dominio comprometa la globalidad de la *res*, o cosa¹⁰. En el imaginario del *Ius Commune* esto quiere decir: el detentar corporalmente y disfrutar de la esencia del bien. Esta duplicidad de elementos es lo que, según Grossi, le daba un estatus de *dominium*, o señorío, a un aprovechamiento. Así mismo, debía ser un derecho autónomo e inmediato sobre la cosa, sin vínculos de dependencia ni intermediaciones.

En la construcción jurídica del *Ius Commune*, el *dominio* tiene como punto de referencia al bien. En un escenario donde ya se diferenciaban los derechos reales de los derechos personales, existieron derechos que no terminaban por constituir un dominio. También, estos derechos eran distintos a los *Ius in Re aliena*, o derechos sobre cosas ajenas, como las servidumbres sobre bienes ajenos, que se encuentran en la orilla opuesta del dominio. Por ejemplo, el derecho de servidumbre no se podía perder aun cuando cambiaran los titulares del dominio del predio servidor¹¹.

El escenario altomedieval fue un laboratorio en el cual se generaron diversas formas de aprovechamiento de los bienes, al punto que cuando se redescubren las fuentes romanas (siglo XII), y comienza el auge del paradigma del dominio, los juristas tardomedievales buscaron darle un fundamento de validez a las figuras que la experiencia había moldeado¹². Se puede agregar a esta explicación que lo que definió a un derecho como dominio fue la capacidad de poder gozar independiente y plenamente el bien. ¿Qué cosa definía el goce pleno de un bien? Su naturaleza. Existían casos en los que el bien admitía más de una posibilidad de aprovechamiento económico, de manera que se podía ser posible más de un derecho de dominio.

Entonces, se hizo una *interpretatio* del *dominium* romano hecha a la medida de las figuras que la experiencia medieval había visto aparecer. Así es como nace la noción de *dominium utile*. Es la noción que le dio el fundamento de validez a los tipos de situaciones prácticas que venían existiendo desde siglos anteriores. La aparición de la doctrina *dominium utile* fue central dentro del ordenamiento del *Ius Commune*. Se consolidó a partir

¹⁰ PAOLO GROSSI, *La propiedad y las propiedades*, Madrid, Civitas, 1992, p. 94 y ss.

¹¹ GROSSI, *op. cit.*, pp. 94 y ss. Partida III. Título XXXI. Ley 8.

¹² GROSSI, *op. cit.*, pp. 94 y ss.; PAOLO GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 254.

de los grandes tratados de los comentaristas como una elaboración teórica importante¹³.

En el lenguaje de las fuentes romanas¹⁴, *dominio* implicaba a las facultades *Ius abutendi*, *Ius utendi* e *Ius fruendi*. En estos términos, el dominio útil se caracterizó por abarcar a los derechos de goce del bien (*Ius utendi* e *Ius fruendi*), mientras que el *Ius abutendi* podía estar en manos de otro titular (del dominio directo). Este desdoblamiento no quiere decir que ambos derechos de dominio sobre el bien fueran opuestos, excluyentes o contradictorios, sino que más bien se colocaban en una posición dialéctica que conjugaba dos formas de aprovechamiento de un mismo bien: uno lo aprovechaba desde la *substantia* (*dominium directum*) y el otro desde la *utilitas* (*dominium utile*).

Por eso, el dominio se desarrolló como una complejidad de elementos. Trató de abarcar las dos dimensiones de los bienes, la *utilitas* y la *substantia*. Así, la *utilitas*, como se ha dicho anteriormente, se componía de dos derechos muy importantes: el derecho de uso (*Ius utendi*) y de disfrute (*Ius fruendi*). Estas características abarcaban el goce del bien. En la recepción castellana de esta doctrina, se dice en Las Partidas que “señorío es poder que el ome ha en fruto o en rentas”¹⁵. Con esto se pone énfasis en los frutos que da la utilización del bien como rasgo característico del dominio. Por otro lado, la *substantia* implicaba el *Ius abutendi* que lo podemos entender como el derecho de disposición del bien, que podía quedarse con el titular aun cuando se había realizado una disposición del dominio útil.

Estas características dentro de la tradición del dominio explican por qué existieron diferentes regímenes de dominio. Cada uno dependía de las posibilidades de aprovechamiento que brindara el bien. Los dominios podían estar desdoblados o unificados, según la naturaleza del bien. Las formas de goce eran también particulares de cada tipo de dominio. Ejemplos de esto en la experiencia medieval fueron el dominio agrario, ya sea feudal o alodial, o, inclusive, el dominio sobre el agua. De manera que nos encontramos ante una *pluralidad de regímenes dominicales*.

¹³ PAOLO GROSSI, “La categoría del dominio utile e gli homines novi del quadrivio cinquecentesco”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 19, Milano, Giuffrè editore, 1990, pp. 209.

¹⁴ En el Derecho romano, el dominio como categoría reunía en sí a todos los derechos sobre el bien: *Ius utendi*, *Ius fruendi* e *Ius abutendi*. Se trataba de una unidad.

¹⁵ Partida III. Título XXVIII. Ley 1.

3.1 Dominio utile o el goce de la tierra

El carácter plural se importó a América desde el siglo XVI. La pluralidad en las Indias se manifestó en la presencia de dominios estancieros, dominios agrarios, censos, dominios sobre el agua entre otros que la experiencia fue moldeando. El dominio de las tierras de los pueblos indígenas fue otra de esas formas de la experiencia. La estructura del dominio que se ideó y defendió para los indígenas en la litigación se sentó sobre la base de su propia experiencia, interpretada desde las nociones de dominio importadas y que les fueran útiles a sus intereses. Fue una creación doctrinaria, por eso sostenemos que no fue una creación netamente indígena, sino que contó con la formulación de los intermediarios jurídicos, los profesionales del Derecho, que les asistieron para elaborar estas nociones de dominio a partir de la doctrina del *Ius Commune*.

Por eso los indígenas, tanto de Chacalla como de Canta, al momento de presentar su demanda se esmeraron en probar que estaban obteniendo los frutos –la coca– de la tierra que se encontraba en disputa para fundamentar válidamente su pretensión de dominio. Así es que los indios de Chacalla en su demanda son enfáticos al solicitar que: “las dhas tierras por ser nras nos la mande bolber y entregar libremente como cosa que es nra y nros antepasados con los frutos y rrentas que han llevado”¹⁶. Es una petición que casi ha calcado la fórmula de Las Partidas. Conociendo que el dominio útil se caracteriza por la posibilidad de apropiación de los frutos derivados del uso del bien, el abogado de los chacalla debía solicitar que se les restituyan los frutos que se han perdido al no estar en el uso por culpa del despojo que hicieron los indígenas de Canta.

Caso diferente es el argumento de los indios de Canta, que afirmaban que: “hemos estado siempre en posesión de las dhas tierras y nos pertenescen como hacienda nuestra y como cosa que siempre hemos labrado”¹⁷. El razonamiento no es distinto en fondo pero sí en forma. Mientras que los Chacalla buscan una fórmula para que se les reconozca que se les ha despojado de un aspecto elemental del dominio –el goce– y así ser reconocidos como los titulares del derecho mediante la restitución, los Canta buscaban mediante el supuesto ejercicio actual del uso (el labrado), y la consecuente apropiación de los frutos, demostrar que son titulares del dominio. Sea una u otra forma, lo

¹⁶ Justicia 413, f. 1v, pp. 83 y ss.

¹⁷ Justicia 413, f. 313r, pp. 83 y ss.

que no está en duda, y es el discurso común en ambas argumentaciones, es que el pueblo indígena que es titular del dominio tiene el ejercicio directo del goce de la tierra, es decir, de los derechos de uso y disfrute. Esta titularidad es una prerrogativa autónoma de los indígenas, sin intermediaciones de otros sujetos que limiten o condicionen el goce de su derecho.

¿Cuál era el carácter del goce del dominio? Fue la integración de dos visiones, por un lado la reciprocidad y redistribución de la tradición andina, por el otro la efectividad del *Ius Commune*. De este modo podemos entender que la *utilitas* de la tierra se encontraba dividida entre los indios habitantes de un mismo terreno. Se hizo una *interpretatio* del modo de trabajo comunitario andino como una forma de *Ius utendi* y *Ius fruendi*, que aprovechaba tanto el uso de la tierra como los frutos de esta. Es decir que el derecho al aprovechamiento recaía sobre los que habitaban la tierra y la trabajaban efectivamente, no sobre la colectividad entera del pueblo indígena, que no necesariamente coincidían en número ni lugar.

Ejemplo claro de esto es el caso de las tierras de Quivi, porque los mitimaes chacalla que habitaban ese terreno no eran la totalidad del pueblo chacalla, sino una porción que tenía derecho a trabajar esa tierra –sembrándolas y labrándolas– para recabar los frutos –la coca–. No en vano se resaltaba en el expediente el hecho que estos iban para propio provecho de los habitantes¹⁸. Aunque los habitantes mitimaes de Quivi fueran sólo una porción del pueblo, la demanda se hace para proteger esta parte del terreno que antes de ser perdida había sido aprovechada con efectividad. De manera que podemos concluir que el dominio útil de la tierra recaía en cabeza de los miembros del pueblo que ejercían el aprovechamiento efectivo de la tierra, trabajándola.

3.2. Dominio directum o la disposición de la tierra

Habiendo analizado el carácter con que era aprovechada la *utilitas rei* de los bienes de los indígenas, es momento de descubrir qué sujeto era el titular de la *substantia* o poder de disposición del dominio de los indígenas. Esto servirá, asimismo, para poder encontrar quien era el sujeto sobre el cual recaía la titularidad del derecho de dominio directo de la tierra. Para este fin se tomará en cuenta el documento sobre el cual se inició la controversia entre los Chacalla y los Canta: una transacción.

¹⁸ Justicia 413, f. 32r, pp. 83 y ss.

A primera vista, de los firmantes en la transacción, el titular de la *substantia* del dominio es quien realizó la transacción, el cacique. Sin embargo, a lo largo del juicio se van develando otros datos de suma importancia. El hecho de que en las probanzas se haga un reconocimiento de que las tierras no eran solo del cacique sino que eran del común de los indios del pueblo es revelador: “que si las bendia [las tierras] [...] dirían que les avia bendido sus tierras e de sus yndios”¹⁹; “no quería dexar sus tierras ny tomar por ellas obejas ny otras cosas porque heran de sus yndios”²⁰.

Esta idea de que la tierra era considerada del común para los actos de disposición se refuerza con el argumento esgrimido por el abogado de los indios de Chacalla, Marco de Lucio:

asi no puso perjudicar a mys ptes lo qual dho cacique quiso hazer sin poder pues tocando a todos por todos avía de ser otorgado y aprovado pues ninguno puede perder su dominio de su cosa sin su propio hecho y consentim^o ²¹

Se refieren a que la titularidad del *Ius abutendi* o derecho de disposición recae sobre la integridad del pueblo. Esta colectividad se ve representada por el cacique, por el mismo derecho que se le otorga por su señorío natural, pero no quiere decir que pueda disponer de la tierra a su albedrío. Es decir, que la *substantia* del dominio recaía en la pluralidad de los integrantes del pueblo de indios. Por eso es que en las probanzas presentadas por los chacalla se recalca mucho el escenario negativo que se dio para el cacique que celebró la transacción luego de firmarla. Se cuenta que fue regañado por los indios ancianos y por los demás caciques cercanos. Además se relata que los mismos indios del común le lanzaban maldiciones al cacique y lloraban por haber “perdido” y “vendido” las tierras²².

El ente que ejerce el derecho de impugnar la transacción y solicitar la restitución real es la pluralidad de los indios del pueblo de Chacalla. Los abogados y los procuradores de causa representan a esa colectividad, no a sujetos individuales como los indios que fueron despojados o el cacique. Aunque los indios habitaban un terreno que no se encontraba anexado a la localidad central del pueblo en Chacalla sino en Quivi, la disposición o *substantia* de esta parte recaía sobre la colectividad de los indios.

¹⁹ Justicia 413, f. 156v, pp. 83 y ss.

²⁰ Justicia 413, f. 152r, pp. 83 y ss.

²¹ Justicia 413, f. 62r-62v, pp. 83 y ss.

²² Justicia 413, f. 153-177, pp. 83 y ss.

De manera que podemos entender que la noción de dominio que se construyó dentro de los juicios iniciados por pueblos de indios en compañía de los intermediarios jurídicos pretendió mostrar un carácter comunal en cuanto a las decisiones de transferencias. Más aún porque esta idea de que el derecho de dominio de las tierras recae en el conjunto de la población no es nueva dentro del imaginario de los españoles, y menos aún en los abogados. Ya en Castilla existía una experiencia anterior de territorios comunales que, como entes colectivos o plurales, mantenían su propia libertad y capacidad de decisión²³.

En conclusión, los intermediarios jurídicos construyeron junto al sujeto jurídico colonial un régimen de dominio de los pueblos indígenas en términos de dominio útil (*utilitas*) y dominio directo (*substantia*). Se entendió de la siguiente manera: el dominio útil recaía sobre los habitantes del terreno, en la medida que usaban y disfrutaban la tierra, pudiendo estar diferenciada o integrada al pueblo. El dominio directo recaía sobre la colectividad, si bien representados por los caciques para tomar las decisiones, no había espacio para su actuar individual.

¿Este régimen de dominio planteado de esta forma quiere decir que se trataba de un régimen de manos muertas? No, porque cuando se discute la venta de las tierras, no se cuestiona que exista un poder de disposición en general, sino la falta de poderes del cacique cuando su actuar no representa la voluntad del conjunto del pueblo de indios. Con esa clave se inicia el proceso, sabiendo que, es el titular del derecho el que tiene la potestad de iniciar un proceso.

4. Conclusión

En conclusión, para cerrar este trabajo, se ha estudiado que luego de haber sustentado la adquisición del derecho de dominio, el sujeto jurídico colonial, mediante la intermediación jurídica, desarrolla el contenido del derecho. Al tratarse de un fenómeno propio del *Ius Commune* lo hemos abordado desde dos ámbitos: la *utilitas* o dominio útil y la *substantia* o dominio directo. La primera le corresponde a los miembros del pueblo que trabajan la tierra con efectividad, y se benefician de los frutos de esta, mientras que la segunda recae sobre la colectividad de los miembros del pueblo de indios, debidamente representada por el cacique.

²³ JOSÉ ANTONIO MARAVALL, *Las comunidades de Castilla. Una primera revolución moderna*, Madrid, Revista de Occidente, 1969, pp. 194-205.

Esta construcción corresponde a una etapa inicial de la historia del Virreinato, puesto que se desarrolla durante las primeras décadas del dominio hispano en los Andes (1549-1560's). Al haber sido una primera aproximación del sujeto jurídico colonial al *Ius Commune*, mediante la acción de los abogados y procuradores, aún queda camino por recorrer y evolucionar. Queda pendiente el estudio en perspectiva de lo que ocurrió con el sujeto jurídico colonial y la noción de dominio durante la implantación de las reducciones de indios y el régimen de comunidades a partir de la década de 1560.

EL ASEDIO A LA SALA DEL CRIMEN DE LA REAL AUDIENCIA
DE MÉXICO: INJERENCIAS DEL CONDE DE GALVE
EN LA JURISDICCIÓN CRIMINAL

THE SIEGE OF THE CRIMINAL COURT OF THE REAL AUDIENCIA
OF MÉXICO: THE INTERFERENCE OF THE COUNT OF GALVE
IN THE CRIMINAL JURISDICTION *

PATRICIO HIDALGO NUCHERA

*Facultad de Filosofía y Letras. Departamento de Historia Moderna
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

patricio.hidalgo@uam.es

Resumen: En su juicio de residencia, el virrey conde de Galve (1688-1696) fue acusado por el alcalde del crimen D. Jerónimo Chacón Abarca de, entre otros cargos, intromisión en la jurisdicción de la Sala del Crimen de la Audiencia mexicana. ¿Estaba justificada esta acusación?, ¿qué movió a dicho magistrado a hacerla? A través de diversas fuentes documentales intentaremos responder a estos interrogantes en el presente trabajo.

Palabras clave: Nueva España, Conde de Galve, Jerónimo Chacón Abarca, Sala del Crimen, Audiencia de México, justicia criminal.

Abstract: In his trial of residence, the viceroy Count of Galve (1688-1696) was accused by the criminal judge D. Jerónimo Chacón Abarca of, among other charges, meddling in the jurisdiction of the criminal court of the Mexican Audiencia. Was the accusation justified? What prompted the aforementioned magistrate to do so? In this work, we attempt to answer these questions by assessing various documentary sources.

Keywords: New Spain, Count of Galve, Jerónimo Chacón Abarca, Criminal Court, Audiencia of Mexico, Criminal Justice.

Sumario: 1. Introducción. 2. La derogación del auto acordado de 1 de marzo de 1601. 3. La Sala del Crimen, acusada de dejación de la justicia. 4. Intromisión del virrey en las sentencias de la Sala del Crimen. 5. No sólo el virrey: intromisión de los oidores en la jurisdicción de la Sala del Crimen a la hora de la visita de cárceles. 6. El largo brazo del conde de Galve: el destierro y jubilación del alcalde del crimen D. Jerónimo Chacón Abarca en diciembre de 1697. 7. “No combiene al servicio de V.M. buelva a ejercer ningún ministerio”: la denegación de rehabilitación de Chacón Abarca

* Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto de Investigación La herencia clásica. Descripciones y representaciones del mundo hispánico (siglos XVI-XIX). (Ref. FFI2015-65007-C4-1-P) (MINECO/FEDER).

1. Introducción

Desde el inicio de su llegada a México en calidad de virrey de la Nueva España, el conde de Galve adoptó una serie de medidas con el fin de impulsar la regeneración moral de la sociedad¹: las hubo contra el pulque, los baños temascales², el baratillo³ y también contra lo que él entendía ineficacia de la Sala del Crimen, institución encargada en la Real Audiencia de los asuntos criminales. Ello suponía entrometerse en su jurisdicción y, además, sufrir los incisivos ataques de sus magistrados.

2. La derogación del auto acordado de 1 de marzo de 1601

Para hacer frente a la delincuencia en el medio rural, en 1554 se implantó en México la Santa Hermandad, institución secular de honda raigambre hispana para entonces atomizada y dependiente de los concejos municipales desde que en 1498 los Reyes Católicos abolieran sus órganos centrales. En Nueva España, el instituto hermandino se topó con varios problemas, entre ellos el

¹ Una regeneración que hay que contextualizar en los esfuerzos de la monarquía hispana para detraer mayores recursos fiscales de sus posesiones americanas. Claro está que, ante esta presión fiscal, los virreyes tenían que negociar con las élites de poder locales para obtener su apoyo y colaboración. Cuando no se negociaba, o sea, cuando un gobernante no sabía mantener el frágil equilibrio entre las exigencias metropolitanas y los intereses locales --en otras palabras, cuando no sabía combinar los principios de autoridad y flexibilidad teorizados por Phelan--, corría el riesgo de abrir un grave conflicto político. Es lo que sucedió en México al marqués de Gelves en 1624 y al conde de Galve en 1692 (y en 1678 al conde de Castellar en Perú). JOHN LEDDY PHELAN, "Authority and flexibility in the Spanish Imperial Bureaucracy", *Administrative Science Quarterly*, 5, 1960, 47-66. Sobre el conde de Castellar, MARGARITA SUAREZ, "Imperio, virreyes y arzobispos en el Perú del siglo XVII: historia de un conflicto", en ALICIA MAYER y JOSÉ DE LA PUENTE BRUNKE (eds.), *Iglesia y sociedad en la Nueva España y el Perú*, Lima, Universidad Católica Pontificia del Perú; Instituto Riva Agüero, 2015, pp. 213-226.

² PATRICIO HIDALGO NUCHERA, "Los 'malos usos' y la reglamentación de los temascales públicos mexicanos (1686-1691)", *Anuario de Estudios Americanos*, n° 69:1, Sevilla, CSIC, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, enero-junio 2012, pp. 91-108.

³ PATRICIO HIDALGO NUCHERA, "La dejación de la justicia en el México de fines del siglo XVII: el caso del baratillo de la Plaza Mayor", en ALEJANDRO GUZMÁN BRITO (editor académico), *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América*, Actas del decimosexto congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en Santiago de Chile, del 29 de septiembre al 2 de octubre de 2008, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2010, t. I, pp. 317-330.

de la ejecución de sus sentencias. En efecto, el auto acordado de la Real Audiencia de México de 1 de marzo de 1601 prohibía que las justicias ordinarias –muchas de ellas carecían de asesor letrado– pudieran seguir ejecutando, tal como lo venían haciendo desde un momento que no podemos precisar, sus sentencias de muerte ni corporales sin dar previa cuenta a la Sala del Crimen. En otras palabras, tales justicias podían sentenciar a muerte en primera instancia, pero tales sentencias, fuesen o no apelables por derecho, debían enviarlas antes de su ejecución a la Sala del Crimen para su revisión. Esta medida –que ponía en manos de los alcaldes del crimen la última palabra en la ejecución de tales sentencias de muerte– tenía un grave problema: la revocación de una sentencia de muerte podía significar la puesta en libertad del reo y el consiguiente temor del juez y testigos a una posible amenaza⁴.

La consecuencia fue que los alcaldes, tanto ordinarios como de la Santa Hermandad, se retrajeron de sus obligaciones. De ahí que en 1689 (decreto de 14 de junio) el conde de Galve permitiese que, en delitos atroces, dichas justicias, acompañadas de asesores letrados, pudiesen ejecutar sentencias de muerte en los casos que no hubiese derecho a apelación. Sin embargo, las presiones de la Sala del Crimen lograron que la corona desautorizase en 1695 (cédula real de 20 de septiembre) al virrey, ordenándose en su lugar que las justicias ordinarias y comisarios de Hermandad, después de haber sentenciado sus causas y antes de ejecutarlas, debían consultarlas a la Sala del Crimen⁵. Se volvía, pues, a lo prescrito en el auto acordado de 1601.

3. La Sala del Crimen, acusada de dejación de la justicia

En el verano de 1690 la Sala del Crimen de la Real Audiencia de México comunicaba a Madrid que entre los meses de marzo y junio de dicho año habían sido condenadas ciento diez personas, todas ellas a destierro, la mayor parte a las islas Filipinas y a los presidios del Caribe y, unos pocos, a la metrópoli. La tipología de los delitos era amplia: robo, vagancia, asesinato, malas costum-

⁴ Los pormenores de la derogación del auto acordado de 1601 en PATRICIO HIDALGO NUCHERA, *Antes de la Acordada: la represión de la criminalidad rural en el México colonial (1550-1750)*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2013, pp. 84-96.

⁵ México, 1076, libro 36, ff. 65-73v, ARCHIVO GENERAL DE INDIAS (en adelante AGI). Sin embargo, años más tarde, concretamente en 1719, el marqués de Valero volvió a derogar el auto acordado de 1601, pero en esta ocasión sí fue confirmado por la corona el año de 1722, dando origen al juzgado de la Acordada.

bres, amancebamiento, adulterio, poligamia, estupro, etc⁶. A pesar de estos datos, el conde de Galve acusó a sus magistrados de dejación de la justicia.

La primera acusación de que tenemos constancia se remonta a junio de 1690, cuando el conde de Galve iniciaba una carta al rey de una forma demolidora:

Señor. La Sala del Crimen de la Real Audiencia de este reino, por la propensión desahogada y licenciosa de sus habitadores y naturales a delitos, necesita de ministros de entereza, genio y aplicación al cumplimiento de su obligación. Háse padecido de tiempo considerable a esta parte mucha falta de sujetos en quienes concurrían las referidas, la cual no pueden remediar en el todo los virreyes por no extenderse su autoridad a innovar el gobierno de la Sala ni poder asistir a ella de ordinario sin hacer falta al expediente de los demás negocios de su cargo [...]⁷.

La solución propuesta por el virrey era que en la provisión de las plazas de alcaldes del crimen se atendiese primordialmente “a la eficacia, letras y genio de los sujetos”, ya que por la naturaleza del país y de sus habitantes éstos eran “incapaces de más enmienda que la que produce el horror de la pena del procedimiento y del castigo”. El Consejo de Indias fue diplomático en su respuesta de 12 de enero de 1691: que en la Cámara de las Indias “se atiende y atenderá especialmente a la elección de ministros para este ejercicio”, pero no se privaba de pedir al virrey velase para que tales ministros cumpliesen con su obligación⁸. El conde de Galve tomará al pie de la letra las palabras del Consejo.

En efecto, el virrey estaba convencido de que las razones de los continuos robos y salteamientos en poblado y despoblado, que se habían multiplicado en la ciudad de México desde la partida de la última flota, eran, por un lado, que las causas judiciales se despachaban en la mayoría de los tribunales de justicia “con menos cuenta y razón de lo que la materia pide”, y por otro la “poca actividad de los ministros y rondas en el cumplimiento de su obligación”. Atendiendo a ello, el conde de Galve tomó las siguientes medidas: primera, que ninguna persona aprehendida por ladrón o salteador fuera puesta en libertad sin que antes se le informase personalmente; segunda, que los testigos, especialmente en causas criminales, no se examinasen en horas de Audiencia y concurso de gente sino con el secreto debido, salvo en casos que

⁶ Sala del Crimen al rey, México, 25-VI-1690, AGI, México, 87, r. 2, n. 34.

⁷ Conde de Galve al rey, México, 16-VI-1690, AGI, México, 59, r. 3, n. 26.

⁸ La determinación del Consejo inserta en carta citada en nota anterior.

no admitiesen dilación; y por último, dada la negligencia de los alcaldes en rondar la ciudad, comisionar a vecinos “de satisfacción y crédito” para que lo hiciesen ellos mismos por sus barrios y prendiesen a la gente sospechosa que hallasen “desde prima noche para arriba”, acompañados de los escribanos que necesitasen⁹. La postura del virrey era nítida: la razón última de la delincuencia estribaba tanto en la propensión de los habitantes a la ociosidad y vagancia como en la escasa aplicación de los ministros de justicia a atender sus obligaciones.

En Madrid, las medidas del conde de Galve fueron informadas por el fiscal del Consejo de Indias el 7 de julio de 1692, un mes después de haber estallado un sangriento motín, en un momento pues en que era más que necesario el buen entendimiento entre las máximas autoridades novohispanas. Probablemente por ello, el fiscal se mostró sumamente crítico con las disposiciones tomadas por la primera autoridad política del virreinato, ya que menoscababan públicamente la autoridad de la Sala del Crimen y la de sus componentes, a los que tachaba de “omisos”. Con respecto a la primera medida –no soltar a preso por ladrón o salteador sin que primero se le informase–, significaba acusar a la Sala de no justificar sus resoluciones, cosa que ni se podía presumir ni el virrey tenía facultad para juzgar las sentencias. Por lo que respecta a las otras dos medidas –no guardar las formalidades en la toma de declaración de testigos o negarse a rondar–, el fiscal opinaba que el virrey debería amonestar en privado al ministro que así actuase, o bien hacerlo en la Sala y, en caso de no corregirse, dar cuenta al Consejo; no olvidando tampoco que, como ordenaba la ley 27, título XVI, libro II de la *Recopilación de Indias* de 1681, podría obligar a rondar a los oidores¹⁰. Por todo ello, el fiscal pedía al Consejo de Indias que encargara al conde de Galve, por una parte, conservar a la Sala del Crimen en todo el respeto y autoridad que se le debía y, por otra, que si hallase que en delitos graves los alcaldes del crimen no hacían personalmente las sumarias, como estaba ordenado por la ley 5, título XVII, libro II de Indias, les obligase a ello, ciñéndose por su parte a lo acordado por las leyes 34, 19 y 39 del mismo título y libro citados.

⁹ Conde de Galve al rey, México, 4-I-1691, AGI, México, 62, r. 1, n. 1. La carta no fecha ninguna de las medidas señaladas.

¹⁰ Aparte de los alcaldes del crimen y los oidores, estos últimos a criterio del virrey, también estaban obligados a rondar por las noches los alguaciles mayores de las audiencias y sus tenientes (ley 20, título XX, libro II) y los de las ciudades (ley 8, título VII, libro V). Ni siquiera el alcalde del crimen más antiguo podía excusarse de rondar (ley 33, título XVII, libro II).

Curiosamente, el Consejo no tomó determinación alguna sobre este tema hasta el 6 de octubre de 1694. Mucho tiempo había pasado desde el informe del fiscal. ¿La causa? Imaginamos que el Consejo estaría analizando el motín de 8 de junio de 1692 y se habría dado cuenta de que, aunque oficialmente había sido causado por el desabastecimiento de granos, seguramente habían coadyuvado a él el enfrentamiento de la Audiencia con el conde de Galve y el aumento de la represión desde que este último asumió el gobierno. Sea como fuese, el Consejo se conformó con el informe de su fiscal¹¹ y, al igual que le ocurriera con la derogación del auto acordado de 1601, el conde de Galve quedó desautorizado. Este, sin embargo, decidió responder ácidamente a las críticas recibidas. En efecto, en una comunicación a Madrid se despachó a gusto contra la Sala del Crimen¹²: faltaban ministros para aprehender tanto delincuente como había en el reino; la Sala los desterraba dos años a Filipinas, de donde luego volvían convertidos en mayores delincuentes; no había castigos públicos que sirvieran de ejemplo; la Sala se ceñía a las causas que fulminaban algunos receptores; se daban mandamientos de soltura, ante lo cual él tuvo que ordenar que no se soltase a nadie sin su previo conocimiento. Afirmaba que solicitó a la Sala medios para evitar robos, pero que sus miembros le contestaron –en consulta de 11 de agosto de 1693– que promulgase un bando e impusiese penas, como si no fuera obligación de ellos el hacerlo; aún más, que tal consulta fue vista en el Acuerdo de la Audiencia, que acordó que el virrey ordenase a la Sala cumpliera con sus obligaciones, entre las que estaba rondar, a lo que los alcaldes del crimen se opusieron por considerarla ajena a su obligación¹³. Por último, confesaba el conde de Galve que después precisó a la Sala a dividir la ciudad en barrios para que las rondas no fuesen tan pesadas, pero que, no habiendo resultados, él dispuso que rondasen compañías a caballo, confiando que éstas pondrían todo su interés al depender su sustento del buen desem-

¹¹ La determinación del Consejo de Indias en conde de Galve al rey, México, 6-IV-1691, AGI, México, 62, r. 1, n. 2. El malestar del Consejo se le hizo llegar por RC Madrid, 30-XII-1694, AGI, México, 1076, libro 35, n. 2, ff. 354-357v.

¹² Conde de Galve al rey, México, 7-XI-1695. Mencionada en la parte expositiva de la RC Buen Retiro 5-VII-1696, AGI, México, 90, r. 1, n. 2, doc. 12; también en AGI, México, 1076, libro 36, n. 2, ff. 287r.-288r.

¹³ Ignoramos el porqué de la postura de los alcaldes del crimen –según la versión del virrey–, cuando ya hemos citado las leyes de Indias que les obligaban a rondar (véase nota 10). Además, esta obligación venía recogida en el artículo 137 las Ordenanzas para la Real Audiencia de México dadas por el visitador Juan de Palafox en 1646. Véase su reproducción en JOSÉ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (recopilador), *Las ordenanzas de las audiencias de Indias (1511-1521)*, Madrid, Dikinson, 1992.

peño de su encargo. Ante tan graves acusaciones, se ordenó al conde de Galve advertir a los alcaldes de la Sala del Crimen que en adelante procediesen con la más puntual observancia a las obligaciones de sus cargos¹⁴.

4. Intromisión del virrey en las sentencias de la Sala del Crimen

Por si no fuera poco la acusación de dejación de la justicia, un nuevo choque se produjo entre el virrey y la Sala del Crimen. La causa fue la intromisión del primero en el conocimiento de varias causas procesales de la segunda, revocando sus sentencias.

De ello tenemos constancia gracias a la queja elevada a Madrid por los alcaldes del crimen de la audiencia mexicana a fines del año de 1691¹⁵. El fiscal del Consejo de Indias, en informe evacuado el 13 de diciembre de 1692, señaló que el virrey no podía indultar ni perdonar delitos, mucho menos a los condenados por la Sala del Crimen en vista y revista “porque las leyes lo prohíben y hasta ahora no se le ha concedido tal facultad”¹⁶. El Consejo se atuvo al informe de su fiscal y en decreto de 22 de octubre de 1694 amonestó al virrey, a quien recordaba que las leyes le prohibían indultar y soltar presos, a la par que ordenó a la Sala volver a juzgar a los reos y ejecutar en ellos las penas impuestas¹⁷. Pero el conde de Galve, como hemos visto ya en otra ocasión, no calló, probablemente porque era consciente de haber perdido la confianza de sus superiores. Escribió a Madrid justificando el porqué de su proceder en las tres siguientes causas¹⁸.

¹⁴ RC Buen Retiro, 5-VII-1696, AGI, México, 1076, libro 36, n. 2, ff. 287r.-288r.

¹⁵ Sala del Crimen al rey. México, 1-XII-1691, AGI, México, 62, r. 3, n. 11, exp. 5.

¹⁶ Véase al respecto la ley 27, título III, libro III de la Recopilación de Indias. Por su parte, el jurista JUAN DE SOLÓRZANO señala, en su *Política Indiana* (libro V, capítulo XIII, n. 35), que, a los virreyes, en sus instrucciones, se les ordena puedan perdonar delitos, pero que no lo hagan sino en raras ocasiones. Ramiro Valenzuela, editor de dicha obra, añade: “No pueden impedir la ejecución de las sentencias punitivas con ningún pretexto, porque pecan gravemente”, según P. Avendaño, *Tesaurus Indicus*, t. I, título XIII, n. 82.

¹⁷ Informe del fiscal y decreto del Consejo de Indias insertos en la carta de la Sala del Crimen al rey de 1-XII-1691, AGI, México, 62, r. 3, n. 11, exp. 5. El contenido fue comunicado por RC 30-XII-1694. De nuevo en esta ocasión hay una gran distancia entre la queja de la Sala y la decisión del Consejo de Indias. Como mencionamos supra, pensamos que puede ser debido a que en Madrid se estaba analizando el motín de 8-VI-1692. Es posible que esto influyera en la dura decisión del Consejo desautorizando, como en otras ocasiones, al conde de Galve.

¹⁸ Conde de Galve al rey, México, 12-XI-1695, AGI, México, 62, r. 3, n. 11. Le acompañan los testimonios de las causas.

La primera tuvo como protagonista al español José Acacio, un muchacho que se presentó en la Sala del Crimen manifestando querer servir al rey en Filipinas. En lugar de remitirlo a un cuerpo de guardia para sentar plaza y marchar a su destino como cualquier otro soldado, inexplicablemente los alcaldes del crimen lo condenaron, como si fuese un reo más, a dos años en plaza de soldado con paga y, como tal, asentarse en la lista de forzados, entregándose con ellos al guarda mayor nombrado para su traslado a Acapulco. Enseguida se presentó la madre ante el virrey pidiéndole se le devolviera su hijo, como así lo hizo, “sin revocar sentencia alguna ni haber causa ni tocar este punto a la Sala”.

La segunda causa procesal tuvo como protagonistas a Juan y Diego de Salazar, vecinos de Michoacán e hijos del capitán Diego de Salazar, provincial de la Santa Hermandad de la provincia de Michoacán, quienes mataron en 1685 al mulato Felipe de la Cruz, esclavo de D. José Mejía Cortés, vecino de Taximbaro. Tras la querrela de éste, la justicia se siguió primero ante el juez ordinario y luego ante los alcaldes de la Sala del Crimen en ausencia y rebeldía de los imputados. La Sala condenó a los dos hermanos a la pena de muerte y 2.000 ducados para gastos de justicia, deducidos 100 pesos para misas por el alma del difunto, más 825 pesos, valor del esclavo, para su dueño, además de las costas del juicio. Poco después, el padre de los imputados pagó las multas e inmediatamente –en documento fechado en Valladolid a 28 de junio de 1685– D. Mejías Cortés y la madre del difunto, Úrsula de la Cruz, retiraron sus querellas bajo el argumento de haber provocado el mulato a los muchachos y haber éstos actuado sin premeditación. Fue entonces cuando el citado padre solicitó el indulto para sus hijos con el triple argumento de haber pagado la multa, haberse retirado la querrela contra ellos y tener el virrey la facultad de indultar “por cédula recopilada por ley en la novísima de Indias expedida el 18 de junio de 1686”¹⁹. Pues bien, basándose en estos argumentos el fiscal de la Audiencia, en su informe de 9 de diciembre de 1689, se mostró favorable al indulto con tal de que el padre de los muchachos sirviese “con la cantidad competente para ayuda de las grandes necesidades” del reino. Estas debían de ser muy acuciantes, ya que el conde de Galve concedió el indulto el día 16 de dicho mes “en atención a que D. Diego de Salazar pagó 300 pesos por el indulto más la media annata correspondiente aplicados a la Real Hacienda para ayuda de las presentes necesidades”.

¹⁹ RC Madrid, 18-VI-1686, AGI, México, 1074, libro 30, n. 1, ff. 220v-223v. Este despacho, al contrario a lo alegado por el capitán Salazar, negaba taxativamente a los virreyes de México facultad alguna para indultar cualquier tipo de delitos.

La tercera causa tuvo como protagonista a Andrés Sánchez, condenado por la Sala del Crimen a servir dos años en la fuerza de San Juan de Ulúa por maltratar a su mujer y tener amistad ilícita con otra. Pocos días después de haber sido sentenciado, la esposa comunicó al virrey que, debido al desamparo en que quedaban ella y sus cuatro hijos, retiraba la querella y pedía bien su liberación, bien la conmutación de su pena por otra pecuniaria, bien el destierro a otra ciudad a la que ella pudiera acompañarle. Con el parecer de su asesor, fechado a 25 de mayo de 1689, el virrey solicitó un informe a la Sala. Esta puso al descubierto que la mujer no decía toda la verdad, ya que no fue una sino dos las querellas que interpuso contra su esposo. La primera fue por haberla apaleado, y la Sala –en sentencia de 13 de enero de dicho año– le soltó con la simple recomendación de que tratase bien a su mujer y que si constaban nuevos malos tratos se le enviaría a servir al rey por tiempo de dos años a Filipinas, además de pagar 2 pesos por gastos judiciales. El arrepentimiento no duró ni veinticuatro horas, ya que al día siguiente la mujer se querelló por nuevos golpes. Enjuiciado el día 20 de enero por maltrato y amancebamiento con una mulata, esta vez la condena ascendió a un marco de plata doble y a servir en el castillo de San Juan de Ulúa dos años en plaza de soldado con paga. Notificada la sentencia el día 29 de enero, la mujer no alegó nada hasta el 7 de mayo, en que retiró la demanda bajo el argumento de que se le seguirían graves perjuicios de quedar sola y desamparada y con un hijo de un año, pidiendo se le conmutase la pena de encierro por otra pecuniaria. La Sala, por auto de 13 de mayo de 1689, lo denegó, finalizando su informe solicitando al virrey que proveyese lo que fuese conveniente. Y esto fue para la máxima autoridad política del virreinato liberar al encausado, “sin que la Sala le hiciese representación alguna”.

La carta de descargo del conde de Galve pasó al fiscal del Consejo de Indias, quien, a la vista de los testimonios enviados por el virrey, se mostró crítico con el dictamen de su predecesor en la fiscalía y con el decreto del Consejo de 22 de octubre de 1694 por ser “anterior a la representación que ahora se hace por el virrey”. En el caso de José de Acacio, el nuevo fiscal pedía su libertad y que se despachase cédula a la Sala del Crimen censurándola haber actuado como constaba de los testimonios y, en cuanto a los otros dos casos, los dejaba al arbitrio del Consejo²⁰. Este optó por corregir su citado decreto al

²⁰ Dictamen del fiscal del Consejo de Indias, Madrid, 8-XI-1696. Sobre la actuación de la Sala del Crimen caben varias hipótesis: estar sobrepasada de trabajo, no cumplir con sus obligaciones, buscar un enfrentamiento con el virrey o, simplemente, no creer en la inocencia de alguien que se presentaba allí para pasar a servir voluntariamente a Filipinas.

estar ahora “mejor informado” por la carta y testimonios que el virrey remitió de todo lo ejecutado y razones que a ello le movieron. Así, el 17 de noviembre de 1696 el Consejo acordó las siguientes medidas: en la causa de José Acacio, censurar a la Sala del Crimen su comportamiento; en la de Andrés Sánchez, comunicar al virrey que debió devolver el proceso a la Sala para que en ella se continuase el juicio en el estado en que se hallaba; y, por último y respecto al indulto concedido por el virrey a Juan y Diego Salazar, el Consejo resolvió aprobarlo por haber actuado conforme a las leyes. Pero como señalamos más arriba, la cédula de 18 de junio de 1686 ordenaba claramente que el virrey no concediese indultos a los reos sentenciados por la Sala del Crimen. Sin duda, el pago de la cuantiosa multa por parte del padre de los condenados en rebel- día más el abono de la cantidad fijada para el indulto pesarían más en la corte.

5. No sólo el virrey: la intromisión de los oidores en la jurisdicción de la Sala del Crimen a la hora de la visita de cárceles

La Sala del Crimen se hallaba asediada: a las intromisiones del conde de Galve –derogación del auto acordado de 1601; que no pusiera en libertad a los presos sin antes informarle; crítica a la forma de tomar declaración a los tes- tigos; injerencias en sus sentencias– se unía la de sus colegas de lo civil. En efecto, contraviniendo leyes reales los oidores, durante sus visitas de cárce- les, admitían recursos contra las sentencias de los alcaldes del crimen en el Acuerdo civil²¹.

Sabemos que los alcaldes del crimen se quejaron de cuatro solturas de presos realizadas por los oidores. La primera tuvo lugar en la querrela de Juan de Clavería contra Antonio de la Cruz por haber robado a su amo 500 pesos, y contra Gaspar de Estrada, por haberlos recepcionado. Estando confesos y re- cibida la causa a prueba, el querrellante retiró la demanda. En atención a esto, los oidores Juan de Arechaga y Jacinto de Vargas los mandaron soltar.

La segunda causa tenía como protagonistas a los hermanos Francisco y Agustín Chirinos, acusados de querer matar al prior del convento de San Juan

²¹ Sala del Crimen al rey, México, 30-I-1691, AGI, México, 87, r. 3, n. 45. Para los man- datos contravenidos véanse las leyes 8, 9 y 11, título VII, libro VII de Indias. Consúltese, además, BEATRIZ BERNAL GÓMEZ, “Un aspecto más del régimen carcelario novohis- pano: la visita de cárcel”, en *Poder y presión fiscal en la América española*, Actas del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Valladolid, Casa- Museo Colón, 1986, pp. 255-279.

de Dios por haberles exigido éste el pago del arrendamiento de una casa propiedad del hospital. Estando pendiente el proceso judicial, los oidores Jacinto de Vargas y Juan Bautista de Urquiola mandaron soltarles pagando 10 pesos. Ya en libertad, se fulminó nueva causa contra Antonio Chirinos por estar “mal amistado” con una india y haber pegado a su mujer estando preñada, siendo condenado por la Sala a seis meses en un obraje. Una vez cumplidos, se le encausó de nuevo por haber intentado agredir a un matrimonio. Estando abierta la causa y apercibidos con pena de diez años en Filipinas, los oidores ordenaron su soltura pagando 8 pesos.

El tercer proceso estaba dirigido contra tres culpados por haber robado en el convento de monjas de Santa Catalina de Siena diferentes ornamentos de plata valorados en más de 2.000 pesos. Estando instruyéndose la causa, los oidores los mandaron soltar en el caso de no haber en pocos días nuevas pruebas contra ellos, a lo que se conformó el virrey. Por último, estando instruyéndose causa contra el gobernador indio de Tula Alto, José Avendaño, los oidores le mandaron poner en libertad pagando 2 pesos de costas judiciales.

La queja de la Sala del Crimen fue informada por el fiscal del Consejo de Indias con fecha de 15 de julio de 1692, señalando que los oidores en la visita de cárcel no debieron conceder estas solturas de presos con tanta facilidad²². Así: en el primer caso, porque constó el hurto y, aunque la parte interesada retiró la demanda, el delito era grave como para dejarlo sin castigo. En el segundo, aunque no se probó el intento de asesinar al prior, era también un caso grave y escandaloso y de los que, según la ley 7, título VII, libro VII de la *Recopilación de Indias*, estaba mandado que se consultase con el virrey y Audiencia para que, sin su acuerdo, no se proveyese cosa alguna; además, el fiscal añadía que los oidores no debieron soltar al detenido por perjudicar a la parte querellante, su propia esposa, y ser un reo tan sedicioso. En el tercer caso, tampoco los oidores debieron proceder a la soltura sin acatar lo dispuesto por la citada ley, ni tampoco el virrey, a quien dicho mandato le ordenaba convocar al Real Acuerdo. Y en el cuarto y último, también se excedieron los oidores en la soltura del indio gobernador cuando constaban sus excesos. Por tanto, el fiscal del Consejo pedía que la Sala del Crimen retomase estos procesos y, resultando que los delitos fuesen graves, volviera a encarcelar a los reos y determinar sus causas. Este informe fiscal motivó el envío al presidente y oidores de la Audiencia de México de un despacho en el que se les ordenaba que, en visitas de cárceles, no despacharan mandamientos de soltura a los

²² Informe fiscal inserto en la carta de la sala del crimen citada en nota anterior.

apresados por la Sala de Alcaldes y, especialmente, a favor de los incursos en causas y delitos graves, ateniéndose a lo dispuesto por la ley²³.

No fueron las citadas las únicas injerencias sufridas por la Sala del Crimen en su jurisdicción. Podemos citar, a modo de ejemplo, la que tuvo lugar a fines de 1690 a raíz de la fuga de un preso y su refugio en sagrado cuando era conducido a la cárcel de corte por orden de los alcaldes del crimen. Enseguida, éstos despacharon una real provisión de ruego y encargo para que el juez eclesiástico lo entregase. Sin embargo, éste recurrió a la Audiencia, representando que la Sala se había excedido y que sólo a los oidores correspondía tal acto de fuerza²⁴. Reunido el Acuerdo, consultó que se recogiese la provisión, declarando no haberla podido despachar la Sala. El conde de Galve se conformó con la consulta, ante lo cual la Sala del Crimen pidió se formase una junta de competencias para que, en ella, se decidiera no sólo la de este caso sino las que se suscitasen también en el futuro. El virrey se negó, negativa confirmada por el Consejo de Indias y comunicada mediante real cédula fechada en Madrid a 20 de septiembre de 1695²⁵.

6. El largo brazo del conde de Galve: el destierro y jubilación del alcalde del crimen D. Jerónimo Chacón Abarca

Las injerencias e intromisiones del conde de Galve en la jurisdicción de la Sala del Crimen que acabamos de exponer le generaron la animadversión de sus componentes²⁶. Dice un refrán que la venganza es un plato que se sirve frío. Pues bien, el decano de la Real Sala, D. Jerónimo Chacón Abarca, esperó al cese del virrey y la apertura del correspondiente juicio de residencia para ajustar cuentas. Sin embargo, el largo brazo del virrey en la corte –su hermano, el IX duque del Infantado, había sido miembro del Consejo de Estado entre 1691 y septiembre de 1693, en que falleció– va a convertir al alguacil en alguacilado. Veamos cómo se produjeron los hechos.

²³ RC Madrid, 30-XII-1694, AGI, México, 1076, libro 35, n. 2, ff. 357v-359.

²⁴ Así era lo legal. Véase al respecto las leyes 134 a 142 del título V, libro II de la *Recopilación de Indias*.

²⁵ RC Madrid, 20-IX-1695, AGI, México, 1076, libro 36, ff. 74-76. Esta cédula cita información enviada sobre el caso a Madrid por el virrey, la Audiencia y la Sala del crimen en cartas de 15-XII-1690, 11 y 30-I-1691 respectivamente.

²⁶ No fueron éstas las únicas razones del desencuentro del conde de Galve con los alcaldes del crimen. Para ellas me remito al estudio de MARÍA PILAR GUTIERREZ LORENZO, *De la corte de Castilla al virreinato de México: el conde de Galve (1653-1697)*, Guadalajara, Diputación de Guadalajara, 1993, especialmente pp. 101 y ss.

El conde de Galve cesó en el gobierno el 27 de febrero de 1696, siendo sustituido interinamente por el obispo de Valladolid D. Juan Ortega y Montañés. Inmediatamente se abrió el juicio de residencia del cesante, nombrándose como juez al fiscal de lo civil de la Audiencia de México D. Baltasar de Tovar. Según reconoció el propio obispo-*virrey*²⁷, en los primeros días de su mandato el conde de Galve le estuvo informando sobre la situación del reino, aprovechando para ponerle en guardia contra el decano de la Sala del Crimen, de quien sin duda esperaba duras acusaciones en su residencia. Según le expuso el conde en 4 de marzo de 1696, ya desde su misma llegada a México en noviembre de 1688 había comenzado a sufrir las actuaciones de Chacón Abarca, unas actuaciones que, por otra parte, no pasaron desapercibidas en el Consejo de Indias. En efecto, su presidente, el marqués de los Vélez, comunicó al conde de Galve en carta de 18 de marzo de 1690 estar informado de la poca atención que Chacón Abarca prestaba a sus obligaciones, por lo que le intimaba a corregirle y que, si no se enmendaba, le desterrara de la ciudad, eso sí –las formas importan– bajo el pretexto de alguna comisión. Sin embargo, los intentos del *virrey* de corregir al ministro no tuvieron éxito, por lo que pasó a informarse de algunas de sus actuaciones. Sin duda, de aquí nació la animadversión de Chacón Abarca contra el conde de Galve. El 28 de febrero de 1696 éste comunicó las irregularidades del magistrado al juez de su residencia y al presidente del Consejo de Indias, el marqués de los Vélez, absteniéndose él mismo de tomar medida alguna hasta recibir instrucciones de Madrid. Pero éstas nunca llegaron –según el conde de Galve– por la muerte del citado marqués²⁸.

Pocas semanas más tarde el obispo-*virrey* pidió a D. Baltasar de Tovar que le informara de las corruptelas que sobre el alcalde del crimen le comunicara días atrás el conde de Galve²⁹. El informe del fiscal y juez de residencia, de principios de mayo de 1696, puso el acento en varias de ellas³⁰. La primera versa sobre tratos mercantiles: a la muerte del capitán D. Diego de Andosilla,

²⁷ Juan Ortega Montañés al rey, México, 12-VII-1696, AGI, México, 626.

²⁸ Conde de Galve al obispo-*virrey*, México, 4-III-1696, AGI, México, 626, en Testimonio de los autos hechos en orden a que el señor don Gerónimo Chacón, alcalde más antiguo de la Real Sala del Crimen, salga de esta ciudad catorce leguas al paraje que eligiere hasta que S.M. mande otra cosa, 1696. Acompaña a la carta del obispo-*virrey* al rey de México, 12-VII-1696.

²⁹ Auto del obispo-*virrey*, México, 18-IV-1696, AGI, México, 626, en Testimonio de los autos cit.

³⁰ Licenciado Baltasar Tovar, fiscal de lo civil de la Audiencia y juez de residencia del conde de Galve, al obispo-*virrey*, México, 6-IV [al margen: “debe decir mayo”] -1696, AGI, México, 626, en Testimonio de los autos cit.

cargador de la flota, y en las diligencias abiertas en el Consulado contra los bienes y albaceas del fallecido, apareció una partida de 4.407 pesos y 7 reales a favor de D. Jerónimo Chacón. La segunda hace referencia a haber aceptado un soborno para la liberación de una reclusa en Puebla de los Angeles. La tercera le culpa de haber informado falsamente al rey sobre la soltura que, en visita de cárcel, ordenaron los oidores D. Juan de Arechaga y D. Jacinto de Vargas a favor de Diego Molledo alias “el Granadino”, encausado en Celaya y condenado por el decano de la Sala a tormento; consecuencia de ello fue la promulgación de una real cédula fechada a 30 de diciembre de 1692 que ordenó apresarse de nuevo al reo y suspender a ambos oidores por tiempo de dos años para la realización de nuevas visitas de cárceles³¹. Otro cargo contra Chacón Abarca hace mención a su actuación en la noche del motín de 8 de junio de 1692: desobedeció la orden que el virrey le diese en el convento de San Francisco de hacer justicia “en el primer tumultuante de los muchos que encontrare en la plaza”. Una vez abandonado el convento disfrazado de fraile, no volvió a aparecer por él³². Una última irregularidad de Chacón Abarca tuvo lugar en la comisión que se le confirió para que averiguase una acusación de comerciar con plata contra dos oficiales reales del Real de Minas de Sombrerete; pues bien, no sólo no les confiscó la plata sino que redujo de 500 pesos a tan sólo 100 la multa que les había impuesto el virrey.

El informe del fiscal Tovar al obispo-*virrey* incluía, además, referencias a las acusaciones efectuadas por Chacón Abarca en la residencia del conde de Galve. Se trata de cuarenta y nueve cargos referentes a todo tipo de abusos cometidos por el ex *virrey* durante su período de gobierno, principalmente fraudes a la Hacienda Real, intromisiones en la jurisdicción de la Sala del

³¹ Esto motivó una queja de la Sala del Crimen a Madrid, acusando a su decano de haber faltado a la verdad en su informe al rey. Según las indagaciones realizadas, “el Granadino”, después de ser liberado por los oidores, fue de nuevo apresado por orden de Chacón Abarca, pero el Real Acuerdo determinó liberarlo y reprender al decano. Por otra parte, el fiscal Tovar --en carta citada en nota anterior-- refiere que la citada cédula de 30-XII-1692 no mencionaba a Jerónimo Chacón, pero no había duda de que él había sido quien mal informó al rey, tanto por ser el juez de la causa como porque la posterior queja de la Sala del Crimen estaba firmada únicamente por Francisco de Sarasa y Manuel Suárez Muñiz; en cuanto al otro miembro de la Sala, el alcalde Fernando Ursino, había salido para Guatemala entre 1689 y 1690, por lo cual le descartaba a tenor de la fecha de la cédula citada, quedando por eliminación como único informante Chacón Abarca. AGI, México, 626.

³² Sobre la actuación de Chacón Abarca en el motín de 1692, vid. PATRICIO HIDALGO NUCHERA, “El motín de 1692 revisado: ¿un golpe de Estado contra el *virrey* conde de Galve?, *Librosdelacorte.es*, MONOGRÁFICO 4, año 8 (2016): 91-135.

Crimen y actuación durante el motín del 8 de junio de 1692, sin olvidar la humillación sufrida por el denunciante cuando el día de Santiago de 1693 el virrey le paseó, juntamente con su colega D. Francisco de Sarasa, en el estribo de su carruaje como si fuera un vulgar palafrenero³³. Mas, como señalamos anteriormente, largo y poderoso era el brazo del conde de Galve y fuertes sus influencias. Prueba de ello es el hecho de que el juez de su residencia no sólo desestimara las acusaciones de Chacón Abarca sobre la base de haber sido presentadas fuera de plazo y constar todo lo contrario de las diligencias efectuadas en el transcurso de la residencia, sino que también calificara al decano de la Sala del Crimen de “calumniante, delator y notorio impostor”³⁴.

Conocido el auto del juez Tovar, creció el encono contra Chacón Abarca por parte de la clientela del conde de Galve. Temiendo por su persona, pero también por el decoro del cargo que ostentaba y el de toda la Sala del Crimen, el obispo-*virrey* decidió que lo más conveniente sería que el decano de ella saliese de la ciudad hasta que el rey, informado de los sucesos, determinase qué hacer al respecto. En efecto, el día 7 de mayo de 1696 Ortega Montañés decretaba que:

Por justos motivos y causas que me asisten conviene al servicio del rey que el señor don Gerónimo Chacón y Abarca, alcalde más antiguo de la Real Sala del Crimen de esta corte, salga de esta ciudad dentro de veinticuatro horas de la notificación al lugar que su merced eligiera como diste de esta ciudad catorce leguas, sin poder volver ni entrar en ella ni ir a otra hasta que S.M. mande otra cosa, y su merced lo ejecute sin embargo de réplica ni súplica que haga. Y el señor don Manuel Suárez Muñiz, caballero de Calatrava y alcalde de la dicha Real Sala, con el receptor que eligiere le notifique este decreto y a las veinticuatro horas lo saque a su merced en su coche hasta la mitad del camino del lugar que eligiere. Y dicho señor don Gerónimo Chacón dentro de tres días de como salga de esta ciudad envíe testimonio del lugar donde queda. Y este decreto se entregue a don Manuel para que, como va proveído, indefectiblemente se ejecute. Juan, obispo de Valladolid³⁵.

³³ Memorial ajustado de acusaciones, enviadas por don Gerónimo Chacón Abarca, alcalde del crimen más antiguo de la Real Audiencia de México, a don Baltasar de Tovar, del Consejo de su Majestad y fiscal de la Real Audiencia de México, juez de residencia del conde de Galve. México, 30-III-1696, AGI, Escribanía de Cámara, 230-C. Transcrito en MARIA PILAR GUTIÉRREZ LORENZO, *op.cit.*, pp. 171-188.

³⁴ Auto del licenciado Baltasar de Tovar, México, 4-V-1696, AGI, México, 626, en Testimonio de los autos cit.

³⁵ Decreto del obispo-*virrey*, México, 7-V-1696, AGI, México, 626, en Testimonio de los autos cit.

Tal y como estaba ordenado, a primera hora del día siguiente Chacón Abarca abandonaba la ciudad con destino a una hacienda situada en San Cristóbal de Atepeque, en la jurisdicción de Tescuco. Este mismo día la Audiencia representaba al obispo- virrey el hecho de que la ley 44, título XVI, libro II de la *Recopilación de Indias* preveía que, en casos semejantes al ocurrido con Chacón Abarca, los oidores debían ser consultados³⁶. La respuesta de Ortega Montañés fue que conocía la ley pero que excusó la consulta por el riesgo personal que corría Chacón Abarca y que, si le pasaba algo, no le disculparía la excusa de tener que consultar a los oidores; sin duda molesto, añadió que la ley citada le permitía actuar como lo hizo y que, en casos semejantes, actuaría de igual forma³⁷.

No sólo fue la Audiencia quien cuestionó el decreto del obispo- virrey desterrando al alcalde del crimen. También lo hizo el propio Chacón Abarca, empleando para ello una serie de consideraciones que merece la pena exponer por extenso³⁸.

1ª, que la jurisdicción que las leyes confieren a los virreyes para proceder contra ministros togados en causas criminales es principalmente en aquéllas que merecen pena corporal y corresponden prisión y embargo de bienes³⁹. Y que como el decreto del obispo- virrey de 7 de mayo de 1696 no contenía ni lo uno ni lo otro, al contrario le dejaba el sueldo, no debía ser suspendido en el ejercicio de su plaza ni desterrarle de la ciudad.

2ª, que la pena de destierro estaba considerada “en opinión muy corriente” –probablemente por ir asociada generalmente con la de azotes– como corporal⁴⁰ y, por tanto, no podía imponérsele por estar la causa en sumaria.

³⁶ Consulta de la Audiencia al obispo- virrey, México, 8-V-1696, AGI, México, 626, en Testimonio de los autos cit.

³⁷ Respuesta del obispo- virrey a la Audiencia, México, V-1696, AGI, México, 626, en Testimonio de los autos cit.

³⁸ Consulta de don Gerónimo Chacón al obispo- virrey, Hacienda de San Cristóbal, 12-V-1696, AGI, México, 626, en Testimonio de los autos cit.

³⁹ Al margen se cita la ley 44, título XVI, libro II de la *Recopilación de Indias* y la ley 75, título XV, libro II del primer tomo de los *Sumarios*. Esta última, recopilando una orden de 1530, señala “Que siendo las causas criminales contra oidores, alcaldes del crimen o fiscales de tal suerte que merezcan pena corporal, los prendan y secuestren los bienes, y en el primer navío los envíen presos conforme a la calidad del delito con los procesos conclusos”. Véase al respecto RODRIGO DE AGUIAR Y ACUÑA y JUAN FRANCISCO MONTEMAYOR Y CÓRDOBA DE CUENCA, *Sumarios de la recopilación general de las Indias Occidentales*, México, UNAM; FCE, 1994.

⁴⁰ Sobre las penas más frecuentes que se imponían en la Edad Moderna y su relación con los delitos me remito a FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la*

3^a, que estaba legislado que no se ausentasen los ministros togados ni estuvieran fuera del ejercicio de sus plazas sin licencia real⁴¹.

4^a, que la expresión inserta en el decreto de 7 de mayo de 1696 –“por justos motivos y causas que me asisten conviene al servicio de S.M.”– iba en descrédito de su honor y de los procedimientos judiciales vigentes. Chacón Abarca alega en su favor el testimonio de una sentencia similar a la suya que sufrió el alcalde del crimen de México D. Rodrigo de Valcárcel, quien, a raíz de la residencia del marqués de Cadereyta, fue desterrado por un decreto de 24 de julio de 1638 que lo justificaba con la cláusula “porque así conviene a la causa pública”. Pues bien, posteriormente una sentencia del obispo- virrey Juan de Palafox de 8 de octubre de 1641 declaró no haber habido razón alguna legítima para haber puesto tales palabras en el citado decreto.

5^a, que los delitos que hubiera cometido se le castigarían a su tiempo, pero no era razonable que el castigo lo recibiera con anticipación, sobre todo si la causa eran los cargos que hizo en la residencia del conde de Galve, cuando por el contrario se le debía premiar por haber cumplido con su obligación.

6^a, que la suspensión suspendía la pena de destierro hasta que fallase el Consejo de Indias.

7^a y última consideración del decano de la Sala del Crimen, que su destierro sería un mal ejemplo y un grave daño para el futuro, ya que ningún ministro se atrevería a deponer contra un virrey en su residencia.

Llegados a este punto, todos los actores del conflicto escribieron a Madrid. Si el obispo- virrey se centraba en dar su versión enviando el testimonio de los autos⁴², la Audiencia ponía el acento en las consecuencias tan negativas que tendría la violación de la ley por parte de Ortega Montañés, ya que abriría la puerta a futuras transgresiones y quedaría al arbitrio de los virreyes desterrar a su voluntad a los ministros, quienes perderían así independencia y reputación⁴³. Por su parte, Chacón Abarca no sólo apeló al Consejo de su destierro sino que denunció al monarca que el conde de Galve se había ganado a su sucesor interino y al juez de su residencia, prometiendo al primero que

monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII), Madrid Tecnos, 1969, especialmente capítulo VI.

⁴¹ Al margen se cita la ley 13, título I, libro VII de la *Recopilación de Indias*, que ordena que “no salga oidor a comisión sino en caso muy grave, y para salir un alcalde lo acuerden el virrey y Audiencia”.

⁴² Obispo virrey al rey, México, 12-VII-1696, AGI, México, 626.

⁴³ Audiencia al rey, México, 6 y 8-VII-1696, AGI, México, 626.

recomendaría en España su permanencia en el cargo y, al segundo, que en menos de dos años le conseguiría una plaza en el Consejo de Indias⁴⁴.

Si Chacón Abarca carecía de apoyos en México, ¿los tenía en la corte, donde se decidiría su suerte? Allí se hallaba para su examen tanto la correspondencia citada como el expediente de la residencia del conde de Galve. Según se infiere de la documentación, primero se examinaron las cartas y, en este punto, los consejeros de Indias consideraron que el decano de la Sala del Crimen había sido injustamente despojado de su plaza, ya que la ley 44, título XVI, libro II de la *Recopilación de Indias* prohibía a los virreyes actuar como lo hizo Ortega Montañés. Sin duda, los miembros del Consejo no querrían que la actuación de éste sentara jurisprudencia y optaron en mayo de 1697 por rehabilitar a Chacón⁴⁵.

Restituido en su cargo por el virrey conde de Moctezuma el día 2 de septiembre de ese año⁴⁶, sin embargo el gozo no duró mucho tiempo al decano de la Sala del Crimen mexicana. En efecto, tras el examen de las cartas vino el más prolijo de los papeles de la residencia del conde de Galve. Y ahora el Consejo no tuvo compasión: la consulta elevada al monarca el día 9 de diciembre de 1697 solicitaba, en consideración de:

lo poco atentados procederes de este ministro experimentados en varias ocasiones, su imprudente juicio y disturbios que ha ocasionado su altivez, aun sin el nuevo motivo de sindicar al conde de Galve tan sin razón ni justicia, pues no se pudo verificar nada de cuanto le imputó en los cuarenta y nueve capítulos,

la jubilación de Chacón Abarca con la mitad del sueldo (400.000 maravedíes) y la licencia de regresar, si así lo quería, a España, donde sólo cobraría la mitad de esa cantidad (200.000 mrs.). Así fue refrendado por el rey a fines de 1697⁴⁷, mandato obedecido en México por el virrey conde de Moctezuma el 17 de julio del año siguiente.

⁴⁴ Gerónimo Chacón Abarca al rey, hacienda de San Cristóbal, 13-VI-1696, AGI, México, 626. Citada por PABLO EMILIO PÉREZ-MALLAÍNA BUENO en la introducción a la edición de la obra de FRANCISCO DE SELJAS Y LOBERA, *Gobierno militar y político del reino imperial de la Nueva España (1702)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1986, p. 75.

⁴⁵ RC Madrid, 22-V-1697, AGI, México, 1076, libro 37, ff. 200-201.

⁴⁶ Moctezuma al rey, México, 31-X-1697 y 18-IV-1698, AGI, México, 626.

⁴⁷ RC Madrid, 30-XII-1697, AGI, México, 1076, libro 37, ff. 335-338. En otro despacho se hacía saber al conde de Moctezuma los “justos motivos” que tuvo el monarca para cambiar de opinión en tan breve tiempo. Acuerdo del Consejo de Indias, 25-X-1698, AGI,

7. “No combiene al servicio de V.M. buelva a ejercer ningún ministerio”: la denegación de rehabilitación de Chacón Abarca

La jubilación fue un duro golpe no sólo para la reputación sino también para la economía del alcalde del crimen de la Audiencia de México. En efecto, apeló la resolución⁴⁸, afirmando que con la mitad del sueldo no podía mantener a su familia. Ante esto, el Consejo determinó concederle la jubilación con el sueldo entero (800.000 mrs.), pero si se trasladaba a España se le pagaría tan sólo la mitad; ¿la razón?: que la plata valía menos en México que en Castilla. Esto fue refrendado por el monarca por despacho de 24 de noviembre de 1699⁴⁹.

Chacón Abarca no sólo pidió aumento del sueldo, sino también ser restituido en su empleo, lamentándose “de lo mal puesto que queda su crédito porque se entenderá que la jubilación no ha sido premio sino castigo”. Sin embargo, el Consejo de Indias se mostró inflexible, elevando al monarca su opinión de que “no se le admita más memoriales sobre esto”; por su parte, la Cámara de Indias fue del mismo parecer, añadiendo un rotundo “que no hay motivo para innovar”⁵⁰.

Chacón no se dio por vencido. Tras recabar apoyos de personas e instituciones influyentes de la ciudad de México⁵¹, solicitó en el otoño de 1700 una plaza de consejero de Indias y, para uno de sus hijos, otra de alcalde de corte en México⁵². Dos años después viajó a España; dejando en la capital virreinal mujer y dos hijas –sus otros dos hijos estaban estudiando en la Universidad de Salamanca–, embarcó en la flota que, al mando del general D. Manuel de Velasco y escoltada por navíos franceses, partió de Veracruz el 12 de junio de 1702⁵³.

México, 626. El sueldo de los magistrados de Nueva España fue fijado el año de 1557 en 800.000 maravedíes anuales. Véase ERNESTO SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II. Sevilla: CSIC, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1947, p. 119.

⁴⁸ Memorial de Chacón Abarca, México, 8-VI-1699, AGI, México, 626. El Real Acuerdo de la Audiencia celebrado dos días antes apoyó su petición.

⁴⁹ Consulta del Consejo, 16-IX-1699; RC San Lorenzo el Real, 24-XI-1699, AGI, México, 626.

⁵⁰ Consulta del Consejo, 17-X-1699; Parecer de la Cámara, 26-I-1700, AGI, México, 626.

⁵¹ Se trata de media docena de cartas de recomendación, fechadas entre febrero y mayo de 1700 y firmadas por los provinciales de las diversas órdenes religiosas, el Tribunal de Cuentas, el Real Acuerdo de la Audiencia de México, varios capellanes y los gobernadores, alcaldes y regidores de los barrios de Santiago, San Pablo y San Juan. AGI, México, 626.

⁵² Memorial de Chacón Abarca, México 1-X-1700, AGI, México, 626.

⁵³ ANTONIO ROBLES, *Diario de sucesos notables (1665-1703)*, edición y prólogo de Antonio Castro Leal, México, Porrúa, 1946, t. III, p. 221. En la flota también regresaba el virrey conde de Moctezuma (1696-1701), quien sería nombrado presidente del Consejo de

Ya en Madrid, se dedicó con fruición a conseguir varios objetivos. El primero tuvo que ver con su salario –recordemos que en los despachos de 1697 y 1699 se declaraba que, si se trasladaba a la corte, cobraría tan sólo la mitad del sueldo de la jubilación–; no obstante y ante su reclamo de los elevados gastos que tenía en ella, el Consejo de Indias planteó se le permitiese cobrar el sueldo entero por tan sólo un año a cobrar en las cajas reales de México, consulta aprobada por el monarca en febrero de 1703⁵⁴. El segundo propósito del alcalde jubilado era obtener un hábito de una orden militar para sus hijos; el Consejo lo autorizó⁵⁵, lo que le acarreó un fuerte desembolso económico. El último objetivo de Chacón en la corte fue intentar recuperar su empleo de alcalde del crimen en la audiencia novohispana y, si ello no era posible, la presidencia de la de Guadalajara, una plaza de supernumerario en la de México o bien el corregimiento de esta última ciudad. Pero el Consejo de Indias fue inflexible: “que no combiene al servicio de V.M. buelva a ejercer ningún ministerio”⁵⁶.

Finalizaba el plazo de un año que le concedieron para cobrar el sueldo íntegro en la corte, pero Chacón Abarca afirmaba no haber concluido los negocios que le llevaron a Madrid debido a la pérdida en Vigo de la flota en que viajó y el retraso de los caudales que iban en ella, además de no haber habido en ese año navíos para regresar a México, donde tenía su casa y familia. De ahí que solicitase la prórroga de la gracia de cobrar el sueldo entero hasta poder embarcar. Así lo aprobó el Consejo de Indias y fue refrendado por el monarca en 1704⁵⁷.

Indias el 31-VIII-1705. Al estar el puerto de Cádiz bloqueado por una escuadra angloholandesa, la flota española se dirigió a Vigo, optando por verificar la descarga de sus mercancías en la ensenada de Rande; la posterior llegada a ella de los enemigos anglo-holandeses y el consecuente enfrentamiento naval sucedido el día 23-X-1702 en la citada ensenada acabó con el hundimiento de gran parte de la flota hispana. JUAN JUEGA PUIG, *La flota de Nueva España en Vigo, 1702*, Sada, A Coruña, Edicions do Castro, 2001; CARMEN MARTÍN VELÁZQUEZ y SEGUNDO SAAVEDRA REY (eds.), *Rande 1702 arde o mar*, Alcabre, Vigo, Pontevedra, Museo do Mar de Galicia, 2002.

⁵⁴ Consulta del Consejo, 10-I-1703, AGI, México, 626. RC Madrid, 9-II-1703, AGI, México, 523.

⁵⁵ AGI, México, 626. En efecto, sus hijos Ventura y Jerónimo Chacón y Moxica obtuvieron en 1703 sendos títulos de caballeros de la Orden de Santiago. VICENTE DE CADENAS Y VICENT, *Caballeros de la orden de Santiago, siglo XVIII*, Madrid, Hidalguía, 1977 <1996>, <1-9>, t. I, pp. 127-128.

⁵⁶ Consulta del Consejo, Madrid, 1-X-1703, AGI, México, 626.

⁵⁷ Consulta del Consejo, Madrid 12-III-1704, AGI, México, 626. RC Palencia, 13-IV-1704, AGI, México, 523.

Un año después, el Consejo indiano urgía a Chacón Abarca a embarcar en la flota que se estaba preparando en Cádiz para la Nueva España⁵⁸. Sin embargo, el aludido intentó una última oportunidad: exponiendo las razones de su llegada a la corte, lo que perdió en el ataque que sufrió la flota en Vigo y el fallecimiento de su esposa, doña Luisa Moxica, solicitaba al Consejo se le devolviese su plaza en la Audiencia de México “para soldar su crédito y honra y la de sus hijos y familia”. Sin embargo, y como en ocasiones anteriores, el Consejo se negó tajantemente con un “no ha lugar y no se le admita más memorial sobre esta materia”⁵⁹. Sin embargo, el monarca –prueba de los importantes contactos que retenía el alcalde jubilado en la corte– ordenó al Consejo por decreto de 24 de agosto de 1705 volver a estudiar el caso “en justicia”. A pesar de ello, el alto tribunal indiano, tras hacer un recorrido de todas las consultas elevadas desde 1697 a 1705 sobre la materia, se mantuvo en su posición:

No sólo no debe tener concepto de castigo la jubilación de D. Gerónimo, sino estimarse como una gracia y merced muy hija de la suma y real clemencia de V.M., pues si este caso se hallase en otros términos y se pudiese proceder en él por los trámites y solemnidades de derecho y se obrase en todo el rigor la justicia, no era posible que dejase de experimentar este sujeto el que merece su atentado. Y es tan fija su posición y siendo tan natural y consecuente en la regia benignidad de V.M. continuarle la jubilación en la forma en que se dignó concedérsela sin hacer novedad alguna en cuanto a ella, es de parecer de que V.M. se sirva declarar no se le debe ni puede ni debe oír en justicia, y que no se le admita ninguna instancia en este punto⁶⁰.

Rendido a su suerte, Chacón solicitó licencia para llevar consigo en su servicio a Miguel Benítez y Melchora de los Reyes, un matrimonio de esclavos que adquirió años atrás en México; el Consejo accedió a esta petición⁶¹. Finalmente, embarcó en la flota que, al mando del general D. Diego Fernández de Santillán, zarpó del puerto de Cádiz el 9 de marzo de 1706, arribando al de Veracruz el 30 de mayo siguiente. En cuanto llegó a la capital virreinal reclamó al virrey duque de Alburquerque cobrar el salario entero de su plaza desde el 9 de febrero de 1703 hasta el día que embarcó en Cádiz, tal como ordenaban

⁵⁸ Consejo de Indias a Chacón Abarca, Madrid, 12-II-1705, AGI, México, 626.

⁵⁹ Consulta del Consejo, 30-VII-1705, AGI, México, 626.

⁶⁰ Consulta del Consejo de Indias, 7-IX-1705, AGI, México, 626.

⁶¹ Consulta del Consejo, 13-I-1706, AGI, México, 626.

los despachos de 1703 y 1704 arriba mencionados⁶². Una junta de Hacienda así lo aprobó, aunque se le impuso una fianza para que, en tres años, llevase aprobación real de este pago y, en su defecto, devolver lo cobrado⁶³. Poco después, Chacón reclamó devengar también la parte porcentual del salario entero del tiempo que duró el viaje de Cádiz a Veracruz. Aunque los oficiales reales novohispanos se negaron a ello, puesto que –según ellos– una vez salido del puerto gaditano todavía no estaba en México, donde sí debería cobrar el salario entero, otra junta general de Hacienda se lo concedió, previo pago de la correspondiente fianza⁶⁴. Previendo dificultades, D. Jerónimo Chacón escribió a Madrid rebatiendo los argumentos de los oficiales reales⁶⁵. Y allí, primero el fiscal del Consejo y luego el Consejo en pleno aprobaron la “paga por entero” y la cancelación de la fianza⁶⁶. Pequeño consuelo para quien perdió crédito y reputación.

⁶² Memorial de Chacón Abarca, México, 9-VII-1706, AGI, México, 523. Chacón olvidó sacar testimonios de los días de su partida de Cádiz y llegada a Veracruz, según él por el dolor de la pérdida de su esposa en el primer caso y de sus hijas en el segundo. Debido a la notoriedad de las fechas del viaje de la flota, se le eximió de tal requisito.

⁶³ Junta general de Hacienda, México, 28-VII-1706, AGI, México, 523.

⁶⁴ Junta general de Hacienda, México, 18-X-1706, AGI, México, 523.

⁶⁵ Memorial de Chacón Abarca, México, 8-XII-1706, AGI, México, 523.

⁶⁶ Fiscal del Consejo de Indias, 8-I-1715; Consejo en pleno, 19-I-1715, AGI, México, 523.

EL DR. ALONSO DE CORONADO Y ULLOA. LETRADO, CATEDRÁTICO
Y RECTOR DE SAN MARCOS. APROXIMACIÓN A SU LABOR FORENSE

DOCTOR ALONSO DE CORONADO Y ULLOA. LAWYER, PROFESSOR
AND RECTOR OF SAN MARCOS. AN APPROACH TO HIS FORENSIC
WORK

RAFAEL JAEGER REQUEJO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

jr100301@hotmail.com

Resumen: La comunicación tiene como objetivo acercarse al ejercicio de la abogacía en Lima en el siglo XVII ya sea por medio de la absolución de consultas o de la participación de los letrados en el arbitraje. Para este trabajo se ha usado documentación inédita.

Palabras clave: abogado, transacción y concierto, albacea testamentario, nulidad de compraventa, capellanía, arbitraje.

Abstract: The aim of this paper is to approach the practice of law in Lima in the 17th century through the acquittal of enquiries or the participation of lawyers in arbitration. Unpublished documents were used for this analysis.

Keywords: lawyer, transaction and contract, executor of testament, nullity of sale agreement, anniversary of masses, arbitration.

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Cátedra universitaria. 4. Actividad forense.

1. Introducción

La presente comunicación está enderezada a aproximarnos a un segmento de la biografía del Dr. Alonso Vásquez de Coronado y Ulloa, el mismo que ha sido entresacado de su actividad profesional y con el que intentamos columbrar parte de su labor en el Foro¹. Para este cometido es menester, pre-

¹ Estas líneas forman parte de un trabajo más amplio que venimos avanzando hace algún tiempo y del que se han escogido seis piezas inéditas en donde aparecen vertidas las opiniones jurídicas del Dr. Coronado al absolver las consultas formuladas por sus clientes. Por lo que toca a Lima, en el siglo XVII, no hemos encontrado ningún trabajo en el que,

viamente, encuadrar al personaje en el tiempo y por ende vamos, a guisa de síntesis, a presentar los guiones más importantes de su periplo vital.

2. Antecedentes

Vino al mundo, tal como se precisa en su información de servicios, en la capital de la otrora Castilla de Oro y fueron sus padres el Gobernador don Alonso Coronado y Ulloa y doña Ana Gonzales Rangel². Estando en edad apropiada para los estudios empezó los de Gramática y “algunos principios de Artes” en la propia Panamá, pero luego se trasladó a la Ciudad de Los Reyes, capital del virreinato del Perú³. Instalado en Lima ingresó al Colegio Real y Mayor de San Felipe y San Marcos, centro que formaba parte de la Universidad de San Marcos y en esta casa de enseñanza empezaron sus éxitos estudiantiles a través de la participación que le cupo en los actos públicos de conclusiones que tenían lugar por entonces, actuaciones que le dieron la posibilidad de alcanzar una de las becas del mentado colegio⁴. Sus estudios los continuó en

específicamente, se haya tocado la actividad del abogado libre desde el ángulo de la asesoría o el de su participación como árbitro, lo que por ahora nos releva de incluir soporte bibliográfico.

² Para el sustento de la filiación de nuestro letrado nos socorremos con las relaciones de méritos y servicios tanto de 1646, como la ampliatoria de 1654 que se encuentran en el Archivo General de las Indias en Sevilla. Cf. *Archivo General de Indias*, Lima, 248, N. 9, 1, fols. 1r, 3v. en adelante *A.G.I.* Los testigos de la primera de las relaciones antes aludidas al contestar una de las preguntas del pliego interrogatorio precisan lo relativo a su filiación. Cf. *A.G.I.* Idén., fols. 16, 17, 19, 20v., 21v., 22v., 24, 28, 30v. y 31v.

³ Coronado señala que migró a Lima en 1628. Cf. *A.G.I.*, Idén, fol. 2. Entre los testigos de la información de méritos y servicios que confirman este aserto, pero sin precisar el año, están el Padre Mtro. Fr. Cipriano de Medina, de la Orden de Predicadores, Calificador del Santo Oficio y Catedrático, en propiedad, de Prima de Teología en la Real Universidad, el Dr. Andrés García de Zurita, Arcediano de la iglesia catedral de la capital virreinal, el Dr. Antonio Maldonado de Silva, abogado de la Real Audiencia limeña y Catedrático de Decreto en la Universidad, el Padre Fray Gonzalo Tenorio del Orden de San Francisco, Lector jubilado de dicha Orden y el Padre Mtro. Fray Miguel de Aguirre del Orden de Nuestro Padre San Agustín, Calificador del Santo Oficio de la Inquisición de la ciudad de Los Reyes y Catedrático de Prima en Santa Teología en la Real Universidad. Cf. *A.G.I.*, Idén. fols. 22v., 24, 28, 30v. y 31v.

⁴ En lo concerniente a sus estudios nuestro letrado señala que en el tiempo en el que era cursante había hecho “muy grandes demostraciones de mi ingenio y continuo desvelo de mis estudios” y que participó en conclusiones argumentando y leyendo hasta 24 horas; asimismo trae a colación hasta tres actos públicos en los que destacó. Cf. *A.G.I.*, Idén., fol. 2 v.

la Universidad donde optó el Bachillerato en 1633, la licenciatura en 1635 y el doctorado en la Facultad de Cánones y Leyes en 1638⁵.

3. Cátedra univervitaria

Su incursión en la enseñanza superior data de la etapa en la que aún era estudiante en el ya mencionado colegio real, donde atendió el dictado de la cátedra de Digesto Viejo durante dos años; esta asignatura pertenecía al referido centro estudiantil. Como culminación de su paso por este colegio fue elegido Rector del mismo⁶. Siguiendo en esta línea atinente a su trayectoria universitaria y en razón del espacio concedido a esta comunicación, vamos sólo a mencionar las cátedras que nuestro personaje tuvo a cargo, para lo que nos

Por lo que toca a la beca todo se inició con un memorial presentado por don Alonso de Coronado al Virrey Conde de Chinchón por medio del cual solicitaba se le hiciera merced de una colegiatura en el Colegio Real de San Felipe y San Marcos la que se encontraba vacante por dejación que de ella había hecho el licenciado don Jacinto de Guzmán, alegaba que su padre tenía obligaciones con 8 hijos y estaba muy pobre en Panamá; adjuntaba una real cédula por la cual el rey ordenaba que se les remunerara los servicios prestados. El virrey dictó un decreto, el 29 de febrero de 1632, por medio del que le confirió ad ínterin una beca, por ausencia de don Alonso de Solórzano, con cargo a proveerle en propiedad en la primera que vacase. Coronado enterado del fallecimiento del becario y bachiller Juan de Quijano elevó otro memorial y, finalmente, se expidió el decreto del visorey, el 3 de junio de 1632, entregando la beca en propiedad. De lo anterior da fe el Secretario del Colegio Real y Mayor don Fabián Velarde de Santillana quien anota “que en los libros del colegio está una capilla, (¿) fecha en cuatro de junio de mil y seiscientos y treinta y dos años por la qual consta avérsele dadoa don Alonso Coronado y Ulloa la propiedad de una beca...”. Cf. *A.G.I.*, Idén., fols. 2 v., 13 v. – 14 v. y 15 – 15 v.

⁵ En lo tocante al bachillerato don Alonso Coronado precisa que fue en 1633 y, asimismo, sostiene que “el de treinta y cinco fui recibido por abogado de esta Real Audiencia, añadiendo con mi examen nuevo crédito a mis estudios”, añadiendo que posteriormente “me gradué de licenciado y después de doctor”. Conforme a lo que fluye de la certificación del secretario de la universidad, que corre inserta en la mentada relación, la licenciatura fue del 2 de octubre de 1636, obtenida durante el rectorado del canónigo de la metropolitana Dr. Diego de Encinas. La borla doctoral le fue conferida el 24 de julio de 1638, siendo rector el prebendado de Lima Dr. Pedro Niño de Guzmán. Cf. *A.G.I.*, Idén., fols. 2 v., 3v. y 14 v.

⁶ El letrado, materia de esta nota, nos informa que graduado de bachiller, a los seis meses de pasante hizo oposición a la cátedra de Digesto Viejo, asignatura propia del Colegio y la ganó y estuvo bajo su regencia por dos años. Cf. *A.G.I.*, Idén., fol. 2 v.

En lo relacionado a su nominación para el rectorado del Colegio Real y Mayor de San Felipe y San Marcos, ésta se dio por merced del Virrey Conde de Chinchón dictada el 30 de abril de 1636. Cf. *A.G.I.*, Idén., fols. 2 v. y 15

valdremos de la cronología y sólo nos detendremos cuando la situación lo amerite. De la consulta de diversas fuentes y, específicamente, de las declaraciones efectuadas por los testigos que depusieron en la información de méritos y servicios del Dr. Coronado, llevada a cabo en 1646, fluye que nuestro jurista había participado varias oposiciones a las cátedras, aparte de otra a la canonjía doctoral de la metropolitana limense⁷. Con la documentación con la que contamos es imposible distinguir las asignaturas que dictó en propiedad y aquellas en las que fue sustituto. Entre las primeras se han ubicado las de Vísperas de Cánones y Prima de Leyes, sin embargo, hay datos que acreditan su presencia en otros cursos, sin que se haya precisado la calidad que tenía como profesor⁸. Cabe también anotar que, en calidad de sustituto leyó las cátedras de Vísperas de Cánones y Código⁹. Socorriéndonos con la ampliación

⁷ Este punto de las oposiciones o concursos a tenor de la información que nos alcanza el Dr. Coronado resultaría, aparentemente, contradictoria cuando dice “y después de Doctor en la dicha Facultad y el mismo año empecé (sic) las oposiciones de cátedras en esta Real Universidad y hasta el día de hoy tengo hechas en ellas seis, tres a la cátedra de Instituta, una a la de Prima de Cánones y otra a la de Prima de Leyes y otras dos a la canonjía doctoral de esta santa Iglesia”, es decir que serían cinco oposiciones a las cátedras y dos a la canonjía pues esta ración había vacado en dos oportunidades por el óbito de los doctores y prebendados Juan Hurtado de Vera y Juan Carrasco del Saz. Pero Coronado concluye señalando que sumaban nueve las oposiciones en las que había participado hasta ese momento. El escollo se salva con la certificación expedida por el secretario de la universidad, de la que se desprende que había hecho seis oposiciones a cátedras, a saber: Prima de Cánones, Vísperas de Cánones, Prima de Leyes, Instituta (3 veces); si a estas sumamos la oposición para ocupar la cátedra de Digesto Viejo, (asignatura propia del Colegio Real y Mayor tratada en la nota anterior) y las dos veces en las que concursó para la prebenda del Cabildo eclesiástico, tenemos las nueve oposiciones Cf. *A.G.I.*, Idén., fols. 3 y 14 v.

⁸ La casi total desaparición del archivo de la Universidad de San Marcos, en el siglo XIX, dificulta la investigación respecto de las oposiciones y toma de posesión de las cátedras por lo que sólo ciñéndonos a la relación de méritos, tantas veces citada, podemos advenir que ya el año de 1647 y previa oposición el Dr. Coronado había ganado la cátedra de Vísperas de Cánones; sus contendores habían sido el Dr. D. Alonso de Solórzano y Velasco, entonces catedrático de Instituta y después Fiscal de la Real Audiencia de Chile, el doctor Joseph de Los Reyes, después catedrático de Decreto y el Dr. Joseph Dávila Falcón, después catedrático de Instituta; todo esto fluye de la primera pregunta del pliego interrogatorio de la ampliación de la relación de méritos y servicios llevada a cabo en 1654. Cf. *A.G.I.*, Idén., fols 33 v. y 36 v.

⁹ Respecto a las asignaturas que leyó como sustituto, en realidad fueron varias, pero ante la carencia de la certificación indubitable y sólo por vía indirecta conocemos de su desempeño en la cátedra de Código, por indisposición del titular y para el efecto transcribimos la declaración del Dr. Tomás de Avendaño, catedrático de esa asignatura, que dice “Y asimismo sabe que ha sustituido las cátedras mas graves de esta Real Universidad de

de la relación de méritos y servicios, actuada en 1654 y tal como aparece en la certificación del secretario de la universidad se puede advenir que nuestro jurista, con fecha 12 de septiembre de 1647, ganó por 4 años la asignatura de Vísperas de Cánones y que, asimismo, al vencimiento de ese período y ante la carencia de opositor en esa materia en referido curso le fue conferido nuevamente el 14 de diciembre de 1651 y esta vez por Claustro. Un año antes, en 1650, se había presentado al concurso para la de Prima de Leyes pero quien la obtuvo fue el Dr. Alvaro de Ibarra¹⁰. Para cerrar este apartado es del caso consignar que en años sucesivos y hasta el final de sus días figura como catedrático de Prima de Leyes¹¹.

4. Actividad forense

Si algo se puede afirmar del Dr. Coronado es que, dentro de los juristas peruanos setecentistas, es el prototipo del profesor universitario y abogado libre y por esta razón hemos separado algunos manuscritos inéditos para que ayuden a columbrar, parvamente, su actividad forense.

El primero de estos documentos comporta una transacción y un concierto celebrados entre los hermanos Bernardo y Josefa Ramos Galván los que por esta vía buscaban superar las diferencias sucesorias que los había llevado a mantener una causa pendiente ante la Real Audiencia sobre la cuenta y partición de los bienes que quedaron después del óbito del Dr. Francisco Ramos Galván, en su momento Fiscal de la Audiencia de La Plata y padre de ambos contratantes¹². Por medio del instrumento en comento el primero de ellos cede a la segunda sus “lexitimas paterna y materna y todos los demás bienes derechos y acciones” a los que tenía derecho, así como aquellos que pudieren

Prima de Cánones y Vísperas y la de Código por falta de salud de este testigo en discurso de dos años con mucho concurso de oyentes, útil y aprovechamiento porque es muy visto y pronto de mucha ostentación, memoria y comprensión y claridad en el decir y explicarse”. Cf. *A.G.I.*, Idén., fol. 25 v.

¹⁰ La certificación del secretario de la universidad, de fecha 29 de marzo de 1654, así lo establece. Ff. Nota 8 ut supra.

¹¹ No hemos ubicado otra relación de méritos y servicios del Dr. Coronado posterior a 1654 como para poder señalar la fecha en la que obtiene la cátedra de Prima de Leyes, nominación con la que se lo identifica hasta el final de sus días.

¹² La documentación que sigue ha sido espigada en los fondos del Archivo General de la Nación del Perú. Cf. *Archivo General de la Nación, Sección Protocolos*, Escribano Antonio Fernández de la Cruz, 1648, fol. 588 v. En adelante A.G.N., Protocolos.

pertenecerle en el futuro¹³. Por su lado la segunda entregaba al primero ocho mil pesos de ocho reales, pero al ser don Bernardo un menor de edad no sólo fue necesario designarle un curador ad litem, sino que además fue menester promover una información de utilidad para perfeccionar el convenio y es dentro de este último proceso que el doctor Coronado es convocado a dar su opinión. La diligencia se llevó a cabo el 30 de abril de 1648 y nuestro letrado al ser preguntado por la solicitud de don Bernardo señala que es muy “útil y provechoso” para los dos hermanos y sobre todo, para el menor de edad ese contrato por lo siguiente: a).- porque en el supuesto que la legítima valiera más del monto acordado, sin embargo, la justa causa de donarlo a su hermana la contempla el derecho a fin que la misma pueda tomar estado; b).- porque don Bernardo está obligado a dotar a su hermana y ésta tiene el derecho de solicitar esa donación; c).- porque con la transacción se evitan “los pleitos de cuentas, división y partición que se hacen inmortales y los gastos excesivos que vienen a equivaler a cualquier exceso de legítima”¹⁴.

Una segunda pieza notarial está referida tanto a los trámites para la protocolización del testamento cerrado, como a las disposiciones que, en su calidad de albacea de doña María Montes de Heredia, debió afrontar el Dr. Coronado¹⁵. Al respecto es del caso precisar que el proceso se incoa ante el alcalde de Lima el 19 de enero de 1649 con la presentación del testamento, oportunidad en la que nuestro jurista deja constancia que la fenecida causante le había dejado entrever que quedaba nominado como su albacea por lo que, dadas las circunstancias, le era imperioso ocuparse del funeral y del entierro, razones por las cuales concluye solicitando se tenga por presentado el referido testamento, se ordene recibir la información correspondiente, se asiente la fe de muerte, se abran y publiquen las disposiciones de última voluntad y que, agotado el procedimiento, se le expidan los testimonios necesarios¹⁶. La justicia ordinaria actuó diligentemente pues, en el día, tuvo por presentado el testamento y comisionó al escribano público Miguel López Varela para asentar la fe de muerte, así como le ordenó recibir las declaraciones sobre el otorgamiento del testamento. El referido cursor sentó la fe de muerte y anotó “vi muerta naturalmente a doña María Montes de Heredia... en una sala del Colegio de doncellas de la Presentación de Nuestra Señora de la Caridad de esta Corte”¹⁷.

¹³ A.G.N., Idén.

¹⁴ A.G.N., Idén.

¹⁵ A.G.N., *Protocolos*, Esc. Miguel López Varela, 1649, fols. 1744 – 1750 v.

¹⁶ Idén, fol. 1744 v.

¹⁷ Para la fe de muerte. Cf. Idén.

El referido actuario, de inmediato, procedió a tomar el dicho de cuatro de los testigos instrumentales, es decir aquellos que en su momento habían suscrito en la cubierta donde estuvo el testamento y que eran don Manuel de León Escobar, de 26 años, don Antonio de Melgossa (sic), de 38 años, el Bachiller y Pbro. Francisco Carrasco, de 50 años y el Bachiller Diego de Esplana (sic), de 21 años¹⁸. Con gran celeridad se dictó el auto por medio del cual el Alcalde dispuso se abriera y publicara el documento y finiquitando el trámite se ordenó que el expedientillo se incorporara al protocolo. Interesan para esta nota el encabezamiento y la clausula de nominación de albacea de esta escritura de postrimeras disposiciones. En la primera de estas disposiciones la otorgante precisa que “cumplido y pagado...mi testamento, mandas y legados” y en el remanente que quedaba nombraba e instituía como su universal heredera a su “alma, para que todo se distribuya en misas y obras pías”¹⁹. En la otra clausula la causante ordena que para cumplir y pagar su testamento, funeral, mandas y legados nombraba por su albacea y tenedor de bienes al “Doctor Don Alonso de Coronado y Ulloa” y al “Licenciado Juan Bautista Hordóñez, Capellán de esta santa casa”²⁰. Después del tránsito de la disponente el doctor don Alonso de Coronado en uso de las facultades conferidas hizo la distribución siguiente: 1.- Para el Convento recoleto agustino de Nuestra Señora de Guía y las cofradías de Nuestra Señora del Rosario del Convento de Santo Domingo y la del Santo Sepulcro de la Soledad del Convento de San Francisco todos los bienes y cosas “que los tiene entregados en especie y en limosnas”²¹; 2.- Para la memoria de misas que la testadora ordenó fundar se constituía un principal de 6,000 pesos; este monto se componía por la cantidad de 3,090 pesos y las ganancias producto de un adeudo que a la causante se le tenía en el Reino de Tierra Firme, cantidades a las que debía añadirse la asignación que como albacea y administrador cupía al jurista, monto que de su “libre y espontánea voluntad” se desistía para que a los réditos que ascendían a 300 pesos anuales y que estaban destinados a la celebración de misas, se sumara el monto último a fin de elevar el capital de la mentada memoria 3.- El albacea hace constar que en su calidad de patrón de la citada memoria y mientras viviese podría

¹⁸ En cuanto a la diligencia de información de otorgamiento de testamento y la toma de dichos de los testigos instrumentales. Cf. Idén., fols. 1744 v. – 1745.

¹⁹ Idén., fol. 1746 v.

²⁰ Designa como sus albaceas a un letrado, como el Dr. Coronado y a su confesor. CF. Idén.

²¹ El albacea, don Alonso, empieza por distribuir algunos bienes a instituciones religiosas. Cf. Idén., fols. 1747 v. – 1748.

distribuir 50 pesos anuales en limosnas, obras pías o misas y buenas obras, sin menoscabo del principal de la memoria de misas, por lo que ciñéndose a lo ordenado por la causante y a la escritura fundacional haría constar con detalle sus determinaciones ; 4.- Para una monja profesa del Monasterio de Santa Catalina de Siena, criada por la fenecida y su madre, le asigna 50 pesos “para sus necesidades”; 5.- Para Margarita, doncella que también crió la fallecida y que vivía en el Convento de la Caridad le señala 50 pesos; 6.- Para “dos indiecillas nombradas Jacoba y María que son de la provincia y repartimiento de Quiquijana en el Cuzco, donde la difunta tenía su encomienda y cuyos padres las habían enviado a la testadora para que “las criase y doctrinase”; el albacea ordena entregar 50 pesos a cada una para ayudarlas en su avío de retorno a su tierra y de no ser esto posible ese monto debía destinarse para su vestuario. 7.- El encargado de hacer cumplir el testamento se coloca en el supuesto en el que pagadas todas las asignaciones y transcurrido un año quedara algún remanente, ordenando que este quedara destinado a su prima hermana doña Aldecia (sic) de Coronado y en el caso en que la misma hubiese fenecido entrara en su lugar como beneficiada la madre de la primera y a falta de ambas, quedaba como favorecida doña Juana de Coronado, hermana de la primera. También nuestro jurista repara en el supuesto en el que todas las mentadas agraciadas murieran sin descendencia y ordena que esa cantidad debía ingresar en la memoria de misas también contemplada dentro de las últimas disposiciones. 8.- Siempre de la misma línea de cautela el albacea deja precisado que las Cajas Reales debían a la causante cinco mil pesos, cantidad que había heredado de don Antonio de Lara, su marido; abundando en pormenores anota que ese monto se pagaba a prorrata. En razón de lo último el Dr. Coronado señala que en uso de sus facultades distribuía ese pago a prorrata de la siguiente manera: a).- doscientos pesos al Colegio de doncellas de la Caridad, por lo que el mayordomo de esa institución una vez que hubiere cobrado ese monto debía invertirlo en los reparos necesarios de esa casa; b).- cien pesos a Gabriela de Salazar, dejando constancia de su calidad de inmediata cobradora después del aludido colegio, añadiendo que esto se hacía porque la testadora la había criado y con la condición que la favorecida se apartaba del juicio que había iniciado contra la causante con expreso reconocimiento que el referido litigio era “conocidamente injusto”; c).- mil pesos como ayuda para tomar estado de casada o religiosa a favor de Gabriela, “niña huérfana”, de ocho años cuya crianza corre a cargo de María de Torres “mulata libre” y acota que sólo retornarían a la capellanía en el caso que la agraciada muriere sin vástagos ; d).- Cuatrocientos pesos a Gabriela “niña doncella”, a la sazón mo-

radora en el Colegio de la Caridad, destinados a auxiliarla para tomar estado, cantidad que sólo reingresaría al patrimonio de la testadora y se aplicaría al aniversario de misas si la dotada no tomaba estado civil o religioso o muriera sin prole; e).- Doscientos pesos a Constanza Murga, los cuales se ordenaban pagar por clausula testamentaria y que se entregarían para los mismos fines y con iguales condiciones a las antes referidas. f).- Quinientos pesos a Olalla (sic) niña de dos o tres años cuyo padre, Juan Esteban Nieto, es un labrador del valle de Lurigancho, muy pobre y con muchos hijos. Se hace mención que este beneficio se confiere con el fin y las condiciones análogas a los anteriores. g).- Finalmente, el albacea se coloca en el caso en el que canceladas las asignaciones anteriores aún quedase algún remanente y ante ese supuesto precisa que dicho remanente debía ser entregado a sus primas doña Aldonza y doña Juana de Coronado o a sus hijos y si nos los hubiera entonces debían ingresar en el aludido aniversario de misas²².

El tercer documento en estudio, cuya data es de 4 de noviembre de 1654, contiene la opinión de nuestro letrado con otros juristas, a la sazón residentes en Lima, respecto al goce de una capellanía por parte de uno de los descendientes del fundador de la misma²³. El capitán Fernando de Paredes fundó dos capellanías y dejó como patrón de las mismas, para después de sus días, a su hijo el Padre Fray Francisco de Paredes quien en cumplimiento de una de las clausulas testamentarias del fundador nombró para la primera capellanía al bachiller Hernando López Gutiérrez, sobrino del religioso y nieto del referido capitán; al mencionado beneficiario se le hizo colación, sirvió la capellanía, gozó de la renta y “los inquilinos le reconocieron por tal capellán”. Poco después Fray Francisco de Paredes designó para una segunda capellanía a otro de sus sobrinos, el bachiller Diego López Gutiérrez y entonces se suscitó la duda en lo relativo a cuál de los dos nietos del fundador correspondía esta última obra pía. Los letrados que absuelven la consulta son los doctores José de los Reyes, Alonso de Coronado y Ulloa, José Dávila Falcón y un cuarto no identificado. El documento se estructura de la siguiente manera: a.- antecedentes; b.- razones que expone el patrón para conferir la segunda capellanía; c.- interrogantes y d.- absolución de la consulta. Por lo que toca al primer punto que es el atinente a los hechos, en líneas anteriores ya los precisamos. En cuanto al

²² Es innegable el manejo práctico del Derecho que despliega el albacea para colocarse en todo tipo de supuestos al efectuar la distribución de los bienes; no deja tampoco de tener presente a sus familiares. Cf. Idén., fols. 1747 v.- 1750 v.

²³ A.G.N., *Protocolos*, Esc. Francisco Muñoz, 1654, fols. 683 -691 v.

siguiente tema y después de desbrozar las alegaciones expuestas en el instrumento emergen como razones válidas para haber conferido la segunda capellanía las siguientes: que el segundo beneficio se sustenta en lo ordenado por el fundador quién en su testamento nombró “al nieto que tuviere que pueda ser sacerdote”; que el primero de los favorecidos con la obra pía al momento de la segunda nominación ya había “adquirido dominio” de la primera y por ende estaba excluido; que la voluntad del fundador había sido la de favorecer a, por lo menos, dos de sus nietos sacerdotes y no a uno solo de ellos; que el patrón juzgó que el bachiller Diego era el más “apto y domino (sic)”, “de más suficiencia” y el mayor, entre los hermanos que le siguen. En lo referido a las interrogantes, del texto fluyen las siguientes: ¿si el patrón pudo hacer tal nombramiento con salva (sic) y tuta (sic) conciencia?, ¿ si por las razones antes referidas la capellanía pertenece al bachiller Diego López? y ¿ si el patrón Padre Fray Francisco de Paredes puede repetir el nombramiento para reforzarlo?. En la opinión de los juristas expedida en Lima, a 4 de noviembre de 1654, se señalan las razones que siguen: 1.- que el Padre Fr. Francisco de Paredes pudo con “segura conciencia” hacer el segundo nombramiento porque el primigenio patrón fundó dos capellanías y quiso que en ellas se nombrasen a dos de sus nietos, tal como fluye de una clausula testamentaria que se transcribe; 2.- que de lo anterior se desprende que no se quiso que uno solo de los nietos sirva las dos capellanías, 3.- que el nombramiento del bachiller Fernando López para la primera capellanía se hizo con el fin que se le ordenara sacerdote. Por tanto bien pudo el actual patrón disponer del segundo beneficio aun cuando la nominación recayera en un hermano menor pues si bien en el testamento hay una cláusula que prescribe que el mayor sea preferido al menor, sin embargo, esto sólo se da cuando los dos hermanos concurren sin tener ninguna capellanía; 4.- que una vez que el bachiller Fernando López tomó posesión de su capellanía no podía renunciar a ella para asumir la otra porque ya se le había hecho colación y por tanto perdió el derecho que tenía a la segunda²⁴.

La pieza que sigue es un parecer que el Dr. Coronado emite en lo relativo a la validez de un contrato de venta de una casa efectuado por una monja del Convento de la Trinidad, con licencia de su abadesa pero sin la del ordinario²⁵. Los autos se inician con un pedido del comprador a fin que se le ministre

²⁴ Para ver las razones que sostienen la opinión de los juristas Cf. A.G.N., Idén., fols. 687-687 v.

²⁵ *Archivo General de la Nación, Sección Real Audiencia. Causas Civiles, Leg. 161, C. 603, 1658.en adelante A.G.N., Real Aud.*

posesión de las casas materia del contrato, ubicadas “en la calle que vuelve de la de los Mercaderes a el Convento de San Agustín”²⁶. En los siguientes folios corren tanto el testimonio del convenio como la petición de la religiosa elevada al arzobispo en la que se reconoce que la venta, sin la autorización del prelado, era nula por lo que se pide licencia para volverla a hacer y a manera de descargo de lo ocurrido se anota, por la religiosa, que le urgía el dinero para poder profesar y que Molina, el comprador, fue quién mejor precio le dio por el predio. Ceñidos a la secuencia del expediente encontramos el auto dictado en Los Reyes, a “veinticuatro días del mes de marzo” de 1658 por el arzobispo don Pedro de Villagómez. En esta resolución se señala haber tenido a la vista tanto el contrato como los pareceres de los abogados y se resuelve: “atento el que es nula la dicha venta daba y dio licencia para que de nuevo se vendan”²⁷. A continuación están los pareceres de los letrados, el primero de esta serie en donde se opina por la nulidad está datado el sábado 10 de noviembre de 1657 y suscrito por los doctores José de los Reyes y Pedro Cárdenas y Arbieto; el segundo de esta serie y que es el que por ahora nos interesa está fechado en Lima a 29 de octubre del año citado y tiene por infrascritos al licenciado Joseph Suárez de Figueroa y al Dr. Coronado y Ulloa y, finalmente, hay una tercera opinión dictada desde la misma ciudad, con fecha 10 de noviembre de ese mismo año, la que mantiene el mismo parecer y que suscriben los doctores Gregorio de Rojas Acevedo, Francisco de Velasco, Diego de León Pinelo y Joseph Dávila Falcón. El segundo de los pareceres, donde interviene el Dr. Coronado contiene tres partes: 1.- antecedentes; 2.- pregunta y 3.- respuesta. En el primer punto se exponen los hechos, es decir: una religiosa profesaba tenía una casa que heredó de sus padres y con sus arriendos se sustentaba, pero, algún tiempo atrás pidió licencia a su abadesa a fin de vender el bien, solicitud a la que accedió la prelada y contando con este pase confirió poder a un sacerdote para que vendiera el predio y cobrase su legítima. Por su lado el apoderado, sin permiso del ordinario, vendió el inmueble cuando la abadesa que había concedido el permiso había cesado en el cargo. En lo relativo al segundo punto del esquema que desarrollamos y que es el atinente a la interrogante se formulan las que siguen: ¿se pregunta si la venta era nula? y ¿si las casas se pueden “sacar” de la persona que las posee?. Como desenlace de la consulta tenemos la respuesta en la que se empieza por precisar que la venta fue nula porque una enajenación como la que se hizo requiere licencia

²⁶ A.G.N., *Real Aud.*, fol. 1

²⁷ A.G.N., *Real Aud.*, fol. 7

del prelado superior y, se añade, que si bien es cierto existe algún autor que sostiene lo contrario, sin embargo, esa opinión sólo ha prosperado en lo relativo a las transferencias de esclavos y los muebles, no así para los bienes raíces. Continuando con la absolución se anota que en el caso concreto se trata de la transferencia de unas casas y que las ventas de estos predios están sujetas a un auto expedido por el arzobispo, el mismo que había sido leído años atrás en las comunidades religiosas y en cuyo contenido se prohibía que las abadesas autorizaran estas enajenaciones con “clausula irritante”. Otro punto que aborda la fundamentación de la consulta se endereza a sostener que “las religiones y los religiosos” tienen la calidad de “menor” y por ende antes de toda transferencia de inmuebles debe iniciarse una información de utilidad, proceso que debe concluir con la licencia conferida por el ordinario. Termina el parecer presentando una causal más para apuntalar la nulidad y es la relativa a que si la religiosa no dispuso del predio al momento de su profesión el bien entró dentro del patrimonio del convento y por tanto no podía haber sido transferido por la vendedora²⁸.

Los siguientes manuscritos cuyas sumillas marginales consignan en el primer caso “Compromiso”²⁹ y en el segundo “Obligación en virtud de compromiso” comportan en el fondo un solo asunto litigioso que sacado de la justicia ordinaria fue llevado por los contendientes a la decisión arbitral de los doctores Alonso de Coronado y Ulloa, Gregorio de Rojas y Acevedo y Joseph de los Reyes³⁰. Respecto a los antecedentes, que obran en el primer instrumento, cabe fijar lo siguiente: a).- Diego Pérez de Urdiales y su consorte Isabel de Agüero venden, en 1627, a Juan Carreño 109 fanegadas de tierras en el Valle de Huaura por 19,000 pesos de ocho reales, cantidad que quedó impuesta a censo sobre las citadas tierras. b).- Después de algunos años el sucesor del comprador toma conocimiento que, durante la visita del Juez mensurador, el Oidor y doctor Martín de Arriola, la medida que corrió a cargo de don Francisco de Quiroz arrojó 39 fanegadas faltantes por lo que citado sucesor del adquirente, el sargento mayor Diego de Loza Bravo, Regidor de Los Reyes, planteó demanda contra doña Isabel de Agüero por 12,332 pesos que era el monto en el que apreciaba el menoscabo. c).- Por su lado doña Isabel de Agüero sostenía que “por hallarme viuda y sin persona que me pudiese favorecer para el seguimiento de la dicha demanda” e inducida por la contraria había convenido en

²⁸ A.G.N., *Aud.*, fols. 7 v.- 8.

²⁹ A.G.N., *Protocolos*, Escribano Juan Bautista de Herrera, 1659, fols. 617 – 622 v.

³⁰ A.G.N., *Protocolos*, Idén., fols. 873 – 875 v.

transigir y en consecuencia pactó se rebajasen del principal del censo 3,400 pesos porque la causa de todo había sido el error en la medida³¹. d).- En vista que la incertidumbre respecto a las medidas continuaba se dio comisión al Padre Maestro Fr. Diego Miguel de Salazar para que volviera a calcularlas y fue entonces que el citado regidor presentó un escrito en el que averbaba poseer por entero las 109 fanegadas objeto de la venta, las que consideraba incluidas dentro de las 324 fanegadas de su propiedad; es más, en la diligencia se estableció que la heredad contaba con 1 fanegada y dos tercias de exceso, sobrante que el sargento mayor y propietario se apresuró a componer. e).- Cuando doña Isabel de Agüero se enteró de lo último empezó a alegar que la transacción y el concierto al que fue inducida eran nulos pues para celebrarlos se partió del hecho que existía error en la medida que efectuó el mensurador Francisco de Quiroz, pero, si el actual propietario aceptaba ahora no tener mengua en las fanegadas adquiridas, la lógica consecuencia era el que le devolviera los 3,450 pesos de la transacción, petición que el regidor se negó aceptar rearguyendo que el trato no era nulo. f).- Como la antigua vendedora consideraba que el pacto le había ocasionado una lesión “enorme y enormísima”, que tal arreglo había devenido en indebido y que, había sido “lessa y dagnificada” planteó una demanda de nulidad de transacción arguyendo que el sustento para celebrarla había sido un error en la medida de las tierras, yerro que devino en inexistente, pero que le había ocasionado y le estaba ocasionado lesión en su patrimonio, por lo que el emplazado debía devolverle los 3,450 pesos más los corridos del 5 por ciento de los réditos a contarse desde el 27 de marzo de 1645 hasta el día de efectuado el pago. Pidió, previamente, que la causa se declarase como caso de corte por “notorio” y adjuntó a su libelo los testimonios y recaudos que abonaban sus preces. La Audiencia accedió al pedido previo y declaró la demanda como caso de corte, corrió el traslado correspondiente, y se contestó la demanda. Continuando con el trámite ya la causa se había recibido a prueba con “cierto término” y estaban los autos ante la sala de los oidores. Habiendo llegado la desavenencia a este nivel ambas partes se avinieron a buscar una solución extrajudicial y nos socorremos del manuscrito para establecer los móviles de esa decisión cuando dicen: “deseosos de escusar (sic) el dicho pleito y las muchas costas y gastos que de seguirlos se pueden recrecer considerando que sus fines son dudosos y grandes los disgustos y por conservar la paz y amistad...” habían decidido extender una escritura de compromiso, transac-

³¹ Para esta parte había sido el error en la medida la causa por la que ella se avino a reconocer el menoscabo sufrido por el comprador. Cf. *A.G.N., Protocolos*, Idén., fol. 617 v.

ción y concierto por medio de la cual otorgaban sus poderes a los doctores don Alonso de Coronado y Ulloa, Catedrático de Prima de Leyes “en esta Real Universidad” y a don Gregorio de Roxas (sic), Catedrático de Instituta de la misma casa, ambos abogados de la Real Audiencia, con el fin que “vean el dicho pleito”, es decir “traten, confieran y dispongan entre sí en mejor modo y forma más conveniente para la liquidación y determinación del dicho pleito... en razón de lo cual guardando e no la forma de derecho adbitrando y componiendo, como amigables componedores, resolverán y determinarán lo que les pareciere de tal manera que dirán que cantidad de pesos nos debemos pagar...”, agregando “si los dichos doctores... discordasen en todo o en parte nombramos por tercero en este caso al Dr. Don Joseph de los Reyes Cathedratico de Decreto de dicha Real Universidad y Abogado de...”. La segunda pieza documental trae insertas las opiniones discordantes de los Dres. Coronado y Rojas y se hace el llamado al tercero como dirimente. Nos interesa por ahora conocer la opinión del doctor Coronado, datada en Los Reyes a 8 de julio de 1659; parecer que se sustenta en los siguientes puntos: 1.- la calidad de Quiroz como el mejor perito del “Reyno”, gran conocedor de la geografía quién encontró las 39 fanegadas faltantes (8 las declaró por vacas y las 31 que faltaban en realidad); 2.- que ninguna de las medidas causa certeza; 3.- que no se ha probado dolo ni fraude en la transacción; 4.- que la transacción se sustenta en la duda que emerge de ambas medidas, lo que hace que el pacto se mantenga válido; 5.- que si se anula la transacción se tendrá que proseguir el pleito antiguo; 6.- que de la duda de la medida han salido varios pareceres, por ejemplo la mensura de Carlos Arias que es sobre la totalidad de tierras; 7.- que tanta incertidumbre sólo conduce a un nuevo proceso donde volverá a ordenarse remedir; 8.- que por excusar estas dudas, costas y gastos: decide obligando al sargento mayor Diego de Loza Bravo para que pague a doña Isabel de Agüero la suma de 1,500 pesos y con ello pone silencio perpetuo entre ellos. Traemos a colación la opinión discordante del Dr. Rojas Acevedo porque nos permite contrastar los puntos de vista de estos dos juristas; la misma se sostiene en cuatro puntos, a saber: 1.- que en el término concedido por las partes para determinar la diferencia no es posible que reconocida la medida se resuelva sobre ella; 2.- que es un hecho que el sargento mayor Loza Bravo se valió de los títulos de doña Isabel de Agüero para que se le enterasen las tierras vía composición; 3.- que la última remedida se hizo con el fin de justificar las anteriores y en esta misma línea apunta que se presume que el comprador aceptó todas las mensuras anteriores a la efectuada en la visita del oidor Arriola; 5.- que llama la atención que Diego Loza Bravo “y sus autores” han poseído “por tan largo tiempo” sin reconocer el faltante no

siendo verosímil que en “cien fanegadas no echase menos treinta y una”. Por estas razones el discordante decide condenar al dicho sargento mayor Diego Loza Bravo para que pague a doña Isabel de Aguero 2,500 pesos de ocho reales y con esta decisión pone perpetuo silencio entre las partes³².

Toca ahora referirnos al último documento de este pequeño elenco de participaciones forenses, suscrita en Los Reyes a 11 de septiembre de 1660 y donde encontramos al Dr. Coronado que en el ejercicio libre de la abogacía nuevamente actúa como albacea y tenedor de bienes de la monja clarisa doña Catalina de Adaro y San Martín³³. Tan sólo a manera de introito debemos indicar que el encargo que desempeñaba se debía a la nominación que, en su momento, le hiciera el provisor de la metropolitana limeña Dr. D. Martín de Velasco y Molina. Dando cuenta de su gestión el albacea nos indica que, primer término, cobró del Padre Diego Francisco Coronado, de la Compañía de Jesús, en su calidad de Procurador del Colegio San Pablo la suma de 6,318 pesos y 4 reales, cantidad que se distribuía de la siguiente manera: 5,450 que quedaron en poder del albacea; 500 pesos que fue el precio de un negro esclavo que se dejó al Convento de Santa Clara y el resto que fue el monto de los intereses que se entregaron a doña María Magdalena Vélez Roldán en su calidad de abadesa de ese cenobio. En un apartado nuestro jurista precisa que recibió de Juan de Aguilar “de lo que traxo del Reino de Chile” de las resultas de un pleito que se tramitaba ante Juan Francisco Pineda, escribano público de “esa ciudad”; la suma de 3,475 pesos y 6 reales, cantidad de la que se hizo cargo. A lo anterior se agregaban unos 400 pesos, producto de unas “adiciones” que también pagó el referido Juan de Aguilar. Siguen en esta relación 200 pesos de la venta de una negra vieja llamada Dominga que, con la venia de la referida madre abadesa, se vendió al Maestro y Pbro. Juan de León. Se precisa que toda la suma montaba 9,525 pesos y 6 reales y se deja constancia que el tantas veces citado Aguilar también le había entregado unos papeles de las acreencias que a favor de la religiosa quedaban en Chile, pero que eran no susceptibles de ser honrados por tener los deudores la calidad de fallidos³⁴.

³² Para las decisiones discordantes Cf. *A.G.N., Protocolos*, Idén., fols. 873 v. - 874 v. y 874 v. - 875.

³³ *A.G.N., Protocolos*, Esc. Francisco Muñoz, 1660 – 1663, fols. 276 – 276 v.

³⁴ El poder para asumir el albaceazgo había sido conferido por el Ilmo. Dr. Martín de Velasco y Molina, Obispo de La Paz en 1658 y don Alonso de Coronado concluyó el inventario de bienes en setiembre de 1660, fecha en la que escrituró su actuación. Cf. Idén.

LA IMAGEN SOCIAL DEL ABOGADO EN EL TRÁNSITO DEL DERECHO
PREMIAL AL ORDEN LEGISLATIVO DE LA MONARQUÍA MODERNA

THE SOCIAL IMAGE OF THE LAWYER IN THE TRANSIT OF PRIZE
LAW RIGHT TO THE LEGISLATIVE AGENDA OF THE MODERN
MONARCHY

ALBERTO DAVID LEIVA
UCA-CONICET (Argentina)
albertodavidleiva@gmail.com

Resumen: Al producirse la colonización del Nuevo Mundo, los prejuicios contra los abogados, acuñados en la Baja Edad Media fueron automáticamente reutilizados; aunque enriquecidos con la experiencia local. No es de extrañar que existiesen entre los beneméritos personas muy interesadas en presentar al abogado como un perturbador de la sociedad, una persona conflictiva, dedicada a generar problemas, más que a solucionar conflictos. En la segunda mitad del siglo XVI, a partir del reinado de Felipe II, los abogados representantes del grupo social de burócratas educados, finalmente desplazaron a la alta nobleza en el servicio de la monarquía española.

Palabras clave: siglo XVI, beneméritos, imagen social, abogado, derecho premial, monarquía moderna.

Abstract: During the colonization of the New World, the prejudice against lawyers, generated in the late Middle Ages, enhanced with local experiences, were automatically reused. It is not surprising that some people were quite eager to portray lawyers as socially disruptive to troubled individuals, dedicated to creating problems, rather than resolve disputes. In the second half of the 16th century, during the reign of Felipe II, lawyers representing the social group of educated bureaucrats, finally replaced to the high nobility in the service of the Spanish monarchy.

Keywords: 16th century, benemeritos, social image, lawyer, prize law, modern monarchy.

Sumario: 1. Introducción. 2. La subsistencia del derecho premial en la mentalidad de los conquistadores y beneméritos. 3. El impacto de la profesión jurídica en el imaginario popular: La demonización de los letrados y abogados. 4. El ocaso del derecho premial.

1. Introducción

La investigación que da origen a este trabajo constituye una invitación a profundizar en el estudio del papel de los letrados y abogados en la construcción del régimen indiano.

Aclaro que el uso de la expresión “tránsito”, alude a la convicción de que dos órdenes jurídicos pueden ser contemporáneos, mientras compiten por la supremacía, merced a la vigencia social de las vivencias colectivas del derecho.

Preciso también que utilizo la expresión Derecho Premial, retomando una terminología propuesta hace años por el distinguido estudioso chileno D. Luis Lira Montt; y me veo obligado a puntualizar esto, por cuanto desde los años setenta del siglo pasado, especialmente en Italia y algunas naciones sudamericanas, la doctrina viene usando la expresión “Derecho Premial” para designar una serie de medidas de política criminal, básicamente consistente en beneficios dispensados a delincuentes colaboradores de la Justicia en calidad de arrepentidos; concediéndoles sobre todo rebajas de pena, en temas tales como tráfico de drogas, lavado de dinero, corrupción administrativa y terrorismo¹.

Tuve oportunidad de ocuparme por primera vez de este tema en 1982, hace 44 años, en un trabajo parcial, referido a la presencia del régimen señorial y transición al Derecho moderno en los inicios de la colonización del Río de la Plata, publicado en la Revista de Historia de América, editada en México.

En esta oportunidad, busco resignificar el papel que desempeñaron los operadores jurídicos, en la situación de tránsito del derecho premial al orden legislativo que fue instalando en América la corona castellana.

Frente al cambio que provocó desde sus inicios la empresa americana en la política legislativa de la corona, la actuación de los letrados; lejos de asumir un papel central y decisivo, se limitó en buena medida a jugar el simple rol de escolta de fuerzas superiores originantes de la conversión.

2. La subsistencia del derecho premial en la mentalidad de los conquistadores y beneméritos

De acuerdo al primitivo diseño organizativo de la sociedad indiana, las primeras gobernaciones tuvieron un origen previamente convenido, lo mismo

¹ Un caso similar, quizás aún más dramático, se viene dando con el uso de la expresión “redes sociales”, que los historiadores seguimos utilizando, y que ahora mayormente evoca a sitios de Internet creados para facilitar las relaciones entre usuarios.

sucedió con los corregimientos y los pueblos de españoles, que se fundaron cumplimentando lo estipulado en las capitulaciones.

El reconocimiento jurídico de los actos meritorios a favor de la Corona, articulado en lo que ahora denominamos “Derecho Premial”, proponía una estructura de recompensas para el proceder heroico, noble o benéfico de los vasallos en virtud de una formulación claramente expresada. Detrás de esperanzadores premios y alentando expectativas señoriales, los vasallos partían a las Indias a servir a Dios y al rey.

Así como los derechos reconocidos al vasallo se originaban en una contraprestación previamente estipulada, el compromiso contractual entre la Corona y el conquistador, plasmado en las capitulaciones, incluía el derecho a recibir una recompensa en caso de que la empresa resultara exitosa.

Si bien bajo su aspecto contractual las capitulaciones se manifiestan como convenciones que generaron obligaciones recíprocas legalmente exigibles, la Corona, que muy raras veces ayudó materialmente a los conquistadores, solía estipular el cumplimiento de lo prometido por aquellos, como condición previa a su propio cumplimiento, el que por otra parte, nunca se pudo conseguir de inmediato. Desde Colón en adelante, todos los que habían capitulado se vieron forzados a suplicar al rey el cumplimiento de las mercedes prometidas, comprobando que en la práctica las capitulaciones contenían muchas obligaciones fácilmente exigibles al mandatario y difícilmente exigibles al mandante. Como contrapartida, tampoco pudo el rey obtener un estricto cumplimiento de las cláusulas a cargo de sus súbditos. Como ha hecho notar J.A. de Armas Chitty, “ya en América, el expedicionario, que muchas veces ni siquiera conocía el derecho que le asistía, se modificaba sociológicamente, se sentía centro de todo”².

Hay una relación directa entre las aspiraciones señoriales en la primera generación de la conquista y la vitalidad del derecho premial. En Castilla los títulos todavía eran focos de resistencia a la unidad política española, y el rey optó por retenerlos en su persona para evitar efectos disgregantes; pero en el Nuevo Mundo los beneméritos seguían abrigando esperanzas en la obtención de “feudos”, “señoríos” y “vasallos a perpetuidad”, de manera que durante los primeros años del siglo XVI, evocando el precedente inmediato de las Islas Canarias, la Corona se abocó a ir ajustando de manera progresiva la clase de premio conferido a los conquistadores. Resistidas las pretensiones señoriales,

² J.A. DE ARMAS CHITTY. *Influencia de algunas capitulaciones en la geografía de Venezuela*, Caracas, Instituto de Antropología e Historia, Facultad de humanidades y educación, Universidad Central de Venezuela, 1967, p. 21.

la recompensa se orientó con más facilidad al reconocimiento de los bienes obtenidos por conquista militar, a la concesión de encomiendas, de tierras y de cargos públicos.

Desde un principio, la subsistencia del derecho premial fue argüida sin descanso por los colonizadores, beneméritos y vecinos feudatarios, pero la consagración del derecho señorial que supone el uso de las capitulaciones marcó, paradójicamente, el momento de mayor auge de la tendencia por la que los reyes se afirmaban en la creación del estado moderno, designando autoridades indianas en actos de gobierno distintos del acuerdo con sus vasallos.

Aún sin adoptar un enfoque conflictualista, cabe concebir a la sociedad indiana como un conjunto de relaciones de consenso, comunitarias, societarias, conflictuales y hasta de dominación, que vinculan entre sí a un conjunto de grupos con intereses diferentes, comprometido en conflictos persistentes, y evidencia una mentalidad jurídica que constituyó también el trasfondo de muchas luchas entre facciones de conquistadores, o directamente con la Corona; como en el caso de los famosos pleitos entablados por los herederos de Colón en defensa de los privilegios estipulados con el rey.

El sistema premial utilizado en Indias por la Monarquía respecto de las huestes conquistadoras no fue igualitario, considerándose diferencias en el otorgamiento de peonías o caballerías, de acuerdo a los merecimientos de cada cual. Comprendía no sólo las mercedes de tierras urbanas o rurales, aguas, minas, encomiendas de indígenas y otros repartimientos, sino también la concesión de oficios y cargos a los conquistadores y beneméritos, materia en que los abogados se presentaron, desde el primer momento, como claros competidores.

La subsistencia del derecho premial explica de modo más profundo el persistente enfrentamiento entre autoridades indianas y letrados, que el simple estudio de la personalidad de los implicados en cada circunstancia y, sobre todo, proporciona una explicación esencial para la intelección de la conocida competencia entre los hombres de toga y los de capa y espada en la lucha por ganarse el favor de los reyes y de la sociedad.

3. El impacto de la profesión jurídica en el imaginario popular: La demonización de los letrados y abogados

Es sabido que desde el siglo XIV se instaló en Europa una corriente hostil a la proliferación de los letrados, pero –cabe puntualizar– en el caso indiano,

esta animosidad esconde los reiterados desencuentros entre la Corona y los vasallos americanos, que al sentirse recompensados con tacañería, veían con frecuencia insatisfechas sus aspiraciones, por lo que –siglos después– se ha llegado a decir que la emancipación americana del siglo XIX, fue el último y definitivo quebrantamiento del pacto entre el rey y sus vasallos afincados en América.

Al producirse la colonización del Nuevo Mundo, los prejuicios contra los abogados, acuñados en la Baja Edad Media fueron automáticamente reutilizados; aunque enriquecidos con la experiencia local. No es de extrañar que existiesen entre los beneméritos personas muy interesadas en presentar al abogado como un perturbador de la sociedad, una persona conflictiva, dedicada a generar problemas, más que a solucionar conflictos

Como a los abogados se les consideraba casi “maliciosos” por naturaleza, a pedido de los colonizadores, les fue progresivamente prohibido que embarcaran en Sevilla o en Sanlúcar de Barrameda con destino a las Indias. En 1507 el almirante y virrey Diego Colón se quejaba amargamente al rey Fernando el Católico por la conducta de los abogados que llegaban a la isla La Española, fomentando la discordia entre los vecinos y sobrecargando la incipiente maquinaria judicial. Como respuesta, el mismo rey, por Real Cédula del 14 de noviembre de 1509, instruyó a la casa de la contratación de Sevilla para exigirles limpieza de sangre y permiso real, lo que por cierto no impidió la inmigración ilegal, por lo que se arribó a la prohibición general de inmigración a todos los letrados.

En 1513 los vecinos fundadores de Tierra Firme pidieron al rey que bajo cualquier concepto impidiese el ingreso de letrados.

El 6 de septiembre de 1521, en RC dirigida al gobernador y justicias de Cuba, la Corona dispuso que no ingresaran abogados ni procuradores, ya que “a causa de haber en la dicha isla muchos procuradores y abogados, ha habido y hay en ella muchos pleitos y cuestiones y los vecinos y moradores viven en necesidad y están muy gastados y adeudados y que es total destrucción y perdimiento de ellos”³.

Lo mismo sucedió en 1528 en el México conquistado por Hernán Cortés, y también en la capitulación firmada el 26 de julio de 1529 por Isabel de Portugal reina consorte de Castilla, con Pizarro y Almagro para emprender la colonización de Perú. En este caso, haciendo suyos los argumentos de los

³ *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*. Madrid, 1953 V I. pág.72

nuevos adelantados, el rey reiteró la prohibición⁴, y se justificó en que los letrados y los procuradores de causas “alientan muchos pleytos y debates”⁵.

Las Leyes Nuevas de 1542 mandaban a las autoridades locales que prefirieran en la provisión de los corregimientos y otros aprovechamientos “cualesquier a los primeros conquistadores”, extendiéndose luego la disposición a los beneméritos.

Paralelamente se mantenía vigorosa la desaprobación social hacia los abogados. Aunque no reflejaba fielmente individuos reales, servía como pretexto cada vez que un abogado caía, con Justicia o sin ella, bajo el poder de las autoridades indianas. En los primeros años de la conquista de Chile, el consequro de Juan de Matienzo, Francisco de Aguirre, que dio nombre a Santiago del Estero, la más antigua ciudad argentina (1553), mandó cortar la nariz, acuchillar y apalear al licenciado Antonio de las Peñas por haber fallado en su contra en un arbitraje. Antonio de las Peñas, cabe recordar, fue el primer letrado en llegar a Chile, acompañando a Pedro de Valdivia, en 1549⁶.

Por lo general, los Adelantados y sus huestes, claramente adscriptos al agonizante orden feudal, resistían la presencia de los letrados, a los que identificaban con claridad como representantes del derecho de la Corona. En el Río de la Plata en 1540 y 1570, los adelantados Alvar Núñez Cabeza de Vaca y Juan Ortiz de Zárate, consiguieron que el rey prohibiera la llegada de abogados y procuradores por el plazo de diez años.

Pese a que las capitulaciones, enmarcadas en el derecho señorial, incluían muchas veces la promesa real de prohibir el paso de abogados o procuradores –operadores de un orden legislado basado en el *Ius Commune* y en el Derecho Real– inevitablemente llegaron a Indias, junto con las huestes los primeros letrados. En Lima, hacia 1540, ya había una comunidad de abogados y letrados, a pesar de la vigencia de la prohibición de 1529.

Los conflictos se fueron reeditando conjuntamente con el avance de la colonización. En el mismo virreinato, diecisiete años después, en la mañana del 22 de octubre de 1613, el regidor Miguel del Corro informaba al Cabildo de Buenos Aires sobre la inminente llegada a la ciudad de tres abogados: Diego Fernández de Andrada, José de Fuensalida y Meneses y Gabriel Sánchez de Ojeda. En la misma sesión, con el voto del mismo del Corro, Domingo Griveo,

⁴ *Cedulario del Perú siglos XVI.XVII y XVIII*. Lima 1944, Vol. I. Pág. 50.

⁵ Conf.: VÍCTOR URIBE URAN, *Vidas honorables: abogados, familia y política en Colombia, 1780-1850*, Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2008.

⁶ Conf. JAVIER GONZÁLEZ ECHENIQUE, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1954, p. 311 y ss.

Felipe Navarro, y el escribano Cristóbal Remón, el cuerpo capitular resolvió prohibirles la entrada a la ciudad.

Fernández de Andrada era oriundo de Santiago del Estero; Fuensalida vivía en Córdoba y Sánchez de Ojeda provenía de Chile. Los dos últimos ya habían actuado en Buenos Aires. Fuensalida fue en 1618 teniente de gobernador en Córdoba. Gabriel Sánchez de Ojeda, nacido en Chile en 1571 y afincado primero en Santa Fe, llegó a Buenos Aires atraído por el inusitado movimiento comercial y los juicios derivados del comercio de negros. Aunque no parece que cultivaran ninguna relación entre sí, los tres fueron rechazados en un mismo momento.

En realidad, eran tiempos en que el contrabando parecía necesario para atraer la prosperidad a Buenos Aires. Violando expresas disposiciones, el gobernador Diego Marín de Negrón visitaba los navíos de arribada antes que los oficiales reales, para concretar negocios; y tras su ejemplo se encolumnaba el resto de las autoridades porteñas, que no deseaban que estos tres hombres se inmiscuyeran en los turbios negocios que llevaban adelante.

Dos años después, las cosas tomaron un cauce normal cuando el criollo asunceño Hernando Arias de Saavedra se hizo cargo por cuarta vez de la gobernación. Hizo un sumario de 8000 fojas para investigar el proceder tanto del gobernador interino Mateo Leal de Ayala, que ocupó el cargo desde la muerte de Diego Marín de Negrón, como del tesorero real Simón de Valdez, el alcalde ordinario Juan de Vergara y un riquísimo portugués Diego de Vega, del que resultaron todos acusados ante el Consejo de Indias por:

...haberse atrevido...para que no entrasen letrados, ni fueran recibidos en dicha ciudad y que si entrase alguno o algunos fuesen echados y desterrados...siendo como las letras son después de la Fe católica y religiosa cristiana lo más importante que hay que mas incite a la virtud y a la justicia.

También hubo algunos abogados que actuaron como conquistadores: Víctor Uribe Uran menciona 11 abogados que actuaron en la conquista de la Nueva Granada entre 1500 y 1550. Uno de ellos, Gonzalo Jiménez de Quesada, fue fundador de Bogotá, y debió enfrentar los litigios de otro abogado, Fernández Gallego⁷.

Se podría decir que la transición finaliza con el siglo XVI, al consolidarse la posición de los letrados en la vida administrativa y política de las ciudades indianas.

⁷ URIBE, 2008, pp. 19-21.

Un caso temprano se dio en Lima en 1538, cuando el Cabildo, preocupado por la multiplicidad de pleitos y diferencias que había en la ciudad de los reyes, decidió que era indispensable la intervención de abogados y procuradores en los litigios, nombrando por pregones en la plaza pública a dos defensores, don Alonso de Navarrete y don Pedro de Avendaño.

En Buenos Aires se ganó la estima general de los vecinos el Licenciado Fernando de la Horta, portugués, que había llegado al nuevo continente en 1555 integrando la expedición de Doña Mencía Calderón de Sanabria -la famosa Adelantada- y estaba matriculado ante la Audiencia de Charcas. Después de ejercer durante años la tarea de pedir justicia, murió en Buenos Aires el 3 de abril de 1606 y fue enterrado en la primera iglesia de San Francisco, que se edificó a principios del siglo XVII.

4. El ocaso del derecho premial

Desde muy antiguo los reyes castellanos tenían asesores letrados formados en el *ius commune* que cooperaban junto con algunos nobles en el engrandecimiento de la monarquía; pero al producirse la consolidación de la presencia castellana en Indias gracias a la hueste, se hizo necesario ir instalando cada vez más instituciones. Se aceleró entonces también el ascenso de los letrados a las cercanías del poder real y a la integración de sus consejos, en detrimento de los hombres de capa y espada.

Los modelos de comportamiento basados en un orden contractual entre el señor y sus vasallos nunca encontraron apoyo en la literatura jurídica, dominada por la presencia del derecho real. En los ambientes universitarios tuvieron amplia difusión las expresiones doctrinarias del *ius commune*, en tanto que la muy escasa literatura jurídica producida por el derecho premial, ya en retirada, fue desconceptuada por los lectores universitarios, que comenzaron a presentarla como una preocupación necia e inútil y hasta llegaron a vincularla con las ficciones literarias. Esta tendencia se consolidó cuando los frutos de la tipografía se hicieron cotidianos y hasta vulgares, generalizándose la demonización de la abogacía gracias a la ayuda de la literatura más leída, que insistía en acusar genéricamente a los abogados de alimentar los litigios artificialmente y en que ellos eran los únicos que obtenían beneficios de los juicios.

Francisco de Quevedo, escritor que siempre cosechó grandes éxitos de atención, se ocupó varias veces del perjuicio que estaban produciendo a la

sociedad los malos abogados recreando imágenes que en muchos casos siguen integrando el ficcionario. En el tercero de sus sueños, el “Sueño del Infierno”, publicado por primera vez en 1627, evoca al “batallón de los doctores a quienes nueva elocuencia llama ponzoñas graduadas, pues se sabe que en sus universidades se estudian para tósigos” y los califica de “sabandijas infernales”. En el último sueño, el sueño de la muerte establece una relación de causalidad entre la perniciosidad de los letrados y los cohechos y problemas que ellos estaban produciendo⁸.

Esa crítica social, recogida no sólo en la literatura, sino también en el teatro, en la correspondencia administrativa y en los proyectos arbitristas de la época, considera a la figura del abogado como un símbolo, una abstracción fuertemente convencionalizada, sin presentar ninguna inculpación personal dirigida a un individuo concreto.

Frente a esas críticas se originó, en el mismo siglo XVI, una literatura de afirmación profesional, escrita generalmente por juristas que sostenían la importancia social de la abogacía, en tanto que los modelos de comportamiento basados en un orden contractual acordado entre el señor y sus vasallos, ya en retirada, no encontraron apoyo en la literatura jurídica, dominada por la presencia del *ius commune* y el derecho real que manejaban los letrados. La existencia del *ius commune*, formulado en el ámbito universitario conllevó el uso de un creciente tecnicismo, comprometido con la utilización de términos y definiciones fuera del alcance de quienes no hubiesen pasado por las aulas.

Independientemente de que las dos corrientes siguieron haciendo su propio camino, desde fines del siglo XVI, fueron los mismos letrados los que empezaron a exaltar sus virtudes en las informaciones de méritos y servicios a la corona, presentándose como “gente prudente y cristiana” “necesaria y grave para la república”, y haciendo una distinción entre los “malos” y los “buenos abogados”, en la que los primeros tendrían todos los vicios que los estereotipos y la crítica social atribuían en años anteriores a los hombres de leyes.

Aunque esta literatura de afirmación profesional tenía sus orígenes en el siglo XVI, alcanzó sus expresiones más maduras entre 1620 y 1680. Las connotaciones negativas hacia los abogados, tan frecuentes en el siglo XVI, empezaron a ser contrastadas y cuestionadas con una imagen positiva, escrita por los letrados, que privilegiaba sus virtudes y sus contribuciones al ‘buen gobierno’.

⁸ FRANCISCO DE QUEVEDO Y VILLEGAS, *El sueño del infierno*, México, Edición 2006, p. 6.

Aquellos letrados no provenían de la nobleza. Estaban tan lejos de los hombres de capa y espada como de las capas inferiores de la sociedad. Integraban una burguesía que siempre había sido aliada de los reyes y eran por lo general hijos de hidalgos; respetables y respetados estratos medios de la sociedad.

En la segunda mitad del siglo XVI, a partir del reinado de Felipe II, los abogados representantes del grupo social de burócratas educados, finalmente desplazaron a la alta nobleza en el servicio de la monarquía española.

El Oidor de Charcas, Juan de Matienzo, en su *Diálogo entre Abogados y Relatores*⁹, reflejando con claridad esta circunstancia, miraba con verdadera desconfianza el gobierno de los hombres de capa y espada, considerando que los mejores administradores del Perú habían sido los letrados; porque, a diferencia de los nobles, mostraban mayor fidelidad a la corona que a sus propios linajes familiares, de manera que el gobernante ideal, a su juicio, debería ser el virrey-letrado que no integrase la aristocracia de sangre¹⁰.

Después cambiaron tanto las cosas que, ya en pleno siglo XVII, el doctor Diego de Orozco se consideraba públicamente ofendido y presentaba quere-lla, en noviembre de 1629, contra el oidor de la Audiencia de Lima Juan de Loaysa Calderón, quien lo calificó, sin nombrarlo, como uno de los abogados que no sirven sino para enredar y enmarañar los pleitos. Al hacerlo, Orozco no solamente defendía su honor personal, sino la relevancia social y la dignidad de la tarea de pedir Justicia.

Pasando de los signos al significado, y entrando en lo historiable, se advierte que para entonces se había cruzado finalmente la frontera, dejando atrás el derecho premial, y la vida jurídica transitaba decididamente, con paso firme, por el orden jurídico legislado por la Corona.

⁹ JUAN MATIENZO, *Dialogus Relatoris et Advocati Pintiani Senatus*, etc., Pintiae Excudebat Sebastianus Martinez, 1558. Hay ediciones de 1604 y 1618 y otra alemana de 1623. Me he valido de la traducción del texto latino realizada por el Prof. Dr. Hugo José Garavelli sobre un ejemplar de la primera edición, que fue adquirido por el Colegio de la Compañía de Jesús en 1561 y actualmente integra el acervo de la Biblioteca de la Universidad de Granada.

¹⁰ ALBERTO DAVID LEIVA, “La profesión legal en la obra de Juan de Matienzo (1520-1579)”;

HIPOTECA DE ESCLAVOS. GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS
ENTRE DERECHO INDIANO Y LEGISLACIÓN ULTRAMARINA

CHATTEL MORTGAGE OF SLAVES. SECURITY INTERESTS
IN SPANISH COLONIAL LAW IN AMERICA

FERNANDO MARTÍNEZ PÉREZ

Universidad Autónoma de Madrid (España)

fernando.martinez@uam.es

Resumen: Este trabajo trata de rebatir la tesis sobre el origen decimonónico, industrial y norteamericano de la moderna hipoteca mobiliaria. En el espacio colonial caribeño del siglo XVIII, el esclavo era un bien mueble, pero menos perecedero que otros, más versátil en su aprovechamiento e, incluso, de mayor valor que la tierra. Por estas razones se reguló la hipoteca de esclavos, incluso en contra de algunas tradiciones jurídicas, como la francesa. Se analizará este mismo problema en el derecho indiano, especialmente en el territorio de Luisiana y de Cuba. Sin embargo, la metrópoli española negó esta posibilidad a mediados del siglo XIX, porque la hipoteca tuvo, solo entonces, un sentido exclusiva y naturalmente inmobiliario.

Palabras clave: hipoteca mobiliaria, Esclavos, Historia del Derecho ibero-americano, Historia del Derecho Privado, Derecho comparado, siglos XVIII- XIX.

Abstract: The purpose of this study is to refute the claim that the origin of the modern chattel mortgage must be found in the industrialized Northern America of the 19th century. In the 18th century, in the colonial Caribbean area, slaves were considered chattels or movable assets. They were viewed as less perishable and more versatile than other goods and were even considered more valuable than land. These reasons explain the decision of certain territories to regulate the chattel mortgage on slaves even against some legal traditions, like the French one. This article focuses on the study of the Spanish colonial law in America on this issue, particularly in the territories of Louisiana and Cuba. As we shall see, however, the Spanish metropolis rejected the possibility of obtaining a chattel mortgage of slaves in the middle of the 19th century, because the mortgage was only then considered a purely and exclusively real estate security.

Keywords: chattel mortgage, slaves, Ibero American Legal History, History of Private Law, Comparative Law, 18th-19th centuries.

* Este trabajo es resultado de los proyectos HICOES VI (DER2014-56291-c3-1p) y “Garantías mobiliarias en España y Latinoamérica. Presente y futuro”, UAM CEAL2015-14.

Sumario: 1. Introducción. 2. Hipoteca de esclavos en colonias inglesas y francesas. 3. Hipotecas sobre muebles en derecho castellano indiano. 4. La hipoteca de esclavos en la Luisiana española. 5. El código civil de Luisiana. 6. La “impropia” hipoteca de esclavos en la legislación ultramarina.

1. Introducción

“Hasta principios del siglo XIX las únicas figuras de garantía que se conocían en nuestro sistema jurídico eran la hipoteca sobre la propiedad inmueble y la prenda de muebles. Las garantías reales sobre bienes muebles que permanecían en la posesión del prestatario durante el plazo del préstamo eran desconocidas”¹.

Con esta afirmación Gilmore comenzaba en 1965 el capítulo dedicado a la hipoteca mobiliaria de su obra sobre garantías reales. Este autor ha pasado a la historia del derecho norteamericano como el arquitecto del art. 9º del Código uniforme de comercio estadounidense. El precepto era la respuesta a una evolución de derecho de garantías mobiliarias, que se había complicado enormemente desde los principios del siglo XIX, hasta el punto de resultar algo intolerable. Esta evolución era decimonónica, pues se hallaba ligada a un proceso de industrialización; y era particular de Estados Unidos, pues la británica no había alcanzado tal grado de complejidad².

Sin embargo, la preocupación histórica de Gilmore no entraba en grandes detalles. Bastaba con recordar que, a principios del siglo XIX, la presunción fraudulenta de la garantía mobiliaria sin desplazamiento de la posesión conformaba un principio incontrovertible del *common law*. Era una regla reconocida que había estado presente en esta experiencia jurídica anglosajona desde la decisión del caso *Twyne* en 1601. La tesis de Gilmore consistía en afirmar que solo la anotación de dichas operaciones en los registros públicos organizados por las leyes sobre hipotecas mobiliarias aprobadas a partir de 1820 en los estados del norte y la Costa Este podía servir para deshacer dicha presunción³.

Esta imagen de una genealogía decimonónica, estrictamente estadounidense y, para más señas, norteaña, de la contemporánea hipoteca mobiliaria se refuerza hoy en día porque pasa por alto la existencia histórica de figuras

¹ Grant GILMORE, *Secured interest in personal property*, Boston, 1965 (fac. New Jersey, 1999), I., p. 24.

² *Ibid.* p. 25.

³ En el mismo sentido, cfr. Edward A. TOMLINSON, *Security for a Commercial Loan: Historical & International Perspectives*, 23 *Mariland Journal of International Law*, nº 77 (1999), pp. 87-88.

semejantes en otros grandes órdenes jurídicos continentales, a pesar de que la hipoteca sobre bienes muebles fuera común en el origen romano o medieval de estos otros derechos.

A esta última afirmación se podrá objetar que, como es de sobra conocido, a partir del siglo XVII el derecho común moderno habría cancelado la posibilidad de una hipoteca mobiliaria en gran parte de Europa. De manera que el rechazo en la tradición jurídica del *common law* a las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión sería un ejemplo añadido del reconocimiento del principio *mobilia non habet sequelam*, que venía afirmándose en la experiencia jurídica continental.

En efecto, y por lo que respecta a los países que terminaron modelando su derecho civil conforme a los postulados del derecho continental de matriz napoleónica, la jurisprudencia francesa de la Edad Moderna ya habría construido esta imagen de la inexistencia de una hipoteca sobre bienes muebles⁴. El origen de este principio se ligó a la desconfianza general sobre la constitución de garantías reales sobre muebles sin desplazamiento de la posesión hacia el acreedor. Este principio terminó por naturalizar doctrinalmente las figuras de garantía admitidas. Estas iban, desde entonces, a depender del tipo de bien, y no del hecho de su desplazamiento posesorio: prenda para los muebles e hipoteca para los inmuebles. Como es sabido, esta fue la solución que se extendió en la experiencia jurídica contemporánea continental y latinoamericana a partir de lo establecido en el *Code civil* francés de 1804.

La autoridad de Gilmore ha podido dar lugar a que se haya mantenido este paradigma historiográfico sobre el origen de las garantías mobiliarias en

⁴ Sobre la formación histórica del sistema hipotecario francés puede acudirse a Margarita SERNA VALLEJO “La formación histórica del régimen hipotecario francés o mixto” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y Registral*, 634 (1996), pp. 943-1022. Útil para una visión de conjunto, este trabajo no se refiere, salvo lo que podemos extraer de alguna mención aislada, a la posible continuidad de una posible hipoteca mobiliaria, ni a la dimensión colonial de este régimen francés donde más podía propiciarse esta posibilidad. El trabajo de Antonio JORDÁ, “*Itinera hypothecae*: notas sobre los orígenes de la hipoteca y su evolución hasta la codificación”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 22 (2010), pp. 193-210, no supera, en esta parte, el estudio de Serna. Más recientemente da cuenta de la posibilidad moderna, y la recuperación contemporánea, de la hipoteca mobiliaria en el derecho francés, Alejandro GUZMÁN BRITO, “La pérdida del concepto romano de hipoteca mobiliaria en los derechos moderno y codificado y su recuperación a lo largo de los siglos XIX y XX con especial referencia al caso de Francia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*, Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009, pp. 103-148.

Norteamérica y, a partir de allí, en todo el mundo. Hoy en día no pueden sostenerse de una manera tan contundente, los presupuestos de los que partía este autor porque vienen siendo discutidos por la propia historiografía anglosajona⁵. Uno de los argumentos para cuestionar esta imagen consiste en examinar con más cuidado ese contexto norteamericano que, se supone, motivó la aparición actual de esta figura. Porque ese contexto fue más colonial que decimonónico; más agrario que industrial o fabril; más sureño que norteño. En realidad, fue caribeño.

Fue sureño y caribeño porque tuvo mucho que ver con la utilización del esclavo como bien mueble susceptible de convertirse en garantía real sin desplazamiento. El esclavo era bien menos perecedero que otros muebles, más versátil en su aprovechamiento, más identificable, de varias formas fructífero y, en aquel espacio, en ocasiones de mayor valor que la tierra. Por tanto era uno de los mejores bienes para garantizar una deuda. Si el contexto fue caribeño, los orígenes de la actual hipoteca mobiliaria ya no pueden ser solo anglosajones y menos aún solo norteamericanos. Objeto principal de este trabajo es dar cuenta de cómo los órdenes y tradiciones jurídicos continentales francés e hispano, que regían en ese mismo Caribe de Antiguo Régimen, tuvieron que enfrentar este mismo fenómeno⁶.

2. Hipoteca de esclavos en colonias inglesas y francesas.

G.L. Flint ha mostrado, cómo en el escenario colonial británico de los dominios ingleses en la costa este de Norteamérica y las islas caribeñas, proliferaron entre finales del siglo XVII y mediados del XVIII unas disposiciones que se ocupaban, entre otras cosas, del reconocimiento de la hipoteca mobiliaria⁷. En efecto, los estatutos de las colonias inglesas, que se referían a las garantías sobre la tierra en este periodo, también contemplaron la garantía de la hipoteca mobiliaria asociada a un sistema de registros. En términos generales, estas normas formaban parte de estatutos que también requerían la

⁵ George L. FLINT, "Secured Transactions history: The fraudulent myth", *Nuevo Mexico Law review*, n° 29, 1999, pp. 363-405.

⁶ Dejaremos fuera de este estudio, entre otras razones, por las del espacio, la atención a la experiencia jurídica colonial portuguesa.

⁷ George L. FLINT/Marie J. ALFARO, "Secured Transactions History: The First Chattel Mortgage Acts in the Anglo-American World", en *William Mitchell Law Review*, n° 30, 2004, pp. 1403-1463.

inscripción de la hipoteca sobre inmuebles, o de la inscripción de las ventas y otras transferencias de propiedad. El éxito de unas prácticas en unas colonias habría generado, por emulación, su adopción en otras. La normativa se formalizó en cada una de las colonias sureñas a medida que una elite de grandes plantadores/prestamistas accedieron al poder y dominaron las legislaturas de aquellas Colonias⁸.

Entre todas estas disposiciones, las aprobadas en las colonias británicas del Caribe son aquí especialmente significativas por tres motivos: a) en ellas se prestaba una especial atención a los esclavos como garantía colateral; b) a diferencia de los estatutos de las colonias sureñas, que se referían a la totalidad de bienes, los estatutos caribeños, en términos generales, solo comprendían esclavos y algunas herramientas para la producción de azúcar; y c) los esclavos fueron considerados como bienes raíces, pero esta asimilación tenía mucho más que ver con el valor del bien, que con su “naturaleza”⁹.

En Francia fue la situación antillana la que obligó a replantear la claridad del principio de la no persecutoriedad hipotecaria del bien mueble. Apenas diez años después de la aprobación, y subsiguiente fracaso, de la ordenanza de 1673 sobre el registro de hipotecas sobre inmuebles, la Corte francesa tuvo que enfrentar la cuestión sobre la embargabilidad de los esclavos de labor en los ingenios azucareros antillanos con motivo de la elaboración del Código Negro de 1685. A. Castaldo ha mostrado como, en el caso de los esclavos afectos a aquellos inmuebles, la cuestión no se planteó entonces en el plano de la naturaleza “mueble” o “inmueble” del esclavo (y por tanto de su persecutorie-

⁸ George L. FLINT/Marie J. ALFARO, “Secured Transactions History: The Impact of Southern Staple Agriculture on the First Chattel Mortgage Acts in the Anglo-American World”, *Ohio Northern University Law Review*, n° 30, 2004, pp. 534-674.

⁹ La primera disposición sobre la hipoteca mobiliaria en este ámbito británico caribeño fue la aprobada para St. Kitts en 1727, que establecía: “(...) every grant, bargain, sale or other conveyance hereafter to be made of any landes, tenements, hereditaments, Negroes or other slaves, for the securing the payment of any sum or sums of money, or quantity of sugar, or for the performance of any condition whatsoever, shall be void to all intents and purposes whatsoever, unless the same shall be entered and registered in the said office (...)” en John H. HOWARD, *The Laws of the British Colonies in the West Indies and Other parts of America Concerning real and personal property and manumission of slaves*, 1827, (fac Reimpr, Negro University Press, 1970, pp 424-425), *apud* Flint 2004, p. 1427. A esta siguieron las de Jamaica (antes de 1731), Antigua (1746), Montserrat (1754), Nevis (antes de 1762), Bahamas (1764), Granada (1767), Tobago (1768), San Vicente y Dominica (1770), Islas Vírgenes (1774), Bermuda (1786) y Barbados (1798).

dad, o no, por hipoteca), sino en el más práctico de la posibilidad de embargarlos con independencia del fundo, o necesaria y conjuntamente con este¹⁰.

La cuestión enfrentaba, de un lado, el interés de los plantadores y de la corona en que no se descapitalizasen estas plantaciones; y, de otro, el de las familias que querían mantener el estatus mueble de los esclavos, porque sólo si los esclavos conservaban este carácter podían entrar a formar parte de la comunidad de bienes familiar, y distribuirse equilibradamente entre los cónyuges y los coherederos. Esto no ocurriría si, como algunos antillanos pretendían (en un cuestionamiento que llegó a calificarse de “ridículo”), se cambiase generalmente la naturaleza de esclavo, y fuera considerado como bien inmueble, pues entonces, entre otros efectos, estos bienes quedarían reservados al primogénito, llamado a suceder en el patrimonio según las tradicionales fórmulas de vinculación de sustitución fideicomisaria propias del Antiguo Régimen.

El *Code noir* de 1685 terminó considerando al esclavo como bien mueble y predicó del mismo el régimen propio del derecho consuetudinario francés basado en la idea de que no hay persecución de muebles por hipoteca (art. 44). La garantía sobre los esclavos desaparecía si el siervo salía de la posesión del deudor. Pero, y en esto consistió la concesión a los colonos antillanos, a este régimen se le introdujo la excepción de que, cuando los esclavos estuviesen destinados a ingenios o plantaciones, el acreedor debía proceder a embargar todo el fundo (art. 48).

Sólo más adelante, ya con el *Code civil* (art. 524), los esclavos de labor antillanos terminaron siendo asimilados jurisprudencialmente, ahora sí, a inmuebles por destino. Pero, aún así, con un régimen harto particular: mientras otros inmuebles por destino siguieron considerándose como tales a efectos hipotecarios, aunque fueran separados de los fundos, en el caso de los esclavos la separación del fundo y su conversión en muebles llevaba aparejada la extinción de su persecutoriedad por hipoteca¹¹. Ni que decir tiene que esta consecuencia fue generadora de fraudes para los acreedores hipotecarios. Ahora bien, a las alturas de mediados del siglo XIX, la mayor preocupación de estos acreedores no consistió tanto en el fraude cometido por sus deudores, cuanto en el cuestionamiento sobre el hecho de que un ser humano pudiera

¹⁰ André CASTALDO, “Les “questions ridicules”. La nature juridique des esclaves de culture aux Antilles”, *Droits*, n° 53, 2011/1, pp. 67-168.

¹¹ Baquoit vs. Tiberge, Civ. 5 de agosto de 1829, Sirey, 1829, 1, 301 (*apud*. CHARLIN, *infra*, nota 13).

servir de garantía. En efecto, en la ponderación de derechos que tuvo que resolver la Corte de Casación francesa, terminó primando el *favor libertatis* del esclavo, sobre los intereses de los acreedores¹².

3. Hipotecas sobre muebles en derecho castellano indiano.

La Monarquía hispana, que había decidido establecer por pragmática de 31 de enero de 1768 un régimen de publicidad de gravámenes hipotecarios pensando solo en su parte peninsular, decidió extender dicho sistema a Indias entre 1778 y 1803, siguiendo un procedimiento de adaptación casuístico a cada territorio¹³. Ahora bien, el examen de la genealogía de estas normas puede mostrar que se perseguía más el acrecentamiento de ingresos mediante la enajenación de oficios de nueva creación, o la instauración de un sistema de publicidad de gravámenes sobre inmuebles, que una proscripción de la hipoteca general o mobiliaria.

Podemos distinguir dos momentos en la creación de nuevos oficios de anotadores de hipotecas. En principio se mantuvo de forma casuística, esto es, sin obedecer a un plan general de creación de estos nuevos oficios, un criterio amplio sobre el tipo de negocios que quedaban sometidos a anotación, que respetaba además las peculiaridades que cada contexto podía ofrecer. En este sentido podemos documentar algunos ejemplos, como lo obrado por los gobernadores de Luisiana y las Floridas (1770)¹⁴; o la respuesta a la petición de un oficial de Guatemala para el establecimiento de Anotadurías de hipotecas (1773)¹⁵. Ahora bien, a finales de la década de los 70 la respuesta fue algo dife-

¹² CASTALDO, *ibid.*, 174-177. Sobre esta cuestión véase también, Frédéric CHARLIN, “La condition juridique de l’esclave sous la Monarchie de Juillet”, *Droits*, n° 52, 2010/2, pp. 45-74., pero especialmente p. 52.

¹³ El establecimiento de los oficios de hipotecas en América en la divisoria de los siglos XVIII y XIX es un tema no desconocido para la historiografía jurídica, pero probablemente falto de una profunda revisión historiográfica. Un esbozo actual por la historiografía jurídica española sobre la traslación a Indias de los primeros intentos de establecer un sistema de publicidad inmobiliaria en Margarita SERNA, *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, Madrid, 1996, pp. 241-245. Sin embargo, aquí además de las fuentes que ha utilizado esta autora, acudiremos a otras para el propósito que se indica en el texto, como es el *Expediente sobre el establecimiento de anotadores de Hipotecas en la América*, AGI, Quito, 319/5.

¹⁴ *vid infra*, pp. 1019-1021”.

¹⁵ “Expediente de Juan de Macía, oficial Real de las Cajas de Goathemala sobre que se

rente. A partir de entonces el Consejo de Indias coincidió en su dictamen con el que siempre había mantenido la Contaduría mayor de Hacienda consistente en extender la pragmática de 1768 por punto general a América. El primer expediente en que se aprecia este cambio fue el suscitado por un interesado que pedía se le mantuviese en los derechos que, como Anotador de Hipotecas de Cartagena había tenido su padre, quien había ganado el oficio en 1755. Este expediente originó la real cédula de enero de 1778, que suponía, por vez primera, la extensión de la pragmática de 1768 a todos los dominios¹⁶. Casi

establezca el oficio de anotador de Hipotecas en aquella Ciudad.” AGI, Guatemala L. 657, ff. 416-444, para lo que el interesado proponía algunas reglas: “2^a: Que se declaren nulas, y de ninguno valor y efecto las escrituras que ante cualquiera escribano se otorgaren de venta de Hacienda, Casas, Esclavos, o otra cualesquiera finca si al fin de las mismas escrituras no constare por Certificacion del Anotador de Hipotecas los gravámenes que sobre sí tuvieren las referidas Fincas, o hallarse libres de ellos, sin la cual no procedan los escribanos a su otorgamiento”. En esta ocasión el Consejo de Indias se conformó en 26 de agosto de 1773 con la opinión de su fiscal Ortiz de Landaruri quien, en contra de la Contaduría Mayor de Hacienda, sostuvo que “semejante oficio no es nuevo en la America, sino es muy antiguo, y se halla colocado en la clase de los vendibles y renunciables, creados por S.M; de suerte que su establecimiento en estos Reynos se ha tomado o puede haber provenido de la antiquada Planta en las Provincias de Indias y de los buenos efectos que se han experimentado. Por lo mismo y el peculiar método con que se manejan en América semejantes oficios, parece que no pueden adaptarse al que ahora se pretende para Goatemala, el Reglamento de que hace merito la Contaduría, especialmente cuando lo que en España se ha establecido por la Pragmatica Sancion de 31 de enero de 1768, no es otra cosa que un nuevo encargo, obligación y cuidado que se impone a los escribanos de los pueblos, pero no oficio peculiar, distinto y separado; y pues los de indias tienen sus reglas, y prácticas reducidas a estilo más breve y que están todos habituados a él; le parece al Fiscal, que no se haga novedad, y que se procure la uniformidad en él de Guatemala con los que se hallan creados en Caracas, Habana y otras partes, y asi es de sentir de que aprobándosele la idea al Oficial Real D. Juan de Macia, se comunique al Presidente y Audiencia de Guatemala mandándoles que desde luego establezca en aquella Provincia el enunciado oficio de Hipotecas, de cuenta de S.M, y con la qualidad de vendible y renunciable; formando la Instrucción y ordenanza correspondiente a su manejo y servicio de suerte que se logren los fines a que aspira, arreglándose en dichas Instrucciones a las que tengan otros oficios de la misma especie, aumentándolas, restringiéndolas y modificándolas, según las circunstancias de aquella Provincia, y que vistas por los oficiales las remitan al Consejo con la tasa de moderados derechos para su examen y aprobación, y que se acuerde lo que le parezca conveniente”.

¹⁶ Esta Cédula no hacía salvedad de las adaptaciones que sería necesario realizar al contexto ultramarino. Acaso por ello se suscitaron no pocas dificultades, como las que llegaron desde Filipinas que consistían en no poderse tomar razón de las hipotecas de fuera de Manila, en los plazos establecidos, por no haber prontos y seguros transportes, dado la división de sitios aislados y el monzón anual. Estos obstáculos llevaron a la Corte a ordenar que en aquellos dominios no se hiciera novedad, AGI, Filipinas, 337, l.20, 127V-129r.

simultáneamente se hacía llegar a consulta del Consejo otro caso originado por representación de un oficial de Quito, en el mismo sentido de pedir que se otorgase este oficio de anotador de hipotecas de aquella ciudad. Fruto de este otro expediente fue la real cédula de 1783 por la que se introducían algunas “variaciones” que harían posible trasplantar con cierto éxito la pragmática de 1768 a los dominios no europeos¹⁷. Sólo fue en la ejecución de esta última Cédula, cuando ocurrieron consultas sobre qué hipotecas deberían estar sujetas a toma de razón en las nuevas Anotadurías. La Audiencia de México consultó la instrucción allí formada cuyo art. 22 excluía de la toma de razón las hipotecas generales, como las que podían incluir junto a bienes raíces, otros muebles, personas, etc.¹⁸. Visto el asunto en el Consejo, su fiscal opinó que la prohibición había de alcanzar a la anotación a las hipotecas sobre muebles¹⁹. Sin embargo la resolución de este tribunal no fue tan lejos y sólo dio por bueno el tenor de esta instrucción mexicana que, en 25 de agosto de 1802, se extendió también al resto de dominios ultramarinos. Atiéndase que, en todo caso que, no siendo constitutiva la anotación, toda esta normativa no proscribía la hipoteca general, que incluía bienes muebles, sino que solo limitaba su eficacia a las partes.

¹⁷ Consecuencia de esta última Cédula es el desarrollo producido en el Rio de la Plata, donde en 1795 se formó una instrucción local, bien conocida por la historiografía jurídica indiana, José L. TRENTI ROCAMORA, “Un Reglamento sobre inscripción de Hipotecas del Virrey Melo de Portugal”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, n° 1, 1949, pp. 27-37. Alejandro D. MÍNGUEZ, “Notas para el estudio de la registración inmobiliaria en el Virreinato del Rio de la Plata”, *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional del Historia del Derecho Indiano*, México, 1995, pp. 1047-1070.

¹⁸ “XXII: Solo se registrará y tomará razón de las escrituras o instrumentos en que haya hipoteca expresa, especial y señalada de bienes raíces o tenidos por tales; y no de las escrituras en las que se hipotequen generalmente bienes raíces, los tenidos por tales, muebles, semovientes, sueldos o salarios en general, personas o cualesquiera otra cosa; pena al escribano que registre o tome razón de de instrumentos de hipotecas generales, de veinte y cinco pesos por cada una, aplicados conforme a la ley, y en caso de reincidencia, de privación perpetua de oficio”, *apud.* Juan Nepomuceno RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas Hispano-Megicanas: o sea Código general comprehensivo de las leyes...*, II, Méjico, 1840, p. 587.

¹⁹ “Por estos fundamentos cree el fiscal que solo deben registrarse las escrituras e instrumentos en que se hipotequen especial, señalada y expresamente bienes raíces, o los que sean tenidos por tales, y no los que contengan hipotecas generales, aunque sean de bienes raíces; y menos de muebles o semovientes: de tal modo, que aunque en un mismo instrumento hay hipoteca especial, señalada y expresa de bienes raíces o tenidos por tales, é hipoteca general de los demás, el registro de los primeros no debe influir ni tener efecto alguno en los hipotecados generalmente, sucediendo en cuanto a ellos lo mismo que si no se hubiera registrado la escritura(...)”. *Ibid.* p. 588.

Porque puede documentarse además una práctica de constituir hipotecas sobre bienes muebles o personas que llega incluso al siglo XIX, cuando se supone ya vigente, para todos los dominios americanos, el régimen de que se ha dado cuenta en el párrafo anterior²⁰. En el orbe hispano y luso en América la hipoteca de esclavos había sido hasta entonces una práctica habitual²¹. Se podía admitir sin dificultad alguna el establecimiento de hipotecas mobiliarias en derecho castellano indiano. En este derecho la distinción entre prenda e hipoteca

²⁰ Parecen significativas las primeras anotaciones que, quien todavía actuaba como escribano del cabildo, realizó en 1791 en cumplimiento de la orden del Virrey de proceder al establecimiento de una anotaduría de hipotecas en Popayán. Estos primeros asientos se referían a varias escrituras otorgadas en 1788 a favor de sendas instituciones eclesiásticas de la ciudad, reconociendo deudas que oscilaban entre los 4116 y los 5600 pesos, “bajo la hipoteca especial de las Minas del Playón, y Esclavos comprendidos en la Lista agregada”, AGN de Colombia, Sección Colonia, Virreyes, SC. 61, 16, D.27, ff. 179-181. Otros ejemplos son los testimoniados por Luis Alberto RAMÍREZ MENDEZ, “Auge y declive del sistema financiero eclesiástico en Venezuela, en *Anuario de Historia Social y de la Cultura*, 37 (2010), p. 173, quien cita para un “Libro general del anotador de hipotecas escribanos Rafael de Almarza”, 1780-1834 sito en el Archivo General del Estado de Mérida, F. Protocolos, t. lxxxiii, primera parte, ff. 1-150. Este autor remite a esta fuente para afirmar que “los censatarios se comprometían a mantener los bienes hipotecados en la misma forma, cuantía y valor que habían sido descritos y ofrecidos. Esa condición, implicaba que en caso de desaparición o muerte de los bienes semovientes, como esclavos o ganado, deberían substituirse por otros con igual precio”; Roberto DE LA GUARDIA, *Los negros del Istmo de Panamá*, 1977, p. 44, cita “la hipoteca que Celedonio Villareal constituyó en 1805, a favor de Antonio Jiménez por 2508 pesos sobre cuatro esclavos llamados José de Jesús, Petra Josefa, Petra Paula y Andres Villa”; véase también el recurso a la hipoteca de esclavos en el crédito mercantil del comercio entre Buenos Aires y Salta, cfr. Sara MATA DE LÓPEZ, “El crédito mercantil. Salta a finales del siglo XVIII”, en *Anuario de Estudios Americanos*, t. LIII, 2, 1996, pp. 147-171, pero esp. p. 157.

²¹ A diferencia de la historiografía jurídica, ha sido la no jurídica la que se ha ocupado de estas prácticas. Así por ejemplo, John LEDDY PHELAN, *El pueblo y el rey. La revolución comunera en Colombia, 1781*, p. 67-68: “La propiedad de esclavos representaba una garantía al solicitar préstamos para la compra de tierras en la ciudad o en el campo, o para dotar a las hijas (...) La dote de doña Elena de Villar en 1774, por ejemplo, era de 1242 pesos, de los cuales 985 representaban el valor de seis esclavas”. Bogotá, Universitario, 1978 (2ª ed. 2009); Rafael Antonio DIAZ DIAZ, *Esclavitud, región y ciudad: el sistema esclavista urbano-regional en Santa Fé de Bogotá*, Bogotá, CEJA, 2001, “La hipoteca de esclavos junto a otros bienes estuvo en la base del establecimiento de censos y obligaciones (...). Los esclavos mismos, en varias ocasiones, eran hipotecados al momento de la venta por sus compradores para garantizar el pago completo en el plazo estipulado”, pp.114-115; o los que trae a colación Roger PITA PICO, “Conflictos en torno a la compra y venta de esclavos en el nuevo reino de Granada. Siglo XVIII”, *Procesos. Revista Ecuatoriana de Historia*, n° 38, 2013, p. 47. Este autor cita un caso de 1790 en el que se reclamaba el saneamiento de la venta de esclavos hipotecados porque al comprador se le había ocultado este gravamen.

no tenía que ver con el carácter mueble o inmueble del bien que conformaba la garantía, sino con el desplazamiento de la posesión²². Esta consideración era además la más compatible con la tradición jurídica del derecho común²³.

Ciertamente en la mayoría de estas operaciones los esclavos eran activos que se hipotecaban junto a otros bienes raíces y muebles, esto es, componían junto a estos otros bienes el objeto de una hipoteca general. Sin embargo, nada impide considerar que esta garantía se hiciese solo sobre esclavos. Es preciso advertir que esta posibilidad de establecer, para entendernos, una suerte de hipoteca especial sobre esclavos, obviando el problema de su con-

²² Así podía todavía considerarse en los diccionarios y obras de consulta más extendidos en la época entre los encargados de la formalización de estas garantías. Josef FEBRERO, *Librería de Escribanos e Instrucción jurídica Theorico-practica de principiantes...*, Parte I, t. II, 4^a impr, Madrid, 1797, p. 43. José Marcos GUTIERREZ, *Febrero reformado y anotado o librería de escribanos que compuso D. Jose Febrero, Escribano real y del Consejo de la Corte...*, Madrid, Villalpando, 1802, (2^aed.) Parte I, t. I, p. 257. En todas estas obras ya se toma en consideración la instrucción aneja a la pragmática de 1768. En la edición realizada años más tarde por Miguel Aznar seguía sin estimarse la naturaleza del bien, sino el desplazamiento de la posesión, como criterio de la distinción entre prenda e hipoteca. Es más, se vuelve a la redacción original de Febrero, cfr. Miguel AZNAR, *El Febrero adicionado o librería de escribanos, abogados y jueces, Aumentado últimamente, reformado, y arreglado en su testo y notas a las leyes y decretos vigentes...*, Parte I, t. II, 8^a impr., Madrid, R. Vergés, 1825, pp. 23-24. Una última, pero quizás la más significativa, muestra de una categorización que ponía el acento en el desplazamiento es la edición que hizo Eugenio DE TAPIA. *Febrero novísimo o Librería de Escribanos, Jueces, Abogados y Médicos legistas...*, II, Madrid, Ildefonso Mompié, 1837, p. 432. Ya en el siglo XIX se contempló esa posibilidad, en obras no precisamente marginales en el ámbito jurídico hispano, Juan SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, Madrid, 1820. 2^a ed., I, p. 374.

²³ La práctica podía terminar condicionando la terminología. Así también en un género de literatura jurídica como el de las Instituciones, especialmente dirigido a la enseñanza y reproducción de categorías jurídicas. Joaquín DE ASSO y Miguel DE MANUEL, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla que escribieron los doctores.....*, II, 7^a ed. (1^a ilustrada), Madrid, Tomás Albán, 1806, p. 13. “El quarto derecho en la cosa es la prenda o hipoteca. Comúnmente distinguimos esta de aquella, en que la prenda se dice de la cosa mueble, y la hipoteca de la cosa raíz, que no se entrega al acreedor.” En el Diccionario de Pérez y López, la definición parece más categórica, aunque también podíamos entender que es el no desplazamiento de la posesión el elemento importante, y no la naturaleza del bien “(...) Distinguimos la prenda de la hipoteca en que aquella consiste en cosa mueble y esta en cosa raíz, la qual no se entrega al acreedor”, cfr. Javier PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*, T. 23, Madrid, Antonio Espinosa, 1797, p. 471. En otro Diccionario de los más extendidos en España y América, verdadera obra de consulta del jurista decimonónico, seguía expresándose la posibilidad, aunque no “regular” de una hipoteca de muebles, Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense...*, Valencia, J. Ferrer, 1838, p. 263.

dición mueble o inmueble, tiene que ver con la facilidad de identificar estos bienes. En el caso de los esclavos, esta identificación se hacía de varios modos: bien por la denominación de los nombres, edad, raza, filiación, etc. en la escritura donde aparecía la constitución de la garantía; bien, cuando eran varios, por la inclusión de una lista aneja a la escritura donde figuraban estos datos. Pero además podemos aventurar que la carimba, esto es, la marca a hierro, podría informar no solo de la titularidad, o de su origen lícito, sino también de los gravámenes que pesaban sobre los esclavos²⁴.

Lo más frecuente es que la hipoteca de esclavos sirviera de garantía colateral para el abono de la renta de un censo. Sin embargo, también se recurrió a esta garantía mobiliaria con otros fines, como, por ejemplo, para afianzar la obtención y ejercicio de un oficio²⁵; o para asegurar los créditos con los que se adquirirían estos mismos esclavos²⁶.

El esclavo era entonces un elemento imprescindible para la explotación minera o agrícola, pero también un versátil depósito de valor. No hay que olvidar tampoco que la posesión de esclavos era signo inequívoco de posición y prestigio social. Todo esto explica que desprenderse de un esclavo era quizás lo último que entonces se hacía, y siempre que se tuviesen cubiertas el resto de necesidades²⁷.

²⁴ Miguel A. ROSAL, “Carimba. Las marcas de los esclavos en el Buenos Aires colonial”, en *Estudios Históricos, Centro de Documentación Histórica del Río de la Plata*, n° 10, 2013. <http://www.estudioshistoricos.org/edicion10/eh1006.pdf>.

²⁵ Véase en este sentido los ejemplos que para una cronología entre 1754 y 1785 cita Roger PITA PICO “La posesión de esclavos como soporte a las economías de sus amos en el nororiente neogranadino durante el siglo XVIII”, en *Historia y Espacio*, n° 31, 2008, especialmente §3 “Los esclavos como respaldo hipotecario”.

²⁶ El esclavo de labor en los ingenios cubanos dieciochescos se compraba generalmente a crédito, imponiendo el comprador inmediatamente un gravamen, que podía hacerse sobre el propio esclavo, pero precisamente por su importancia y valor, se prefería otorgar en garantía los productos del propio establecimiento, señaladamente azúcar y tabaco (cfr. Mercedes GARCÍA RODRIGUEZ, “El crédito hipotecario a los ingenios cubanos, 1790-1792”, en José A. Piqueras Arenas, *Diez nuevas miradas de la historia de Cuba*, Castellón, Univ. Jaume I, 1998, pp. 41-66).

²⁷ Último recurso, además en sentido, no precisamente figurado. La venta de los esclavos era medio para hacer frente a los costes funerarios. Aunque para este objeto podía recurrirse a alguna operación algo más alambicada, como la que se documenta en AGN de Colombia, Colonia, Censos – Santander 10, 1, D.5. ff. 400r-ss. En este caso, el esclavo donado por la fallecida a un Monasterio era vendido después a su viudo con la condición de que dicho esclavo, y el resto de los bienes de este consorte, sirvieran de garantía en la constitución de un censo por una cantidad para abonar los gastos del entierro y demás sufragios en favor de la finada.

4. La hipoteca de esclavos en la Luisiana española

La historia del derecho en América nos ofrece un laboratorio en el que se encontraron las soluciones francesa, hispana y anglosajona sobre esta peculiar hipoteca. Ese laboratorio no es otro que Luisiana, que constituyó un crisol de tradiciones jurídicas sometidas a la prueba de un contexto esclavista colonial. Bajo dominación francesa desde 1724, en este territorio regía una adaptación del *Code Noir* de 1685. Tras la adquisición española del territorio, las nuevas autoridades conservaron, según Lucena, la vigencia del régimen francés, lo que también supondría la prohibición de la persecutoriedad de los esclavos, como bienes muebles, por hipoteca²⁸. Esta decisión bien podría situarse en el contexto de una política de emulación de la formación de códigos negros para los dominios españoles en América, una vez comprobados los buenos efectos que estos habían proporcionado en las antillas francesas e inglesas²⁹. Sin embargo, la historiografía norteamericana, y especialmente Baade y Flint, han mostrado, en este punto, que los gobernadores españoles dictaron una serie de instrucciones que supusieron la abolición de la solución del art. 44 del *Code Noir* de 1685³⁰.

En efecto, O'Reilly, en febrero de 1770 y Unzaga, en 1783, circularon sendas instrucciones en el territorio de Luisiana que establecían la obligatoriedad de la inscripción de estas cargas y gravámenes sobre todo tipo de bienes, incluyendo los esclavos. Aunque las primeras instrucciones se dictaron dos años después de la pragmática de 1768 sobre anotadurías de hipotecas, no hay razones para afirmar relación alguna de causalidad entre estos textos. Esto es, las

²⁸ Que funda esta afirmación en una “legalización” del Código negro francés de 1724, Manuel LUCENA SALMORAL, *Los Códigos negros de la América española*, Unesco/Universidad de Alcalá, 1996, pp. 49-59.

²⁹ Muestra de esa emulación, y en lo que aquí interesa, sería la ley 4, cap. 17 del nonato Código negro carolino de 1784 que disponía en este punto que “por lo que pertenece a su naturaleza en el orden y concepto civil de las cosas declaramos que los siervos deben ser reputados, y regulada su condición por la de las demás cosas mobiliarias, de suerte que no pueden por si solos ser hipotecados, a menos que no sea como adictos al fundo, habitación y haciendas sobre que se trate, de imposición de algún capital en calidad de adscripticios, regulándose por lo pertenecientes a los demás efectos civiles, conforme a la legislación nacional”, *ibid.* p. 220

³⁰ Hans W. BAADE, “The Formalities of Private Real Estate Transactions in Spanish North America: a Report on Some Recente Discoveries”, en *Louisiana Law Review*, n° 38, 1978, pp. 656-745, esp. pp. 686-691. George Lee FLINT Jr./Marie J. ALFARO, “Secured Transactions History: The Impact of English Smuggling on Chattel Mortgage Acts in the Spanish Borderlands”, *Valparaiso University Law Review*, n° 37, 2003, pp. 703-791.

instrucciones de O'Reilly no parecen adaptación alguna al peculiar contexto americano de lo establecido para la Península dos años antes. Más bien hemos de entenderlas como respuesta a una situación local, para lo se recordaba la vigencia de las mismas soluciones provistas por el legado normativo hispano, que también obraban en la exposición de motivos de la pragmática de 1768.

De manera que las instrucciones del gobernador español de la Luisiana corrían en paralelo con, y no como consecuencia de, las iniciativas que la Corte podía estar tomando para la Península, pero también en paralelo con otras iniciativas que, teniendo presente o no lo que estaba acaeciendo la Corte, se tomaron en otros puntos de América en estos mismos años y en esta misma materia. Además, las declaradas motivaciones de estas disposiciones y propuestas no coincidían. Mientras que, para el caso de la Luisiana, se ha señalado la posibilidad de que las instrucciones obedecieran a la intención de poner freno al contrabando inglés y un mayor control en la recaudación de la alcabala, en el resto de los ejemplos americanos, pero también para la Península, operaba una nada disimulada finalidad de incrementar los recursos fiscales gracias a la creación de un nuevo oficio enajenado.

El camino emprendido en Luisiana no fue seguido en el resto de los territorios de frontera hispanos, salvo en el caso de la Florida oriental de la mano del gobernador Vicente Manuel de Céspedes en julio de 1784. Céspedes había servido bajo el mando de Unzaga en Luisiana, y de hecho había sido recomendado por este último para ser nombrado gobernador de la Florida Oriental cuando fue desalojada por los ingleses. Como hicieran sus predecesores en Luisiana, Céspedes introdujo un sistema de registro para bienes raíces y esclavos. Según informa Flint, los archivos de la Florida Oriental española contienen un "Libro de Hipotecas" para 1785-1821. Los asientos referidos a San Agustín contienen numerosas operaciones con esclavos, incluyendo las compras de supuestos propietarios de estos bienes, que carecían de efectivo, y a quienes se permitió tener su posesión si garantizaban con ellos el pago³¹.

Estas soluciones se conservaron cuando estos dominios cayeron bajo el control de los Estados Unidos. Pues, como hemos visto, resultaban compatibles con el sistema que se había venido adoptando en las colonias anglo-americanas. En este sentido, Morris siguiendo a Baade, apunta la situación relativamente especial de la Luisiana, que se convirtió en el último tercio del siglo XVIII en un laboratorio donde se entremezclaron conceptos e instituciones pertenecientes a tradiciones jurídicas muy diferentes por lo que toca al asun-

³¹ FLINT/ALFARO, "The Impact...", *op. cit.*, pp. 740-741.

tos de la hipoteca sobre esclavos. La solución hispana, que será angloamericana, no pasó tanto por admitir una hipoteca sobre un esclavo considerado como un bien mueble, sino en asimilar al esclavo a un bien inmueble a los efectos de transmisión e hipoteca. Esto es, considerarlo por su valor económico y no por su “naturaleza” física, como mueble a unos efectos, y a otros como bien raíz³².

5. El código civil de Luisiana

En Luisiana una actividad normativa subsiguiente podía, con toda naturalidad, mantener esas concepciones en la particularísima experiencia de un derecho “enmarañado” que daba como resultado productos híbridos³³. El caso más significativo de este fenómeno es la articulación de ese *tertium genus* entre bienes muebles e inmuebles: los esclavos, que lo eran muebles por naturaleza, e inmuebles por ministerio de la ley. La asimilación a un inmueble se producía, como regla, cuando se atendía al considerable valor de este bien o de sus frutos. De no ser así, el esclavo, naturalmente era considerado como mueble, con sus consecuencias a efectos sucesorios, de prescripción adquisitiva, etc.

En el caso de la hipoteca, se trataba de una naturaleza proteica: el esclavo quedaba habitualmente incorporado a la plantación y en esa condición al

³² Thomas D. MORRIS, *Southern slavery and the law, 1619-1860*, University of North Carolina Press, 1996, pp. 74-77. “(...) The earlier French code noir had expressly defined slaves as moveable property. The change in Louisiana came in laws adopted in 1770. These were modifications introduced by the Spanish governors. They were mortgage and conveyance ordinances and made slaves immoveables for the purposes of sale and mortgage (the civil law phrase is hypothecation). Following the transfer of authority to the United States, Louisiana adopted a slave code in 1806. By that code noir is provided that “Slaves shall always be reputed and considered real estates, shall be, as such, subject to be mortgaged, according to the rules prescribed by law, and they shall be seized and sold as real state” But Chief Justice George Eustis claimed in *Girard et al vs City of New Orleans et al.* (1847) that “slaves are in no sense real estate; they are considered as immoveables”= (...)The one quality often cited to distinguish the two was mobility, but that was not necessarily the most important element.(...)Slaves, because of their relative permanence and because of their value, would be more like an immovable than a movable. When the United States took possession of Louisiana, different legal traditions, rules, concepts, and language intermixed (...). But defining slaves as immovable did not mean that all of the rules applied to immovables, or to realty, would attach.”

³³ Sean P. DONLAN, “Entangled up in Red, White and Blue: Spanish West Florida and the American Territory of Orleans, 1803-1810”, en Thomas DUVE (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt, MPI, 2014, pp. 213-251.

mismo se extendía la hipoteca. Pero podía darse el caso de que fuera separado ulteriormente de la misma. Entonces, como sucedía en derecho francés, el esclavo recuperaba su condición de mueble y el acreedor no podía perseguirlo por hipoteca (art. 461). Claro está que se estaba tratando entonces de esclavos innominados, descritos en los títulos genéricamente por su número y no por otra identificación.

Caso diferente era cuando el esclavo merecía esa calificación de bien, por su valor, más cerca de los “fundos”, que de los muebles. En Luisiana era perfectamente posible algo que se negaría radicalmente en derecho europeo continental: la anotación de la hipoteca especial de esclavos sueltos, esto es, sin necesidad de que estuvieran adscritos a la tierra (Art. 3256). Esta posibilidad era compatible con el criterio, que pertenecía a una tradición jurídica del *ius commune*, que hacía pivotar la diferencia entre la prenda y la hipoteca sólo en el desplazamiento de la posesión (art. 3248). Una garantía real con desplazamiento de posesión (*nantissement*) se admitía pues sobre todo tipo de bienes, y contenía dos especies, la prenda en sentido estricto sobre muebles (*gage*) y la anticresis sobre inmuebles y esclavos. En este supuesto, prenda de esclavos podría existir, pero entonces sería anticresis (arts. 3102, arts. 3143-3148).

A diferencia de los innominados esclavos hipotecados con el fundo que, separados del mismo, devenían muebles, para anotar la hipoteca de esclavos sueltos era precisa una exhaustiva identificación del objeto³⁴, que había de acceder al registro de la parroquia donde el deudor tuviera su domicilio o residencia habitual³⁵. Los notarios que autorizasen las escrituras hipotecarias tenían el deber, sometido a estrecha responsabilidad, de dar parte de las mismas, en este caso, a los vendedores, deudores y acreedores.

No sólo era letra de la ley. En un crisol de tradiciones jurídicas los tribunales resolvían varias cuestiones sobre el esclavo a efectos de garantía, que a su vez partían de la diversa consideración de este bien en Luisiana, respecto de otros Estados de la Unión. En una autorizada recopilación de la jurisprudencia

³⁴ Art. 3274.—“Si ce sont des esclaves qui sont hypothèques, leurs noms, leur sexe, et, autant que faire se peut, leur age et leur nation, doivent être spécifiques dans l’acte d’hypothèque, afin de mieux identifier leurs personnes”.

³⁵ Art. 3318.—“Les inscriptions des hypothèques ne peuvent affecter les biens du débiteur, qu’autant qu’elles ont été faites, savoir: Pour les immeubles, au bureau des hypothèques de la paroisse où ces biens sont situés; Pour les esclaves, au bureau des hypothèques de la paroisse où le débiteur a son domicile ou sa résidence ordinaire.= Si le débiteur a des immeubles situés dans deux ou plusieurs paroisses, l’inscription doit se faire au bureau des hypothèques de chacune de ces paroisses”.

dencia de los tribunales de la Unión y de los estados en materia de esclavitud, se le dedicaba a esta materia capítulo específico³⁶.

Hoy se sostiene que el Código civil de Luisiana habría de ejercer influencia en el proceso codificador español y latinoamericano³⁷. Sin embargo, el aprovechamiento decimonónico de este texto no alcanzó a este reconocimiento del esclavo como bien híbrido, mueble por naturaleza, inmueble por disposición de ley o por su interés económico. Se objetará que, no habiendo contexto esclavista, holgaba ese reconocimiento. Pero no era eso tan cierto, pues en colonias de España, pero también en la América de habla hispana o portuguesa, una hipoteca de esclavos seguía anotándose, al margen del reconocimiento oficial metropolitano.

6. La “impropia” hipoteca de esclavos en la legislación ultramarina

El 17 de enero de 1835 Antonio Calero, escribano anotador de hipotecas en Santiago de Cuba, ante la falta de arancel que rigiera sus derechos, acudía a la reina solicitando que se equiparasen a los percibían sus colegas de La Habana y de Puerto Príncipe. El anotador de Santiago estimaba razonable que se le señalasen “(...)8 reales de plata por cada toma de razón ó certificación de finca rústica o urbana, *cuatro [reales] por cada esclavo de que se pida certificación*”³⁸. La exposición motivó que se ordenara a la Audiencia de Cuba la formación del arancel solicitado³⁹. Entretanto este tribunal satisfacía el encargo, la de Puerto Príncipe formaba y circulaba en 1838 unos aranceles generales para los juzgados ordinarios, privilegiados y eclesiásticos. En estos aranceles se establecía que:

³⁶ Jacob. D. WHEELER, *A practical treatise on the Law of Slavery*, New York/N.Orleans, 1837, especialmente cap. IX “Mortgage of slaves”, pp. 164 y ss.

³⁷ Agustín PARISE, “El Código civil de la Luisiana y la codificación civil hispánica: la diseminación del texto americano mediante la inclusión en el proyecto de García Goyena”. Que es versión española de Id. “The place of the Luisiana Civil Code in the Hispanic Civil codifications: Inclusion in the Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851”, *Louisiana Law Review*, nº 68, 2008, pp. 823-929.

³⁸ Según los informes que se habían tomado, resultaba que en La Habana se exigía “un peso por la papeleta de uno o más negros, pero si se busca por varios dueños uno por cada uno”. Vid. José María ZAMORA Y CORONADO, *Apéndice al Registro de legislación ultramarina, Habana, 1839, t.I, 310.*

³⁹ *Ivi*, p. 311.

(...) *De los esclavos como no son objeto de oficio de hipotecas, ni se tomará razón en él, ni se despachará certificación de cancelación de gravamen.* Si por la abusiva práctica que ha habido hasta aquí de hipotecarlos, se exigiere certificación del gravamen o cancelación de los que ya estuvieren hipotecados, por cada una de estas certificaciones devengara ocho reales⁴⁰.

Este arancel suscitó la oposición de algunas clases que reclamaron en contra. La resistencia motivó la suspensión de su observancia. Los reclamantes, entre los que figuraba el anotador de hipotecas, habían representado “citando las disposiciones que en su concepto justifican la costumbre que hasta aquí se ha seguido y piden que no se haga en ella la menor alteración”⁴¹.

De modo que la práctica de anotar la hipoteca de esclavos de forma independiente respecto de los fundos había continuado al menos hasta mediados de siglo en Ultramar. Pero no sólo allí. Podía tener eco en la misma Corte, donde su contador de hipotecas caen los años 30 admitía sin problema hipotecas, que vinieron a denominarse como “amovibles” o “movibles”. Allí junto a “vajillas”, o “caballerías”, bien podían aparecer los “esclavos” perfectamente individualizados como garantía⁴².

Finalmente, en 5 de octubre de 1846, la Audiencia de Cuba acordaba “que no se tome razón en el oficio de hipotecas de las de esclavos; que no se haga extensivo el registro al de simples escrituras de traslación de dominio y que no se firmen notas de gravámenes que pasen los Escribanos.”⁴³. Sin embargo, a pesar de esta prescripción, los anotadores antillanos siguieron elevando consultas, ya voluntarias, sobre esta cuestión. Así lo hacía ya en 1849 el Ano-

⁴⁰ *ivi*, p. 317

⁴¹ *Ivi*, p. 322.

⁴² El contador de hipotecas de Madrid tomó razón en 16 de mayo de 1835 de una escritura otorgada por un teniente de fragata retirado, vecino de Matanzas, pero residente en la Corte por la que aseguraba el pago de 6980 rs, con la hipoteca especial de “seis caballerías de tierra” de su Hacienda en Cuba, “y los esclavos, mulata, Luisa, mayor de veinte y cinco años, el negro Juan, de igual edad, las mulatas Merced y Bibiana de veinte y dos años de edad”. El asiento puede examinarse en los documentos de la antigua Contaduría de Madrid, custodiados hoy por el Colegio de Registradores, Manzana 24000, caja 62 y a los que he tenido acceso gracias a Juan María Díaz Fraile, y a Ernesto Calmarza.

⁴³ *Apud* Joaquín RODRIGUEZ SAN PEDRO, ET ALII, *Legislación ultramarina*, Madrid, Vínuesa, 1866, VII, p. 337. Un año después, sin embargo, la propia Audiencia debía resolver la duda sobre si entender canceladas las anotaciones anteriores al auto acordado, o si los anotadores pueden seguir expidiendo certificaciones de estos asientos. Duda que resuelve en este último sentido en 15 de diciembre de 1847, “conforme al justo principio de la no retroacción asentada en el propio artículo” *ivi*.

tador de La Habana quien, entre otras cuestiones, preguntaba si “cuando se constituyan hipotecas sobre esclavos designados por sus nombres, sobre las hipotecas de predios rústicos, sobre créditos hipotecarios, capitales impuestos, etc., ¿deberá el anotador continuar la antigua práctica de tomar razón de ellos en sus libros? Frente a tal pretensión el Fiscal de la Audiencia repetía:

(...) lo que ha dicho muchas veces, que el registro debe limitarse á los gravámenes que se imponen sobre bienes raíces, entendiéndose por tales además de casas, heredades y otros de esta calidad, inherentes al suelo: “Los censos, oficios y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravamen ó constituir hipoteca.” No procede por consiguiente la anotación de lo que con impropiedad se llama hipoteca sobre esclavos, á no ser que se consideren como parte de la finca que se hipoteca, y entonces no hay para qué expresar sus nombres sino el número (...).⁴⁴

El motivo de la insistencia del anotador tenía que ver con la previsión de que esta toma de razón, según la antigua práctica, interesara a algún Tribunal privilegiado⁴⁵. Pero el Fiscal primero, y luego la Audiencia fueron también tajantes sobre esto. Había que terminar con eso de anotar la hipoteca de muebles, fueran esclavos o semovientes. Estos bienes no tenían registro, ya lo había dejado muy claro el Ministerio⁴⁶.

La doctrina no discutía ya a mediados de siglo este carácter “impropio” de una hipoteca sobre muebles. Por entonces podía ya haberse consolidado la idea del carácter esencial del requisito de bien inmueble para la constitución de este tipo de gravamen sin desplazamiento⁴⁷. Los trabajos de la codificación civil

⁴⁴ *ivi*, p. 339

⁴⁵ *ivi*, p. 340. Probablemente la referencia sobre los tribunales que exigían el registro de las operaciones de hipoteca con identificación de esclavos y muebles se hacía a la jurisdicción mercantil.

⁴⁶ Pero eso no tendría por qué suponer la desaparición total de la práctica de la toma de razón y con ello de la hipoteca de esclavo suelto, debida ahora a la voracidad de algún anotador que oportunamente fue corregida por los tribunales, como hizo la Audiencia de Cuba en 27 de febrero de 1851, mediante el que dictaba reglas sobre los derechos que debe percibir el anotador en estos casos: “(...)por el registro de siervos sueltos ó que no se consideren parte integrante de una finca, continúe percibiendo mientras subsistan las antiguas hipotecas, que aun pueden gravitar sobre ellos los 8 reales que había costumbre de percibir, ya que en el nuevo arancel no están previstos semejantes derechos”.

⁴⁷ Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Instituciones de Derecho Civil*, Valladolid, Juan Pastor, 1840, p. 132: “La diferencia pues que existe entre la hipoteca y la prenda es que la primera se constituye sobre bienes inmuebles, y la segunda sobre bienes muebles y semovientes.” Contrástese la edición del *Febrero* de García Goyena, con las anteriores (vid. *supra* n. 23),

remacharon este sentido. No hay hipoteca sino sobre inmuebles, y prenda sino sobre muebles. García Goyena en las *Concordancias* del nonato Código civil de 1851, se pronunciaba inequívocamente sobre que ese proyecto, por fin, pondría fin a la confusión, adoptando en la norma lo que el uso había ya consolidado⁴⁸. Desde España García Goyena no solo hacía la vista gorda a la dimensión esclavista del Código civil de Luisiana, sino también los oídos sordos a las reclamaciones de plantadores y anotadores de hipotecas cubanos y puertorriqueños, que hasta mediados de siglo podían seguir pensando que el sistema de 1768 no contenía prohibición de hipoteca especial de esclavo.

Pedro Gómez de la Serna, en su prácticamente auténtico comentario sobre la Ley Hipotecaria de 1861, se pronunciaba sobre los antecedentes americanos de esta legislación y, concretamente, sobre el alcance de las cédulas de 1768 y 1778, y sobre la instrucción novohispana de 1783. En su comentario no dejaba lugar a dudas: en aquella ocasión la Monarquía por fin había puesto término al registro de hipotecas sobre muebles⁴⁹.

Al año siguiente, con motivo de la aprobación de la ley hipotecaria española, uno de los directores de la *Revista de Jurisprudencia y Administración de Cuba*, publicaba su respuesta a la cuestión: “Al aplicar a la Isla de Cuba la ley hipotecaria de la Península, ¿sería necesario introducir en ella alguna modificación que le amoldase á la esclavitud?”⁵⁰. Allí volvía a confirmar la

Florencio GARCIA GOYENA, Joaquín AGUIRRE, *Febrero, o Librería de jueces, abogados y escribanos comprensiva de los códigos civil, penal y administrativo*, Madrid, Boix, 1842, Parte Civil, Libro II (de las cosas), T. IV. p. 145 “§3611(...) La palabra peño en su sentido más lato comprende tanto la prenda de especie, o en cosa mueble y que se entrega al acreedor, como la hipoteca, o de cosa inmueble que no se entrega; pero la misma ley advierte que hablando con propiedad la palabra peño o prenda solo conviene a la primera. El uso ha confirmado más y más esta observación (...)”.

⁴⁸ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, T. IV, “(...) nuestra legislación de las Partidas, que con pocas alteraciones sigue vigente, confunde también la prenda y la hipoteca bajo el nombre común de Peños; y de esta confusión en las palabras resulta la confusión en las ideas, y por consiguiente la oscuridad de las acciones civiles...” p. 184

⁴⁹ Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera :precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios*, Madrid, 1862, T. I, pp. 145-151, pero esp. 146“(...) En esta instrucción [de 27 de septiembre de 1784]...se declaraba que los documentos no registrados en que hubiera hipoteca señalada especial y expresa de bienes raíces ó tenidos por tales no hicieran fe para el efecto de perseguir o creer gravadas las fincas y por lo tanto que no estaban sujetas al registro las hipotecas generales ni los bienes semovientes”.

⁵⁰ F. FESSER “Hipoteca de esclavos”, *Revista de Jurisprudencia y Administración. Ciencia. Literatura. Variedades*, Año VIII, t. I, La Habana, La Antilla, 1863, pp. 157-162.

imposibilidad natural de registrar la hipoteca de esclavos, contra las voces de los “alarmistas” que temían por la depresión del crédito si no se permitiera. El autor incluso estimaba que, en aquellas hipotecas de inmuebles subsistentes en las anotadurías que comprendían sus esclavos, el dueño podía proceder a la separación y venta de los esclavos, sin mencionar el hecho de que habían sido hipotecados con un fundo. A su juicio, la única forma de hipotecar esclavos era mediante su adscripción a un fundo y designados por su número, y no por sus nombres. Nada impedía al propietario (y deudor hipotecario) esta venta sin informar al comprador⁵¹. Se apostaba, en definitiva, por la solución francesa, como sabemos nido de fraudes de acreedores. Por ello, no parece que esta opinión pudiese tranquilizar a los alarmistas. También por entonces, y también desde La Habana, algún otro trabajo académico podía indicar que, con la mecanización de los ingenios, se había resuelto el problema de tener que recurrir a la ficción legal del esclavo de labor como bien inmueble por destino o incorporación, y por tanto susceptible de ser hipotecado⁵².

⁵¹ “La índole la naturaleza propia de las cosas es inalterable cuando los legisladores la olvidan intentan aplicarles reglas que están en pugna con aquellas cualidades esenciales la fuerza de las leyes naturales se manifiesta dejando inertes paralizados los esfuerzos de la legislación humana.=Tal no otra cosa sucedería si se intentase sujetar los esclavos las prescripciones que regulan las hipotecas. (...) Al tratar de la aplicación de la Ley Hipotecaria de la Península a estos dominios, se ha suscitado por algunos la cuestión de si consintiendo una parte muy principal de nuestros predios rústicos en las dotaciones de esclavos anexas ellos, deberán incluirse en la hipoteca los siervos, tomarse razón de ellos como cosa sujeta las mismas condiciones que el fundo gravado. Abogando por la afirmativa de esta duda ha llegado hasta decirse que desde el momento en que no se contase con la garantía del valor de las dotaciones nominalmente inscritas en los pactos hipotecarios, quedaría destruido para siempre el crédito de los hacendados, sin que hubiese quien facilitara cantidad alguna con la garantía de los predios. Es el objeto de estas líneas demostrar, empero, que la adopción de la Ley Hipotecaria en este país sin modificación alguna en cuanto la propiedad servil, no alteraría en lo más mínimo la situación actual de los propietarios, ni introduciría novedad en la facultad de hipotecar esclavos (...)”*ibid.*

⁵² Antonio AMBROSIO GRAY, *Reforma de la Legislación hipotecaria en la isla de Cuba, tesis para el doctorado de jurisprudencia, sostenida ante el Claustro de la Universidad de La Habana el día 30 de agosto de 1871*, La Habana, 1871, El autor propugnaba la aplicación directa de la legislación metropolitana sin reforma alguna, “(...)puesto que la traslación del dominio de los inmuebles y los gravámenes que pueden imponerse, son iguales en todas partes=La índole de nuestra propiedad ha dado, sin embargo, motivo de que surja la idea de modificaciones para la referida aplicación y lo consideramos detenidamente. Nuestros ingenios de elaborar azúcar; que son los más valiosos predios y de más rica producción, (...) están constituidos todavía con dotaciones de esclavos que más que la calidad de sus terrenos, siembras, fábricas y aperos influían en su estimación, dando por consecuencia que se considerasen tales dotaciones partes integrantes de los fundos rústi-

En definitiva, en esta segunda mitad del siglo XIX en España, pero también en América, ya parecía haberse recibido la solución del código que consistía en la apropiación del sentido exclusiva y naturalmente inmobiliario de la hipoteca. La indiscutida relevancia de la propiedad inmueble en el Ocho-cientos europeo, en el contexto de una profunda transformación del régimen jurídico de la propiedad de la tierra, contribuyó a reforzar esta interpretación. Porque se asoció, en una medida que no se había logrado hasta entonces, propiedad inmobiliaria, garantía real y publicidad de gravámenes, transacciones y títulos a través de un sistema de registros.

cos, así para la inscripción general de la propiedad como para que sean materia y objeto de la hipoteca; reglamentóse de tal manera y se ha venido observando hasta el presente. =Pero, como se ha manifestado, de acuerdo con los buenos principios, restringióse esta práctica, limitándose á los que formaban comunidad en los fundos. Las modificaciones que ha sufrido nuestra propiedad y recientes disposiciones, dejan de hacer necesario lo que siempre fue contradictorio en sí mismo (...). La eliminación del semoviente, por una ficción legal considerado comprendido en las cosas materia de contratación, no afecta ciertamente los elementos del crédito, antes lo consolidan, restableciendo la estimación del inmueble (...) el principio que caracteriza la ley, de que nos venimos ocupando, es terminante. Para ser consecuente deben subordinársele todos los inconvenientes, que, siendo aquel indiscutible, no pueden estos dejar de ser viciosas corruptelas. La perfección a que se aspira no es dable obtenerla sin la perpetuidad de la garantía. No desnaturalicemos la ley, respetemos sus tendencias y aprovecharemos sus saludables efectos”, pp. 18-19.

LOS TRIBUNALES DE LA FLORIDA ORIENTAL

TRIBUNALS OF EAST FLORIDA

MATTHEW CAMPBELL MIROW

Florida International University, Miami (EEUU)

mirowm@fiu.edu

Resumen: Desde 1513 hasta 1821, el área conocida como las Floridas estuvo bajo la corona española con la excepción de veinte años en el siglo XVIII cuando perteneció a la corona inglesa. Durante más de 300 años las Floridas fueron territorio español, pero se sabe muy poco sobre la aplicación del derecho indiano en dichas provincias, las instituciones en que la población litigaba, y los tribunales y oficiales legales existentes. Esta contribución describe la literatura secundaria que existe sobre los tribunales españoles en las Floridas, y particularmente en la Florida Oriental, y las fuentes más importantes de documentos relacionadas con ellos. Existen unas fuentes bastante grandes e importantes de documentos legales y de pleitos, sobre todo en el segundo período español (1783-1821), que aún no se han investigado y que esperan el interés de los historiadores del derecho.

Palabras clave: Las Floridas, tribunales, instituciones, jueces, derecho indiano, fuentes.

Abstract: From 1513 to 1821, the area known as the Floridas was under the the Spanish crown with the exception of twenty years in the eighteenth century when it belonged to Britain. For more than three hundred years, the Floridas were Spanish territory, but little is known about the application of Derecho Indiano in these provinces, the institutions in which people litigated, and the extant tribunals, and legal officials. This contribution describes the secondary literature on Spanish tribunals in the Floridas, particularly in East Florida, and the sources and documents related to the tribunals. Large and important sources of legal documents and trials exist, above all for the second Spanish period (1783-1821). These documents have not been investigated and await the interest of legal historians.

Keywords: the Floridas, courts, institutions, judges, Derecho Indiano, source.

Sumario: 1. El primer período español, 1513-1763. 2. El segundo período español, 1783-1821. 3. Una nota sobre las Comisiones de Reclamaciones. 4. Conclusión.

Este estudio se trata de los tribunales españoles, desde el comienzo del contacto con los europeos hasta el momento en que España cedió las Floridas a los Estados Unidos en 1821 en la región que hoy es el estado de la Florida.

Sorprendentemente se sabe poco acerca de estos tribunales, y esta contribución trata de describir los estudios secundarios que existen sobre dichas instituciones y sus documentos. También tiene el propósito de servir como un punto de partida sobre el tema y como una base para futuras investigaciones. Debido a que se ha hecho muy poco trabajo de archivo en materiales primarios, este estudio también sugiere otras fuentes y colecciones que pueden ser exploradas para mejorar el conocimiento de las instituciones y estructuras que manejaban las disputas legales durante el dominio español en la Florida¹.

Las instituciones de gobierno en este período no reflejaban la delimitación actual de poderes entre las ramas ejecutivas, legislativas y judiciales. Otras partes del imperio español tenían cortes y tribunales que eran predominantemente o exclusivamente judiciales². En la Florida, sin embargo, los conflictos fueron a menudo resueltos judicialmente, pero no dentro de los contornos de una institución que era exclusivamente judicial³. Los individuos actuaban como jueces, y los litigantes se dirigían a ellos como “juez” y llamaban a las instituciones “tribunales”. Durante los períodos españoles, los gobernadores de la Florida eran usualmente soldados exitosos y no estaban calificados en derecho⁴. Por otra parte, el gobernador a menudo no tenía un asesor de formación jurídica⁵. TePaske resume esta estructura general, “La Florida era demasiado pobre y escasamente poblada para poder apoyar un sistema judicial, el gobernador era también el primer funcionario judicial colonial”⁶. De esta manera, el gobernador como juez era un oficial jurídico bastante ocupado que oía una multitud de litigios penales y civiles, resolvía asuntos de derechos de tierra, aseguraba la correcta distribución de los bienes

¹ Véase, generalmente, CHRISTOPHER A. VALLANDINGHAM, “Tracking Down Legal Sources on Prestatehood Florida” en MICHAEL CHIORAZZI y MARGUERITE MOST, EDS., *Prestatehood Legal Materials: A Fifty-State Research Guide*, New York, Haworth Information Press, 2005, vol. 1, pp. 249-275. Una versión simplificada en inglés de esta ponencia será publicada como M.C. MIROW, “Spanish Courts” en ROBERT M. JARVIS, ED., *Florida’s Other Courts: Unusual Justice in the Sunshine State* (en prensa).

² M.C. MIROW, *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Austin, University of Texas Press, 2004, pp. 19-33.

³ JOHN J. TEPASKE, *The Governorship of Spanish Florida 1700-1763*, Durham, Duke University Press, 1964, p. 20.

⁴ TEPASKE, *op.cit.*, p. 16. Para una lista de gobernadores de la Florida de 1565 a 1706 veáse AMY BUSHNELL, *The King’s Coffers: Proprietors of the Spanish Florida Treasury 1565-1702*, Gainesville, University Presses of Florida, 1981, pp. 141-142. Para una lista de gobernadores de la Florida de 1699 a 1764 veáse TEPASKE, *op.cit.*, p. 231.

⁵ TEPASKE, *op.cit.*, p. 20.

⁶ TEPASKE, *op.cit.*, p. 20.

por testamento, y resolvía problemas complejos relacionados con el comercio. Por lo tanto, el gobernador actuaba como juez de un tribunal, resolvía disputas legales, y administraba justicia⁷. Con el fin de mostrar la conexión entre el gobernador y su administración de justicia, se le requería llevar una vara de justicia, un símbolo que indicaba su condición de juez⁸.

1. El primer período español, 1513-1763

Desde los primeros momentos del contacto español, un gobierno estructurado y una jurisdicción definida eran parte integral para el descubrimiento y la población. Durante el descubrimiento las capitulaciones incorporaban aspectos de jurisdicción para resolver conflictos, y a medida que la corona establecía asentamientos permanentes como ciudades y fortalezas, esto traía asimismo su propio aparato institucional para resolver conflictos penales y civiles⁹. De hecho, la colonización española fue un proceso legal¹⁰. A algunos de los primeros aventureros de la Florida, como Lucas Vázquez de Ayllón (originalmente juez real de La Española), Pánfilo de Narváez, y Pedro Menéndez de Avilés se les concedieron títulos de “adelantado, capitán general y gobernador”¹¹. El título de gobernador estuvo estrechamente asociado con el poder para resolver disputas.

El asentamiento español en las Américas trató de reproducir estructuras peninsulares, jerarquías e instituciones, en particular las de Castilla. Eugene

⁷ Para el origen y naturaleza del gobernador véase TEPASKE, *op.cit.*, pp. 7-9. El alcance de las atribuciones del gobernador fue establecida por la concesión del título y la ley real. TEPASKE, *op.cit.*, pp. 20, 23. Ver, *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Lib. 5, Tít. 2, LL. 1-52 (1791, a continuación “R.I.”). AMY TURNER BUSHNELL, “Republic of Spaniards, Republic of Indians,” en MICHAEL GANNON, ED., *The History of Florida*, Gainesville, University Press of Florida, 2013, pp. 77, 89; MIROW, *Latin American Law, op.cit.*, pp. 11-18.

⁸ R.I., Lib. 5, Tít. 2. L. 11.

⁹ MICHAEL GANNON, “First European Contacts”, en GANNON, *The History of Florida, op.cit.*, pp. 18-27. Ver también ENRIQUE SÁNCHEZ GOYANES, “Cómo y de la Mano de Quién se fundó por España el Derecho en Norteamérica hace hoy 500 años”, *Diario La Ley*, n° 8387, Sección Doctrina, 29 de Septiembre de 2014, año 35, Editorial La Ley, 6291/2014 (2014), pp. 1-21 (enfocándose en las ordenanzas relacionadas con los viajes de Ponce de León y los intentos de asentamiento incluyendo una concesión de jurisdicción civil y criminal a él en 1512. *Idem.*, p. 6).

¹⁰ BUSHNELL, “Republic of Spaniards”, *op.cit.*, pp. 77, 89; MIROW, *op. cit.*, pp. 11-18.

¹¹ GANNON, “First European Contacts”, *op.cit.*, p. 26; EUGENE LYON, “Settlement and Survival,” en GANNON, *The History of Florida, op.cit.*, p. 58; TEPASKE, *op.cit.*, pp. 9-10.

Lyon escribe que el fundador de San Agustín, “Adelantado Menéndez mantuvo su liderazgo como si fuera virrey, con retenedores nobles y sirvientes de librea”¹². Es bastante probable que de la misma manera se desempeñara como juez en materia penal y civil.

En la década de 1570, la Florida pasó de ser un territorio propietario bajo diversos adelantados a ser una provincia de la corona por orden del Consejo de Indias. El Consejo nombró a Pedro Menéndez Marqués a dirigir la Florida y él comenzó a servir como gobernador en 1577¹³. También hubo planes más amplios para la administración que afectaron a la Florida mientras estuvo bajo el control de la corona; ordenanzas para la pacificación, patrocinio, y población fueron emitidas por Felipe II en 1573 y 1574¹⁴. Estas leyes estructuraron las relaciones de España con las poblaciones nativas, delimitaron la naturaleza de la autoridad real y eclesiástica, y establecieron las reglas precisas para la construcción física y las instituciones gubernamentales en los asentamientos¹⁵.

Determinado en perpetuar las estructuras españolas, Menéndez de Avilés aseguró que antes de su partida a mediados de los 1560, se emitieran regulaciones municipales que crearan un cabildo con poder para fijar impuestos y distribuir la tierra¹⁶. Debido a que los alcaldes eran parte del cabildo, la existencia y naturaleza de esta institución en la Florida deben ser examinadas¹⁷. La legislación real establece la estructura típica de los gobiernos locales y de los tribunales. Este modelo teórico de las instituciones no se siguió de cerca en la Florida, pero estableció la estructura de la cual surgieron modificaciones locales. Los cabildos se componían generalmente de dos jueces locales (alcaldes ordinarios o alcaldes) y de cuatro a seis regidores¹⁸. Las disposiciones reales para el cargo de alcalde ordinario tenían en cuenta jueces que ejercían, por delegación, la

¹² LYON, *op.cit.*, p. 67.

¹³ LYON, *op.cit.*, p. 72.

¹⁴ BUSHNELL, “Republic of Spaniards”, *op.cit.*, p. 76.

¹⁵ MIROW, *Latin American Law, op.cit.*, pp. 12, 26, 62, 64.

¹⁶ AMY BUSHNELL, “The Nobel and Loyal City, 1565-1668”, en JEAN PARKER WATERBURY, ED., *The Oldest City: St. Augustine Saga of Survival*, St. Augustine, St. Augustine Historical Society, 1983, p. 33; PEDRO MENÉNDEZ, *Ordinances which Pedro Menéndez . . . Instituted in these Provinces of Florida*, en EUGENE LYON, ED., *Pedro Menéndez de Avilés*, New York, Garland Publishing, 1995, p. 274.

¹⁷ Para aspectos generales del *cabildo* ver *R.I.*, Lib. 4, Tít. 9, LL. 1-23.

¹⁸ TEPASKE, *op.cit.*, p. 26. Órdenes emitidas en 1761 para establecer un ayuntamiento en San Agustín ya no importó cuando el territorio fue transferido a Inglaterra en 1763. TEPASKE, *op.cit.*, p. 27.

jurisdicción penal y civil del gobernador¹⁹. Debido a que a los alcaldes se les dio un voto en el cabildo, estos fueron vistos como miembros del mismo²⁰.

A lo largo del imperio español, los alcaldes en primera instancia generalmente tramitaban asuntos penales y civiles. Un fiscal con formación jurídica y un procurador podían representar a la corona en casos penales y proporcionar opiniones legales. Del mismo modo, un asesor podía proporcionar asesoramiento relacionado con derecho militar, civil, y penal. Otros funcionarios entregaban citaciones, recolectaban las multas, y mantenían los registros escritos de los pleitos²¹.

Los estudiosos han debatido la existencia del cabildo en San Agustín durante el primer período español. Si la existencia de un cabildo estuviera vinculada con los jueces locales, este debate podría tener mayor importancia a medida que la búsqueda de los tribunales locales fuera del ámbito de competencia directa del gobernador. TePaske establece que el cabildo de la ciudad desapareció de la Florida cuando los habitantes originales se fueron en 1570²². Bushnell cuestiona la afirmación:

A menudo se ha escrito que no había cabildo en Florida tras la salida de Pedro Menéndez. Es cierto que no había casa de gobierno municipal, ni agentes judiciales, ni jueces municipales aproximadamente después de los primeros veinte años, y tal vez no había una caja fuerte separada para los ingresos municipales, pero el cabildo sí existió, sirviendo tanto como el Consejo para la “noble y leal ciudad de San Agustín”, y como el Ayuntamiento de la República²³.

Bushnell suministra varios ejemplos de cómo el cabildo siguió funcionando y fue reconocido en el gobierno y las ceremonias, pero hay que destacar que ninguno de estos ejemplos indican que hubo alcaldes como jueces locales como parte del cabildo²⁴.

Por lo tanto se sabe que un cabildo en pleno funcionamiento no estaba presente en San Agustín durante el primer período español. La falta de un cabildo completo se ha atribuido a la pequeña población de San Agustín, la

¹⁹ Estos jueces estaban encargados de “oir en primera instancia todos los negocios, causas, y cosas que el gobernador o su comandante podían escuchar en materia civil y criminal”. *R.I.*, Lib. 5, Tít. 3, L. 1.

²⁰ *R.I.*, Lib. 5, Tít. 3, L. 15.

²¹ TEPASKE, *op.cit.*, p. 59.

²² TEPASKE, *op.cit.*, p. 27.

²³ BUSHNELL, *The King's Coffin*, *op.cit.*, p. 107.

²⁴ BUSHNELL, *The King's Coffin*, *op.cit.*, pp. 107-113.

función y la sociedad militar, y tal vez el deseo de los gobernantes de controlar los asuntos locales por sí mismos. San Agustín fue una excepción a esta práctica general y no tuvo jueces locales en primera instancia. Sin jueces locales suministrados a través de un cabildo, el gobernador intervenía para llenar varias funciones relacionadas con la administración de justicia y los tribunales²⁵. Como Vallandigham escribe:

Durante el primer período español, el gobernador a menudo tenía que cumplir muchas funciones que eran delegadas a otros funcionarios en los asentamientos españoles de mayor tamaño en el Nuevo Mundo. La Florida española colonial no tenía los recursos para apoyar un sistema de tribunales, por lo tanto el gobernador general, cumplía el papel de juez y procurador. Otras funciones judiciales fueron manejadas por soldados²⁶.

En esta posición, el gobernador a menudo funcionaba bajo el título de “juez”, y su institución era referida por los litigantes como “tribunal”. Parece, sin embargo, que la Florida nunca desarrolló los tribunales locales previstos en la legislación municipal para las provincias españolas en América. Sin embargo, hubo un montón de disputas y argumentos legales, y por lo tanto muchos documentos producidos. Los gobernadores actuaban como jueces en los tribunales para determinar disputas legales; también se quejaron de su propia falta de formación jurídica y la falta de asistentes capacitados legalmente, asesores, para ayudarles en estas funciones²⁷.

En materia penal, el gobernador tenía autoridad para castigar a delinquentes menores y para imponer multas, encarcelar, infringir castigo corporal, trabajo forzado y hasta para desterrar. Se incluyen en esta jurisdicción el escuchar los casos de negros, indios y trabajadores forzados. TePaske señala que esto llevó a una excesiva discrecionalidad y a veces a la administración de la justicia de manera bastante cruel. Por ejemplo, un gobernador ordenó que la cabeza y las manos de un trabajador forzoso que fue ejecutado por matar a su supervisor español se mostrarán en el lugar de la matanza y en el Fuerte de San Marcos de Apalache²⁸.

²⁵ Si los alcaldes ordinarios estaban disponibles, estaba prohibido que el gobernador escuchara las causas civiles y criminales bajo su jurisdicción. *R.I.*, Lib. 5, Tít. 2, L. 14.

²⁶ VALLANDINGHAM, *op.cit.*, p. 252.

²⁷ TEPASKE, *op.cit.*, pp. 59-60. Si no estaban entrenados en materia legal, los gobernadores de otras ciudades mas grandes eran provisionados con consejeros legales. *R.I.*, Lib. 5, Tít. 2, LL. 37-40.

²⁸ TEPASKE, *op.cit.*, pp. 61-64.

La mayor parte de esta información proviene de fuentes secundarias tales como el trabajo de TePaske que proporciona información sobre los casos criminales. Debe haber también habido un número significativo de causas civiles. Es poco probable que al mobilizar las costumbres peninsulares a través del Océano Atlántico, estos españoles hubieran lanzado su propensión de litigar en el agua²⁹. Los casos criminales y los litigios civiles también deben haber variado de acuerdo con la población y la actividad comercial. La necesidad de tomar decisiones formalmente reconocidas probablemente creció con la población de las ciudades españolas en Florida. Por ejemplo, San Agustín comenzó con una población inicial de más de mil personas, pero la mayoría de la gente volvió rápidamente a España dejando un núcleo español inicial de aproximadamente 300 personas en 1570³⁰. La ciudad tenía una población europea o españolizada de aproximadamente 80 a mediados de 1570, de aproximadamente 700 en los años 1590, de aproximadamente 1500 entre los años 1680 y 1730, de alrededor de 2000, en la década de 1730 y 1740, y de poco más de 3000 al final del primer período español en 1763³¹.

Por cuestiones legales, la Florida estaba sujeta a la Audiencia de Santo Domingo y en teoría, las apelaciones de San Agustín deberían ir allí para su revisión. Sin embargo, muchos asuntos fueron enviados directamente al Consejo de Indias en España³². Por asuntos generales, el gobernador de la Florida estaba directamente subordinado al Consejo de Indias, pero estaba obligado a seguir las órdenes del virrey de la Nueva España³³. Las causas criminales relacionadas con soldados de Cuba, como los que servían en el Castillo de San Marcos de San Agustín, eran sujetos a revisión por el gobernador de La Habana³⁴.

Más información de los tribunales del gobernador puede ser obtenida de las auditorías oficiales del rendimiento del gobernador al final de su mandato,

²⁹ Ver, RICHARD L. KAGAN, *Law Suits and Litigants in Castile, 1500-1700*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1981.

³⁰ TEPASKE, *op.cit.*, p. 5.

³¹ JUAN IGNACIO ARNAUD RABINAL, ALBERTO BERNÁRDEZ ÁLVAREZ, PEDRO MIGUEL MARTÍN ESCUDERO y FELIPE DEL POZO REDONDO, "Estructura de la Población de una Sociedad de Frontera: la Florida Española, 1600-1763", *Revista Complutense de Historia de América*, t. 17, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1991, pp. 95, 98, 100, 106, 108, 117; JOHN R. DUNKLE, "Population Changes as an Element in the Historical Geography of St. Augustine", *Florida Historical Quarterly*, t. 37, Melbourne, Florida Historical Society, 1958, pp. 3-22.

³² TEPASKE, *op. cit.*, p. 58.

³³ *R.I.*, Lib. 5, Tít. 2, L. 1.

³⁴ *R.I.*, Lib. 5. Tít. 10, L. 15.

las residencias, o de investigaciones intermitentes, las visitas³⁵. Por ejemplo, una visita condujo a una reforma judicial. En 1720, el visitante Antonio Ponce de León de Cuba fue encargado de investigar al gobernador de la Florida Antonio Benavides. A la llegada de Ponce a San Agustín, este fue recibido por Bernardo Nieto Carbajal que temía que la investigación de Ponce alborotaría acusaciones pasadas contra él. El gobernador obligó a Nieto a confesar y lo envió a Cádiz en España para la sentencia. En lugar de alabar a Benavides por su acción rápida y decidida contra Nieto, el Consejo de Indias en España expresó su preocupación por que Benavides esquivó varios requisitos de procedimiento relacionados con los cargos, el uso de un informante pagado, y la calidad de la defensa de Nieto. El Consejo de Indias, señaló que el bajo rendimiento de Benavides en el caso fue el resultado de su falta de educación jurídica y requirió que a partir de entonces todos los litigios fueran revisados por personas legalmente capacitadas en La Habana³⁶. No sabemos si se siguieron estas órdenes, y si lo hicieron, si estas órdenes fueron abandonadas más tarde. Este requisito puede ayudar a explicar la existencia de algunos procedimientos legales de la Florida en los registros y archivos cubanos.

De 1700 a 1763, sólo dos de los diez gobernadores de este período fueron sometidos a una residencia, una investigación oficial basada en preguntas escritas dirigidas a las personas bajo jurisdicción del gobernador³⁷. La administración de la justicia por parte del gobernador era por lo general un tema de investigación³⁸. Los testigos y las personas que examinaban la eficacia y la honestidad del gobernador impartían estas preguntas con ejemplos de conducta correcta e incorrecta, particularmente al imponer castigos por actividades delictivas o en la fabricación de detenciones arbitrarias³⁹. Las residencias fuera del período estudiado por TePaske pudieran proporcionar información adicional con respecto no sólo a los casos legales, sino también cuando funcionarios más altos que el gobernador pensaban que el gobernador se había equivocado. Por ejemplo, Lyon señala que la residencia de Pedro Menéndez contiene varios casos civiles y criminales⁴⁰.

³⁵ TEPASKE, *op.cit.*, pp. 33-57, 68-69.

³⁶ TEPASKE, *op.cit.* pp. 35-36 citando AGI, Escribanía de Cámara, Legajo 153A, Papel del fiscal, 21 de noviembre de 1721; y AGI, Santo Domingo, Legajo 833, Consulta del Consejo de las Indias, 28 de noviembre de 1721.

³⁷ TEPASKE, *op.cit.*, p. 40.

³⁸ TEPASKE, *op.cit.*, pp. 41, 42, 53.

³⁹ TEPASKE, *op.cit.*, pp. 43, 47-48.

⁴⁰ EUGENE LYON, "Spain's Sixteenth-Century North American Settlement Attempts: A

Se sabe aún menos acerca de otros organismos o personas que sirvieron funciones judiciales en la Florida. Por ejemplo, como parte de las dificultades de abastecimiento durante las hostilidades navales y comerciales con Gran Bretaña en la década de 1740, el gobernador Montiano estableció un tribunal de almirantazgo para licenciar a corsarios que luego podrían apoderarse de los barcos británicos y de su carga⁴¹. Otra función judicial que se llevó a cabo por el funcionario real fue la de administrar los bienes de difuntos que carecían de testamentos. Estos bienes de difuntos fueron manejados en la Florida por el tenedor de bienes de difuntos⁴². La iglesia a menudo servía como un lugar para la información legal y para decisiones. Registros eclesiásticos, particularmente relacionados con matrimonios, eran importantes, y los registros de la parroquia católica de San Agustín cubren una gran parte del primer y el segundo períodos españoles⁴³. Las instituciones judiciales y cuasi judiciales siguen siendo relativamente inexploradas desde el punto de vista de la administración de justicia en el primer período español.

Poco se sabe de los tribunales como instituciones durante el primer período español, ya que parece que los registros de los procesos judiciales no se han conservado en un solo lugar. Las fuentes de los procedimientos legales para el primer período español están dispersos. Como Susan Richbourg Parker resume:

La salida de los residentes españoles de la Florida, entre junio de 1763 y finales de enero de 1764 significó la salida de la documentación de sus vidas también... Los funcionarios españoles que se fueron transfirieron los archivos militares y civiles, algunos de los cuales fueron a la oficina de Hacienda en La Habana. Algunos de los documentos se almacenaron en otros edificios del gobierno en Cuba. La correspondencia oficial también fue a dar a otros lugares, copias de los informes y cartas enviadas desde la Florida fueron enviadas a administradores localizados a menudo en España, Cuba, Santo Domingo (ahora la República Dominicana), y Nueva España (hoy México)⁴⁴.

Neglected Aspect”, *Florida Historical Quarterly*, t. 59, n° 3, Melbourne, Florida Historical Society, 1981, p. 286 n. 37.

⁴¹ DANIEL L. SHAFER, “Raids, Sieges, and International Wars”, en GANNON, *The History of Florida*, *op. cit.*, p. 124.

⁴² BUSHNELL, *The King’s Coffin*, *op.cit.*, p. 114.

⁴³ Estos son los papeles de la parroquia de la catedral en los Archivos de la Diócesis de San Agustín, San Agustín, Florida. SUSAN RICHBOURG PARKER, “My Mother’s House: Dowry Property and Female Inheritance Patterns in Spanish Florida”, en SALLY E. HADDEN y PATRICIA HAGLER MINTER, EDS., *Signposts: New Directions in Southern Legal History*, Athens, University of Georgia Press, 2013, p. 24, p. 41 n. 8, p. 42 n. 15.

⁴⁴ PARKER, *op.cit.*, pp. 23-24.

Aquí sólo es posible mencionar algunas vías de investigación a través del cual se pueden encontrar registros de procedimientos legales. Al escribir acerca de demandas en el siglo XVI, por ejemplo, Eugene Lyon se refiere a los documentos que se encuentran en el Archivo General de Indias de Sevilla⁴⁵. Algunos materiales legales de este archivo pueden ser encontrados en la Colección John Stetson Batterson⁴⁶. Esta colección de documentos tomados del Archivo General de Indias de Sevilla fue curada originalmente por la Universidad de la Florida y contiene aproximadamente 150.000 copias. Esta colección cubre todos los aspectos de la actividad española en la región del sudeste de 1518 a 1783. Esta organizada por fecha, y los materiales han sido catalogados por la Universidad de la Florida, la Biblioteca del Congreso, y la Sociedad Histórica de San Agustín. Hay una versión de microfilmes del catálogo de aproximadamente 14.000 tarjetas disponibles en tres carretes⁴⁷. La imagen de cada tarjeta proporciona la procedencia, la salutación del documento, la fecha, un breve resumen, y una referencia al carrete en la colección. Las entradas de 1512 hasta 1651 están disponibles en línea⁴⁸. A la fecha de este estudio, las cartas de 1651 hasta el final de la colección tienen que ser examinadas en microfilm. No obstante, una visión muy superficial de este catálogo indica que una variedad de casos legales que se encuentran en estos documentos son del primer período español.

Otra fuente útil para los casos legales del primer período español es la página web del portal de Archivos españoles, Portal de Archivos Españoles, o PARES⁴⁹. Una búsqueda en esta base de datos en “tribunales de la

⁴⁵ LYON, “Settlement and Survival”, *op.cit.*, p. 74, nn. 6 y 8 (con referencia a “AGI Escribanía de Cámara”). Los escribanos de cámara estaban encargados de cuidar los papeles de las audiencias. *R.I.*, Lib. 2, Tít. 23, LL. 1-63.

⁴⁶ El autor le da las gracias a la Dra. Marisol Floren, FIU College of Law Library, por su asistencia con la información de la Stetson Collection, P.K. Yonge Library of Florida History, University of Florida, Gainesville, Florida. <http://web.uflib.ufl.edu/spec/pkyonge/stetsonp.html>. Ahora la colección está en la Sociedad Histórica de San Agustín. Además de las copias del paquete “Escribanía de Cámara,” la Colección Stetson contiene copias de papeles de la clasificación “Justicia,” un lugar prometedor para iniciar con los papeles legales de la Florida. PAUL E. HOFFMAN, “New Numbers for the Stetson Collection”, *Florida Historical Quarterly*, t. 55, n° 3, Melbourne, Florida Historical Society, 1977, pp. 349-351.

⁴⁷ *P.K. Yonge Library of Florida History, Stetson Collection, 1512-1783 [microform]: Spanish Florida Borderlands Calendar of the P.K. Yonge Library of Florida History*, 1980.

⁴⁸ UNIVERSITY OF FLORIDA DIGITAL COLLECTIONS, *Unearthing St. Augustine’s Colonial Heritage, Calendar Cards Descriptive by Year of Manuscript Documents Drawn from the Archivo General de Indias in Sevilla*. <http://ufdc.ufl.edu/USACH00595/>

⁴⁹ *Portal de Archivos Españoles*, <http://pares.mcu.es/>.

Florida” dio lugar a tres posibles vías: “Contaduría”, “Escribanía de Cámara de Justicia,” y la “Audiencia de Santo Domingo,” todos ubicados en el Archivo General de Indias. Una búsqueda de “La Florida causas civiles” lleva a “Papeles de Cuba”, “Escribanía de Cámara de Justicia,” y “Audiencia de Santo Domingo.” Una simple búsqueda de “pleitos de Florida”, lleva a tres subdivisiones en el Archivo General de Indias, uno en el Archivo Histórico Nacional, y otro en la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid. Estos tres ejemplos indican que hay una gran cantidad de casos disponibles para la exploración y el análisis de la primera época española. La investigación en estos y otros archivos nos ayudará a comprender mejor los tribunales del primer período español.

2. El segundo período español, 1783-1821

Al asumir el control de la región, España mantuvo la división territorial utilizada por los británicos que usando el río Apalachicola dividía la Florida en Este y Oeste. San Agustín fue la capital de la Florida Oriental, y Pensacola fue la capital de la Florida Occidental⁵⁰. Nuestro conocimiento de las instituciones y prácticas legales es sustancialmente diferente para el este y el oeste de la Florida. Este es el resultado de los diferentes destinos de los registros de cada provincia. Muchos de los registros de la Florida Oriental entre 1783 y 1821 sobreviven en la Biblioteca del Congreso y han sido microfilmados⁵¹. Muchos de los registros de la Florida Occidental de la misma época se perdieron cuando los archivos de Pensacola estaban siendo trasladados a La Habana. El barco

⁵⁰ SUSAN RICHBOURG PARKER y WILLIAM S. COKER, “The Second Spanish Period in the Two Floridas”, en GANNON, *The History of Florida*, *op.cit.*, p. 162.

⁵¹ M.C. MIROW, “Law in East Florida, 1783-1821”, *American Journal of Legal History*, t. 55, Philadelphia, Temple University Press, 2015, pp. 89-118. Muchos de estos documentos están disponibles en *Slavery and Anti-Slavery: A Transnational Archive*, <http://www.gale.com/primary-sources/slavery-and-anti-slavery/>. Ver MABEL M. MANNING, “The East Florida Papers in the Library of Congress”, *Hispanic American Historical Review*, t. 10, Durham, Duke University Press, 1930, pp. 392-397 (discusión sobre la migración de los Papeles de la Florida Occidental); IRENE A. WRIGHT, “The Odyssey of the Spanish Archives of Florida”, en A. CURTIS WILGUS, ED., *Hispanic American Essays: A Memorial to James Alexander Robertson*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1942, pp. 169-207 (una descripción detallada de la migración de los papeles de España del este al oeste de la Florida).

fue capturado y los registros fueron arrojados por la borda⁵². No está claro si todos los registros fueron destruidos. Wright describe la migración de un número importante de manuscritos relacionados con títulos de propiedad en la Florida Occidental desde 1781 a 1821. Sin embargo es probable que la mayoría de estos documentos contengan encuestas y donaciones, ellos no han sido examinados para ver si contienen causas legales y registros de los tribunales⁵³. Por otra parte, los papeles de la Florida Occidental no se mantuvieron juntos y fueron movidos de un lugar a otro en virtud de menos seguridad comparativamente con los de la Florida Oriental. Un incendio destruyó documentos adicionales de la Florida Occidental después de su traslado a los Estados Unidos y antes de 1885⁵⁴. Boggs describe los seis esfuerzos diplomáticos para recuperar los registros de tierras de Cuba y llegó a la conclusión de que un número significativo de documentos legales de la Florida Oriental y Occidental se encuentran todavía en Cuba o que fueron trasladados a España en 1888 y 1889⁵⁵. Estas descripciones de la pérdida y dispersión de documentos relacionados con la Florida Occidental indican que la reconstrucción de los tribunales de Florida Occidental y las instituciones jurídicas en el segundo período español será una tarea bastante difícil.

En el segundo período, la Florida Oriental y la Occidental estuvieron bajo la jurisdicción de una persona que era o bien el capitán general de Cuba o el virrey de Nueva España⁵⁶. Por ejemplo, en 1781, después de que Bernardo de Gálvez había logrado ganar control sobre Mobile y Luisiana por los españoles, se le concedió una capitanía general sobre estos territorios y las Floridas. El dominio sobre estas áreas terminó con su muerte en 1786⁵⁷. La supervisión de las Floridas fue trasladada de Nueva España a Cuba por razones de facilidad administrativa y como recompensa al nuevo capitán general, José de Espeleta⁵⁸. Independientemente de la subdivisión política dada a la supervisión de las Floridas, era una práctica común para sus gobernantes el

⁵² PARKER y COKER, "The Second Spanish Period", *op.cit.*, p. 172. También parece ser que muchos de los papeles se perdieron en un incendio el 24 de octubre de 1810. DUVON CLOUGH CORBITT, "The Administrative System in the Floridas, 1781-1821", *Tequesta*, t. 2, Cocoa, Florida Historical Society, 1942, p. 52.

⁵³ WRIGHT, *op.cit.*, pp. 169-171, 202-207.

⁵⁴ WRIGHT, *op.cit.*, pp. 183-185, 188, 190-207.

⁵⁵ GLENN BOGGS, "The Case of Florida's Missing Real Estate Papers", *Florida Bar Journal*, t. 77, n° 9, Tallahassee, Florida Bar, 2003, pp. 10-17.

⁵⁶ CORBITT, "Administrative System", *op.cit.*, p. 41.

⁵⁷ CORBITT, "Administrative System", *op.cit.*, pp. 42-43.

⁵⁸ CORBITT, "Administrative System", *op.cit.*, p. 43.

comunicarse directamente con España al mismo tiempo que proporcionaban copias de la correspondencia a otros funcionarios. Esta era una práctica común en el imperio⁵⁹.

Los finales del siglo XVIII y principios del XIX fueron una época particularmente inestable en la Florida Occidental teniendo en cuenta el nivel de supervisión y control jurisdiccional que los capitanes generales, intendentes y virreyes ejercían sobre la Florida Occidental desde Luisiana, México o Cuba⁶⁰. La Constitución de Cádiz esporádicamente en efecto en los años 1810 y 1820, causó incluso mayores alteraciones debido al lugar que ocupaban las Floridas en la jerarquía política del imperio constitucional⁶¹. Si bien la Constitución tuvo una amplia aplicación en la Florida Oriental, su aplicación en la Florida Occidental fue limitada ya que sólo Mobile, Pensacola y San Marcos continuaban en la provincia en el momento de su promulgación⁶². Los cabildos se establecieron en virtud de la Constitución de Cádiz, pero parece que los alcaldes no ejercieron una función judicial. No obstante, después de la repromulgación de la Constitución de Cádiz en 1820, durante los últimos meses del año surgieron preguntas sobre si Pensacola debería tener un alcalde y cual sería el alcance de su autoridad. La decisión negativa de las autoridades de La Habana sobre el alcalde nunca se aplicó debido a la entrega de la provincia a los Estados Unidos. El alcalde, sin darse cuenta de su falta de autoridad, estaba presente cuando la ciudad fue entregada a los representantes de Estados Unidos, y continuó argumentando a favor de su poder bajo la Constitución de Cádiz aún cuando España ya había cedido el control del territorio⁶³.

En el segundo período español, los gobernadores eran a veces asistidos por un asesor, un asesor de formación jurídica que emitía dictámenes legales escritos acerca de las peticiones. El gobernador generalmente incorporaba el razonamiento y el resultado sugerido por el asesor en su resolución o decreto⁶⁴. Por ejemplo, en la década de 1790, el gobernador fue asistido

⁵⁹ CORBITT, "Administrative System", *op.cit.*, p. 44.

⁶⁰ La complejidad jurídica y jurisdiccional de la Florida Occidental en el segundo período es analizada en SEÁN PATRICK DONLAN, "Entangled up in Red, White, and Blue: Spanish West Florida and the American Territory of Orleans, 1803-1810", en THOMAS DUVE, ED., *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 213-251.

⁶¹ CORBITT, "Administrative System", *op.cit.*, pp. 45-46, 49.

⁶² CORBITT, "Administrative System", *op.cit.*, p. 59.

⁶³ CORBITT, "Administrative System", *op.cit.*, pp. 61-62.

⁶⁴ Véase e.g., Petición, 17 de julio de 1802, East Florida Papers (Manuscript Div., Library of Cong.) (a continuación "E.F.P."), Reel 157, Part I, ff. 5v-12; Dictámen, 23 de agosto de

por el licenciado José de Ortega bajo el título de “Abogado de los Reales Consejos, Teniente de Gobernador, Auditor de Guerra, y Asesor General de esta ciudad”⁶⁵.

Cuando la Intendencia de Luisiana fue movida a Pensacola en 1806, se añadió un asesor al personal para proporcionar asesoramiento jurídico⁶⁶. La asignación de un asesor a esta región fue probablemente el resultado del establecimiento de un gobierno civil, en lugar de uno militar, en la Florida Occidental. Corbitt escribe:

Hasta la cesión de Luisiana [1803] no había funcionarios civiles en la Florida Occidental. Los asuntos financieros y judiciales, así como los administrativos manejados por los comandantes de correos con la asistencia de sus tenientes y otros empleados, eran por lo general de las fuerzas militares... Las decisiones judiciales y administrativas eran apelables ante el gobernador de Luisiana, y más allá de él al rey a través de La Habana o Santo Domingo según el fuero o carta de privilegios que pudieran estar implicados; los poderes judiciales del propio gobernador de Pensacola prácticamente se limitaban a la conciliación y la recolección de pruebas. Las causas de menor importancia eran manejadas a la manera de un tribunal de la policía, o por un árbitro o un amigo. Las demandas o pleitos más serios, junto con las pruebas recogidas, eran remitidos a Nueva Orleans para su revisión por el gobernador y su asesor, siempre y cuando Luisiana perteneciera a España⁶⁷.

De la misma manera, Donlan encontró para el período posterior a 1803, diversas fuentes secundarias que describen las funciones de los alcaldes dentro del sistema jurídico colonial español y nos dan un entendimiento de lo

1802, E.F.P., Reel 157, Part I, ff. 18-49; Decreto, 26 de agosto de 1802, E.F.P., Reel 157, ff. 49-49v.

⁶⁵ E.F.P., Reel 152, 4 de abril de 1794, No. 18, Item 1794-10, f. 18.

⁶⁶ CORBITT, “Administrative System”, *op.cit.*, p. 50.

⁶⁷ CORBITT, “Administrative System”, *op.cit.*, p. 57. En referencia a la manera en que un *fuero* personal podría interferir con los procedimientos judiciales estandar, Corbitt escribe, “La administración de justicia española fue una mezcla confusa porque muchas personas gozaban de fueros, o el derecho a estar juzgados en los tribunales especiales de su clase, rango, orden u organización. Las demandas en las Floridas con fueros llegaban a España a través de la Havana, donde el capitán general ordinariamente presidía los tribunales especiales de apelación. Las demandas ordinarias iban a la audiencia en Santo Domingo (en Puerto Príncipe, Cuba después de 1800) antes de ir a España.” CORBITT, “Administrative System”, *op.cit.*, p. 57 n. 10. Parece que se reconocían derechos de fuero desde los primeros días del contacto español. SÁNCHEZ GOYANES, *op.cit.*, p. 8.

que en teoría dichos funcionarios deberían hacer. Por ejemplo, la detallada descripción de los deberes de los funcionarios judiciales en los reglamentos de gobernador de la Florida Occidental, Vicente Folch en 1804, contempla el funcionamiento de jueces locales⁶⁸. Donlan tiene toda la razón al hacer esta nota de advertencia: “Es una cuestión más compleja, por supuesto, si estos principios –y en esta forma son poco más que los principios– se aplicaron en la práctica”⁶⁹. Un estudio cuidadoso de las fuentes primarias es necesario antes de que uno pueda hablar de manera concluyente de alcaldes ejerciendo funciones judiciales y resolviendo disputas legales a nivel local en la Florida Occidental durante el segundo período español.

La situación en la Florida Oriental parece haber sido en gran medida la misma. Por ejemplo, a pesar de que la Florida Oriental regresó al dominio español en 1783, no fue hasta 1791 que se establecieron regulaciones permanentes para el gobierno de la Florida Oriental. Los jueces y los tribunales no se mencionan en este reglamento aunque muchas otras funciones gubernamentales y personal funcionario se proporcionaron específicamente en las áreas de los funcionarios reales generales, el tesoro, construcciones y reparaciones, el hospital, la iglesia, una escuela, y una pequeña flota de barcos de guerra para proteger el puerto⁷⁰. Sólo más tarde fue añadido un Auditor y Asesor de Guerra⁷¹. Hubo, sin embargo, diferencias significativas en la autoridad otorgada a los gobernadores de la Florida Oriental y de la Occidental. Corbitt escribe: “A través de todo el período, el gobernador de la Florida Oriental, a diferencia de su hermano oficial en la Florida Occidental, dirigió las ramas financieras, políticas, judiciales, militares, e incluso la rama eclesiástica, excepto durante los dos períodos constitucionales cortos”⁷².

En el comienzo del siglo XIX, en el contexto de los poderes amplios del gobernador de la Florida Oriental, el gobernador Kindelán creó una innovación regional en la administración de justicia a través de las autoridades locales en virtud de la Constitución de Cádiz. Kindelán nombró representantes locales llamados capitanes de partido y jueces pedáneos (magistrados locales) representantes que también se encontraban en Cuba⁷³. Estos funciona-

⁶⁸ DONLAN, *op.cit.*, p. 232.

⁶⁹ DONLAN, *op.cit.*, p. 232.

⁷⁰ DUVON CLOUGH CORBITT, “The Administrative System in the Floridas II, 1781-1821”, *Tequesta*, t. 3, Cocoa, Florida Historical Society, 1943, p. 59.

⁷¹ CORBITT, “Administrative System II”, *op.cit.*, p. 60.

⁷² CORBITT, “Administrative System II”, *op.cit.*, p. 60.

⁷³ CORBITT, “Administrative System II”, *op.cit.*, p. 62.

rios judiciales rurales ayudaban a la conciliación y escuchaban casos civiles y criminales sencillos. Sus decisiones podían ser apeladas ante el gobernador⁷⁴. Los individuos seleccionados eran individuos ricos y notables en la comunidad; “Philip Robert Yonge fue seleccionado para gobernar el distrito de Fernandina, Francisco Facio [también Fatio o Fattio] el del Alto de San Juan, y Farquahar Bethune el del bajo San Juan”⁷⁵. El sistema continuó en el distrito de San Juan hasta la entrega del territorio a los Estados Unidos, pero fue modificado en otro lugar por el gobernador bajo la propuesta de George J.F. Clarke, de modo que algunos de los magistrados locales fueran elegidos por las personas locales. El gobernador excluyó la aplicación de esta propuesta a Fernandina en la Isla de Amelia, porque el gobernador pensaba que los funcionarios allí tenían más tiempo para escuchar los pleitos⁷⁶.

Los casos civiles a menudo trataban de derechos de propiedad, por lo general de tierras y de esclavos. Los individuos disputaron los diferentes aspectos legales de la esclavitud: estado del esclavo, manumisión, coartación (la capacidad de un esclavo de comprar su libertad), transferencias y contratos de arrendamiento, por ejemplo⁷⁷. También estaban disponibles muchos documentos relacionados con la tenencia de tierras, tales como subvenciones, encuestas, y en ocasiones registros de litigio⁷⁸.

Los investigadores de los tribunales de la Florida en el segundo período son muy afortunados de tener una gran colección de documentos llamados “los documentos de la Florida Oriental” (*East Florida Papers*). Esta colección ha servido como fuente para varios estudios iniciales relacionados con la toma de decisiones y los tribunales legales en este período⁷⁹. Dicha colección consta

⁷⁴ CORBITT, “Administrative System II”, *op.cit.*, p. 62.

⁷⁵ CORBITT, “Administrative System II”, *op.cit.*, p. 62.

⁷⁶ CORBITT, “Administrative System II”, *op.cit.*, p. 63.

⁷⁷ MANNING, *op.cit.*, pp. 393-394.

⁷⁸ Extensos materiales de fuentes primarias y secundarias de otorgamiento de tierras se pueden encontrar en <https://www.floridamemory.com/collections/spanishlandgrants/related.php#p>

⁷⁹ M.C. MIROW, “Causas civiles en la Florida Oriental, 1785-1821”, en RICARDO RABINOVICH-BERKMAN y AGUSTÍN PARISE, EDS., *Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Don Abelardo Levaggi*, Buenos Aires: Editorial de la UBA, en prensa); M.C. MIROW, “The Constitution of Cádiz in Florida”, *Florida Journal of International Law*, t. 24, no 2, Gainesville, University of Florida, 2012, pp. 271-330; MIROW, “Law in East Florida, 1783-1821”, *op.cit.*, pp. 89-118; M.C. MIROW, “Testamentary Proceedings in Spanish East Florida, 1783-1821”, en TROY L. HARRIS, *Studies in Canon Law and Common Law in Honor of R.H. Helmholz*, Berkeley, The Robbins Collection, 2015, pp. 281-301; ALEJANDRO QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, “Military Liberalism on the East Florida “Frontier”: Implementa-

de aproximadamente 65.000 folios microfilmados en 175 carretes, estos documentos cubren casi todos los aspectos de la administración colonial, incluyendo por ejemplo, impuestos, títulos de esclavos, comunidades indígenas, y los trabajos del Consejo de la ciudad⁸⁰. Los Papeles de la Florida Oriental ofrecen una gama muy rica y relativamente inexplorada de materiales legales, incluyendo series relacionadas con instrumentos notariales, casos civiles, casos criminales, consejos de guerra, diversos instrumentos jurídicos y de procedimientos, cuentas y procedimientos del Tesoro, presos del estado, y esclavos⁸¹.

Por ejemplo, veintiún paquetes de documentos en los papeles de la Florida Oriental están etiquetados como documentos relacionados con causas civiles y hay más de 500 entradas en este tema desde 1785 hasta 1821⁸². Aún en el breve estudio de estas causas, es evidente que contienen una gran cantidad de información relacionada con causas civiles entre individuos⁸³. Hay causas que refieren a deudas, tierras y casas, transacciones comerciales, esclavos, y las diferencias relacionadas con envíos. Litigios comerciales y causas relacionadas con seres humanos esclavizados con frecuencia cruzaron las fronteras políticas y lingüísticas, y los tribunales utilizaban traductores oficiales para documentos en inglés y también empleaban intérpretes indios⁸⁴. Los juramentos requeridos se ajustaron para permitir testigos protestantes⁸⁵. Es importante destacar que para nuestro estudio de los tribunales, algunas causas fueron a menudo a arbitraje ya sea debido a la complejidad administrativa de la materia involucrada, como la insolvencia, o porque las partes pidieron este procedimiento⁸⁶. También, hubo un alto grado de sofisticación legal. El legajo de una causa civil sobre los negociantes Panton Leslie en San Agustín tiene aproximadamente 1.200 páginas de Peticiones, Dictámenes, Relaciones,

tion of the 1812 Constitution”, *Florida Historical Quarterly*, t. 79, Melbourne, Florida Historical Society, 2001, pp. 441-468.

⁸⁰ LAURA J. KELLS, *East Florida: A Register of its Papers in the Library of Congress (A Finding Aid to the Collection of the Library of Congress)*, Washington, Library of Congress, 2001, pp. 4-10, <http://rs5.loc.gov/service/mss/eadxmlmss/eadpdfmss/2005/mso05002.pdf>.

⁸¹ KELLS, *op.cit.*, pp. 19, 21, 33, 39-48, 54-55.

⁸² LIBRARY OF CONGRESS, *Handbook of Manuscripts in the Library of Congress*, Washington, Library of Congress, 1918, pp. 121-122; LIBRARY OF CONGRESS, *Report of the Librarian of Congress*, Washington, Library of Congress, 1903, p. 59.

⁸³ MIROW, “Causas civiles”, *op.cit.*

⁸⁴ MIROW, “Law in East Florida”, *op.cit.*, pp. 97-103.

⁸⁵ E.F.P., Reel 151, 31 de julio de 1790, Item 1790-2.

⁸⁶ MIROW, “Law in East Florida”, *op.cit.*, pp. 99, 103.

Memoriales, Notificaciones, Presentaciones, Concuerdas, Contestas, Certificaciones, Instancias, y Notas⁸⁷.

En los documentos de la Florida Oriental entre 1783 y 1821, hay 370 procedimientos testamentarios correspondientes a 166 fallecidos. El gobernador, que actuaba como un juez ordinario o de sucesión, nombraba albaceas, ordenaba inventarios, levantaba testamentos, ejecutaba el pago de créditos, y distribuía propiedades de difuntos⁸⁸. En este tipo de actividades, el gobernador usaba el “tribunal” (*tribunal*) en el procedimiento y podía tener la ayuda de su asesor legal⁸⁹. Al igual que en los casos civiles, los documentos testamentarios revelan una atención muy escrupulosa al detalle a pesar de la falta de formación jurídica oficial del gobernador. Gran parte de esta debe haber llegado a través del asesor cuando este estaba disponible. Las decisiones judiciales por el gobernador como juez podían ser apeladas ante la Audiencia de Puerto Príncipe (hoy Camagüey), Cuba⁹⁰.

Estos ejemplos de procedimientos civiles y testamentarios indican la profundidad del material de los tribunales de la Florida en el segundo período español que aún no se ha explorado. Además de los pocos temas que se mencionan aquí, los Papeles de la Florida Oriental tienen una gran cantidad de material legal que nos dirá mucho más sobre el gobernador y sus tribunales en este período. Estos incluyen 12 paquetes de casos penales (1785-1821), un paquete relacionado con los casos antes de la audiencia (1800-1821), 13 paquetes llamados documentos legales diversos (1784-1821), tres paquetes de tribunales matrimoniales (1785-1821), dos paquetes de procedimientos criminales dedicados a la Rebelión de 1795, 17 fajos de documentos notariales, numerosos volúmenes encuadernados de documentos notariales de Fernandina, y registros de la propiedad de esclavos⁹¹. Sólo hemos arañado la superficie del material masivo y disponible en relación con los tribunales de la Florida en el segundo período español.

⁸⁷ E.F.P., Reel 157, Part I, ff. 1-330; E.F.P., Reel 157, Part II, ff. 1-235; E.F.P., Reel 157, Part III, ff. 1-130. Ver, M.C. MIROW, “Scots Traders and Spanish Law in East Florida”, en SERGE DAUCHY y HEIKKI PIHLAJAMÄKI, EDS. *The Influence of Colonies on Commercial Law and Practice* (en prensa). Sobre Pantón Leslie, véase, WILLIAM S. COKER y THOMAS D. WATSON, *Indian Traders of the Southeastern Spanish Borderlands: Pantón, Leslie & Company and John Forbes & Company, 1783-1847*, Gainesville, University Presses of Florida, 1986.

⁸⁸ MIROW, “Testamentary Proceedings”, *op.cit.*, pp. 281-301.

⁸⁹ MIROW, “Testamentary Proceedings”, *op.cit.*, pp. 297-300.

⁹⁰ CORBITT, “Administrative System”, *op.cit.*, p. 47.

⁹¹ KELLS, *op.cit.*, pp. 19, 21, 33, 39-48, 54-55.

3. Una nota sobre las Comisiones de Reclamaciones

Hubo varias otras instituciones y lugares en los que se aplicaron las decisiones de los tribunales españoles y derecho colonial español para resolver las reclamaciones de individuos. Estos fueron generalmente el resultado de tratados que preveían la restitución de objetos perdidos de aquellos que sufrieron los efectos económicos de la guerra o los cambios en la soberanía. Tratados relativos a la transferencia de la región de España a Gran Bretaña, de Gran Bretaña a España, y de España a los Estados Unidos reconocieron los derechos sobre la tierra que podría depender de resoluciones o leyes españolas⁹². Parker y Coker mencionan, por ejemplo, una colección de manuscritos de materiales sobre Declaraciones de Guerra Patriota en la Sociedad Histórica de San Agustín y las reclamaciones de las concesiones de tierras españolas en los Archivos del Estado de Florida⁹³. Poco se sabe sobre el funcionamiento de dichas comisiones y en particular la manera en que los registros españoles se usaron y fueron interpretados para establecer reclamaciones y título⁹⁴.

Una institución importante fue la comisión creada para resolver las reclamaciones de tierras después de que la Florida se convirtió en territorio de los Estados Unidos. Basados en dos artículos del Tratado de Adams-Onís donde Florida fue transferida a los Estados Unidos, una comisión de Estados Unidos celebró su primera sesión en 1823 para determinar reclamaciones de

⁹² Para confirmaciones estadounidenses de otorgamiento de tierras en Florida, veáse <https://www.floridamemory.com/collections/spanishlandgrants/>. Veáse también una detallada lista de materiales relacionados con confirmaciones estadounidenses de otorgamientos en *American State Papers* en VALLANDINGHAM, *op.cit.*, p. 274 n. 104. Hoy en día, los abogados de la Florida también tienen interés en estos materiales. BOGGS, “The Case of Florida’s Missing Real Estate Papers”, *op.cit.*, pp. 10-17; GLENN BOGGS, “Florida Land Titles and British, Not Just Spanish, Origins”, *Florida Bar Journal*, t. 81, n° 7, Tallahassee, Florida Bar, 2007, p. 23.

⁹³ PARKER y COKER, “The Second Spanish Period”, *op.cit.*, p. 178.

⁹⁴ Trabajos similares sobre documentos españoles y leyes coloniales españolas fueron realizadas después del Tratado de Guadalupe Hidalgo. Ver e.g., UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE, *The Treaty of Guadalupe Hidalgo: Findings and Possible Options Regarding Longstanding Community Land Grant Claims in New Mexico*, Washington, General Accounting Office, julio 2004, pp. 33-34 (GAO-04-59) <http://www.gao.gov/new.items/do459.pdf>. Ver, GUADALUPE T. LUNA, “En el Nombre de Dios Todo-poderoso: The Treaty of Guadalupe Hidalgo and Narrativos Legales”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, t. 5, Los Angeles, Southwestern University School of Law, 1998, pp. 45-75; GUADALUPE T. LUNA, “Realism and the Treaty of Guadalupe Hidalgo: A Fractionalized Legal Template”, t. 2015, Madison, University of Wisconsin, 2015, pp. 519-556.

títulos de tierras en el territorio de la Florida⁹⁵. Alexander Hamilton, segundo hijo del líder federalista, sirvió como uno de tres comisionados⁹⁶. Los comisionarios de la Comisión de la tierra de la Florida Oriental debatió en detalle la construcción de normas relativas a reclamos, las diversas fuentes para su consulta, y la adición de títulos de reconocimiento perfeccionados a través de la prescripción⁹⁷. Frustrado por la falta de reglas claras derivadas de la ley española y la práctica, Hamilton retiró su participación de la Comisión e incluso ofreció su renuncia⁹⁸. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió varias disputas grandes sobre el título de las tierras en la Florida⁹⁹. Las leyes españolas coloniales y las decisiones legales de la Florida fueron fundamentales para el trabajo de estas comisiones al igual que causas relacionadas en los tribunales federales y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Una vez más, estos materiales están en espera de un estudio más profundo.

4. Conclusión

En el período colonial español, la Florida tuvo tribunales que manejaron una variedad de disputas legales. Muchas de las funciones judiciales fueron llevadas a cabo por el gobernador que como juez era la cabeza del tribunal. Aunque por lo general no estaba legalmente capacitado, el gobernador era a veces asistido por un asesor con formación jurídica, una práctica que parece haber sido más común en el segundo período español. Las colecciones de documentos legales revelan que los funcionarios coloniales legales, administradores y litigantes tenían una clara comprensión de las distintas jurisdicciones disponible. Los escritos o peticiones fueron organizados en categorías, por ejemplo, las causas penales, los casos civiles, o los casos testamentarios.

⁹⁵ GEORGE C. WHATLEY y SILVIA COOK, "The East Florida Land Commission: A Study in Frustration", *Florida Historical Quarterly*, t. 50, n° 1, Melbourne, Florida Historical Society, 1971, pp. 39-52; WRIGHT, *op.cit.*, p. 179.

⁹⁶ WHATLEY y COOK, *op.cit.*, p. 41. Las cortes y los comisionados de tierras durante el período territorial de 1821 a 1845 fueron abrumadas con casos relacionados con tierras, muchos de los cuales, dependían de títulos en español. BOGGS, "The Case", p. 13-14.

⁹⁷ WHATLEY y COOK, *op.cit.*, pp. 43-52.

⁹⁸ WHATLEY y COOK, *op.cit.*, p. 45.

⁹⁹ WHATLEY y COOK, *op.cit.*, p. 52. Véase. e.g., *United States v. Arredondo*, 31 U.S. 691 (1832); *United States v. Percheman*, 32 U.S. 51 (1833); *United States v. Clarke*, 33 U.S. 436 (1834); *United States v. Wiggins*, 39 U.S. 334 (1840). Una lista de 50 casos similares se puede encontrar en BOGGS, "Florida Land Titles", *op.cit.*, p. 31.

Todavía queda mucho trabajo de archivo significativo por hacer para eliminar la calidad tentativa de lo que uno puede decir sobre tribunales de la Florida en los períodos coloniales españolas. No se puede escribir en definitiva sobre la existencia o ausencia de los alcaldes en Florida durante los períodos coloniales españolas, aunque los estudios basados en materiales de archivo indican que no existieron como funcionarios judiciales escuchando causas incluso bajo la Constitución de Cádiz, cuando los ayuntamientos tenían mucho más poder. Poco se sabe acerca de la apelación de casos de las Floridas a audiencias o a más altos funcionarios reales y cómo fueron manejados en estos casos.

Estudios existentes sobre la administración colonial de Justicia han refutado efectivamente afirmaciones anteriores de que la justicia española era completamente corrupta y parcial - supuestos que siguieron una escuela más antigua de “historiografía anglófona que pintó el colonialismo español como inherentemente tiránico, corrupto e ineficiente”¹⁰⁰. Descartando estas conclusiones fáciles, los historiadores del derecho se enfrentan ahora a cuestiones complejas relativas a la hibridación, pluralidad, y el sofisticado mundo jurídico del imperio español en las Floridas. Descripciones más completas y análisis de los tribunales españoles y su función en la cultura jurídica colonial de las Floridas resultaran sólo de un trabajo cuidadoso de los archivos disponibles. No obstante, los investigadores tienen la suerte de tener muchos recursos disponibles, a medida que más material relacionado con los tribunales españoles de las Floridas aparecen en copias digitales de fácil acceso y fácil capacidad de búsqueda.

¹⁰⁰ DONLAN, *op.cit.*, p. 231.

MODICAM CONTROVERSIAM SOBRE VALORACIÓN
DE ELEMENTOS JURÍDICOS NO SUSTANTIVOS DE DETERMINADAS
FIGURAE IURIDICAE EN EL SISTEMA DEL DERECHO COMÚN
Y SU PROYECCIÓN INDIANA

MODICAM CONTROVERSIAM ON THE VALUES OF NON-
SUBSTANTIVE LEGAL ITEMS OF CERTAIN *FIGURAE IURIDICAE*
IN THE IUS COMMUNE SYSTEM AND ITS 'INDIAN' PROJECTION

EMMA MONTANOS FERRÍN
Universidad de A Coruña (España)
montanos@udc.es

Resumen: Dentro del sistema del derecho común, las diversas categorías, *figurae iuridicae*, no pueden alterar sus elementos sustantivos, pero si pueden ser objeto de variaciones normativas aspectos formales de las mismas, los *adminicula iuris*, que podrían resultar alterados por circunstancias específicas. Para salvaguardar, de manera cautelar, las disposiciones *mortis causa*, las normas exigen una determinada solemnidad. El testamento como categoría jurídica no cambia, pero son susceptibles de variaciones normativas aspectos formales del mismo, partes secundarias, los *adminicula iuris*.

Palabras clave: testamento, figura jurídica, *adminicula iuris*, testigos, literatura jurídica europea, literatura jurídica indiana.

Abstract: To safeguard *mortis causa* dispositions in a precautionary fashion, codes of conduct compel certain formalities. While the judicial category does not change, secondary parts of it, the *adminicula iuris*, is susceptible to variation.

Keywords: testament, legal figure, *Adminicula iuris*, witness, European legal literature, "Indian" legal literature.

Sumario: 1. Objeto de estudio. 2. ¿Necesidad de un número determinado de testigos en la elaboración del testamento nuncupativo? 2.1. Su presencia en el desarrollo de estas disposiciones *mortis causa* ¿ha de ser continua? 3. Aquello que es *individuum* no puede hacerse por partes. 4. Conclusión.

1. Objeto de estudio

Dentro de la solemnidad que las normas exigen para salvaguardar de manera cautelar las disposiciones *mortis causa*¹, la forma del testamento es susceptible de partes secundarias, aquéllas llamadas por los juristas *adminicula iuris*. Precisamente partiendo de que la categoría (testamento) no cambia y sí, sin embargo, pueden ser objeto de variaciones normativas aspectos formales de la misma, planteo ahora un aspecto concreto de las solemnidades que el testamento debe revestir y que afecta a la necesidad, o no, de presencia continua de testigos en la elaboración del testamento nuncupativo en las Indias. Sigo en este planteamiento el pensamiento de Juan de Matienzo² y que, ya adelante, presenta variaciones con relación al derecho común³ considerando que

¹ “La raffinata disciplina di *ius commune* sui testamento era tutta costruita sulla necessità di evitare frodi e violenze a danno del testatore”, MANLIO BELLOMO, “Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 11, Roma, 2000, p. 28. En efecto, “è noto che il testamento è un atto grave, soggetto a mille possibili frodi, e per questo circondato dalle cautele del legislatore”, ORAZIO CONDORELLI, “Norma giuridica e norma morale, giustizia e salus animarum secondo Diego de Covarrubias. Riflessioni a margine della *Relectio super regula Peccatum*”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 19, Roma, 2008, p. 25. Condorelli aborda en esta investigación el ámbito de la historia del pensamiento teológico y jurídico en el tema que afronta Diego de Covarrubias en su *Relectio super regula “Peccatum”* planteando “l’interconnessione tra morale, teologia e diritto”, CONDORELLI, op cit., p. 33. En otro estudio el mismo autor, fijándose en la cautela que supone el juramento, manifiesta cómo “l’esperienza giuridica del diritto comune attesta l’uso del giuramento al fine di rendere irrevocabile il testamento”, ORAZIO CONDORELLI, “Il testamento confermato dal giuramento tra diritto canonico e diritto civile (secoli XIII-XVIII)”, *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. I. Zivil- und Zivilprozessrecht*, herausgegeben von Orazio Condorelli – Franck Roumy – Mathias Schmoeckel, Norm und Struktur 37.1, 2009, p. 335. En un tercer artículo CONDORELLI analiza los canonistas que encuadran la normativa constituida por las leyes romanas sobre las formalidades testamentarias y las normas canónicas que incidían sobre este campo específico, ORAZIO CONDORELLI, “Ricerche intorno a una decretale di Innocenzo III indirizzata all’arcivescovo di Lund (Ex litteris, X.1.4.2, 1198)”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 21, Roma, 2010, págs. 55-92.

² JUAN DE MATIENZO, J. *Commentaira* [sic]... *in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, tit. IV, *de los testamentos, y commissarios para los poder hazer, y de los executores testamentarios*. l. I. *que pone la solemnidad de testigos que son necesarios nel testamento nuncupativo*, Mantuae Carpentanae, 1580, fols. 62va-101vb. Del amplio contenido, que abarca 19 glosas a esta ley, he puesto como objeto de mi estudio las siete primeras (fols. 62 va-72vb) que, a mi modo de ver, resultan suficientemente expresivas al objeto de mi investigación.

³ “Ancora una volta risulta chiaro ed evidente il legame funzionale che esisteva fra il *ius*

el testamento en cuanto a su forma *a iure civili inventum* y que ésta puede cambiar sus *adminicula* tanto por ley civil como por *ius regium*⁴.

2. ¿Necesidad de un número determinado de testigos en la elaboración del testamento nuncupativo?

La falta de concreción normativa real derivó este tema a objeto de discusión doctrinal y a diversas disposiciones del rey sobre el mismo. La situación es la siguiente: Partidas 3, 18, 103, al establecer las formalidades testamentarias, y al referirse al testamento nuncupativo, determina que “tal testamento debe ser leydo, e fecho ante siete testigos”. Cerca de un siglo después, en el año 1346, una disposición de Alfonso XI (1311-1350) recogida más tarde, en 1484, en las “Ordenanzas Reales de Castilla” 5, 2, 4 reduce el número de testigos exigibles para la validez del testamento a cinco en el supuesto de no intervención de escribano público, y a tres en el supuesto de asistencia de notario; y todavía se flexibiliza más al indicar que “si non pudieren ser avidos cinco testigos” en el lugar en donde se hace el testamento, “a lo menos sean presentes tres testigos”. Con toda seguridad, al no hacer alusión nominativa al tipo de testamento al que se refería esta disposición⁵, la cuestión se volvió *ad modum ambiguum* sobre la que, entre los juristas de los reinos hispánicos, había *non modicam controversiam*, y sobre la que se había hecho necesaria una nueva declaración regia⁶. Por esto es tratado de nuevo el tema de la solemnidad de

commune, portatore di principi e di problemi di base, e il *ius proprium*, costretto ad essere variegato nei suoi contenuti per essere funzionale ai tempi, ai luoghi, alle circostanze”, BELLOMO, *op. cit.* p.30.

⁴ MATIENZO, *op. cit.* “Commentaira. l. I. glossa IV sobre testes testamenti nuncupativi”, fol. 68va nr. 14.

⁵ Ordenanzas reales de Castilla 5, 2, 4: “De los testigos que son necesarios para que el testamento sea firme. Si alguno ordenare su testamento, o postrimera voluntad, en qualquier manera con escribano público, deben de ser presentes a lo ver otorgar, tres testigos a lo menos vecinos del lugar, do el testamento se fiziere; y si lo fiziere sin escribano público, sean ende cinco testigos a lo menos vecinos, según dicho es si fuere lugar do se pudieren aver; y si fuere tal el lugar, que no se pudiere asi aver escribano publico deben ay ser presentes cinco testigos vecinos, si pudieren ser avidos en dicho lugar, y si no pudieren ser avidos cinco testigos en el dicho lugar, a lo menos sean presentes tres testigos, y sea valero el testamento que en tal manera fuere ordenado...”.

⁶ Según testimonio el *Doctor burgensis*, MARCOS SALÓN DE PAZ, *Ad leges Taurinas insignes commentarii, nunc primum in lucem edit ...*, Pinciae, 1568, 1^a. pars. l. 3, *prior conclusio*, nr. 34, fol. 176. Creo poder afirmar que, con toda seguridad, la disposición otor-

testigos en las Leyes de Toro de 1505. La discusión planteada se centraba en si la forma prevista para el testamento en el año 1346 debía de entenderse con relación al testamento *nuncupativo* y al testamento *in scriptis*⁷. La Ley tercera de Toro determina que la solemnidad de testigos prevista en la disposición alfonsina se refiere al testamento abierto o *nuncupativo* estableciendo para su validez la intervención de cinco testigos y concretando que el testamento cerrado o *in scriptis* requiere un número de siete testigos así como también la intervención del notario⁸.

Las Partidas recogían la necesidad de intervención de siete testigos para la elaboración del testamento nuncupativo, de igual forma – sostiene Matienzo – que el derecho común en la l. *quaestionem* § *cum enim* (C.6.42.32§1) requiere el mantenimiento del mayor número de testigos y la mayor escrupulosidad cuando se trata de actos que se prueban por medio de solemnidad testifical⁹ y que, en el caso que nos ocupa, son siete¹⁰.

Teniendo en cuenta que los aspectos formales y secundarios del testamento pueden cambiar, el derecho real había salido al paso (disposición de Alfonso XI en 1346) en el supuesto de que no pudieran cumplirse determinadas solemnidades por la naturaleza y condiciones del lugar en que el testa-

gada por Alfonso XI del año 1346 recogida más tarde, en 1484, en las “Ordenanzas reales de Castilla” 5, 2, 4 habría sido objeto de diversidad de interpretaciones como demuestra el que su contenido fuera llevado más tarde a las Cortes de Toro del año 1505.

⁷ MATIENZO, *op. cit.*, *Comm.*, l. I. *glossa* III sobre *lex nostra ante legem Tauri*, nr.1, fol. 65va: “Inter antiquos regni nostri iurisperitos erat non modica controversia, ante lex ista formam praebens testamento, intelligeretur in testamento nuncupativo an in testamento in scriptis...”.

⁸ Leyes de Toro (1505), ley III: “Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del Señor D. Alfonso, que dispone quantos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho *nuncupativo*, ora entre los hijos, descendientes legitimos, ora entre los herederos estraños: pero en el testamento cerrado que en latin se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan a lo menos siete testigos con un escribano: los quales ayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador si supieren o pudieren firmar, y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros de manera que sean ocho firmas, y el signo del escribano...”.

⁹ C.6.42.32.1: “Cum enim res per testium sollemnitate ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est, lex enim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium exostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur”.

¹⁰ MATIENZO, *op. cit.*, *Comm.*, l. I. *glossa* III sobre *lex nostra ante legem Tauri*, nr. 2, fol. 65va: “... Solemnitas iure commnuni requisita, ut communiter resolvitur, est ut in confectione adsint septem testes masculi, púberes, liberi...”.

mento se llevase a cabo. En concreto, me refiero al testamento nuncupativo *absque tabellione* en que se reduce de cinco a tres el número de testigos, vecinos del lugar en donde se hace el testamento, exigibles para la validez del testamento siempre y cuando dicho lugar estuviese prácticamente desierto y no se pudiera obtener la firma de los cinco testigos¹¹; por otra parte, si el testamento es realizado *coram tabellione* solamente y por la misma razón son exigibles tres testigos¹².

Con relación al número de testigos exigible Juan de Matienzo plantea otra interesante cuestión en la que no existe unanimidad de criterio en la literatura jurídica hispana sobre el derecho real que es el que establece disparidad del número de testigos con relación al derecho común. En el supuesto de que el testamento se haga en un lugar en donde puede haber notario y, sin embargo, el testamento no fuera realizado ante él: ¿es suficiente la intervención de cinco o de tres testigos vecinos si no se pudieran encontrar más? Este jurista acude de nuevo a la legislación regia y mantiene que, si la excepción lo era para los supuestos en los que no se pudieran tener más testigos ni escribano, *a contrario sensu* si se pudiera tener *copia tabellionis* no vale el testamento realizado sin ello. En el mismo sentido, Antonio Gómez (1500-1572) entiende al respecto que si en el lugar puede haber notario y éste no interviene, no vale la reducción de testigos indicada puesto que expresamente la ley dispone “si en tal lugar no pudiese aver escribano publico”¹³. Como argumento mantiene que vale en este supuesto tanto la prueba de testigos como la intervención del notario y utiliza como instrumento operativo la l. *in exercendis* (C.4.21.15)¹⁴ que de forma clara determina que, en la sustentación de litigios, tienen la misma fuerza la fe de los instrumentos y las deposiciones de los testigos. Manifiesta además que las pruebas no se restringen, sino que

¹¹ MATIENZO, *op. cit.*, *Comm.*, l. I. *glossa* III sobre *lex nostra ante legem Tauri*, nr. 5, fol. 65vb: “Iure autem regio si testamentum fiat nuncupativum absque tabellione, vel in scriptura privata, quinque testes sunt necessarii vicini eius loci ubi fit testamentum, si tamen locus sit adeo desertus quod in eo non adsit copia testium, sufficiet si tres adhibeantur vicini eius loci...”.

¹² MATIENZO, *op. cit.*, l. I. *glossa* III sobre *lex nostra ante legem Tauri*, nr. 4, fol. 65vb: “Si vero coram tabellione fiat testamentum nuncupativum, in publicam formam redactum, tres sufficient testes vicini eius loci ubi testamentum fuerit confectum...”.

¹³ Se trata de la mencionada disposición de Alfonso XI del año 1346 recogida más tarde, en 1484, en las “Ordenanzas reales de Castilla” 5, 2, 4.

¹⁴ C.4.21.15: “In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium”.

se amplían y sobre todo en el tema del testamento¹⁵. En este mismo sentido, otros comentaristas de las Leyes de Toro, como Tello Fernández¹⁶ (siglo XVI), interpretan que no da licitud al testamento el hecho de que en el lugar solo se puedan encontrar tres testigos si habiendo notario no se hubiera utilizado. No mantiene este criterio, sin embargo, Vázquez de Menchaca, quien defiende la suficiencia de tres testigos del lugar “si plures non possunt” en el testamento nuncupativo, a pesar de que, aun habiendo notario en lugar, el testamento se haga *sine tabellione*¹⁷. Todavía es más rotundo en esta misma línea el *doctor burgensis* (siglo XVI) quien manifiesta al respecto la validez de la reducción a tres testigos *cives* si no puede haber más en el lugar en donde se hace el testamento “sive intervenire possit tabellio, vel non”¹⁸. Sumamente claro, manteniendo opinión contraria en este punto, resulta, a mi modo de ver, Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577) quien incluso considera la posibilidad de que en el testamento nuncupativo intervengan solamente dos testigos si no se pudiese contar con más en el lugar, pero siempre y cuando haya intervención del notario quien, por su pública autoridad, puede suplir el defecto de testigos¹⁹. Juan de Matienzo se reitera en que según *lex nostra*: “si no pudieren ser avidos cinco testigos, ni escribano en el dicho lugar, sean a lo menos presentes tres testigos, vecinos del lugar”, luego *a contrario sensu* defiende que, si existiere notario en el lugar, no son suficientes tres testigos aun-

¹⁵ ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum super legibus Tauri*, Salmanticae, 1575 l. 3, nr. 47, fol. 14va.

¹⁶ TELLO FERNANDEZ, *Prima pars commentarium in primas triginta et octo leges Tauri*, Madriti, 1595, *Comm.* in l. 3, *prima pars*, nr. 14, fol. 5vb.

¹⁷ VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. cit.*, 1^a. *pars*, lib. 3 § 21, nr. 20, fol. 12va: “Ergo in testamento nuncupativo iure regio aut interfuerunt septem testes, valet testam. licet illi testes nec sint incole illius loci, neque etiam interveniat tabellio. Aut interfuerunt quinque tantum testes et tunc valet testam. sine tabellione, licet tabellionis copia esset, dummodo testes incolae illius loci, ubi testam. fiebat... Aut interfuerunt tres tantum testes et similiter valet testam. dummodo interveniat tabellio, et testes sint incolae illius loci. Nisi ibi non esset copia tabellionis, quo casu soli tres testes sufficerent, incolae tamen: nam sibi non essent acolae, non valeret testam. licet alii testes invenire non possent...”.

¹⁸ SALÓN DE PAZ, *op. cit.*, 1^a *pars*. l. 3, *tertia conclusio*, nr. 826, fol. 278va.

¹⁹ DIEGO DE COVARRUBIAS, *Opera Omnia*, Ludguni, 1561, t. I, tit. *de testamentis*, cap. X, *de solemnitate testamentaria*, fol. 45va: “... Illud etiam premissa regia lege est considerandum, sat esse testamentum nuncupativum fieri coram duobus testibus et notario publicum munus exercente, si in illo loco plures testes facillime non possint haberi. Nam tabellio supplere poterit defectum illius testis, qui deest et praeterea publicam auctoritatem habebit. Constat enim ex eadem regia lege, tabellionem supplere numerum duorum testium...”.

que no pudiera haber más²⁰. Mantiene la necesidad de intervención – para que el testamento nuncupativo sea válido –, o de un número de testigos, o en suplencia de éstos, del notario. Utiliza también como instrumento operativo en este punto, *a simili*, la l. *commodissime* (D.28.2.10) que dispone, a propósito de la institución de heredero de alguien que todavía no nació, que han de indicarse las dos situaciones que pueden darse: que nazca antes o después de la muerte del testador²¹. En el caso de omitirse una de las dos situaciones, si el individuo nace en el supuesto que se omitió, se invalida el testamento. Claro, de la misma forma, si no hay testigos suficientes, pero hay notario en el lugar en donde se hace el testamento, debe de utilizarse a tales efectos para dar legitimidad y validez al testamento.

Todo parece indicar que la reducción en cuanto al número de testigos exigibles en el testamento nuncupativo fue determinada por circunstancias que, probablemente, hacían difícil la asistencia de la totalidad de testigos que concretaba el *ius commune*. Son diversas las circunstancias que abundan esta probabilidad como, por ejemplo, las que se dan en la realización del testamento en tiempo de guerra, o *in carcere tyranni*, o el que se hace en caso de necesidad o de peregrinación, o el realizado *coram principe* o *coram episcopo*, entre otras que de forma extensa desarrolla Fernando Vázquez de Menchaca²². Otro caso singularmente expresivo en este sentido es el del testamento realizado en tiempos de peste, en los que evidentemente sería complicada la reunión de un número mayor de testigos, y la exigencia de éstos queda reducida incluso a menos de cinco como dispone, por ejemplo, Giovan Francesco della Ripa²³ (siglo XVI). Siempre se deben de cumplir

²⁰ MATIENZO, *op. cit.*, *Comm.*, l. I. *glossa* III sobre *lex nostra ante legem Tauri*, nr. 5, fol. 65.

²¹ D.28.2.10: “Commodissime is qui nondum natus es tita heres instituitur: ‘sive vivo me sive mortuo natus fuerit, heres esto’, aut etiam pure neutrius temporis habita mentione, si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum, quia hic filius nec sub condicione quidem scriptus heres intellegitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento adprehensus”.

²² VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. cit.*, 1ª *pars*, lib. 3 § 24, nrs. 1-15, fols. 78 y ss.

²³ GIOVAN FRANCESCO DELLA RIPA, *De peste, Tractatus iuridicus ac politicus*, Lipsiae, 1598, 2ª. p., particula 2, nr. 1, fol. 78: “... Et primo quaero, an testamentum factum tempore pestis, cum minori numero septem testium, valeat, Baldus, Salicetus, et dominus Iason in l. fi. C. de testam. respondent, quod sic... Idem tenentur... Dicens idem velle Bartolo in l. I. ff. de bon. possess. ex testam. militis... ubi voluit, quod proliferatus posit testari cum duobus etiam non rogatis, sanus autem existens in loco contagioso possit testari cum duobus testibus, dum tamen sint rogati... Idem ergo tempore pestis, quo tempore, propter imminens periculum, pauci reperuntur, qui velint esse testes”.

determinados requisitos para dar validez al testamento. Sin embargo, existen justificaciones para la alteración de formalidades que nos llevan al extremo, por ejemplo, de ausencia de las mismas en el caso de última voluntad *informis et innominata* –no es testamento ni codicilo– realizada mediante pacto recíproco à *commilitonibus ad bellum pergentibus* prevista en la l. *licet inter privatos* (C.2.3.19)²⁴ y sobre la que se pronuncia en el sentido de consideración excepcional Antonio Gómez (siglo XVI) siguiendo a Baldo que sobre este punto reputa que es *singularem et unicum*²⁵.

La expresión de Juan de Matienzo es sumamente clara al efecto: si en los contratos para evitar falsedades “haec subscriptio requiritur “multo ergo magis in testamentis haec ratio militat”²⁶. Sin embargo, todo parece indicar que la realidad indiana es la que determina la afirmación del indianista en el contenido de su *glossa VI* y que refiere que, a pesar de que según *iure nostro regio* son necesarios cinco testigos *absque interventu tabellionis*, sin embargo, si no se pueden encontrar en el lugar en donde se hace el testamento más de tres testigos, vale también el testamento *ex verbis legis nostrae*²⁷ (disposición Alfonsina del año 1346). El propio Diego de Covarrubias considera que la legislación real permite la disminución a dos en cuanto al número de testigos necesarios en la formalización del testamento nuncupativo “si in eo loco plures testes facillime non possint habere” exigiendo, sin embargo, la presencia del notario. Nuestro indianista prescinde de este último requisito y expresa, con toda claridad, que la reducción del número de testigos a tres “est extraordinaria” y contra *ius commune et regium*²⁸. Sin embargo, también con toda claridad lo admite en donde *ex natura rei vel qualitate loci alii*

²⁴ C.2.3.19: “Licet inter privatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut in qui superviserit alteriur rebus potiatur, nec donationis quidem mortis causa gesta efficaciter speciem ostendat, tamen cum voluntas militum, quae super ultimo vitae spiritu deque familiaris rei decreto quoque modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicii obtineat proponasque te ad fratrem tuum ad discrimen proelii pergentes ob communem mortis fortunam invicem pactos esse, ut ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitae attulisset, pertinerent, existente condicione intelligitur ex fratris tui iudicio, quod principalium constitutionum prompto favore firmatur, etiam rerum eius compendium ad te delatum esse”.

²⁵ ANTONIO GÓMEZ, *op. cit.*, l.3 *Tauri*, nr. 66, fol. 16vb.

²⁶ MATIENZO, *op. cit.*, *Comm.*, l. I. *glossa IV* sobre *testes testamenti nuncupativi*, nr. 3, fol. 66va.

²⁷ MATIENZO, *op. cit.*, *Comm.*, l. I. *glossa VI* sobre *testamentum coram tabellione et sine tabellione*, nr. 2, fol. 71va.

²⁸ MATIENZO, *op. cit.*, *Comm.*, l. I. *glossa VII* sobre *testamentum nuncupativum coram quinque testibus fieri*, nr. 8, fol. 72va.

testes haberi non possent; situación que justificaría en determinados casos incluso que los testigos no cumplan el necesario requisito de ser mayores en edad²⁹, afirmación que apoya *a simili* en la l. *non omnes § a barbaris* (D.49.16.5.6) que determina que los militares que se evaden del territorio bárbaro sólo deben ser restituidos si pueden probar que se evadieron del cautiverio y no que fueron simples trásfugas³⁰. Recurre también como instrumentos operativos de su afirmación a Luca da Penne (1325-1390 *circa*) quien en su comentario a la l. *quotiens* (C.11.6[5].3) concluye que, para probar la muerte de alguien en un naufragio, es suficiente con que lo tengan por muerto los socios³¹, claro porque, dadas las circunstancias (naufragio), es cuanto se puede exigir. Y remite a Alessandro Tartagni para insistir en su argumentación al traer a colación la afirmación de este jurista en el sentido de afirmar la existencia de muchos ejemplos en los que siendo difícil la prueba, la ley admite pruebas más livianas³², pese a que, *a contrario sensu*, había razonado que para la demostración de satisfacción, mediante restitución, del delito de hurto manifiesto o notorio es necesario el testimonio de *familiares et similes* porque no es suficiente la confesión al sacerdote, sino que el resarcimiento debe de ser manifiesto³³.

Se ve claro que a Matienzo le interesa insistir en las especiales circunstancias que determinarían cierta laxitud en cuanto a los requisitos exigibles

²⁹ MATIENZO, *op. cit.*, *Comm.*, l. I. *glossa VII* sobre *testamentum nuncupativum coram quinque testibus fieri*, nr. 8, fol. 72va: "... maxime ubi ex natura rei, vel qualitate loci alii testes haberi non possent, cum nihil possit testanti imputari, quare alios non adhibuerit, quando quidem ibi non essent... etiamsi testes non sint omni exceptione maiores..."

³⁰ D.49.16.5.6: "A barbaris remissos milites ita restitui oportere Hadrianus rescripsit, si probabunt se captos evasisse, non transfugisse, sed hoc licet liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est, et si bonus miles antea aestimatus fuit, prope est, ut adfirmationi eius credatur: si remansor aut negligens suorum aut segnis aut extra contubernium agens, non credetur ei".

³¹ LUCA DA PENNE, *Comm. ad C.11.6[5].3, de naufragiis*. l. *Quotiens*, *Super Tres Libri Codicis*, Lugduni, 1572, fol. 150rb.

³² ALESSANDRO TARTAGNI, *Consiliorum seu responsorum... liber quintus Venetiis*, 1610, *cons.* 152 nr. 10, fol. 153vb: "... Et istud etiam pluribus exemplis comprobari posset, unde videmus, quod in his, in quibus difficilis est probatio, lex est contenta levioribus probationibus..."

³³ TARTAGNI, *op. cit.*, *cons.* 152 nr. 9, fol. 153va: "... tamen ad probandum emendationem criminis furti et similium oportebat probari de satisfactione, puta de restitutione furti, quae debuit probari saltem per familiares et similes... Et hoc magis procedit in casu nostro, in quo non potest dici, quod crimina illa, in quibus sunt illaqueati dicti testes... et in actis quae faciunt manifestum, su notorium... quo casu non sufficit per sacerdotem probari de confessione, sed manifesta debuit esse penitentia..."

en los testigos y que, en nuestro caso, podemos extrapolar al número de ellos para que el testamento nuncupativo sea válido. La *natura rei* o la *qualitas loci* justifican que “alii testes haberi non possent”. Probablemente en las Indias, en donde se siguió un propio sistema de agrupamiento humano que determinó circunscripciones administrativas singulares, debieron de ser frecuentes las ocasiones de existencia de individuos que ocuparon zonas estratégicamente situadas, alejadas y fuera de las demarcaciones previstas. Al tratarse, por tanto, de situaciones de convivencia singulares y difíciles las propias leyes exigen menores pruebas³⁴.

A tenor de esto, el indianista pone también de manifiesto la polémica cuestión planteada sobre si los testigos del testamento nuncupativo deben todos escuchar y entender la voluntad del testador. Todo parece indicar que, tanto el derecho común como el derecho regio, así lo interpretan según manifiesta Antonio Gómez³⁵. Además este comentarista de las Leyes de Toro traslada que gran parte de la literatura jurídica, siguiendo el dictado de la l. *hac consultissima* § *per nuncupationem* (C.6.23.21§4), así lo asume. En este sentido, por ejemplo, Paolo di Castro³⁶ en su comentario a la mencionada l. *hac consultissima* y también en la valoración que hace por extensión a la l. *haeredes palam* (D.28.1.21 *in pr.*) que determina que la designación de testigos debe de ser oída con toda claridad por el número de éstos requerido para la validez del acto y a la que este comentarista se remite a propósito de la validez del testamento realizado sin notario pero ante testigos³⁷.

³⁴ MATIENZO, *op. cit.*, *Comm.*, l. I. glossa VII sobre *testamentum nuncupativum coram quinque testibus fieri*, nr. 8, fol. 72va: “... maxime ubi ex natura rei, vel qualitate loci alii testes haberi non possent: cum nihil possit testanti imputari, quaere alios non adhibuerit, quando quidem ibi non essent, legibus namque satisfit in causis difficilis probationis minori probatione...”.

³⁵ ANTONIO GÓMEZ, *op. cit.*, l. 3, nr. 45, fol. 14va: “...tam de iure communi quam regio... testes... debent audire et intelligere voluntatem testatoris, et non debent se subscribere nec signare...”.

³⁶ PAOLO DI CASTRO, *Comm.* ad C.6.23.21, *de testamentis*. l. *hac consultissima* (Ludguni 1583) fol. 37va: “... vel nuncupative, vel in scriptis servata forma quae traditur de testamentis, l. *hac consultissima*.”

³⁷ PAOLO DI CASTRO, *op. et loc. cit.*, *Comm.*, *loc. cit.*: “... quia licet non possunt testari in scriptis, tamen debet adhiberi notarius, qui testamentum nuncupativum redigat in scriptis, ut colligiitur ibi cecus in aliis, qui possunt testari sine notario coram testibus nuncupatis l. *haeredes palam*...”.

2.1. Su presencia en el desarrollo de estas disposiciones mortis causa ¿ha de ser continua?

Juan de Matienzo da comienzo a la *glossa IV*³⁸ de la siguiente forma: “Testes testamenti nuncupativi debent esse praesentes confectioni testamenti iure regio, et communi imperatorum”³⁹ marcando así el contenido paralelo o similar en este punto entre la legislación real y el derecho común: “ídem statutum erat iure communi imperatorum”⁴⁰. El aspecto concreto al que se refiere el indianista es al de la necesidad de que esté presente un cierto número de testigos en la confección del testamento nuncupativo que será el de tres al menos, según el derecho real castellano, en el realizado *coram tabellione*. El indianista utiliza como instrumentos operativos, y por lo que se refiere al *ius commune*, las disposiciones: l. cum antiquitas (C.6.23.28), l. casus (C.6.23.8) y l. furiosum (C.6.22.9) que fundamentan su afirmación sobre la exigencia de presencia de testigos. En concreto, la l. *cum antiquitas* refiere la necesidad de observancia de ciertas formalidades para la confección del testamento y en su § quum autem recuerda la necesidad de asistencia de siete testigos, aunque en algún caso muy específico abre claramente la posibilidad de reducción del número a la firma del mismo por cinco testigos para su validez⁴¹.

3. Aquello que es *individuum*, no puede hacerse por partes

Matienzo plantea también la cuestión sobre si los testigos exigibles de forma presencial en la elaboración del testamento han de ser siempre los mismos y utiliza con gran fluidez parte importante de la literatura jurídica que conoce de forma admirable. En este punto trae a colación en primer lugar a Baldo quien,

³⁸ MATIENZO, *op. cit.*, “Commentaira .l. I. glossa IV, testes testamenti nuncupativi debent esse presentes”, nrs. 1-21, fols. 66vb-69va .

³⁹ MATIENZO, *op. cit.*, “Commentaira .l. I. glossa IV, testes testamenti debent esse presentes”, fol. 66vb, nr. 1 .

⁴⁰ MATIENZO, *op. cit.*, “Commentaira .l. I. glossa IV sobre testes testamenti nuncupativi”, fol. 66vb. nr. 1.

⁴¹ C.6.23.28.1: “Si quid autem necessarium advenerit et in ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii vel potionis oblatio, vel sanitas testatoris periculator, vel si quis necessarius naturae usus ad depositionem superflui poderis immineat vel testatori vel testibus, non esse ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis, quod et factum esse comperimus, uni ex testibus contigerit, sed eo quod urguet et imminet repleto vel deposito iterum solita per testamenti factionem adimpleri”.

al comentar la l. *cum antiquitas* y cuestionarse si una parte del testamento puede ser probada por siete testigos y otra parte por otros siete, mantiene que han de ser siempre los mismos sin que quepan excepciones como podría ser la subrogación de testigos *ex causa necessitatis*, o aunque los testigos que hicieran la subrogación pudiesen probar “totum tenorem testamenti perfectum” porque no pueden ser considerados legítimos ya que “totum nesciunt”⁴². En este mismo sentido y siguiendo a Baldo, pero de forma incluso más expresiva, determina Paolo di Castro, al comentar esta misma disposición, que aunque los nuevos testigos pudieran testificar sobre el contenido de todo el testamento, no podrían repetir testificando los gestos que tuvieron lugar al elaborarlo⁴³. Muy didáctico resulta, a mi modo de ver, Cino da Pistoia quien estructura la misma interpretación partiendo de la situación de un largo período en el que unos testigos son subrogados por otros y plantea la pregunta de qué actos son considerados voluntad del testador y qué actos los testigos “coram his processissent”⁴⁴. Manifiesta, uniéndose al pensamiento de los *moderniores*, que han de tenerse en cuenta los testigos que permanecieron siempre y coliga al respecto dos estimaciones notables. La primera mantiene que, sobre lo que se dice hecho *in continenti*, cualquier acto extrínseco y voluntario que intervenga es nulo, y concluye fundamentándose en la l. *perfecta* (C.8.56 [55].4) - que determina la no admisión de condiciones posteriores en la donación perfecta – que de la misma manera que “antequam contractus sit absolutus a partibus... antequam a partibus testamentum fuerit absolutum”⁴⁵. La segunda estimación lleva a Cino a la declaración de que “extranei actus vitiant testamentum”⁴⁶. De forma más radical y escueta determina Iason del Mayno que cuando es necesario remover algunos testigos del testamento, antes de que éste esté completado, deben de ser repetidos de nuevo todos los actos de formalización testifical⁴⁷.

⁴² BALDO DEGLI UBALDI, *Comm. in de testamentis*, l. *cum antiquitas*, Venetiis, 1586, fol. 67va.

⁴³ “... si propter necessitatem aliquis ex testibus se absenter... et sic loco eius alius surrogatur... alii loco illorum surrogarentur in gesta non repeterentur...”, PAOLO DI CASTRO, *Comm. in de testamentis*, l. *cum antiquitas*, Ludguni, 1561, fol. 293vb .

⁴⁴ CINO DA PISTOIA, *Comm. in de testamentis*, l. *cum antiquitas*, Francoforti, 1578, fol. 369vb.

⁴⁵ CINO, *op. et loc. cit.*

⁴⁶ CINO, *op. et loc. cit.*

⁴⁷ “... quando aliquis testes testamentarii ex necessitate removentur antequam totum testamentum compleatur, deinde eorum loco alii testes surrogantur propter omnia prius acta dentur de nuovo repetit et prius recitari”, IASON DEL MAYNO, *Comm. in de testamentis*, l. *cum antiquitas*, nr.8, Ludguni, 1581, fol. 94va.

La exigencia de las formalidades concretas exigibles está bien presente también en el contenido de la *l. casus* que es el segundo gran pilar en que se apoya Juan de Matienzo. Esta disposición mantiene que, por caso de fuerza mayor y de nueva contingencia derivada del temor de contagio a causa de una enfermedad que aqueja al testador, se puede dispensar la reunión de testigos en ese momento; sin embargo, no se suprime la formalidad de reunir el número de éstos. De nuevo el jurista indiano adopta los comentarios que sobre esta ley aportan distintos juristas. Por ejemplo, Baldo mantiene que, por razón de necesidad, se puede suspender de forma temporal una disposición “sed non in totum tollitur” y que incluso una sentencia podría por ello hacerse de noche siempre que se observasen las restantes solemnidades, lo que le lleva incluso a afirmar –en aras del mantenimiento de la solemnidad que debe de observarse– que también el leproso es testigo idóneo⁴⁸. Con mucho más detalle insiste en términos similares Paolo di Castro cuyo pensamiento al respecto es claro en el sentido de que los testigos del testamento deben de ser siete y deben de estar presentes en la totalidad de los actos en los que el testador expresó su voluntad: “debeant ese septem, qui audierunt a principio, medio et fine” e insiste en que, incluso en el caso en que uno de ellos deba de ser sustituido por razón de necesidad, deben de repetirse todos los actos del proceso en que el nuevo testigo no estuvo presente⁴⁹.

⁴⁸ “Ratione casus emergentes, aliquid interdum differtur, quod alias non differretur, et licet differatur solemnitas, tamen non in totum abrumpitur, hoc dicit... quod propter necessitatem iuris dispositio ad tempus suspenditur, sed non in totum tollitur... quod propter necessitatem, posset sententia feri de nocte, servatis tamen caeteris solemnitatibus. Si enim non servaretur solemnitas, non faceret sententiam valere necessitas... ítem not. quod licet testis sit leprosus, tamen est idoneus testis, possunt tamen alii testes nolle secum interesse...”, BALDO, *Comm. in de testamentis*, *l. casus*, fol. 61vb.

⁴⁹ “Propter necessitatem dispositionis iuris interdum suspenditur, non autem in totum tollitur... testes coram testatore forent congregati, et testator incepisset suam voluntatem exprimere uni ex testibus supervenit morbus caducus, propter quod alii testes deterriti fecerunt inde ipsum moveri et interim testator supersedit in procedendo ulterius, et expectando per magnum spacium propte respisceret et rediret et interim de aliis impertinentibus fuit locutus eum testibus, postea ille redimit et tutator continuavit. Quaeritur an testamento reddatur nullum propter illum intervallum videbatur... quia uno contextu debet testium inchoari, perfici sine interpositione spacii... quia istud intervallum ex quadam necessitate interpositum est, unde non vitiat, sed potuit suspendi. Sed quid si testator coram illis sex continuabit perfectit, certe non valet, quia tunc solemnitatem omittit, cum debeant ese septem, qui audierunt a principio, medio et fine... Item loco illius testes potius subrogari alius coram eo repeti id, quod prius dixerat, ut ille sciat omnia...”, DI CASTRO, *Comm. in de testamentis*, *l. casus*, fol. 4ova.

La l. *furiosum* es el tercer pilar en que Juan de Matienzo fundamenta la exigencia presencial de testigos en el testamento. Esta disposición mantiene la posibilidad de que el demente, en momentos de lucidez, pueda expresar su voluntad de hacer testamento, y si con sano juicio lo hubiera comenzado a hacer y lo hubiera concluido sin que lo interrumpiera la enfermedad, subsiste el testamento siempre que hubiera concurrido todo lo demás a que se presta legítima observancia en actos de esta naturaleza. El testamento es un acto único – aunque, por ejemplo, Bartolo admite que por intervalo pequeño y por necesidad de la naturaleza el testamento no se vicia⁵⁰ y lo mismo que estamos haciendo notar sobre la asistencia de testigos a todo su desarrollo, del mismo modo tampoco aquél no se puede expresar a intervalos lúcidos del demente sino en un solo período de lucidez total, estado que es difícil probar, como a *sensu contrario* mantiene Baldo al indicar que la locura es de difícil prueba⁵¹. A mayor abundamiento resalto la clarísima expresión que utiliza Cino: “illud quod est individuum, non potest fieri per partes”⁵², y de forma similar Iason del Mayno⁵³, traídos a colación por Matienzo para insistir en la demostración de los actos de última voluntad en que deben de estar presentes todos los testigos. Concluye este punto el jurista indiano afirmando que, teniendo en cuenta la literatura jurídica –de la que he mostrado algunos exponentes–, queda claro que *iure communi* no se acepta el testamento dividido, una parte con la intervención de siete testigos, otra parte con la intervención de otros siete, como tampoco *iure regio* con cinco testigos o con tres (“si fiat coram tabellione”), no pudiendo intervenir en una parte cinco y en otra otros cinco⁵⁴. El indianista se apoya *ad abundantiam* también en Bartolo, Iason del Mayno considera que

⁵⁰ “Modicum intervallum seu actus serius ex necessitate nature intervenientis testatori vel testibus testamentum non vitiat”, BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Comm. in de testamentis*, l. *cum antiquitas*, Venetiis, 1506; reprod. anast., vol. IX, Il Cigno Edizioni, Roma, 1998 fol. 19va.

⁵¹ “Furorem probari est difficilis probationis, nec creditur testi sine ratione rationis causa”, BALDO, *Comm. in de testamentis*, l. *furiosum*, fol. 59va.

⁵² CINO, “Comm. in de testamentis, l. *furiosum*”, fol. 365vb.

⁵³ “... testamentum est actus individuus: ideo non potest valere imperfectum facit...”, DEL MAYNO, *Comm. in de testamentis*, l. *furiosum*, nr.11, fol. 78va.

⁵⁴ “... Ex quo omnes asseverant iure communi non posse probari testamentum divisim: altera eius pars per septem testes, altera per alios septem, prout nec iure regio per quinque vel tres, si fiat coram tabellione, si quinque dicant se scire partem eorum, quae in testamento continentur, et alii quinque aliam partem...”, MATIENZO, *op. cit.*, *Commentaira* .l. I. glossa IV sobre *testes testamenti nuncupativi*, fol. 66vb, nr. 1

la situación si los testigos del testamento así efectuado no puede probar perfectamente todo el tenor del testamento⁵⁵, Alexander Tartagni quien ni siquiera admite la perfección del testamento realizado con un número no suficiente de testigos en tiempos de peste, ni el elaborado por causas pías, porque ése no está legítimamente probado de esta forma, así como tampoco lo está el que es realizado por causa de necesidad con subrogación de testigos (una parte por siete y otra parte por otros siete) y aunque los testigos “proben totum tenorem testamenti, nihil probent”⁵⁶.

Sin embargo, Vázquez de Menchaca, que tiene presente lo que parece entender como diversidad de interpretaciones en la literatura jurídica, mantiene lo contrario *iure regio*. Este jurista plantea, por un lado, un paralelismo con los actos *inter vivos* para los que *iure civile* se admite que puedan ser probados *membratim*, una parte por unos testigos y otra parte por otros⁵⁷ y llega a afirmar: “in actibus autem inter vivos non sic erit [se refiere a la nulidad del testamento por inobservancia en cuanto al número de testigos presenciales], etiam in terminis iuris communis”⁵⁸. Por otro lado, encuentra apoyo en la l. *Gallus* § *ille casus* (D.28.2.29§15) que refiere una situación sucesoria en la que podrían haber dos interpretaciones –lo mismo que en el caso que nos ocupa respecto de la necesaria comparecencia o no de todos los testigos exigibles para la validez del testamento –pero que se resuelve afirmando que

⁵⁵ “... una pars testium non potest probari per septem testes, dicentes se illud scire et non plus, alia pars per alios septem, quia testes testamentarii nihil probant nisi probent totum tenorem testamenti perfecte...”, DEL MAYNO, “Comm. in de testamentis, l. cum antiquitas”, nr. 9, fol. 94va.

⁵⁶ “Praeterea communiter tenetur non esse verum, quod sufficiat testamentum esse factum coram imperfecto numero testium tempore pestium... Secundo principali fundamento moveor ad ostendum propter dicto testamento non est legitime probatum... Et quod ibi ad propositum... singulariter dixit Baldo ibi quaerendo an una pars testamenti probari possit per septem testes dicentes se illud scire, et non plus, alia pars possit probari per alios septem testes... Sed dicit, in contrarium est casus in dicta lege cum antiquitas, quia nisi probetur subrogatio testium ex causa necessitatis non probatur... nisi testes probent totum tenorem testamenti, nil probent...”, ALEXANDER TARTAGNI, *Consiliorum seu responsorum*, Venetiis, 1597, lib. 2, *consilium* 177 nr. 8, fol. 145va.

⁵⁷ VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successionum creatione, progressu et resolutione Tractatus*, Salamanca, 1559, 1ª. pars, l. 3, § 22, nr. 91, fol. 85vb: “... Quinimo in actibus inter vivos etiam de iure civili admittitur, ut membratim fiat probatio, ut sic una pars contractus possit probari per duos testes, alia verò pars per alios duos testes...”.

⁵⁸ VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. cit.*, 1ª. pars, l. 3, § 30, nr. 11, fol. 85vb.

se tiende a que la ley impida la invalidez de los testamentos⁵⁹, afirmando Vázquez de Menchaca: “ubi in simili per omnes... licet ex quadam”⁶⁰.

Sale al paso Juan de Matienzo de esta interpretación que mantiene una posición contraria *iure regio* que no considera ajustada y afirma que no es suficiente para la validez del testamento nuncupativo que todos los testigos estén presentes a no ser que todos entiendan, perciban bien y puedan definir hasta la mínima partícula del testamento⁶¹, fundamentando su pensamiento esencialmente en Baldo y en Paolo di Castro en sus comentarios a la l. *cum antiquitas* en los que mantienen, como hemos visto, que los testigos exigibles han de ser siempre los mismos y conocer por entero el testamento⁶².

El jurista indiano matiza todavía más su postura al asumir comentarios de gran parte de la literatura jurídica que sostiene que para la validez del testamento nuncupativo es necesario que los testigos no solo estén presentes y entiendan las diferentes actuaciones, sino que además insisten de forma muy expresiva en que han de conocer el rostro del testador⁶³. En este punto concreto trae a colación diversos comentarios a dos disposiciones: por una parte, a la l. *si non speciali* (C.6.23.9) que determina la absoluta necesidad –para que el testamento sea válido– de que los testigos desempeñen su oficio en presencia del testador, a no ser que exista sobre ello un privilegio *patriae* que dispense la observancia de las formalidades del derecho⁶⁴ y, por otra parte, a

⁵⁹ D.28.2.29§15: “Ille casus in difficili est, si filium habeas et nepotem nondum natum instituas isque nascatur vivo patre suo ac mox pater decedat: non enim suus heres est tempore quo nascatur nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere quam qui iam natus erit. Denique et superiore capite ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permitti, posteriore capite non permittit institui, sed velat rumpi neve on eam rem minus ratum esset, quod succedit, porro procedere debet, ut utiliter sit institutus: quod nullo iure potuit qui nondum natus erat. Iuliano tamen videretur duobus quasi capitibus legis commixtis in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta”.

⁶⁰ VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. et loc. cit.*

⁶¹ “...Nec satis este os ese praesentes, nisi omnes intelligant et percipiant, quae in testamento nuncupativo scripta sunt, ita ut nullam particulam, etiam, minimam percipere definant. Non enim sufficit testes omnes testamento ese praesentes, nisi praeterea omnia quae ibi acta fuerint plene intellexerint...”, MATIENZO, *op. cit.*, “Commentaira” .I. I. *glossa* IV sobre *testes testamenti nuncupativi*, fol. 67va.

⁶² *Vid. supra* notas 9 y 10.

⁶³ “... Quinimo non sufficit testes ese praesentes et intelligentes, nisi in conspectu testatoris fuerint, eumque viderint et agnoverint et licet antea non agnoverint, ut ex visu eum agnoscant hec aliter quicquam valet testamentum...”, MATIENZO, *op. cit.*, “Commentaira” .I. I. *glossa* IV sobre *testes testamenti nuncupativi*, fol. 67va, nr. 3.

⁶⁴ C.6.23.9: “si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet”.

la l. *si unus* (C.6.23.12) que establece que si hubiera faltado uno de los siete testigos o todos los testigos no lo hubieran sellado en presencia del testador se invalida en derecho el testamento⁶⁵. Bartolo y Baldo de forma muy clara dispone que cuando se hace testamento los testigos tienen que estar “in conspectu testatoris” y tienen que estar viendo al testador sin obstáculo, a no ser que exista en la patria un privilegio que exima esta observancia⁶⁶, utilizando una expresión similar Cino⁶⁷, Iason del Mayno quienes además insisten en la firma o sellado que han de hacer los testigos en presencia del testador⁶⁸.

El *doctor burgensis* (Marcos Salón de Paz) plantea, sin embargo, la duda sobre si es necesario que los testigos de los testamentos deban conocer al testador⁶⁹. Propone las dos interpretaciones *pro* y *contra* y al tratar de demostrar la que claramente es la que él mantiene sobre la no necesidad comienza afirmando que “non esse opus testes testamentorum cognoscere testatorem”⁷⁰ como ocurre, por ejemplo, en el testamento que hacen los peregrinos⁷¹. Apela como fundamentación a la legislación regia que en Partidas 6, 1,30 dispone “libre

⁶⁵ C.6.23.12: “Si unus de septem testibus defuerit vel coram testatore omnes verint, iure deficiat testamentum. 1 De his autem, quae interleta sive supra scripta dicis, non ad iuris sollemnitatem, sed ad fidei pertinet quaestionem, ut appareat, utrum testatoris voluntate emendationem meruerunt, vel ad altere inconsulte deleta sunt, an ab aliquo falso haec fuerint commissa”.

⁶⁶ “Quando fit testamentum testes debent esse in conspectu testatoris, nisi ex privilegio aliud sit concessum... ergo quod testes debent esse in cum testatoris, sin non sufficeret si esset cortina in medio...”, Bartolo, *Comm. in de testamentis*, l. *si non speciali*, fol. 17vb; “... Defectum solemnitatis facit testamentum deficere...”, BARTOLO, *Comm. in de testamentis*, l. *si unus*, fol. 17vb. “Quando fit testamentum, testes debent esse in conspectu testatoris, et officio suo sfungi in subscriptionibus et aliis solemnitatibus, nisi per privilegium iuris observantia patriae sit remissa...”, BALDO, *Comm. in de testamentis*, l. *si non speciali*, fol. 61vb.

⁶⁷ CINO, *Comm. in de testamentis*, l. *si non speciali*, fol. 366vb.

⁶⁸ “... quod olim non erant sigilla, sed annulli: unde omnes testes in praesentia testatoris uno annulo, suo vel alieno signaverunt, valet... Hodie convenerunt homines omnes habere sigilla et cum illis signant...”, CINO, “Comm. in de testamentis, l. si unus”, fol. 366vb. “... testes debent essere in conspectu testatoris quando fit testamentum, nisi speciali privilegio aliud sit concessum... Vel melius testes testamentarii debent fungi eorum officio in subscribendo et sigilando in praesentia testatoris nisi ex privilegio aliud sit inductum...”, DEL MAYNO, *Comm. in de testamentis*, l. *si non speciali*, in prin., fol. 83vb.

⁶⁹ “...obiter hic occurrit dubium si an testes testamentorum debeant cognoscere testatorem...”, SALON DE PAZ, “Ad leges Taurinas insignes commentarii”, 1^a. *pars*. l. 3, *tertia conclusio*, nr. 347, fol. 215va.

⁷⁰ *Op. et loc. cit.*

⁷¹ “... peregrinos et testibus ignotos testamentum confiscare posse, et in eorum testamentis testes ipsum testatorem non agnoscentes inscribi posse...”, SALÓN DE PAZ, *op. cit.*, 1^a. *pars*. l. 3, *tertia conclusio*, nr. 348, fol. 215va-vb.

poder” a los peregrinos para hacer testamento como éstos ordenasen⁷². En la distancia de siglos, Gregorio López en su glosa a esta disposición y a propósito de la mencionada expresión mantiene, siguiendo a otros juristas, que con ésta se quita toda solemnidad de derecho civil a esta formalidad testamentaria⁷³. Marcos Salón de Paz es consciente de que esta ley “confecta fuisse peregrinorum favore et ita in contrarium videtur esse ius commune”⁷⁴; a pesar de ello mantiene una interpretación extensiva y sostiene, haciéndose eco de una importante literatura jurídica, que cuando en un instrumento jurídico es necesario para su formalización la presencia de testigos, no se puede exigir que los *contrahentes* o *disponentes* los conozcan⁷⁵ siguiendo en este punto a Boerio quien afirma en extenso que no es necesario que las partes de un negocio jurídico conozcan a los testigos⁷⁶. Todavía, si cabe, resulta más clara en el escenario que expone Juan de Matienzo la afirmación de Vázquez de Menchaca quien, siguiendo una seleccionada *communis opinio*, manifiesta que, si bien deben de ser seis los testigos testamentarios *in conspectu testatoris*, vale el testamento aunque esta situación no fuera posible de alcanzar⁷⁷. Nuestro indianista continúa exponiendo esta posición *iure regio* que todavía afirma más claramente Vázquez de Menchaca al aseverar que según el derecho regio vale el testamento aunque no estén presentes *in conspectu testatoris* los testigos *si testamentarii testes sufficienter intellexerint* en su realización, a la vez que pone de relieve el paralelismo que observa con la ejecución de los actos *inter vivos* en que no son necesarios testigos *in conspectu* de los contrayentes, y siendo consciente que *de iure communi* no es así⁷⁸ concluyendo: “quia non minus utile, quam novum”⁷⁹.

⁷² Partidas 6,1,30: “... tenemos por bien, e mandamos, que ayan libre poder para fazerlo; et como quier que ellos ordenaren, e establescieren, o mandaren fazer de sus cosas con razón, et con derecho, assi lo otorgamos, et tenemos por bien que vala...”.

⁷³ GREGORIO LÓPEZ, *Glossa* a Partidas 6,1,30, *verbo* libre poder: “... quod per hoc verbum videtur tolli omnis solemnitas juris civilis circa testamenta peregrinorum...”.

⁷⁴ SALÓN DE PAZ, *op. cit.*, 1^o. *pars.* 1.3, *tertia conclusio*, nr. 348, fol. 215vb.

⁷⁵ “... quia cum testes in instrumento inscribuntur de iure non quidem exigitur, contrahentes seu disponentes cognoscere...”, SALÓN DE PAZ, *op. cit.*, 1^a. *pars.* 1. 3, *tertia conclusio*, nr. 349, fol. 215vb.

⁷⁶ “... vel quod partes cognoscant testes non requiritur...”, NICOLÁS BOERIO, “Decisionum aurearum, pars prima, Venetiis, 1576, *dec.* 118, fol. 250va.

⁷⁷ “... Seis propter testes testamentarii esse debent in conspectu testatoris, neque aliter quicquam valet testamentum, ut est communis opinio...”, VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. cit.*, 1^a. *pars.* lib. 3 § 30, nr. 7, fol. 193va.

⁷⁸ “... de iure civil iidem testes testamento adhibiti oporteat ut toti testamento fuerint praesentes...”, VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. cit.*, 1^a. *pars.* lib. 3 § 30, nr. 11, fol. 193vb.

⁷⁹ “Licet in actibus inter vivos non sit necesse testes esse in conspectu contrahentium, si

Se sigue observando de forma muy interesante el juego del sistema de *ius commune* al plantearse el tema de la necesaria presencia, o no, de todos los testigos en la realización de todo el testamento. Vázquez de Menchaca destaca que en la realización de actos *inter vivos* el *ius civile* admite que una parte de un contrato sea probada por unos testigos y otra parte por otros, lo mismo que el derecho regio⁸⁰. Sin embargo, en los actos de última voluntad, existe diferencia de soluciones jurídicas: el derecho civil exige la necesaria presencia de todos los testigos en todas las partes de su elaboración⁸¹, mientras que el derecho regio no mantiene esta exigencia pudiendo probar una parte del testamento unos testigos y otra parte otros⁸². Concluye afirmando que “in ultimis voluntatibus idem erit iure regio, non sic de iure communi”⁸³.

Juan de Matienzo sin embargo mantiene que, ni desde el punto de vista teórico ni práctico, debe obviarse la solemnidad que con relación al testamento ha de observarse y que es la contenida en la legislación real, en la ley 3 de Toro –que impone la debida presencia de los testigos⁸⁴–, a riesgo de que no sea válido el testamento que no siga los requisitos en la legislación real determinados⁸⁵. Trae a colación *ab imis fundamentis* la l. *cum hi* § *si prae-*

aliter percipiunt quae aguntur ab ipsis... Ergo de iure regio cum testamentorum solemnia ad probationem tantum, non etiam ad formam desiderentur, si testamentarii testes sufficienter intellexerint, quod a testatore agebatur, valebit testamentum, per praedicta, licet non sic de iure communi, quod nota, quia non minus utile, quam novum”, VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. cit.*, 1^a. *pars*, lib. 3 § 30, nr. 8, fol. 193va.

⁸⁰ “Quinimo in actibus inter vivos etiam de iure civil admittitur, ut membratim fiat probatio, ut sic una pars contractus possit probari per duos testes, alia vero pars per alios duos testes... Ergo probatio membratim facta admittitur in actibus inter vivos iure tam communi, quam regio...”, VÁZQUEZ DE MENCHACA, “Tractatus”, 1^a. *pars*, lib. 3 § 30, nr. 13, fol. 193vb.

⁸¹ “... ut licet de iure civil oporteat, quod omnes testes intelligant omnia in testamento contenta, ita ut nullam particulam etiam minimam desinant intelligere singuli testes, nec enim satis est, quod fuerint praesentes, ut proxime dicebamus, nisi praeterea omnia, quae ibi agebantur...”, VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. cit.*, 1^a. *pars*, lib. 3 § 38, nr. 14, fol. 193vb.

⁸² “... Tamen de iure regio, testes eosdem totum testamenti tenorem probare non erit necesse: quinimo fat erit, si pars testamenti per septem testes probetur, et alia pars eiusdem testamenti probetur per alios testes diversos, licet eorum nullus sit, qui totum testamenti tenorem cognitum habuerit...”, VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. cit.*, 1^a. *pars*, lib. 3 § 30, nr. 12, fol. 193vb.

⁸³ VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. cit.*, 1^a. *pars*, lib. 3 § 30, nr. 13, fol. 193vb.

⁸⁴ Insistiendo también la mencionada ley de Toro en que “... si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que non fagan fee ni prueba en juicio ni fuera del”.

⁸⁵ “... Atque ita sufficeret sufficienter probari, licet formaliter non probetur, non tamen crederem admitti posse in praxi eius sententiam hoc in regno, nec in theorica sustinerreri, est

tor (D.2.15.8.17) que determina la nulidad de la transacción en la que siendo solicitada la intervención del pretor en la realización de la misma y teniendo éste encomendado el examen del asunto, lo hubiera cedido, o descuidado. o no hubiese examinado todo lo que el discurso imperial exige, aunque hubiera investigado algo de ello⁸⁶. El indianista se apoya también en una importante selección de literatura jurídica –Bartolo, Baldo, Rosciate, Iason del Mayno...– para insistir en el alcance y contenido del término ‘deben’ utilizado por la legislación real para establecer la presencia de los testigos en los diversos actos de elaboración del testamento y de los que, entre todos, destaco la afirmación de Felino cuando de forma rotunda sostiene que *debere* “importat necessitatem”⁸⁷.

No es de extrañar que a Juan de Matienzo le preocupe la seguridad en la realización de los actos de disposición *mortis causa*, pues en muchos casos harían referencia a grandes patrimonios (tierras, minas). Probablemente y para evitar posibles fraudes que podrían darse teniendo en cuenta la lejanía de las tierras de Indias con respecto a los reinos peninsulares, el traslado al Nuevo Mundo de emprendedores y de servidores de plazas que dejaban familias y comenzaban otras podía prestarse a engaños que podrían repercutir en los destinatarios del patrimonio hereditario, amén de la propia laxitud tendente en la aplicación de la normativa regia que conllevaría la propia lejanía de la Corona.

4. Conclusión

Es una muestra más del ejercicio de una ‘categoría’ (*figura*) jurídica europea, el testamento, utilizado en los territorios de la monarquía española y que no coincide en el aspecto formal de su desarrollo en los reinos hispanos –penin-

enim contra communem nostrarum sententiam commentantium dictum l.3 Tauri qui omnes concedunt esse pro forma inductam eam testamentorum solemnitatem in hac lege... qua deficiente, testamenta corrunt...”, MATIENZO, , *op. cit.*, l. I. *glossa* IV sobre *testes testamenti nuncupativi*, fol. 67va, nr. 6.

⁸⁶ D.2.15.8.17: “Si praetor aditus citra causae cognitionem transigi permiserit, transactio nullius erit momento: praetori enim ea res quaerenda commissa est, non negligenda nec donanda, sed et si non de omnibus inquisierit, quae oratio mandat, hoc est de causa de modo de personis transigentium, dicendum est, quamvis de quibusdam quaesierit, transactionem esse irritam”.

⁸⁷ FELINO SANDEI, “Commentariorum... [sic] doctissimorum virorum adnotationibus atque rerum Summis...”, Ludguni, 1587, cap. *nam concupiscentiam*, nr. 6, fol. 17vb.

sulares y ultramarinos– con las reglas del *ius commune*, pero no coincide por los *adminicula iuris*, según una praxis doctrinal interna en el sistema del *ius commune*. En el ámbito de esta práctica son válidos los cambios en los *adminicula iuris*, porque consienten adecuar la forma rígida de toda categoría jurídica, en nuestro caso del *testamentum*, a las situaciones locales, varias e imprevisibles como pueden ser también las diversas circunstancias sociales del Nuevo Mundo.

EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN EN EL CONSEJO DE INDIAS

THE RIGHT TO APPEAL IN THE COUNCIL OF THE INDIES

MIGUEL PINO ABAD

Universidad de Córdoba (España)

miguel.pino@uco.es

Resumen: En América, la segunda suplicación cumplió un papel crucial, desde los primeros años del descubrimiento, en la defensa de los intereses procesales, tanto de la población indígena como de los españoles que en aquellas tierras se asentaron. Las primeras referencias constan en las Ordenanzas del Juzgado de Apelación de las Indias de 1511, donde se estableció la competencia para conocer y resolver tal recurso al Consejo de Castilla. Situación que se mantuvo hasta que en 1524 se atribuyó al Consejo de Indias. Pero la necesidad de dispensar un especial amparo a las gentes residentes en América, la extraordinaria distancia hasta la Corte o el hecho de que las Audiencias de Indias compaginasen su labor de administración de justicia con las de gobierno y asesoramiento de los virreyes se presentaron como factores claves para introducir una serie de singularidades procesales en este recurso que son objeto de exposición en el presente estudio.

Palabras clave: recurso, suplicación, Derecho, Indias, proceso, singularidades.

Abstract: In America, the second *suplicación* played a crucial role, since the early years of the discovery, in the defense of procedural interests of both the indigenous population and the Spaniards who settled in those lands. The first references are contained in the Ordinances of the Court of Appeal of the Indies in 1511, where the competence was established to hear and decide such an appeal to the Council of Castile. This situation remained unchanged until in 1524 it was attributed to the Council of the Indies. But the need to provide special protection to people living in the Americas, the extraordinary distance to the Court, or the fact that the Audiencias de Indias combined its administration of justice with its activities of governing and advising the viceroys were presented as key factors to introducing a series of procedural singularities in this resource, which are the subject of this study.

Keywords: appeal, supplication, law, Indies, process, singularities.

Sumario: 1. Breve aproximación conceptual. 2. La segunda suplicación en Derecho indiano.

1. Breve aproximación conceptual

Desde su aparición en el año 1390 y hasta la primera mitad del siglo XIX, la segunda suplicación se convirtió en el único recurso que podía interponerse

contra las sentencias dadas en grado de revista por alguna de las Audiencias, Chancillerías o por el propio Consejo de Castilla, cuando ante alguno de estos órganos jurisdiccionales superiores se había incoado un proceso sobre “cosa grave o ardua”¹.

Esta medida venía a corregir lo que dos décadas atrás se había consignado en el ordenamiento sobre administración de justicia, otorgado en las Cortes de Toro de 1371, donde, con claridad y contundencia, se llegó a sentar que contra las sentencias dadas por los oidores que formaban parte de la Audiencia no cabía “alçada o ssuplicacion alguna”².

La razón que latía en este último ordenamiento, promulgado en tiempos de Enrique II, parece evidente. El firme deseo de que las causas no se eternizasen, a través de sucesivos recursos que pudieran interponer los litigantes carentes del más mínimo fundamento. Pero Juan I reparó en el hecho de que la aplicación rigurosa de tal norma podía desencadenar la comisión de toda suerte de abusos contra los súbditos por parte de los tribunales superiores, cuyas sentencias no podían ser apeladas.

Para remediar esta situación se estableció este recurso, que debía ser dirigido directamente al rey, para que éste nombrara a quienes se encargarían de conocerlo y resolverlo en su nombre³.

A pesar de la indiscutible relevancia que entrañó desde su origen, el recurso que nos ocupa no fue objeto de una adecuada definición hasta bien avanzada la Edad Moderna. En este sentido, algunos de los mejores conocedores de los entresijos de la Administración de justicia del Antiguo Régimen vinieron a converger en el punto de que se trataba de un remedio concedido por el príncipe para eliminar los errores cometidos en las sentencias contra las que no se admitía otro recurso como el de apelación o nulidad⁴.

¹ Cortes de Segovia de 1390, ley 4, *Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla*, Madrid, 1863, tomo II, p. 477 (Ordenanzas Reales de Castilla II, 4, 8; Nueva Recopilación IV,20,1; Novísima Recopilación XI, 22, 1). MIGUEL PINO ABAD, *El recurso de suplicación en Castilla. Expresión de la gracia regia*, Madrid, 2006, p. 95 y ss.

² Ordenamiento sobre administración de justicia otorgado en las Cortes de Toro de 1371, nº 1, *Cortes de los antiguos Reinos, op. cit.*, tomo II, p. 189; MIGUEL ANGEL PEREZ DE LA CANAL, “La justicia de la Corte en Castilla durante los siglos XIII al XV”, *Historia. Instituciones. Documentos*, 2, 1975, p. 409.

³ Nueva Recopilación IV,20,1.

⁴ GONZALO SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiasticae et saecularis cum actionum, formulis et Actis processum*, Valladolid, 1609, tomo I, parte VII, cap. Unicum, nº 2; ALFONSO AZEVEDO, *Commentarium Iuris Civilis in Hispaniae Regis Constitutiones*, Madrid, 1612 (comentario N. R. IV,19, proemio, nº 1); JOSÉ MALDONADO Y PARDO, *Tractatus*

Por tanto, en ningún caso debía admitirse el recurso de segunda suplicación, si previamente el litigante no había agotado todos los remedios ordinarios, lo que le otorgaba una naturaleza extraordinaria, contraria a la regla que impedía volver a revisar lo ya juzgado mediante dos sentencias conformes dictadas por una de las Audiencias, Chancillerías o por el Consejo de Castilla⁵.

2. La segunda suplicación en Derecho indiano

Desde una perspectiva general observa García Marín que “la administración de justicia arrastró vicios que no se lograron eliminar durante todo el tiempo que duró la presencia española en América”⁶. Aunque, bien es cierto, no faltaron continuos intentos desde la metrópoli por arbitrar todas las medidas procesales que pudiesen repercutir en beneficio de unos individuos considerados jurídicamente *miserabiles*⁷, mediante el respeto a su derecho tradicional y la fijación, siempre que fuese viable, de la brevedad o sumariedad en el desarrollo de las causas en que se encontraban inmersos⁸.

En ese contexto, se comprende que la segunda suplicación cumpliera un papel crucial, desde los primeros años del descubrimiento, en la defensa de

de secunda supplicatione sive recursus adversus revisiones sententias Supremi Senatus Regiarumque Chancellarium et aliorum tribunalium huius regni, Madrid, 1690, titulus I, quaestio I, p. 4, n^o 20.

⁵ MALDONADO, *op. cit.*, titulus I, quaestio III, p. 11, n^o 10.

⁶ JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN, “Quiebras en la administración de justicia novohispana del siglo XVIII”, *Historia. Instituciones. Documentos* 25, 1998, p. 249.

⁷ GARCÍA MARÍN, *op. cit.*, p. 251. También en “Corrupción, politización y pleiteismo en la Administración de Justicia de la Nueva España a fines del XVIII”, *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Cuenca, 2002, vol. 1, p. 729.

⁸ MIGUEL ANGEL GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, “La ordenación de los pleitos de indios desde los comienzos del periodo hispánico hasta la Recopilación de 1680”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n^o 65, 1982, p. 47. Según señala “la consagración oficial de ambos principios se produce en las llamadas Leyes Nuevas de 1542... Esa forma breve y sumaria, prevenida así por el legislador español, se halla en línea con las innumerables medidas de todo tipo acordadas para lograr el buen tratamiento de los indígenas, y, además, quiere coincidir, sin género de dudas, con la simplicidad o sencillez de la organización prehispánica de aquellas comunidades...”. Muy distinto es el parecer de LUIS MAXIMILIANO ZARAZAGA, “Características del procedimiento civil indiano”, *Actas del XI Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1997, vol. 4, p. 331 quien afirma que “el proceso indiano fue escrito, dispositivo, se desarrollaba en etapas preclusivas, con términos fatales y, generalmente, era de larga duración”.

los intereses procesales, tanto de la población indígena como de los españoles que en aquellas tierras se asentaron. De hecho, encontramos la primera referencia sobre ella en las Ordenanzas del Juzgado de Apelación de las Indias de 1511⁹, aunque con distintas soluciones entre las causas civiles y penales.

En dichas normas, se establece la competencia de sus jueces para conocer en apelación de todas las causas criminales de las Indias. Al tiempo, se dispuso la posibilidad de interponer recurso de suplicación contra la decisión que adoptasen ante ellos mismos. La decisión dada en grado de revista debía ser ejecutada, no obstante cualquier nuevo recurso de suplicación que se plantease¹⁰.

Diversa era la solución cuando se trataba de causas civiles. En ellas, se ordenó que la Audiencia había de conocer en apelación de los recursos interpuestos contra las sentencias dadas en primera instancia por cualquier juez de las Indias. En caso de que la sentencia que diesen en esa instancia fuese confirmatoria de la anterior, se consideraban dictadas en grado de revista, procediéndose a mandar su ejecución.

Por el contrario, cuando la revocaban o cuando ellos habían empezado a conocer del asunto, se permitía interponer recurso de suplicación. Las sentencias dictadas en procesos de cuantía igual o inferior a cien mil maravedís no eran susceptibles de ser suplicadas por segunda vez. Si superaba la citada cantidad, la parte agraviada podía interponer nuevo recurso “para ante los del Consejo Real de estos Reynos de Castilla, e no para ante otro juez alguno”¹¹.

De esta forma, se fue diseñando que en las causas incoadas en las Audiencias de Indias se podía interponer recurso de segunda suplicación, ya que eran supremos tribunales como los peninsulares, cuyas sentencias eran inapelables¹².

Esa atribución al Consejo de Castilla de la competencia para entrar a conocer de los recursos de segunda suplicación contra las sentencias de revista en procesos incoados en América perduró dos décadas¹³, ya que, desde su fun-

⁹ DEMETRIO RAMOS, “El problema de la fundación del Real Consejo de Indias y la fecha de su creación”, *El Consejo de las Indias en el siglo XVI*, Valladolid, 1970, p. 19 señala que la creación de este juzgado de apelación se debió “al deseo de evitar a los pobladores los desembolsos y el gasto de tiempo para poder apelar ante el Consejo de Castilla de las sentencias dictadas en Indias”.

¹⁰ *Ordenanzas del Juzgado de Apelación de las Indias de 1511*, n^o 6, en JOSE SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Las ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)*, p. 66.

¹¹ *Ordenanzas del Juzgado...*, (n^o 7), en SÁNCHEZ-ARCILLA, *op. cit.*, p. 67; ALFONSO GARCÍA-GALLO, “Las Audiencias de Indias. Su origen y caracteres”, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid, 1987, p. 925.

¹² SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*, t. I, p. VII, p. 201, n^o 49.

¹³ ANTONIO MURO OREJÓN, “El Real y Supremo Consejo de las Indias”, *Anuario de*

dación en agosto de 1524¹⁴, al Consejo de Indias fue reconocida la jurisdicción suprema sobre todos los pleitos civiles referentes a las Indias, tanto en primera instancia como en apelación, cuando se rebasaban ciertas cantidades y en los pleitos criminales en que se imponían penas de muerte o lesión corporal¹⁵.

Así, en las ordenanzas de la Audiencia de Santo Domingo de 1528 aparece que contra las sentencias dictadas por el presidente y oidores en causas civiles de igual o menos cantidad de seiscientos pesos de oro se podían suplicar ante ellos mismos o bien apelar ante el Consejo de Indias. En cualquier caso, la sentencia recurrida podía ser ejecutada, siempre que la parte a quien benefició entregase fianzas que garantizaran la devolución de aquello que recibió más las costas, en el supuesto de que la sentencia fuese revocada. La resolución judicial dada en grado de suplicación o revista por el presidente y oidores no podía ser nuevamente recurrida y únicamente procedía su ejecución. Cuando superaba los referidos seiscientos pesos sólo cabía apelación ante el Consejo de Indias¹⁶.

Estudios Americanos XXVII (1970). En p. 199 recuerda que en la junta formada en 1504 “propuso al rey a los reunidos que el Consejo de Castilla fuese supremo en los negocios del Nuevo Mundo”. Por tanto, agrega en p. 206 que “a partir de 1504...los asuntos judiciales quedan a cargo del Consejo castellano como supremo tribunal” y concluye, p. 217, “la Junta de Indias (1511-1523) no es sino una reunión de consejeros de Castilla especializados en los negocios del Nuevo Mundo”.

¹⁴ MURO OREJÓN, *op. cit.*, p. 215.

¹⁵ *Las ordenanzas de 1571 del Real y Supremo Consejo de las Indias*, n^o 2 (texto facsímil de la edición de 1575 con notas de Muro Orejón, Sevilla, 1957); *Recopilación de leyes de Indias* II,2,2; ERNEST SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias* (manejo edición Madrid, 2003), vol. I (Historia y organización del Consejo y de la Casa de Contratación de las Indias), p. 69; ALFONSO GARCÍA-GALLO, “El Consejo y los secretarios en el gobierno de las Indias en los siglos XVI y XVII”, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid, 1987, p. 781. Este último autor agrega en p. 801 que “resulta clara la muy distinta potestad y actuación del Real y Supremo Consejo de las Indias, según se ocupe de unos u otros negocios...En los de justicia contenciosa entre partes o de carácter criminal, a través de la Sala de Justicia resuelve por sí solo, sin que el Rey interfiera en ellos e, incluso, sin que éste firme las provisiones y despachos. Por el contrario, en los de gobernación y gracia se limita a deliberar y votar sobre ellos y elevar al Rey una propuesta de resolución...”. Más recientemente, MARIO GÓNGORA, *Estudios sobre la Historia colonial de Hispanoamérica*, Santiago de Chile, 1998, p. 91; JOSÉ PASCUAL BUXÓ, *Permanencia y destino de la literatura novohispana*, México, 2006, p. 163; MARIANA MORANCHEL POCATERRA, “Los libros de condenaciones del Consejo de Indias”, *Clio & Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, 10, 2013, p. 212.

¹⁶ Ordenanzas de la Audiencia de Santo Domingo de 1528 (4), *op. cit.*, p. 81; Panamá, 1538 (4 y 5). En cambio en las ordenanzas de la Audiencia de México de 1530 (4) la cantidad mínima para poder apelar ante el Consejo de Indias se fijó en mil quinientos pesos de oro.

Contra las sentencias de la Audiencia en causas criminales no se podía apelar ante el Consejo de Indias, sino únicamente suplicar ante los mismos jueces que la dictaron. La sentencia recaída en tal grado no podía ser nuevamente suplicada “con la pena e fiança de las mil y quinientas doblas”¹⁷.

Solución ésta no extensible a las causas penales seguidas en las Audiencias de México y Panamá, para las que se permitía apelación ante el Consejo de Indias cuando se imponían penas de muerte, confiscación de bienes o multa superior a mil quinientos pesos, en la primera, y seiscientos, en ésta¹⁸.

En ordenanzas promulgadas para otras Audiencias quedó prohibida cualquier posible apelación ante el Consejo de Indias en los procesos criminales, con independencia de las penas que se hubiesen impuesto¹⁹, lo que supuso que fuese inviable cualquier interposición del recurso de segunda suplicación sobre estos asuntos, como también venía sucediendo en Castilla desde la entrada en vigor de la real cédula dada en Granada el 18 de noviembre de 1499²⁰.

La razón justificativa de esta medida parece encontrarse en el deseo de que se acometiese la ejecución de las sentencias de revista a la mayor brevedad posible, como así lo exigía el propio interés general.

Entre las cuestiones que sí podía entrar a conocer, se hallaban los recursos de segunda suplicación interpuestos en causas graves y de elevada cuantía, que previamente habían sido resueltas en vista y revista o suplicación en alguna de las Audiencias de Indias²¹.

En las ordenanzas de las distintas Audiencias de Indias, se repitió el principio de que la segunda suplicación sólo era susceptible de ser interpues-

¹⁷ Ordenanzas de Santo Domingo de 1528 (5), *op. cit.*, p. 82.

¹⁸ Ordenanzas de México de 1530 (5), Panamá 1538 (6) en *op. cit.*, p. 82.

¹⁹ Ordenanzas de Filipinas de 1596 (28); Chile 1609 (26); Buenos Aires 1661 (26); Buenos Aires 1786 (22), *op. cit.*, p. 258.

²⁰ *Libro de las bulas y pragmáticas de los Reyes Católicos*, Toledo, 1550 (manejo edición facsímil, Madrid, 1973), fols. 77r-77v (Nueva Recopilación IV,20,11; Novísima Recopilación XI,22,13); JUAN DE SOLÓRZANO y PEREYRA, *Política indiana* (ed. BAE, Madrid, 1972) libro V, capítulo XVII; MALDONADO Y PARDO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 62, n° 17.

²¹ *Recopilación de leyes de Indias VIII,2,2*; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 59, n° 2. Esta fue la regla general, como recuerda GARCÍA-GALLO, “Las Audiencias”, cit., p. 942: “las únicas apelaciones o súplicas de estas Audiencias que, en cualquiera de sus ordenanzas se prevén, son siempre y exclusivamente para ante el Real Consejo de Indias. Tan sólo la Audiencia de la Nueva Galicia ha estado subordinada a la de México de 1548 a 1572 y esto no sólo porque en sus ordenanzas se dice que los cuatro oidores alcaldes mayores de ella sean subalternos a la Audiencia que reside en la ciudad de México, sino porque en diversos casos, de sus sentencias se apela a esta Audiencia y no al Consejo”.

ta contra las sentencias de revista de las Audiencias en procesos civiles que superasen determinadas cantidades. Dicho con estas palabras, parece que lo único que se hizo fue reproducir para aquellos dominios lo que ya se estaba observando en Castilla. En líneas generales podemos aseverar que así fue.

Pero no debemos olvidar que la necesidad de dispensar un especial amparo a las gentes que residían más allá de la otra orilla del Atlántico, la extraordinaria distancia hasta la Corte o el hecho de que las Audiencias de Indias compaginasen su labor de administración de justicia con las de gobierno y asesoramiento a los virreyes²² debieron presentarse como factores claves en la fijación de una suerte de cambios que desmarcaron las reglas que se aplicaban en Castilla y las que coetáneamente lo hicieron para las causas que llegaban desde América.

Según se colige tanto de la lectura de la legislación promulgada para su exclusiva aplicación en Indias como de las opiniones vertidas por los juristas de la época, las principales diferencias que mostró el recurso de segunda suplicación en uno y otro territorio son las que a continuación exponemos, guardándose en el resto de cuestiones, que afectaban a su tramitación, las mismas formas y requisitos que se seguían en Castilla²³:

a) En la península se exigía que el proceso hubiese comenzado “mediante nueva demanda” ante el Consejo de Castilla o en alguna de las Chancillerías o Audiencias y que no hubiesen entrado a conocer del mismo previa interposición de recursos como el de apelación o nulidad²⁴.

La práctica procesal en Indias parece que era bien distinta. Así, en una consulta evacuada por el propio Consejo de Indias en la segunda mitad del siglo XVII se recordó que, hasta la fecha, nada había impedido que entrase a conocer de los recursos de segunda suplicación, incluso en pleitos no incoados ante la pertinente Audiencia de aquellos dominios, sino ante jueces inferiores²⁵.

²² GARCÍA-GALLO, “Las Audiencias de Indias”, cit., p. 938.

²³ SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*, tomo I, parte VII, caput unicum, p. 202, n^o 56. Como recuerda MURO OREJÓN, *op. cit.*, p. 216 “el Consejo de Indias se rigió por las mismas ordenanzas del Consejo castellano hasta que en 1571 se le dotó de verdaderas ordenanzas propias”.

²⁴ Nueva Recopilación IV,20,1; SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*, tomo I, parte VI, cap. Unicum, n^o 22 y 23; AZEVEDO, *Commentarium N.R. IV,20,1, n^o 1*; ALONSO DE VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y tribunales de Corte y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1656, cap. IV, n^o 228; MALDONADO, *op. cit.*, titulus I, quaestio III, p. 14, n^o 22.

²⁵ En este sentido, en la “Consulta de 20 de febrero de 1773, solicitando su declaración como Tribunal de término”, *Archivo General de Indias, Indiferente General, n^o 824* (texto recogido y comentado por RAFAEL GARCÍA PÉREZ, *El Consejo de Indias durante los reinados de Carlos III y Carlos IV*, Pamplona, 1998, p. 497).

b) Aunque contra lo sentenciado en revista por alguna de las Audiencias de Indias se interpusiera recurso de segunda suplicación ante el Consejo, no se suspendía la ejecución de la sentencia de revista, con independencia de que fuese o no conforme con la de vista. Lejos de ello, se despachaba ejecutoria a favor de la parte que venció en el grado previo. Bien es cierto que, para que se produjese esta ejecución, el litigante había de prestar fianza suficiente de restituir todo lo que le fuera adjudicado, incluidos los frutos producidos durante el tiempo que fue poseedor, ante la eventualidad de que se revocase la sentencia de revista dictada por la Audiencia²⁶.

En Castilla, recordamos que sólo se permitía la ejecución de la sentencia de revista recurrida en segunda suplicación cuando había sido del todo conforme con la de vista²⁷.

Tampoco faltaron ocasiones en que no se exigió a los litigantes el cumplimiento de este requisito y las sentencias se ejecutaban, pese a no haberse depositado fianza, como se contempló en una carta remitida a la Audiencia de México, dada en Valladolid el 19 de abril de 1583²⁸. Medida que, con carácter general, se amplió desde la entrada en vigor de la cédula de 7 de junio de 1621 a los litigantes que acreditasen ante el tribunal su situación de pobreza, basándoles aportar una simple caución juratoria²⁹.

²⁶ Leyes Nuevas de 1542 (13); Ordenanzas de Quito de 1563 (5), Charcas 1563 (5), Panamá 1563 (5), Chile 1565 (5), Lima 1565 (4), Guatemala 1568 (5), Manila 1583 (6), en “*Las Ordenanzas*”, p. 192; Filipinas 1596 (13), Chile 1609 (11), Buenos Aires 1661 (12), Buenos Aires 1786 (8), en “*Las Ordenanzas*”, p. 254; Recopilación de Indias V,13,1; SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*, tomo I, parte VII, cap. Unicum, p. 202, n° 51; JUAN DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia philippica*, Madrid, 1797 (manejo edición facsímil de Lex Nova, Valladolid, 1989), parte V, párrafo V, n° 7; VILLADIEGO, *op. cit.*, capítulo IV (de la instrucción), fol. 58 r, n° 237; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 60, n° 7 (también en titulus V, quaestio XI, p. 210, n° 11); FRANCISCO ANTONIO DE ELIZONDO, *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, Madrid, 1788, tomo VI, parte II, capítulo I, p. 217, n° 14. De este asunto se ocupó hace algunos años FERNANDO ARVIZU Y GALARRAGA, “Especialidades procesales de la Recopilación indiana”, *Memoria del IV Congreso internacional de Historia del Derecho indiano*, México, 1976, p. 56.

²⁷ Nueva Recopilación IV,20,1; SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*, tomo I, parte VII, cap. Unicum, p. 202, n° 51.

²⁸ SOLORZANO, *op. cit.*, libro V, capítulo XVII, n° 5; MALDONADO, *op. cit.*, titulus III, quaestio X, p. 127, n° 24.

²⁹ Ordenanzas de Nueva España de 1646 (123), en “*Las ordenanzas.*”, p. 334; Recopilación de Indias V,13,4; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 60, n° 7; ELIZONDO, *op. cit.*, tomo VI, parte II, capítulo I, p. 217, n° 14. Más recientemente, ARVIZU Y GALARRAGA, *op. cit.*, p. 58.

c) En Indias, para que el recurso estuviese válidamente interpuesto, no se exigía al litigante el depósito de fianza alguna, según constaba en la cédula de 13 de febrero de 1620³⁰, mientras que en Castilla dicho importe ascendía a mil quinientas doblas, que, como sabemos, se perdía cuando los jueces comisionados confirmaban la sentencia de revista anterior³¹.

El porqué de esta distinción hallaba su razón de ser, en palabras de Solórzano Pereyra, “para que las personas de las Indias que se sintieren agraviadas de las sentencias pronunciadas por las Audiencias de ellas tuviesen más libre y franco el recurso al Consejo y, por ventura, porque no se quiso hacer tanta estimación y confianza de las dichas Audiencias como de las de estos Reynos”³².

Como era de esperar, en pocos años se comprobó que muchos individuos decidían interponer recursos de segunda suplicación de forma injusta y frívola, con la única intención de demorar la resolución de las causas en que litigaban, ya que no asumían riesgo alguno, aunque el recurso fuese desestimado.

Para erradicar estas conductas fraudulentas, se dispuso, mediante cédula expedida en Madrid el 30 de marzo de 1629, que los presidentes y oidores de las Audiencias de Indias debían obligar a los suplicantes a dar fianzas de que pagarían mil ducados de pena, cuando las sentencias de revista hubiesen sido confirmadas por el Consejo. La cantidad sería repartida entre la Real Cámara, los litigantes contrarios y los jueces que dictaron las sentencias de revista recurridas.

Amén de esto, se estableció, como importante novedad, que si sólo se declaraba la improcedencia del grado de segunda suplicación, la fianza exigida debía ser de cuatrocientos ducados, repartibles entre la Cámara regia y la otra parte³³.

En realidad, con la adopción de estas medidas se quería aliviar de trabajo a los consejeros, quienes debían dedicar largas horas a conocer de recursos carentes del más mínimo fundamento. De hecho, Schäfer comenta sobre este punto

³⁰ *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, AHN, CODICES, L. 749, fol. 59; SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*, tomo I, parte VII, caput unicum, p. 202, n° 55; HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, parte V, párrafo V, n° 9; VILLADIEGO, *op. cit.*, cap. IV (De la instrucción), fol. 58 r, n° 237; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, n° 5, p. 60 (también en titulus V, quaestio V, p. 180, n° 1).

³¹ Nueva Recopilación IV,20,1.

³² SOLÓRZANO, *op. cit.*, libro V, capítulo XVII, n° 10, p. 275.

³³ Ordenanzas de la Audiencia de Nueva España de 1646 (124), en “*Las Ordenanzas*”, p. 334; Recopilación de Indias V,13,6; *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, AHN, CODICES, L. 749, fol. 58; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 60, n° 6 (también en titulus V, quaestio II, p. 170, n° 19; titulus V, quaestio V, p. 180, n° 2); ELIZONDO, *op. cit.*, tomo I, p. 251, n° 11. Hace algunos años, ARVIZU, *op. cit.*, p. 59.

que “muchas veces las súplicas estaban depositadas en el Consejo años y años, sin que el suplicante las siguiese, quizá por no tener medios económicos, por haber cambiado la situación o por haberse evaporado la pasión del pleito...”³⁴.

Solución bien distinta se arbitraba cuando el proceso se había incoado en el mismo Consejo de Indias y no en alguna de las Audiencias. En tal caso, al ser dicho Consejo supremo como el de Castilla, se debía atender a lo establecido en las leyes del Reino y la práctica seguida en los tribunales castellanos³⁵. Por ende, la segunda suplicación contra las sentencias de revista que emitiese se había de interponer con la obligación y fianza de las mil y quinientas doblas de cabeza y demás exigencias legales vigentes en la península³⁶.

Cuando el recurrente fuese el fiscal del Consejo³⁷, en Indias de forma idéntica a Castilla, se exigía al receptor general del sínodo que depositase en

³⁴ SCHÄFER, *op. cit.*, vol. I, p. 70. Por su parte, RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1952, p. 177 sostiene que “el Consejo de Indias desarrolló una competencia judicial más bien excepcional. Entre las causas que provocaron esta situación se hallaban la enorme distancia hasta la sede del Consejo y los desorbitados gastos que conllevaba seguir el pleito ante este órgano, lo que determinó que, casi siempre, los pleitos concluyesen en las Audiencias”. En pág. 180 afirma que “el recurso a la Corona era largo, dispendioso e incierto”. Más recientemente, ha recogido esta idea: GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 396 y 464.

³⁵ Equiparación entre ambos Consejos que, sin embargo, no parece que fuese tan clara. Según pone de manifiesto FELICIANO BARRIOS, “Solórzano, la Monarquía y un conflicto entre Consejos”, *Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Cuenca, 2002, vol. I, p. 267.

³⁶ SOLORZANO, *op. cit.*, libro V, capítulo XVII; SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*, tomo I, parte VII, caput unicum, p. 202, n° 57; VILLADIEGO, *op. cit.*, cap. IV (de la instrucción), fol. 58 r, n° 237; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 62, n° 18 (también en titulus III, quaestio X, p. 127, n° 24; titulus V, quaestio V, p. 181, n° 4; titulus V, quaestio V, p. 182, n° 8).

³⁷ NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, “Reflexiones sobre las leyes de Indias”, *Obra Completa*, Priego de Córdoba, 2002, tomo III, p. 49: “...El ministerio fiscal será defensor nato de los indios, siempre que no tropiece, por incompatibilidad de intereses, con el otro deber de defensa de la hacienda y autoridad real, y, aún en este caso, se asegurará otro defensor leal y competente para el indio”. Sobre este mismo particular, GONZALEZ DE SAN SEGUNDO, *op. cit.*, p. 80 agrega que en tales casos, debía la Audiencia nombrar a una persona idónea que defendiese al indio”. Al especial amparo de los indios también contribuyó el Juzgado General de Indios o Juzgado General de Naturales que protegía a los indígenas frente a los españoles, ya fueran de índole civil, criminal o administrativa, así como las causas criminales seguidas contra otros indios. Sobre este asunto, WOODROW BORAH, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, México, 1985. Asimismo, debe consultarse CONSTANTINO BAYLE, *El protector de indios*, Sevilla, 1945. Este protector actuaba como abogado, procurador y fiscal. De todo ello se ocupa GARCÍA MARÍN, “Quiebras”, p. 250 y en “Corrupción”, vol. I, p. 729.

concepto de fianza mil doblas, ya que las restantes quinientas pertenecían siempre a la cámara del rey³⁸. Asimismo, se ordenó que cuando el fiscal compareciese ante el monarca en grado de segunda suplicación no se podía exigir cantidad adicional alguna³⁹.

d) Otra especialidad, no establecida por ninguna norma pero que sí pusieron de manifiesto algunos juristas, fue que no se exigía mandato especial otorgado al procurador del litigante para que aquél pudiese interponer el recurso de segunda suplicación. En este sentido, inicialmente le bastaba contar con un mandato general, ya que no existía riesgo para su representado de tener que satisfacer cierta cantidad, en el caso de que el recurso no prosperase, a diferencia de lo que sí acaecía en Castilla⁴⁰.

Medida que dejó de observarse con la entrada en vigor de la aludida cédula de 30 de marzo de 1629, por la que se exigía el depósito previo de una fianza, que permitiese el pago de la pena de mil ducados, ante la eventualidad de que la sentencia de revista fuese confirmada por el Consejo de Indias⁴¹.

De forma que desde entonces, si el procurador no contaba con poder especial no debía admitirse el recurso de segunda suplicación, ni su representado había de considerarse obligado a pagar la cantidad legalmente establecida cuando la sentencia de revista fuese ratificada por el Consejo⁴².

Tampoco se aceptaba la segunda suplicación si en el mandato no se especificaban los datos de la causa y la identidad del otro litigante⁴³. Bien es cierto que si el procurador estaba facultado para realizar gestiones que entrañasen mayores riesgos para su cliente que la pérdida de la fianza depositada, debía presumirse que estaba autorizado a interponer el recurso, aunque no se le hubiese otorgado un poder especial para ello⁴⁴.

³⁸ SOLORZANO, *op. cit.*, libro V, capítulo XVII, n° 16; MALDONADO, *op. cit.*, titulus V, quaestio V, p. 182, n° 7.

³⁹ Recopilación de Indias V,13,9; ARVIZU, *op. cit.*, p. 60. GARCÍA PÉREZ recuerda en *op. cit.*, p. 462 que “mediante acuerdo del Consejo pleno de 13 de julio de 1798, se dispuso que para evitar los inconvenientes que se derivaban de realizar los depósitos correspondientes a los grados de segunda suplicación en vales reales, se observase la práctica que se seguía en el Consejo de Castilla de realizarlos en dinero efectivo”.

⁴⁰ HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, parte V, título V, n° 1; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 61, n° 12 (también en titulus V, quaestio II, p. 170, n° 18).

⁴¹ MALDONADO, *op. cit.*, titulus V, quaestio II, p. 170, n° 19.

⁴² *Ibidem*, titulus V, quaestio II, p. 167, n° 6.

⁴³ SUÁREZ DE PAZ, *op. cit.*, tomo I, parte VII, p. 198, n° 9.

⁴⁴ *Ibidem*, tomo I, parte VII, p. 198, n° 8.

Como es lógico, en la medida que ese probable perjuicio económico afectaba sólo al suplicante, el procurador de la otra parte no necesitaba contar con dicho poder especial para seguir la tramitación del recurso, ya que las consecuencias procesales que afectarían a su representado, derivadas de la decisión que adoptasen los jueces comisionados, eran las del objeto del litigio y no de otras cuestiones como la pérdida de la fianza⁴⁵.

Como tampoco se requería poder especial a los fiscales, cuando interponían el recurso en defensa de los intereses de la Real Cámara, ya que los monarcas les otorgaban amplias facultades procesales⁴⁶.

e) En las causas posesorias de Indias nunca se admitía la segunda suplicación, con independencia de que fuesen o no conformes las sentencias de vista y revista⁴⁷.

Hemos de recordar que, con carácter general, en Castilla se admitía cuando el valor del objeto litigioso llegaba a seis mil doblas de cabeza⁴⁸. Medida parcialmente modificada desde 1565 para los casos en que se discutía la posesión de los bienes de mayorazgos, al prohibirse la interposición de recursos de segunda suplicación, con independencia de que coincidiesen o no las sentencias de vista y revista⁴⁹.

f) En las causas sobre propiedad se exigió, inicialmente, en Indias que el valor de la cosa fuese, al menos, de mil quinientos pesos de oro⁵⁰. Cantidad incrementada en 1542 hasta diez mil pesos de oro⁵¹, con lo que, a buen seguro,

⁴⁵ MALDONADO, *op. cit.*, titulus V, quaestio II, p. 170, n° 20.

⁴⁶ *Ibidem*, titulus V, quaestio II, p. 172, n° 25; ELIZONDO, *op. cit.*, tomo VI, parte I, capítulo II, p. 219, n° 16.

⁴⁷ Leyes Nuevas de 1542 (13); Ordenanzas de la Audiencia de Quito de 1563 (5), Charcas 1563 (5), Panamá 1563 (5), Chile 1565 (5), Lima 1565 (4), Guatemala 1568 (5), Manila 1583 (6), en *Las Ordenanzas*, p. 192; Filipinas 1596 (13), Chile 1609 (11), Buenos Aires 1661 (12), Buenos Aires 1786 (8), en *Las Ordenanzas*, p. 254; Recopilación de Indias V,13,1; SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*, tomo I, parte VII, caput unicum, p. 202, n° 52; HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, parte V, párrafo V, n° 6; VILLADIEGO, *op. cit.*, capítulo IV (de la instrucción), fol. 58 r, n° 237; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 60, n° 8 (también en titulus III, quaestio X, p. 127, n° 24); ELIZONDO, *op. cit.*, tomo I, p. 251, n° 10 (también en tomo VI, parte II, capítulo I, p. 213, n° 6). Recientemente, ARVIZU, *op. cit.*, p. 56; GARCÍA PEREZ, *op. cit.*, p. 463.

⁴⁸ Pragmática de 9 de noviembre de 1539 (Ordenanzas de la Chancillería de Valladolid de 1545, fols. 47 v-48 v; Ordenanzas de la Chancillería de Granada de 1551, fols. 130 v- 131 r; Nueva Recopilación IV,20,9; Novísima Recopilación XI,22,6).

⁴⁹ Nueva Recopilación IV,20,14; Novísima Recopilación XI,22,16.

⁵⁰ SOLORZANO, *op. cit.*, libro V, capítulo XVII, n° 7.

⁵¹ Leyes Nuevas de 1542 (13), en *Las Ordenanzas*, p. 106; SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*,

se buscaba aliviar de trabajo al Consejo de Indias, algo que también se vio favorecido por el aumento en el número de Audiencias⁵².

Esta norma siguió la estela de la pragmática dada en Madrid el 9 de noviembre de 1539 por la que se fijó en tres mil doblas de oro la cuantía mínima que debía tener el objeto sobre el que se litigaba su propiedad para que admitiese a trámite el recurso de segunda suplicación en Castilla. Al tiempo, se modificó la norma vigente desde la Baja Edad Media, según la cual se aceptaba el recurso cuando el valor de la cosa era igual o superior a mil quinientas doblas, que, como sabemos, coincidía con la fianza que había de depositar el recurrente⁵³.

Nuevamente, se modificó la cantidad con la provisión de 20 de octubre de 1545, que la fijó en seis mil⁵⁴. Cantidad que fue ratificada en las ordenanzas de las Audiencias de Indias del año 1563 y en la cédula dada en Madrid el 13 de febrero de 1620, donde se indica que los seis mil pesos de oro “sean ensayados de a 450 maravedís cada uno”, lo que era el equivalente a ocho mil ducados castellanos⁵⁵.

La apreciación de si se había alcanzado el valor mínimo para interponer el recurso correspondía a la misma Audiencia que dictó la sentencia de revista⁵⁶. Su labor quedaba ceñida a eso. Las Audiencias de Indias no eran competentes, según se estableció en cédula de 23 de noviembre de 1579, para declarar directa o indirectamente si procedía o no admitir el recurso de segunda suplicación⁵⁷. Tan sólo dejaban constancia en los autos de que el valor del

tomo I, parte VII, caput unicum, p. 202, n° 53; HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, parte V, n° 5; VILLADIEGO, *op. cit.*, capítulo IV (de la instrucción), fol. 58 r, n° 237.

⁵² SCHÄFER, *op. cit.*, vol. I, p. 84.

⁵³ Nueva Recopilación IV,20,9.

⁵⁴ JORGE CORVALÁN MELÉNDEZ y VICENTE CASTILLO FERNÁNDEZ, *Derecho procesal indiano*, Santiago de Chile, 1951, p. 262; ARVIZU Y GALARRAGA, *op. cit.*, p. 56; GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, p. 399.

⁵⁵ Recopilación de Indias V,13,1; AGI, INDIFERENTE, 428, L. 32, fol. 358; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 61, n° 9 (también en titulus III, quaestio I, p. 74, n° 10); AYALA, *op. cit.*, tomo XII, voz “segunda suplicación”, p. 424, n° 4; ELIZONDO, *op. cit.*, tomo I, p. 251, n° 10 (también en tomo VI, parte II, capítulo I, p. 213, n° 6; ARVIZU Y GALARRAGA, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁶ Recopilación de Indias, V,13,6; ARVIZU Y GALARRAGA, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁷ AYALA, *op. cit.*, tomo XII, voz “segunda suplicación”, p. 424, n° 2. Realmente, eso no siempre se cumplió, como se comprueba en la real cédula de 19 de abril de 1583 dirigida a la Audiencia de México, en respuesta a una carta de 8 de noviembre de 1582, donde se ordenaba que se cumpliera la cédula de 23 de noviembre de 1579 sobre el procedimiento a seguir cuando se interpusiera segunda suplicación a los pleitos ya sentenciados en revista (AGI, MÉXICO, 1064, L.2, fol. 108).

bien litigioso no llegaba a alcanzar el mínimo legalmente exigido. Superase o no tal cifra, debía remitir el proceso original al Consejo de Indias, reteniendo copia auténtica del mismo a costa del suplicante, con citación de las partes para que prosiguieran el proceso⁵⁸.

La elaboración previa del duplicado parece que se debió a la incertidumbre que se generaba al tener que transportar los autos desde lejanas tierras y al temor de naufragio de la nave en que se portaba hasta la península⁵⁹.

g) En Castilla, el litigante que interponía recurso de segunda suplicación debía comparecer ante la persona del monarca dentro de cuarenta días, computables desde el que suplicó⁶⁰. En Indias, debido a la gran distancia, el término concedido era significativamente superior. Inicialmente, se dispuso que fuera de un año, contable desde que la sentencia de revista fuera notificada a él o a su procurador⁶¹.

Más tarde, se concretó que ese término del año debía empezar a contabilizarse, según la cédula de 24 de septiembre de 1621, desde que la flota o armada del lugar donde se hubiese incoado el pleito se hiciese a la mar con dirección a la península⁶².

A pesar de todo, la aplicación rigurosa de este término debió generar un sinnúmero de problemas. Quizá por ello, Felipe IV decidió abandonar ese genérico e indicar los que en cada caso debían ser acatados por los residentes en los diferentes territorios de Indias. En este sentido, se ordenó que los de Chile y Charcas contasen con año y medio, computable estos seis meses antes “del día en que saliere la primera Armada del Puerto del Callao de la Ciudad de Lima, y el año desde el día en que saliere la dicha Armada”. Los residentes en

⁵⁸ Ordenanzas de Nueva España de 1646 (118), en “*Las ordenanzas.*”, p. 333; Recopilación de Indias, V,13,2; AGI, INDIFERENTE, 428, L. 32, fol. 172r; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 61, n° 13; AYALA: *op. cit.*, tomo XII, voz “segunda suplicación”, p. 424, n° 1; ELIZONDO, *op. cit.*, tomo VI, parte I, capítulo II, p. 213, n° 8; CORVALAN MELENDEZ y CASTILLO FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 262; ARVIZU Y GALARRAGA, *op. cit.*, p. 57; GARCIA PÉREZ, *op. cit.*, p. 463.

⁵⁹ MALDONADO, *op. cit.*, titulus VI, quaestio IV, p. 241.

⁶⁰ Recordamos lo establecido en Nueva Recopilación IV,20,4.

⁶¹ Leyes Nuevas de 1542 (13); Ordenanzas de la Audiencia de Quito de 1563 (5), Charcas 1563 (5), Panamá 1563 (5), Chile 1565 (5), Lima 1565 (4), Guatemala 1568 (5), Manila 1583 (6), en “*Las ordenanzas.*”, p. 192; Recopilación de Indias V,13,1; SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*, tomo I, parte VII, caput unicum, p. 202, n° 54; HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, parte V, párrafo V, n° 13; VILLADIEGO, *op. cit.*, capítulo IV (de la instrucción), fol. 58 r, n° 237. Recientemente, ARVIZU, *op. cit.*, p. 56.

⁶² AGI, INDIFERENTE, 429, L. 37, fol. 30; MALDONADO, *op. cit.*, titulus VI, quaestio I, p. 223, n° 8.

el distrito de las Audiencias de los Reyes y Quito disponían de un año, “contado desde el dicho día”. Tiempo que también se estableció para los habitantes de Nueva Granada, Santo Domingo y Nueva España.

Por último, los habitantes de Filipinas tenían reconocidos dos años, “uno para llegar a la Nueva España, contado desde el día, que para ella salieran las Naos de su comercio y el otro el que esta concedido a los de la Nueva España, conforme a esta ley, de forma que el tiempo corra y se les cuente como sea util, desde que huviere Flota o Armada que haga viage a estos Reynos”⁶³.

h) Cumplidas todas las formalidades anteriores, se procedía a despachar las pertinentes comisiones⁶⁴ para el conocimiento de los recursos de segunda suplicación, lo que correspondía al Consejo de Cámara de Indias⁶⁵.

En principio, la designación recaía sobre los miembros del Consejo de Indias, aunque parece que esta regla se excepcionaba con bastante frecuencia, en atención a la naturaleza extraordinaria del recurso que permitía al monarca desmarcarse del tenor de las normas y encomendar su conocimiento y resolución a quienes estimase más oportuno⁶⁶.

⁶³ Recopilación de Indias V,13,3; MALDONADO, *op. cit.*, titulus II, quaestio VIII, p. 61, n° 10; AYALA, *op. cit.*, tomo XII, voz “segunda suplicación”, p. 425, n° 5; CORVALAN MELENDEZ y CASTILLO FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 263; ARVIZU, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁴ Son múltiples los ejemplos que podíamos traer a colación sobre este punto. Entre ellos, hemos encontrado la comisión de 28 de julio de 1555 a los miembros del Consejo de Indias, a petición de María Gueroa, mujer del doctor Bartolomé Frías de Albornoz, que interpuso segunda suplicación de una sentencia de revista dada por la Audiencia de Nueva España, en cierto pleito que trató con Luis Gómez y su mujer sobre la encomienda de algunos indios (AGI, INDIFERENTE, 425, L. 23, fol. 168R (1)). Del mes siguiente, concretamente del 15 de agosto, fue la comisión a pedimento de Juan Infante, vecino de la ciudad de México, que la interpuso de una sentencia de revista dada por la Audiencia de Nueva España, en cierto pleito que trató con el obispo de Michoacán y el fiscal de la dicha Audiencia sobre los pueblos de La Laguna de Michoacán (AGI, INDIFERENTE, 425, L. 23, fol. 181R (1)). Ese mismo día también se comisionó a los miembros del Consejo para que conocieran del recurso de segunda suplicación interpuesto por los indios de Mestitán y el fiscal Diego de Guevara sobre la encomienda de la mitad de dichos indios (AGI, INDIFERENTE, 425, l. 23, fol. 181R (2)). De 4 de diciembre de ese año fue la concedida en el pleito de Juan de Solís, que trató con el presidente y oidores de la Audiencia de Nueva España sobre ciertos alimentos y dote (AGI, INDIFERENTE, 425, L. 23, fol. 212R (1)) y también la otorgada en el pleito que los hijos del licenciado Juan Rodríguez trataron ante el presidente y oidores de la Audiencia de la Española con Leonor de Castro, viuda del citado licenciado, sobre la cuenta de sus bienes (AGI, INDIFERENTE, 425, L. 23, fol. 212R (2)).

⁶⁵ JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, “La creación del Consejo de Cámara de Indias”, *Derecho y Administración pública en las Indias hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Cuenca, 2002, vol. I, p. 653.

⁶⁶ Así se contempla en la réplica que hizo Solórzano a los argumentos esgrimidos por

Al margen de estas excepciones, lo cierto es que con la adjudicación de esta competencia al Consejo de Indias se le permitió participar en una de las prerrogativas propias del monarca, quien la delegaba a su favor. Algo que indiscutiblemente se tradujo en un incremento de prestigio en relación a otros Consejos⁶⁷ y que justificó que sus decisiones tuviesen el mismo efecto que lo decidido directamente por el rey⁶⁸.

El número de jueces nombrados no debía ser inferior a cinco, como sucedía en el de Castilla⁶⁹. Ante la eventualidad de que después de su designación alguno faltase por muerte, ausencia o promoción a otro órgano, se aceptaba que vieses los recursos los cuatro restantes. Si se producía la vacante de dos o más, se debía comunicar al monarca, quien nombraba los necesarios hasta completar la media decena⁷⁰.

Los comisionados tenían que pronunciarse sobre si había o no lugar al grado. Contra lo que resolviesen, no se podía interponer nuevo recurso, según se recogía en las leyes vigentes en Castilla y en la práctica observada en el propio Consejo de Indias⁷¹.

En caso de que se estimase a trámite el recurso, los miembros del Consejo habían de verlo y resolverlo según lo que constase en los autos originales remitidos por la pertinente Audiencia de Indias, estándoles terminantemente prohibida la admisión de nuevas pruebas o alegaciones⁷².

el Consejo de Flandes para justificar su preferencia sobre el de Indias. En tal polémica, el citado autor sostuvo, según recoge BARRIOS, “Solórzano”, p. 282: “la segunda suplicación del caso del Ducado de Veragua se presentó ante el propio Consejo de Indias, como no podía ser de otro modo. Lo que sucedió es que el rey, debiendo nombrar jueces que sentenciaran la causa, los escogió entre los del de Castilla, ya que no habían participado en la sentencia apelada. En el pleito del Adelantamiento de Yucatán, el rey, por la misma razón, junto a dos consejeros de Indias, que no se hallaban inhabilitados, nombró a tres del de Órdenes, lo que en parecidos términos se había obrado en otras ocasiones”.

⁶⁷ MALDONADO, *op. cit.*, titulus VI, quaestio III, nº 7, p. 232.

⁶⁸ *Ibidem*, titulus VI, quaestio XII, nº 3, p. 282.

⁶⁹ Recordemos, Ordenanzas para abreviar los pleitos de 1502, nº 33; Cortes de Segovia de 1532, pet. 6; Nueva Recopilación IV,20,2; Novísima Recopilación XI,22,7.

⁷⁰ Nueva Recopilación IV,20,12; SUAREZ DE PAZ, *op. cit.*, tomo I, parte VII, caput unicum, nº 124; VILLADIEGO, *op. cit.*, cap. 4, nº 240; MALDONADO, *op. cit.*, titulus VI, quaestio VI, p. 253, nº 12.

⁷¹ Recopilación de Indias V,13,5; CORVALAN MELENDEZ y CASTILLO FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 263; ARVIZU Y GALARRAGA, *op. cit.*, p. 58.

⁷² Leyes Nuevas de 1542 (14), en “*Las ordenanzas*”, p. 106; Filipinas 1596 (13), Chile 1609 (11), Buenos Aires 1661 (12), Buenos Aires 1786 (8), en “*Las ordenanzas*”, p. 254; Recopilación de Indias V,13,10; *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, AHN, CODICES, L. 749, fol. 59; ARVIZU Y GALARRAGA, *op. cit.*, p. 60.

Todo esto se mantuvo así hasta que, a partir de 1808, se produjeron importantes cambios en el sistema jurídico e institucional heredado de los siglos anteriores. Ante el vacío generado en la alta administración de justicia, se creó el 25 de junio de 1809 el Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, más conocido como Consejo Reunido, al que se encomendó “que en todos los dominios españoles ejerza las funciones que fueron peculiares de todos y cada uno de los antiguos tribunales suprimidos, especialmente los de Castilla, Indias, Hacienda y Órdenes”⁷³.

Al objeto de tramitar correctamente todo el cúmulo de asuntos adjudicados por el decreto, el nuevo Consejo Reunido contó con un número indefinido de ministros, quienes se distribuyeron en dos salas de gobierno y una sala de justicia. Esta última conoció de aquellos asuntos contenciosos que, por su importancia, no se estimaba conveniente remitir a las Chancillerías o Audiencias territoriales. Entre ellos, se encontraban los recursos de segunda suplicación y de injusticia notoria que debían ser tramitados en el Consejo “en la forma ordinaria y mientras que sobre ello no se tomen otras providencias”⁷⁴, es decir, que debemos considerar plenamente vigentes las normas que ya existían con anterioridad a la invasión napoleónica.

Este Consejo Reunido siguió funcionando durante poco tiempo. El 21 de septiembre de 1810, el de Regencia restableció los diferentes Consejos que la Junta Central había concentrado en uno⁷⁵. Situación que se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Constitución de Cádiz, que estableció una serie de importantes nuevos principios de naturaleza procesal⁷⁶, aunque, como se ha puesto de manifiesto, ello no conllevó un cambio radical con la tradición histórica⁷⁷.

⁷³ Real decreto de la Suprema Junta Central Gubernativa del reino por el que se declara inexistentes los antiguos Consejos, anula las provisiones que éstos hubiesen dado desde el día 4 de diciembre de 1808 y crea un Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, en SALUSTIANO DE DIOS, *Fuentes para el estudio del Consejo Real*, Salamanca, 1986, documento XXIX, p. 154.

⁷⁴ DE DIOS, *op. cit.*, p. 154.

⁷⁵ MIGUEL ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid, 1959, tomo I, p. 379.

⁷⁶ VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, “Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855”, *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I. *Historia. Teoría general*, Madrid, 1969, p. 60.

⁷⁷ Así quedó expuesto por PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, pp. 7 y 8: “Las Cortes Constituyentes estuvieron lejos de querer cambios

Mediante decreto de 17 de abril de 1812, por el que se creó el Tribunal Supremo, se ordenaba la atribución al flamante órgano de los pleitos que estuviesen pendientes de resolución en los Consejos de Castilla, Indias o Hacienda y de los recursos de aquellos negocios que hubiesen sido incoados en las Chancillerías, Audiencias y Juzgados de Hacienda antes de la publicación de la Constitución y cuya competencia se hubiese atribuido legalmente a alguno de estos tribunales desaparecidos⁷⁸.

Eso fue así hasta la vuelta de Fernando VII cuando se acometió la supresión del Tribunal Supremo y, por ende, de la competencia que dos años antes se le había adjudicado sobre los recursos de suplicación⁷⁹. Como sabemos, esta situación se mantuvo hasta el comienzo del Trienio Liberal, que conllevó la recuperación del Tribunal Supremo, al que nuevamente se sobrecargó de asuntos, como consecuencia de la decisión manifestada por las Cortes en el decreto de 28 de septiembre de 1820. Según esta norma, los negocios judiciales pendientes de resolución hasta el 7 de marzo anterior en los Consejos debían remitirse al citado Tribunal⁸⁰.

Medida que fue confirmada el 12 de noviembre de 1822, al reconocer que el Tribunal Supremo era competente para resolver los recursos pendientes de segunda suplicación que anteriormente se habían notificado al rey, “siendo de parecer que respecto a que en el día conozca de esta clase de recursos como una de sus atribuciones señaladas en los decretos de las Cortes de 17 de abril

radicales y violentos en nuestras leyes seculares. Ni la desaparición de las prácticas, hijas del saber y de la experiencia, que habían venido a suplir al derecho escrito en su silencio, en su insuficiencia, o en su oscuridad. Pero tampoco cerraron la puerta a la innovaciones prudentes y saludables, que la época hacía necesarias; innovaciones reclamadas por la ciencia y aconsejadas en parte por distinguidos jurisconsultos españoles”.

⁷⁸ Arts. 3 y 4 del Decreto de 17 de abril de 1812, en *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, tomo V, p. 3338. A pesar de que finalmente se atribuyó al Tribunal Supremo el conocimiento de las suplicaciones, la Comisión de Constitución, en su sesión de 27 de septiembre de 1811, puso de manifiesto su opinión de que: “...toda primera instancia tendrá lugar en juzgado inferior y, por consiguiente, la apelación y la súplica podrán siempre verificarse en las Audiencias territoriales, de modo que allí fenezcan los pleitos. Este es el concepto de la Comisión, y según él, se acordó que no debía subsistir el recurso de segunda suplicación, puesto que siempre han de empezar los pleitos en los juzgados subalternos y pasar de allí, por apelación y súplica a las Audiencias. En consecuencia de este principio reconocido, se acordó suprimir el párrafo 10 de las facultades del Supremo Tribunal de Justicia que trata de los recursos extraordinarios”. Con más detalle, LUIS MORENO PASTOR, *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838*, Madrid, 1989, pp. 73 y 74.

⁷⁹ MORENO PASTOR, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

⁸⁰ Decreto de 28 de septiembre de 1820, en *Colección de decretos*, tomo VI, pp. 150 y 151.

y de 9 de octubre de 1812 y no por comisión de S. M. como conocía antes el extinguido Consejo, no son necesarias hoy las notificaciones que de los grados de segunda suplicación se hacían a S. M.”⁸¹.

Si tenemos en cuenta la gran convulsión que se vivió durante esos años, con continuos avances y retrocesos, no debe causar sorpresa que el 26 de junio de 1823, una cédula de la Regencia restableciera los Consejos de Castilla e Indias, para que procedieran “a continuar en el ejercicio de sus funciones, interrumpidas de hecho y no de derecho, en el día 9 de marzo de 1820, por el pretendido gobierno constitucional”, recuperando así su posición de alto tribunal de justicia⁸². Pero si algo definió la situación de dichos Consejos en estos últimos años de su existencia fue la precariedad. A ello debió contribuir una serie de circunstancias tales como la falta de recursos humanos y materiales, lo que determinó que fuese “fiel testimonio de las contradicciones en que se debatía la monarquía absoluta en sus momentos últimos”⁸³.

Finalmente, por medio de uno de los decretos promulgados por la reina gobernadora el 24 de marzo de 1834, se formó, “oído el dictamen del Consejo de Gobierno y del de Ministros”, el Tribunal Supremo de España e Indias, sustituto definitivo en las funciones judiciales de los Consejos de Castilla y de Indias, al que, entre sus diversas atribuciones, correspondía conocer de los recursos de las Mil y Quinientas o de segunda suplicación⁸⁴.

Tan sólo unos días más tarde, otro decreto de 8 de abril ratificó que el “Supremo Tribunal de España e Indias sustancie y termine los pleitos que pendían ante el suprimido Consejo”⁸⁵. La realidad pareció demostrar que el Tribunal Supremo se centró en conocer únicamente de los recursos de segunda suplicación y no de otras competencias que legalmente le venían conferidas, lo que debió suponer una gran descarga de trabajo para sus miembros⁸⁶.

⁸¹ Archivo de las Cortes, leg. 72, nº 14 (texto recogido por MORENO PASTOR, *op. cit.*, p. 145).

⁸² DE DIOS, *op. cit.*, documento XXXIV.

⁸³ DE DIOS, *op. cit.*, p. XCIII.

⁸⁴ Decreto de 24 de marzo de 1834, en *Colección de decretos*, tomo XIX, p. 158; FERNANDO DE ARVIZU Y GALARRAGA, “El Consejo Real de España e Indias”, *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1974, p. 387.

⁸⁵ Decreto de 8 de abril de 1834; MANUEL ORTIZ DE ZUÑIGA, *Biblioteca judicial, parte legislativa, que contiene la legislación no recopilada relativa a la Administración de Justicia*, Madrid, 1848, tomo I, p. 28.

⁸⁶ Así lo expresó el diputado Antonio González en la sesión de 3 de enero de 1835 (*Diario de Sesiones*, legislatura de 1835, tomo II, pp. 1110-1111) cuando se ocupó del número de miembros que debía tener el Tribunal.

El reglamento para la administración de justicia de 1835 también corroboró que fuese el Tribunal Supremo el encargado de conocer de los recursos de segunda suplicación⁸⁷. Al mismo tiempo, quedó consignada la prohibición de interponer futuros recursos de esta clase después de su entrada en vigor, lo que se recibió con agrado por ciertos juristas de la época, para quienes la segunda suplicación sólo provocaba demoras innecesarias en la finalización de los pleitos⁸⁸.

Quizá como respuesta a estas reivindicaciones se promulgó el real decreto sobre recursos de segunda suplicación e injusticia notoria de 4 de noviembre de 1838⁸⁹. En la propia norma se dice que su elaboración obedeció al deseo de “poner término al entorpecimiento que se experimenta en la administración de justicia por no haberse aún decidido varias consultas sobre recursos de segunda suplicación”⁹⁰.

Se estableció la distinción entre los que procedieran de negocios aún pendientes de resolución en las Audiencias, tribunales de comercio u ordinarios antes del día 13 de agosto de 1836, fecha del decreto firmado por la Reina Gobernadora como consecuencia del motín de La Granja por el que nuevamente entraba en vigor la Constitución de 1812, y aquellos que empezaron mediante nueva demanda en las Audiencias y que, sin embargo, fueron

⁸⁷ Art. 90, nº 6, del Reglamento para la administración de justicia en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria de 1835, en *Decretos de la reina nuestra señora Doña Isabel II, dados en su real nombre por su augusta madre la reina gobernadora, y reales órdenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las secretarías del despacho universal desde el 11 de enero hasta fin de diciembre de 1835*, Madrid, 1836, tomo XX, p. 396.

⁸⁸ Así, podemos traer a colación la *Memoria relativa a los principales actos del Excmo. Sr. D. Álvaro Gómez Becerra como ministro de Gracia y Justicia en 1835 y 1836, escrita por él mismo y encontrada después de su fallecimiento ocurrido en 1855* (fue publicada por OCAMPO en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XLVIII, 1876, p. 113: “...otra disposición notable, útil y benéfica del reglamento es la supresión del recurso de las mil y quinientas o de segunda suplicación, que va envuelta en los artículos del reglamento, aplicando a los jueces inferiores el conocimiento de todos los negocios en primera instancia, y devolviéndoles aún los pendientes en las Audiencias...el grado de segunda suplicación ocasionaba gastos crecidos, tanto porque era necesario acudir al Tribunal Supremo en la Corte, tanto porque perdiéndole llevaba ordinariamente consigo la condenación de costas y el pago de las mil y quinientas doblas. Ninguno de estos inconvenientes se encuentra en la instancia ordinaria, sustituida al grado”).

⁸⁹ Ampliamente estudiado por ENRIQUE ALVAREZ CORA, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, 2002, p. 190 y ss.

⁹⁰ JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Comentario al decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*, Madrid, 1845, p. 12.

objeto de remisión a los jueces de primera instancia competentes, en virtud de lo recogido en el reglamento provisional de justicia de 1835. Mientras que los primeros se debían sustanciar y fallar con arreglo a las leyes vigentes hasta ese momento, para éstos se negó la segunda suplicación⁹¹.

Asistimos, en definitiva, al final de la trayectoria de este recurso utilizado ininterrumpidamente en el sistema procesal castellano desde 1390. La acuciante necesidad de que los trámites procesales se vieses simplificados al máximo estaba en abierta contradicción con la supervivencia de un recurso como éste, que, lejos de ser el auténtico mecanismo de defensa de los intereses de los litigantes frente a las sentencias de revista dadas por los altos tribunales, se había convertido en una perniciosa herramienta dilatoria, carente, en muchas ocasiones, del más mínimo fundamento.

⁹¹ Art. 1 del Real Decreto sobre recursos de segunda suplicación.

LA OCULTACIÓN DE BIENES DEL ARZOBISPO FELICIANO
DE LA VEGA Y EL BREVE APOSTÓLICO DE INOCENCIO X, DENTRO
DE LA VISITA GENERAL DE JUAN DE PALAFOX Y MENDOZA
A LA NUEVA ESPAÑA (1640-1647)

THE HIDING OF PROPERTY OF ARCHBISHOP FELICIANO
DE LA VEGA AND APOSTOLIC BRIEF OF INNOCENT X,
IN THE GENERAL VISIT OF JUAN DE PALAFOX Y MENDOZA
TO NEW SPAIN (1640-1647)

JUAN PABLO SALAZAR ANDREU

*Profesor de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla
Profesor de la Universidad Panamericana (México)*

salazarandreu@yahoo.com.mx

Resumen: En 1641, el Arzobispo de México Don Feliciano de la Vega fallecería, y el entonces Oidor de la Audiencia, Don Melchor de Torreblanca, sería encargado de realizar el inventario de bienes del recién fallecido prelado; pero en complicidad con Don Pedro de Torreblanca, Alcalde mayor de Tixtla; Don Juan de la Serna sobrino del Arzobispo y Don Francisco de Figueroa, mayordomo de Don Feliciano, ocultarían oro y plata sin quintar, así como joyas del Arzobispo para apropiárselas ilícitamente. Don Juan de Palafox, como Visitador, iniciaría proceso en contra del corrupto Torreblanca, comenzando una batalla jurídico-política entre las máximas autoridades de la Nueva España, la cual incluiría la Visita a los Alcaldes Mayores y la introducción, sin el beneplácito del Consejo de Indias, de un Breve Apostólico del Sumo Pontífice Inocencio X, con el cual se permitiría el establecimiento de un ilegal e irregular Tribunal de Jueces Conservadores en contra del Obispo de Puebla.

Palabras clave: Juan de Palafox y Mendoza, Feliciano de la Vega, Visita General, Breve apostólico, Alcaldes mayores, Real Audiencia de México.

Abstract: In 1641, the Archbishop of Mexico Don Feliciano de la Vega passed away, and the then judge of the *Audiencia*, Don Melchor de Torreblanca, was made responsible for conducting the inventory of assets of the recently deceased prelate. However, working together with Don Pedro de Torreblanca, mayor of Tixtla, Don Juan de la Serna, nephew of the Archbishop, and Don Francisco de Figueroa, Don Feliciano's butler, hid gold and silver without quintar, as well as jewelry of the Archbishop in order to appropriate them illicitly. Don Juan de Palafox, as Visitor, initiate proceedings against the corrupt Torreblanca, sparking a legal and political battle between the highest authorities of New Spain, which included a visit to the *Alcades Mayores* and the introduction, without the approval of the Council of the Indies, of an Apostolic Brief of Pope Innocent X which would permit the establishment of an illegal and irregular tribunal of conservative judges against the Bishop of Puebla.

Keywords: Juan de Palafox y Mendoza, Feliciano de la Vega, General Visit, Apostolic Brief, Major Majors, Real Audience from Mexico

El Caso del Oidor Melchor Gutiérrez de Torreblanca es un ejemplo del grado en el que una autoridad puede abusar de su poder¹, sin embargo, sería el Visitador Don Juan de Palafox y Mendoza, quien pondría un alto a la larga cadena de corruptelas del ya mencionado personaje. Dicho caso iniciaría desde 1641, fecha en el que fallecería en el pueblo Tixtla, Don Feliciano de Vega, Obispo de la Paz y recién nombrado Arzobispo de México. El entonces Corregidor del Puerto de Acapulco, Don Pedro Villarán Torreblanca (Primo de Don Melchor) asegura y recoge en Cabildo los bienes del difunto. El Duque de Escalona, Virrey de la Nueva España, comisiona a Don Melchor Gutiérrez de Torreblanca a recoger y realizar inventario de dichos bienes, siendo esto, el origen de los cargos de ocultación de bienes que tendría que enfrentar², junto con lo referente a un embargo de granos, que, por órdenes del Virrey, realizó en las provincias de Querétaro y Celaya en 1643³.

Cuando Don Juan de Palafox y Mendoza, formó interrogatorio de su Visita General el 4 de Octubre de 1644, se presentaron declaraciones en contra del Oidor Torreblanca, hasta el 7 de noviembre de 1644, en las que los testigos afirmaban diversas irregularidades y corruptelas relacionadas con la obtención de granos y chocolate, el otorgamiento de trabajos y labores a cambio de dinero (cuyos precios variaban entre los mil a los seis mil pesos), o incluso el recurrir a chantajes, basados en puestos temporales que le otorgaba el Virrey al Oidor⁴, también se le acusaba de recibir “dádivas” por parte de litigantes al actuar como Jue⁵, hacer firmar en blanco a testigos, para llenar posteriormente sus declaraciones⁶, resultando un total de veintiún cargos en contra de Melchor Torreblanca.

A manera de comprender un poco más el caso que se atiende, conviene explicar brevemente la naturaleza de la Visita. A diferencia de la Pesquisa o del Juicio de Residencia, era un procedimiento que abarcaba un gran número de actuaciones y autoridades, teniendo una naturaleza extraordinaria, y llevándose a cabo cuando existían sospechas o denuncias en contra de un oficial real

¹ Cfr. *Expediente Tocante a la Visita Hecha por el Visitador Don Juan de Palafox y Mendoza, a Don Melchor Gutiérrez de Torreblanca, Oidor que fue de la Audiencia de México, España, 1663, ARCHIVO GENERAL DE INDIAS, Legajo 7º, s/f, Foja 2f, 1663.*

² Cfr. *Ibidem*, foja 4v.

³ Cfr. *Ídem*. Dicho embargo se realizó por la esterilidad que sufría la Ciudad de México.

⁴ Cfr. *Ibidem*, fojas 4v-6v.

⁵ Cfr. *Ibidem*, Foja 11f; se adelantan algunas fojas para mayor comprensión del lector de la situación que se presentaba.

⁶ Cfr. *Ídem*.

o bien un grupo de ellos. El principal objetivo de esta figura, era evaluar si las actuaciones de los oficiales reales, se apegaban a los lineamientos marcados por la Corona y el Consejo de Indias. Calvo y Agueda señalan que dicho término se aplicaba también a las revisiones que los Virreyes realizaban en territorios bajo su jurisdicción; también existía disposición de que los Oidores de la Audiencia, realizaran Visita a sus Distritos cada tres años, y en orden de antigüedad⁷.

Dentro de sus características se puede mencionar:

- No interrumpía las labores cotidianas del “visitado”.
- La inspección era un ingrediente fundamental⁸.
- Podía llevarse a efecto de manera pública o secreta, conforme fuera el caso⁹.
- Era imprevisible y secreta¹⁰.
- El titular de la misma (el Visitador), debía ser un hombre experimentado, de carácter férreo; “Varones temerosos de Dios, amadores de la verdad, enemigos de la avaricia, sabios, de buen linaje y letrados”¹¹.

Regresando al caso del Oidor Torreblanca, se presentaba una constante en las testimoniales, consistente en el desarrollo de juegos de azar, por los que Torreblanca recibía ganancias diversas por su autorización y venta de la baraja¹². Igualmente, a través de diversos documentos, se podía asumir que el Oidor, tenía en su casa grandes cantidades de oro y plata, producto de tratos ilegales en toda la Nueva España.

⁷ AGUEDA PELAYO Y CALVO THOMAS, “Los Señores Visitadores, sus Obras y unas Páginas más”, en Berthe, Jean Pierre (et.al), *Sociedades en Construcción. La Nueva Galicia según las Visitas de Oidores*, Universidad de Guadalajara, México, 2000, p.15; Los autores señalan también las denominadas Visitas “abiertas”, practicadas por autoridades de rango inferior, españolas o indígenas en pequeñas zonas. *Ibidem*, p.15.

⁸ Cfr. ARREGUI ZAMORANO, PILAR, *La Audiencia de México Según los Visitadores (Siglos XVI y XVII)*, UNAM, México, 1985, p.54

⁹ Cfr. DOUGNAC ANTONIO, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, UNAM, México, 1994, p.387

¹⁰ Cfr. Escudero, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, Madrid, Solana e hijos Impresores, 2003, p.741.

¹¹ SÁNCHEZ BELLA, ISMAEL, *Derecho Indiano Estudios. Las Visitas Generales en la América Española (Siglos XVI-XVII)*, España, Ediciones Universidad de Navarra, t.I, 1991, p.240.

¹² Cfr. *Expediente...*, cit. Nota 2, fojas 5f-6f.

A los cargos en contra del Oidor, resalta el Testimonio de la querella presentada por el Licenciado Pedro de Molina, en su calidad de albacea del fallecido Arzobispo de Vega¹³, fechado el 14 de diciembre de 1644, frente al Obispo Palafox, y en el que se establecía:

[...] Denuncio y me querello del señor licenciado Don Melchor Gutierrez de Torreblanca, Oidor de la Real Audiencia, el cual habiendo ido con comisión de ir al pueblo de Tixtla a recoger los bienes del dicho señor arzobispo, me descerrajó y abrió dos baúles y dos petacas más que yo traía con los demás bienes del dicho señor arzobispo, teniendo yo en esa ciudad las llaves...¹⁴

En esta querella, De Molina, denunciaba la falta de bienes diversos, tales como joyas, dinero y cajas de plata, por mencionar tan sólo algunos¹⁵, solicitando lógicamente la restitución de dichos bienes¹⁶.

Don Juan de Palafox con fecha 7 de noviembre de 1644, ordenaba un inventario de los bienes del Oidor¹⁷, y que Torreblanca saliera y se quedara en la Villa de Tacuba, en donde esperaba órdenes del Visitador para entrevistarse con él, en el Pueblo de Cuernavaca¹⁸.

El Visitador ordenó que se buscara toda documentación en la que se abordaran tratos en oro, plata y mercadería diversa, los cuales fueron encontrados¹⁹ de acuerdo al siguiente escrito:

En el inventario de bienes se le halló plata sin señal de marca, quinto ni diezmo, en cantidad de 169 marcos, y de oro sin quinto, cuatro onzas y siete ochavas, lo cual con otras cadenas de oro, perlas y piedras bezares, se depositó en la caja [...] ²⁰

El 8 de noviembre, enterado el Oidor, de éstas circunstancias y prevenido de no poder salir de Cuernavaca, pidió al Visitador que se abstuviera de

¹³ Cfr. *Testimonio de la Querella que dio el Licenciado Pedro de Molina como Albacea del Señor Arzobispo Don Feliciano de Vega*, en *Expediente...*, cit., foja 44f. Algunas fojas se han adelantado para una mejor narración de los acontecimientos.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Cfr. Ídem.

¹⁶ Cfr. Ídem, foja 44v.

¹⁷ Cfr. *Relación de Hechos y Trámites del Regidor Don Fernando Jiménez Paniagua de 27 de mayo de 1655*, *Expediente...*, cit., foja 6v.

¹⁸ Cfr. Ídem.

¹⁹ Cfr. Ídem, foja 7v.

²⁰ Ídem, foja 9f. Se adelantó este contenido para facilitar la comprensión al lector.

analizar o mandar copia a Castilla de cualquier documento, que fuese ajeno al caso de sus abusos en Celaya, que era el principal en su contra. Pero Palafox, celoso de su deber, encontró en los mismos documentos, situaciones necesarias de comunicar a la Metrópoli, instruyendo el 9 de noviembre causa en contra del Oidor y advirtiéndole que se proveyese de abogado²¹, situación que dio por resultado una recusación por parte de Torreblanca en contra de la Visita, que Palafox rechazó *intotum*²².

Torreblanca, solicitaba que se colocaran en autos, correspondencia que había sostenido con el visitador, las cuales se dividían en tres rubros:

1. Cartas en las que, según Torreblanca, el Visitador le instaba a decidir en determinados pleitos de alguna manera específica; sin embargo, en el análisis de dichos documentos, el Consejo de Indias no encontró cláusula alguna que fuera violatoria de Cédulas u Órdenes Reales²³.
2. Cartas de materia diversa, que el Oidor escribió a diversas autoridades, en las que el Consejo, notó ambivalencias, ya que en las mismas alababa y atacaba a Palafox, denominándole incluso como “canalla” y cuestionando la decisión del Rey de que el Obispo de Puebla, mantuviera su calidad de Visitador²⁴.
3. Documentos que acreditaban los cargos en contra de Don Melchor, comprobadas con peritos de la época²⁵.

Para diciembre del mismo año, Torreblanca insistió en su recusación²⁶, señalando que el Visitador había actuado sin jurisdicción basándose en los siguientes puntos:

- La Cédula de 19 de diciembre de 1639, que amparaba las acciones del Obispo de Puebla, era para visitar a ministros “que habían servido y estaban sirviendo sus plazas”²⁷.

²¹ Cfr. *Ibidem*, foja 8f.

²² Cfr. *Ibidem*, foja 8v, también así, conviene confrontar la Foja 41f, en el que Palafox señalaba que la recusación “es vaga y general y estar prohibida por Derecho”.

²³ Cfr. *Ídem*. En el caso de la recusación, el oidor Torreblanca hablaba de un total de 50 cartas, pero sólo se hallaron 27.

²⁴ Cfr. *Relación...*, cit., foja 9f.

²⁵ Cfr. *Ídem*.

²⁶ Se debe señalar que con motivo de dicha recusación y por orden Real, el 3 de diciembre de 1644 el Obispo de Puebla se dio por recusado, *Cfr. Ídem*.

²⁷ *Ibidem*, foja 9v.

- “Que el despacho de 23 de marzo de 1644, fue para proseguir la Visita contra los ministros que legítimamente fueron comprendidos en ella”²⁸.
- El Oidor aseguraba, que él había entrado a servir en su plaza, con fecha posterior al establecido en la Cédula, y, por tanto, no era sujeto, acorde a su opinión, a la Jurisdicción de la Visita²⁹.
- Señalaba Torreblanca, que dado que la Visita a su casa duró más de tres días, sus enemigos (que aseguraba eran cercanos al Visitador) podrían haber introducido papeles entre los suyos³⁰: “[...] permitió entrar personas extrañas, y de sospecha sus confidentes, y empeñados en la conspiración contra del Duque de Escalona, guardando en esto la misma forma extrajudicial de despojo, que en su palacio, cuando le echó de él...”³¹

Por lo ya mencionado, el Oidor Torreblanca, solicitó la recusación, pidiendo además la nulidad de los autos y que se le diera nuevamente libre uso de su plaza³², bienes y papeles³³. Situación que el Consejo de Indias, por auto proveído el 5 de octubre de 1645³⁴, resolvió, declarando recusado al Obispo de Puebla, removiéndole de todas las causas referente al caso del Oidor³⁵.

²⁸ Ídem.

²⁹ Cfr. Ídem. Aunado a lo mencionado en este punto cabe remarcar la siguiente cita del mismo documento “*Que le llamó el Señor Don Juan de Palafox, para que depusiese contra el Marqués de Villena, cosas de tan terrible juicio que le obligó a responder de forma que se irritó, y de lo que puso en esta ocasión hizo una protesta ante escribano y testigos, la cual presentaba*”. No era algo poco común, como se ha analizado a lo largo de la presente investigación, que los Visitados, acusara al Obispo de Puebla, de persecuciones y venganzas personales. La protesta a que se refiere el párrafo citado, quedó asentada por el Escribano Real, Diego Arias González, afirmando el Regidor Jiménez Paniagua, que dicho escribano, presentaba dudas, por testimoniales de “*poca legalidad*”, ya que cuando se mandaron a comprobar los testimonios, los testigos, afirmaron no conocer al escribano; Ibídem. Fojas 9v-10f.

³⁰ Cfr. Ibídem Foja 10f.

³¹ *Transcripción del Memorial de Don Melchor Gutiérrez de Torreblanca*, 8 de junio de 1655, *Expediente...*, cit. foja 22f. Algunas fojas se adelantan para mayor facilidad de comprensión de la controversia en análisis.

³² Cabe señalar, que, durante el tiempo de la Visita, y aún durante el Juicio, Torreblanca recibió entero su salario, pero solo se le privó del ejercicio de su plaza. Cfr. *Relación de Hechos...*, cit., Foja 11f.

³³ Cfr. Ibídem, foja 10f.

³⁴ Cfr. Ibídem, foja 10v.

³⁵ Cfr. *Expediente...*, cit., foja 46f.

Además, para resolver ésta controversia, el 29 de octubre de 1645, se nombró como Juez de la Visita, a Juan González de Manjarrez³⁶, Oidor de Guadalajara, quien el 14 de agosto de 1646, declaró nulos los autos de Palafox, ordenando la restitución de la plaza y el desembargo de bienes³⁷. Sin embargo, de los cargos referentes a la ocultación de bienes, no existía defensa, ya que los documentos referentes a la misma, habían sido enviados a España, para que el Consejo de Indias, resolviera al respecto, y cuya sentencia se pronunció el 1º de junio de 1649³⁸, condenando al Oidor por 40,072 pesos, la privación de la plaza y de cualquier otro oficio de justicia y al destierro por un período de 10 años³⁹, así como el pago de 1000 ducados, por un Breve que Inocencio X había emitido en favor de Torreblanca y en contra del Obispo Palafox.

El Documento Apostólico ordenaba la instauración de un tribunal especial en contra del Obispo de Puebla. El documento en cuestión era original, pero no había pasado por el Real Consejo de Indias, por lo que se trataba de una seria afrenta al Real Patronazgo de la Iglesia en la Nueva España⁴⁰.

Por el caso se presentaron declaraciones, de las que destacan las del Reverendo Fray Buenaventura de Salinas y Córdoba, Comisario General de San Francisco y su sobrino el licenciado Don Francisco Manrique, Fiscal de la Audiencia de México, Fray Lázaro Prado, Padre Provincial de Santo Domingo⁴¹, Don Marcos Ramírez Prado, Obispo de Michoacán y los superiores religiosos de la Compañía de Jesús, destacando el Padre Pedro de Velasco, Provincial de los Jesuitas y los Padres Francisco Calderón (Prepósito) y Juan de Vallecilla (Rector). Sería con Ramírez de Prado y los Jesuitas, que el Juez González de Man-

³⁶ Al Juez González Manjarrez, se le ordenó por Cédula Real de 24 de diciembre de 1645, proseguir con la substanciación del Juicio de Residencia, Cfr. *Ibidem*. Fojas 150f-150v.

³⁷ Cfr. *Ibidem*, foja 10v. Junto a esta resolución, y con base en Cédula Real de fecha 24 de diciembre de 1645, el Juez González, recibió la orden de determinar y hacer fenecer el Juicio de Residencia del Marqués de Villena, así como entregar a éste último las cantidades de oro y plata que le fueran pertenecientes en la Caja Real, sin embargo, los oficiales reales declararon que no existía ya nada de oro y plata, y que el resto del dinero se encontraba embargada por diversos acreedores. Cfr. *Ibidem*, fojas 150f-159v.

³⁸ Torreblanca solicitaría la revisión de su sentencia, la cual confirmaría la precedente el 8 de junio de 1855, Cfr. *Ibidem*. foja 20v.

³⁹ Cfr. *Ibidem*, foja 20v; se adelanta la presente foja, para mayor facilidad de comprensión de los hechos narrados.

⁴⁰ Cfr. Expediente, cit., fojas 58f-58v.

⁴¹ En la presente lista podría añadirse también al Arzobispo de México Don Juan de Mañozca, quien el 7 de diciembre de 1647 declaró no conocer nada respecto a dicho Breve, Cfr. *Ibidem*, fojas 65v-66f. mientras todos los demás personajes, o afirmaron saber de él, o fueron simplemente oscuros en sus declaraciones.

jarrez tendría grandes problemas en recuperar dicho Breve que se asumía en posesión de dichos personajes, en virtud de diversos testimonios al respecto⁴².

La Compañía de Jesús ya tenía diversos problemas con Palafox, debido a la exigencia que les hizo respecto al pago de licencias y permisos para confesiones y prédicas; en este rubro, consta en el Expediente en análisis, que los Jesuitas aseguraban que dichos pagos no se debían realizar por no estar reconocido todavía por el Consejo la Bula del Papa Urbano VIII de 1628⁴³.

Don Alonso de Moya, vecino de la ciudad, testificó en diciembre de 1647, haber escuchado de terceras personas respecto a ese Breve, con el que Torreblanca había vencido a Don Juan de Palafox; igualmente aseguraba que dicho breve se había presentado impreso por la Compañía de Jesús. Semejantes declaraciones presentaron los mercaderes Francisco de Molinos y Pedro de Soto, el Presbítero Cristóbal García y el Capitán Don Francisco de Monsalve⁴⁴.

Don Andrés de Balmaceda y Sobremonte, residente de la Ciudad, aseguró que en una visita al domicilio del Comisario General de la Orden de San Francisco, Fray Buenaventura de Salinas, éste comentó que el Obispo de Michoacán, Marcos Ramírez, le había mostrado el Breve en cuestión⁴⁵, y que aseguraba tenerlo oculto hasta el momento en que fuera pasado⁴⁶.

Los testigos que afirmaron la existencia del breve fueron:

- Contador Jerónimo de Marquina⁴⁷,
- Lic. Pedro de Alarcón⁴⁸,
- Don Diego Mateos de Guevara⁴⁹,

⁴² Cfr. *Ibídem*, foja 62f.

⁴³ Cfr. *Ibídem* foja 65v. La defensa que se argumentó, fue esgrimida por el Padre Alonso Rojas, Procurador General de la Compañía de Jesús, quien también tendría, como se verá más adelante, un papel preponderante en la desaparición del Breve apostólico.

⁴⁴ Cfr. *Ibídem*, fojas 67f-70f.

⁴⁵ Cfr. *Ibídem*, foja 70v. Este dicho se ratifica también con la testimonial de Fray Buenaventura de Salinas del 21 de diciembre de 1647, constando además que en dicho documento, S.S. Inocencio X autorizaba y hacía comisarios o jueces apostólicos al Arzobispo de México y al Obispo de Michoacán, sin embargo, Buenaventura comunicó inmediatamente al Obispo Palafox la existencia de dicho documento. Cfr. *Ibídem*. Foja 74v-80f.

⁴⁶ Cfr. *Ibídem*, fojas 77f-78f, este dicho fue ratificado también el 28 de diciembre de 1647, por Don Francisco Manrique de Lara, Fiscal de la Audiencia, quien en su calidad de sobrino de Fray Buenaventura, le acompañó y presenció lo declarado por su tío: Cfr. *Ibídem*, fojas 79f-80f.

⁴⁷ Cfr. *Ibídem*, fojas 71f-73v.

⁴⁸ Cfr. *Ídem*.

⁴⁹ Cfr. *Ibídem*, fojas 80f-81f.

- Maese Don Andrés Pérez Franco⁵⁰,
- Damián López (Mercader)⁵¹,
- Lic. Don Pedro de Molina (abogado de la Audiencia)⁵²,
- Lic. Don José Arias Maldonado (Abogado de la Audiencia)⁵³,
- Alférez Antonio de Torres⁵⁴,
- Dr. Francisco Hurtado de Arciniega (Abogado)⁵⁵,
- Jacinto Medina (ganadero)⁵⁶,
- Don Juan de Ramírez de Arellano (Alcalde ordinario)⁵⁷

Cabe señalar que todos ellos no tan solo afirmaron haber oído de dicho documento, sino saber asimismo que el mismo había sido publicado por la Compañía de Jesús⁵⁸.

Por su parte, Don Juan de Palafox y Mendoza, declaró que el Breve Apostólico fue sumamente público en México⁵⁹, y que él mismo tuvo noticia de ello, mediante carta que le dirigió Fray Buenaventura de Salinas y Córdova. Asimismo, Palafox aseguraba que dicho documento no había pasado por el Real Consejo de Indias⁶⁰.

El Oidor de Guadalajara, en su calidad de Juez exhortó a los miembros de la Compañía de Jesús a presentar el Breve de Inocencio X, el 1 de enero de 1648⁶¹, presentándose en las casas y Colegio de San Pedro y San Pablo (bastión de los Jesuitas) al día siguiente para reclamar el documento; sin embargo

⁵⁰ Cfr. *Ibídem*, fojas 81f-82f.

⁵¹ Cfr. *Ibídem*, fojas 82f-82v.

⁵² Cfr. *Ibídem*, fojas 82v-83f.

⁵³ Cfr. *Ibídem*, fojas 83f-83v.

⁵⁴ Cfr. *Ibídem*, foja 83f-84f.

⁵⁵ Su testimonio, mucho más rico que otros, ya que afirmaba que dicho Breve, surgió en la misma época en que estuvieron los problemas entre el Obispo de Puebla y la Compañía de Jesús, aseverando de primera mano haber visto el documento impreso por los jesuitas. Cfr. *Ibídem*, Foja 84v.

⁵⁶ Quien aseguró que Torreblanca, estando preso en Tacuba, recibió carta de su hermano, quien afirmaba haber sacado despacho de Roma, tras lo cual el Oidor aseguraba que, con dicho documento, iba hacer “berrear” al Obispo de Puebla; Cfr. *Ibídem* Foja 85f.

⁵⁷ Cfr. *Ibídem* fojas 85v-87f.

⁵⁸ Cfr. *Ibídem*, foja 71f-73f.

⁵⁹ Cfr. *Ibídem* foja 73v.

⁶⁰ Cfr. *Ibídem* foja 74f. Cabe señalar entonces, que fueron dos los testigos de dicho documento en posesión del Obispo de Michoacán, mientras que el resto fueron testigos de oídas. Cfr. *Ibídem*, foja 92v.

⁶¹ Cfr. *Ibídem*, fojas 88v-89v.

el Padre provincial no se encontraba, por lo que Don Juan González en la misma fecha, dictó auto en el que ordenaba al resto de las autoridades jesuitas de las casas y colegio de la orden, el testificar lo que tuviesen en conocimiento del caso⁶². El Prepósito Jesuita, Padre Francisco Calderón, se negó a responder cualquier pregunta, pese a la orden del Juez, y el Rector del Colegio de San Pedro y San Pablo, Padre Juan de Vallecilla, se negó a cumplir el mandamiento referente al documento, hasta no consultarlo con su superior provincial⁶³.

Se presentaron entonces continuas dilaciones y problemas con la Compañía de Jesús, por lo que el Juez González, se vio en la necesidad de girar despachos hasta Michoacán para la entrega al Obispo Ramírez Prado, de Cartas Reales en que se le ordenaba el cobro del documento papal⁶⁴. Pero una vez que se logró la entrega de las Cartas, el Obispo de Michoacán contestó en la siguiente tesitura:

[...] en cuanto al Breve cuando su Majestad fuera servido de mandarle hiciera algunas diligencias, se suplicara al Real Consejo de eximiera de ello, por ser contra lo legal y dignidad tan grande como es la de un obispo, y que si se le hubiera presentado el dicho Breve lo recogiera y remitiera al Real Consejo por estar tan entendido en las leyes reales, y ser el obispo más antiguo de esta Nueva España⁶⁵

El Obispo de Michoacán alargó su respuesta hasta el 21 de diciembre de 1647, la cual realizó por carta y mediante su propio notario Don Antonio Domínguez Delgado⁶⁶, afirmando que el Breve apostólico no se había presentado ante él; que ciertamente en 1646 habían llegado junto con la Armada de Barlovento varios despachos de diversas naciones, así como documentos de Roma, que fueron entregadas al Padre Alonso Rojas, Procurador General de la Compañía de Jesús, sin que el Obispo las viera. Igualmente afirmaba, que dicho procurador se encontraba enfermo, razón por la cual, resultó imposible el traslado de los documentos⁶⁷.

⁶² Cfr. *Ibídem* fojas 90f-91f.

⁶³ Cfr. *Ibídem*, Fojas 91f-92f.

⁶⁴ Cfr. *Ibídem*, fojas 94f-97v. Igualmente el Juez González Manjarrez, aprovechó dicho despacho para obtener mayores evidencias y testimoniales en contra de Torreblanca, Cfr. *Ibídem*, foja 108v.

⁶⁵ *Ibídem*, foja 97v.

⁶⁶ Cfr. *Ibídem*, foja 99f.

⁶⁷ Cfr. *Ibídem*, fojas 100f-101v; de las fojas 102f a la 110f, se trata de más requerimientos a Don Marcos Ramírez del Prado.

Se realizaron diversos intentos de recuperar dicho Breve Apostólico, destacando la diligencia de 20 de febrero de 1648, en el que Pedro del Valle, escribano real, se presentó ante el Obispo, requiriendo mediante Cartas y Cédulas el documento, a lo que Ramírez de Prado, respondió que no tenía por qué contestar ya a nada, cuando todas sus respuestas se encontraban en la carta con la que había contestado en diciembre de 1647, con lo cual a su vez había satisfecho el requerimiento Real⁶⁸; ante lo que el Juez Juan González de Manjarrez, procedió multarlo; sin embargo dicha multa fue suspendida el 29 octubre de 1648, por considerar ésta una medida excesiva contra la calidad del Obispo⁶⁹. Igual de infructuosos fueron otros intentos judiciales, ya que los miembros de la Compañía de Jesús se negaban a atender a los enviados del Juez, en razón de visitas, viajes, o ejercicios espirituales⁷⁰.

En la primavera de 1648, el Juez de la Visita requirió al Padre Velasco que declarara respecto al Breve, así como autorizara a sus religiosos a hacer lo mismo; pero el Padre Provincial de la Compañía de Jesús, declaró que ni él ni sus religiosos tenían nada que declarar al respecto, ya que no sabían nada de dicho documento⁷¹, manteniéndose en la negativa a entregar el Breve; posteriormente su mejor excusa sería que el padre Alonso de Rojas, quien había sido Procurador de la orden, y quien en cuyo poder se suponía residía el documento, había fallecido⁷².

Torreblanca, afirmaba no saber nada del Breve Apostólico, tal y como consta en su notificación de 24 de abril de 1648⁷³, en el acusa de calumnia a sus émulos y enemigos

El caso del documento papal Dicha estuvo activo desde diciembre de 1647 hasta el 8 de Julio de 1648⁷⁴ cuando el Rey ordenó la multa de 1000 ducados a Torreblanca por el exceso de haber recurrido a Su Santidad⁷⁵, ya que el Juez

⁶⁸ Cfr. *Ibíd.*, fojas 110f-111f.

⁶⁹ Cfr. *Ibíd.*, fojas 119v-120f, El Juez de Residencia, había ordenado dicha multa, con base en las testimoniales recabadas en virtud de las cuales, se señalaba al Obispo de Michoacán como poseedor de dicho documento, acorde al memorial de 19 de febrero de 1648, cfr. *Ibíd.*, fojas 58f-58v. La suspensión se realizó por orden mediante Cédula Real Cfr. *Ibíd.*, fojas 187f-191f.

⁷⁰ Cfr. *Ibíd.*, fojas 111v-117v Dichos intentos se realizaron principalmente entre el 20 al 27 de febrero de 1648. fojas 113f-114v y 115f a 117v.

⁷¹ Cfr. *Ibíd.*, fojas 133f-134f.

⁷² Cfr. *Ibíd.*, foja 134v.

⁷³ Cfr. *Ibíd.*, fojas 142v- 145v.

⁷⁴ Cfr. *Ibíd.* Fojas 121f-126v.

⁷⁵ Cfr. *Ibíd.* foja 130f. Cédula Real de 8 de julio de 1647, pero que se ejecutó hasta el

González tomó la determinación de que a pesar de que no existiese ya el Breve Apostólico, se consideraría tal como prueba, por el resto de las testimoniales que al respecto se tenían, continuando con la causa en contra de Torreblanca, informando al Rey en julio de 1648⁷⁶, que las cantidades ordenadas pagar en multa, no se habían todavía remitido, por órdenes del Virrey⁷⁷, negándose a cumplir la notificación que para tal efecto les había realizado el 24 de abril de 1648.

El Consejo de Indias determinó que el Oidor Torreblanca había actuado con poco cuidado y sin apego a Derecho, condenándolo con motivo de sus diversos abusos y ocultación de bienes al destierro por 10 años, a ser inhabilitado a ocupar otro puesto público y al pago multa, todo esto el 27 de junio de 1649⁷⁸, cumpliéndose la sentencia el 13 de julio de 1649⁷⁹.

Contra esta resolución, el Oidor Torreblanca solicitó el indulto estableciendo entre otros los siguientes puntos⁸⁰:

1. Acusaba Torreblanca al Visitador, de instigarlo a declarar falsamente en contra del Duque de Escalona, quien como se sabe, había sido Virrey de la Nueva España, y depuesto en razón de su desobediencia a Cédulas Reales, referentes a puestos de autoridad, otorgados a ciudadanos portugueses⁸¹. Asegurando también que su negación había provocado el odio de Palafox en su contra⁸².
2. “[...] Que sin preceder cuerpo de delito ni prueba de él, le sacó de su casa el Señor Don Juan de Palafox, entró en ellas, registró sus bienes y papeles”⁸³.
3. Afirmaba también que el inventario no se realizó de la forma debida, precedida de su citación (pero en lo autos, constaba la misma, así como su legal depósito)⁸⁴.

29 de febrero de 1648, Cfr. *Ibidem*, foja 146f.

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, foja 131v.

⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, fojas 138f-140v. Según se revela en contestación de los oficiales de Caja de 27 de abril de 1648.

⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, foja 193f.

⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, foja 206f-207v.

⁸⁰ Dicho indulto se presentó en Madrid el 11 de abril de 1655. Cfr. *Ibidem*, foja 36f.

⁸¹ Cfr. *Transcripción del Memorial de Don Melchor Gutiérrez de Torreblanca*, 8 de junio de 1655, *Expediente...*, cit., foja 21f. Algunas fojas se adelantan para mayor facilidad de comprensión de la controversia en análisis.

⁸² Cfr. *Ibidem*, foja 23f.

⁸³ Cfr. *Relación de Hechos...*, cit., foja 11v.

⁸⁴ Cfr. *Ídem*.

4. Señalaba al Obispo de Puebla como “Enemigo Capital” ya que lo obligaba a entregar plaza y hacienda (lo que no consta en los autos)⁸⁵.
5. Acusaba también a Palafox de amenazas en su contra, en la forma de enviarle estando en prisión “un potro de dar tormento” (de lo cual tampoco hay constancia alguna)⁸⁶. Igualmente, el Oidor, aseveraba también que el Visitador, lo había tenido sujeto a falta de alimentos y agua, durante su arraigo en Tacuba⁸⁷.
6. Torreblanca, señalaba que el Visitador, había enriquecido su propia fortuna a expensa de sus bienes, cuando consta en autos que Don Juan de Palafox, envió todos los bienes a España⁸⁸.
7. Denunciaba el Oidor, que al pedir otros documentos al Obispo de Puebla, éste había multado a su abogado, “[...] y lo ejecutó sin embargo de apelación, y le vendió su cama en almoneda por ellos...⁸⁹”; pero en realidad la multa había obedecido a que dicho procurador, había acusado la diligencia de inventario de irregular sin probanza alguna⁹⁰.
8. Torreblanca apelaba también la resolución, con motivo de que el Obispo Palafox, había continuado el juicio tras la recusación efectuada por el primero; situación en efecto cierta, pero que el Visitador había realizado bajo la figura de la “Pesquisa secreta”⁹¹, una figura regulada en el título XVII de la Tercera Partida, que no necesitaba de un encargo general, por limitarse a ciertas acusaciones y sospechas muy concretas, y que permitía además la suspensión del interesado en el ejercicio del cargo hasta entonces desempeñado; todo ello a consideración del Juez Pesquisidor, en el caso que atañe: Don Juan de Palafox .
9. Incriminaba también al Visitador de tortura en contra del paje de Torreblanca, sin embargo, dicha tortura, que en efecto fue aplicada, se hizo en razón de la sustracción de una carga de plata de los bienes del fallecido Arzobispo de México⁹².

⁸⁵ Cfr. *Ibíd.*, foja 12f

⁸⁶ Cfr. *Ídem.*

⁸⁷ Cfr. *Transcripción...*, cit., fojas 23v-24f.

⁸⁸ Cfr. *Relación de Hechos...*, cit., foja 12f.

⁸⁹ *Transcripción...*, cit., foja 24v.

⁹⁰ Cfr. *Ídem.*

⁹¹ Cfr. *Relación...*, cit., foja 12v.

⁹² Cfr. *Relación de hechos...*, cit., foja 12v.

10. Acusaba Torreblanca de prevaricación a Manjarrez, segundo juez de su causa, con motivo de ser dependiente de Palafox, así como por tener de escribano a un confidente del Obispo de Puebla (No existe constancia de tal situación)⁹³; asimismo señalaba que dicho Juez, había citado a los mismos testigos del primer juicio, ratificando su dicho; sin embargo, consta en autos que otros testigos fueron llamados a declarar, al grado que Torreblanca acusaba también de maltrato a sus testigos⁹⁴.
11. Continuando con las acusaciones en contra de Manjarrez, Torreblanca aseguraba que el segundo juez no había mandado relación alguna al Consejo, de los hechos ejecutados, después de la recusación hecha por el segundo⁹⁵.

⁹³ Cfr. *Ibíd*em, foja 13f.

⁹⁴ Cfr. *Ídem*.

⁹⁵ Cfr. *Ibíd*em Foja 13v; de las Fojas 14f a la 15v, se trata de hojas en blanco o portadas. De las fojas 16f a 20v se trata de memoriales de traslado y notificación. Las fojas 21f a la 26v han sido citadas anteriormente para mayor comprensión del lector y, conforman junto a las fojas 27f a la 34f el resto del Memorial de Torreblanca enviado al Rey. De las fojas 35v a 39v, son memoriales de traslado.

INJURIAS VERBALES EN EL RÍO DE LA PLATA EN TIEMPOS
DE LA SEGUNDA AUDIENCIA

VERBAL INDIGNITIES IN THE RIO DE LA PLATA AT THE TIME
OF THE SECOND AUDIENCIA

CLAUDIA G.SOMOVILLA

Universidad de Buenos Aires – Universidad del Salvador (Argentina)

claudiasomovilla@yahoo.com.ar / somovillaclaudia@gmail.com.

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto conocer y analizar causas que tramitaron ante la Segunda Audiencia de Buenos Aires (1785 – 1810) sobre el delito de injurias verbales. Observando en ellas la vigencia del Derecho Castellano – Indiano. Esta presentación es parte de un estudio más amplio, en el que me propongo estudiar los delitos contra el honor en el mismo tiempo y en el Río de la Plata. Se busca aquí, conocer y analizar las particularidades que hacen a las causas por injurias verbales. La investigación de campo se ha realizado mediante la compulsión de expedientes caratulados sobre injurias verbales, albergados en el Archivo General de la Nación, en el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires “Ricardo Levene”. Ello sin perjuicio de la obligatoria y necesaria lectura y estudio de las investigaciones de Abelardo Levaggi sobre la labor de los fiscales en las Audiencias de Buenos Aires.

Palabras clave: injurias, verbal, Segunda Audiencia, Río de la Plata, derecho, penal indiano.

Abstract: The purpose of this paper is to identify and analyze cases that were processed before the Segunda Audiencia of Buenos Aires (1785 - 1810) on the crime of verbal abuse. Observing in them the validity of the Spanish - Derecho Indiano. This presentation is part of a larger study, in which I examine crimes against honor at the same time and in the Rio de la Plata. The aim here is to identify and to analyze the peculiarities that make up verbal insult cases. The field research was carried out utilizing the collection of files on verbal abuse, housed in the General Archive of the Nation, in the Historical Archive of the Province of Buenos Aires “Ricardo Levene.” This is without prejudice to the obligatory and necessary reading and study of the investigations by Abelardo Levaggi on the work of the prosecutors in the Audiencias of Buenos Aires.

Keywords: injurias, verbal, Second Audience, Rio de la Plata, law, xriminal, indian.

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco doctrinal legal. 3. Casos de injurias verbales en el Río de la Plata en tiempos de la Segunda Audiencia. 4. Conclusiones.

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto conocer y analizar las causas que tramitaron ante la Segunda Audiencia de Buenos Aires (1785-1810)¹ sobre el delito de injurias verbales². Observando en ellas la vigencia del Derecho Castellano-Indiano. Esta presentación es parte de un estudio más amplio, en el que me propongo estudiar los delitos contra el honor en el mismo tiempo y en el Río de la Plata.

El nudo del trabajo busca conocer y analizar las particularidades que hacen a las causas por injurias verbales. Injurias normadas en la Partida Séptima, Título Noveno, Ley Primera, donde se entiende el término injuria como deshonoras de dichos o hechos y libelos famosos, escarnio en contra de otro, infamar, denostar.

La investigación de campo se ha realizado mediante la compulsa de expedientes caratulados sobre injurias verbales, albergados en el Archivo General de la Nación, en el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires “Ricardo Levene”.

Una base para la consideración de expedientes en dicho período y de utilidad es el Catálogo del Archivo de la Real Audiencia y Cámara de Apelación de Buenos Aires. Provincia de Buenos Aires, Ministerio de Educación, Subsecretaría de Cultura³.

¹ LEVAGGI, ABELARDO, enseña que fundado el Virreinato del Río de la Plata en 1776 -con sede en Buenos Aires- fue necesario la reposición de la audiencia –su decreto de extinción databa de 1671 y se concretó al año siguiente–, a fin de que el virrey tuviese su corte. Así Carlos III expidió la correspondiente Cédula ereccional en 1783. Su distrito abarcó las provincias de Buenos Aires, Praguay, Tucumán, Cuyo y la Banda Oriental. En *Manual de Historia del Derecho Argentino. Castellano – Indiano / Nacional. Judicial. Civil. Penal*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005. t. II, cap. II Delitos, p.18. También afirma Levaggi pero en el t. III del mismo Manual en su p. 38: “Las audiencias fueron el contrapeso más fuerte de la autoridad virreinal”.

² STORNI, CARLOS M., aprecia que el desorden en materia criminal fue mucho mayor que en otras ramas del derecho. Que así como la necesidad de reprimir el contrabando fue uno de los primordiales motivos que se agitaron para la creación de la Primera Audiencia (1663 - 1672); lo que agitó la creación de la Segunda Audiencia fue la necesidad de reformar el sistema judicial general, y especialmente el fuero criminal. En *La Justicia en la campaña del Río de la Plata durante el período hispano*. En *Investigaciones sobre Historia del Derecho Rural Argentino. Españoles, Criollos, Indios y Guaderios en la llanura pampeana*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, p. 61 – 97.

³ CATÁLOGO del Archivo de la Real Audiencia y Cámara de Apelación de Buenos Aires. Provincia de Buenos Aires, Ministerio de Educación, Subsecretaría de Cultura. Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires “Ricardo Levene”, La Plata, 1974. En sus primeras páginas puede leerse en “Advertencia” que hace notar Enrique Barba –director honorario-, que hacia 1967 dicho Archivo creó una nueva serie en las publicaciones: Catálogos de los

Todo esto sin perjuicio de la obligatoria y necesaria lectura y estudio de las investigaciones de Abelardo Levaggi sobre la labor de los fiscales en las Audiencias de Buenos Aires⁴.

2. Marco doctrinario legal

El derecho penal castellano –indiano vigente en el Río de la Plata hasta 1810– y sobreviviente también después en lo que no fue reformado- reconocía una

documentos de los Archivos. Donde puede encontrarse una Aclaración, que dicho inventario pertenece al Fondo Tribunales, Serie: Criminales, describe la documentación producida entre 1755-1919 que fuera enviada por el Archivo de Actuaciones Judiciales y Notariales al Archivo de la Nación en 1956. En el fondo en cuestión compuesto por 89 legajos ordenados, encontramos para la cuestión que nos ocupa en Letra G 7 legajos entre 1765 – 1891, y en Letra H 1 legajo entre 1874 – 1898. Se encuentran allí expedientes originales de la época colonial. El ordenamiento físico de la serie 1ra del tribunal criminal fue realizada por Miguel Ángel Cucchiara y Alejandro Luis Francisco Gargiulo, quien fuera responsable del estudio de los datos de los expedientes, descripción y selección del material de información. En la fojas 23 del Catálogo se refiere al Legajo G N^o 1 Años 1765 – 1837 y se encuentran referidos los siguientes cuatro expedientes sobre injurias: Gamarra Lucas demandado por Benites Estefanía (1780); García Fernando demandado por Muñiz Teresa (1806); Gutierrez Antonio y otros demandado por Pérez José (1809); y Gaona Angela demandada por Benavente Marcos por injurias graves a su esposa Cornejo Manuela.

⁴ LEVAGGI, ABELARDO, *Francisco Manuel de Herrera, fiscal de la Audiencia de Buenos Aires (1789 – 1799)*, Buenos Aires, Departamento de publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2008. *Doctrina de la Segunda Audiencia de Buenos Aires (1785 – 1810)*. Ius Historia Revista Electrónica, n^o 2, Octubre de 2005. www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm. *Audiencias indianas, Justicia Federal argentina y unificación del derecho*. Estratto da “Roma e America. Diritto Romano Comune” 9/2000, Mucchi Editore, p. 17 – 24. *Aspectos del procedimiento judicial indiano según la doctrina de los fiscales José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota (1784 – 1810)*”. Historia Instituciones Documentos, 21. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1994, Separata, p. 367 – 388. *La pena en el Derecho Hispano – Indiano (siglos XVI – XVIII)*”. Recueils de la Societè Jean Bodin pour l’ Histoire Comparative des Institutions, LVIII. La peine. Quetrième parite. Mondesnon Européens. Bruxelles, 1991. P. 203 – 220. *Método e ideología de un fiscal de la Audiencia de Buenos Aires: José Márquez de la Plata*. Anuario Mexicano de Historia del Derecho, I. México, 1989, p. 95 – 112. *El virreinato rioplatense en las vistas fiscales de José Márquez de la Plata*, Buenos Aires, 1988, Tres tomos. *El concepto del derecho según los fiscales de la segunda Audiencia de Buenos Aires (1784 – 1810)*”. Revista Chilena de Historia del Derecho, 11, Santiago de Chile, 1985, p. 245 – 259. *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villota*. Buenos Aires, 1981. *La interpretación del Derecho en la Argentina en el siglo XIX*. Separata de la Revista de Historia del Derecho, 7. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1980.

pluralidad de fuentes, que pueden enmarcarse en sentidos distintos, como ser: el del origen del derecho –creencia en el derecho divino, en el derecho natural, en el derecho humano, ordenados ellos jerárquicamente–; el de las fuentes formales –leyes, costumbres, sentencias, doctrinas–; y , el del ordenamiento de que se trataba –castellano, indígena, indiano, canónico, romano incluso, cada uno de ellos con su variedad propia⁵–.

En el proemio de la Partida VII encontramos la definición de delito –que respondía a la concepción de la época–, en los siguientes términos:

malos hechos que se hacen a placer de una parte y a daño y deshonra de la otra. Que estos tales hechos son contra los mandamientos de Dios y contra la buenas costumbres y contra lo establecido por las leyes y los fueros y derechos.

El delito que nos ocupa en particular puede leerse en Las Partidas –en una redacción de la regla jurídica–, donde se describen/ enuncian/enumeran conductas delictivas en sus diferentes posibles manifestaciones concretas:

Hiriendo un hombre a otro con mano o con pie, o con palo, o con piedra, o con armas, o con otra cosa cualquiera, decimos que le hace injuria, y deshonra. Y por ende decimos, que el que recibiese tal deshonra, o injuria, quiera que salga sangre de la herida, quiera que no, puede demandar que le sea hecha enmienda de ella; y el juez debe apremiar aquel que lo hirió, que lo enmiende. Y aun decimos, que en otras muchas maneras hacen los hombres injuria, y deshonra unos a otros; así como cuando un hombre a otro corre, o sigue en pos de él, con intención de herirlo, o de prenderlo; o cuando lo encierra en algún lugar, o le entra por fuerza en la casa; o cuando le prende, o le toma alguna cosa por fuerza de las suyas, contra su voluntad. Y por ende decimos, que el que injuria, o deshonra hace a otro en alguna manera de las sobredichas, o en otras semejantes de éstas, que debe hacer enmienda de ello (VII,ix,6).

El derecho canónico histórico no hizo distingo preciso entre delito y pecado, la diferencia fue tenue, y la idea de delito pasó a ser correlativa de la de pecado –sin por ello identificarse⁶–.

Bartolomé Clavero, se pregunta dónde radico la distinción entre delito y pecado; respondiendo que la tendencia fue a apreciar de modo objetivo los

⁵ LEVAGGI, ABELARDO, *El Derecho Penal Argentino en la Historia*, Buenos Aires, EUDEBA, 2012, p. 71.

⁶ LEVAGGI, *op. cit.*, p. 83.

delitos –que se definieron por el resultado– , y de modo subjetivo los pecados –que se definieron por la intención–. Así los elementos integrantes de la noción de delito fueron: el religioso o moral –pecado–, con más el social –daño común–, y el ofensa inferida a la víctima. En el uso casi se confunden ambos términos –delito y pecado–. En el siglo XVIII tendió a la separación, en la búsqueda de independizarse el derecho de la teología –tiempo de un nuevo secularismo basado en el principio del valor absoluto del poder supremo de la razón, con independencia de las realidades trascendentales⁷–.

Resulta necesario tener presente el pensamiento de Manuel de Lardizabal y Uribe al respecto, quien escribió:

Toda acción contraria a la ley divina, sea interna, sea externa, es pecado. Ningún acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito Las leyes penales ...no pueden tener otro objeto que aquellas acciones externas, que directa o indirectamente turban la pública tranquilidad o la seguridad de los particulares y por consiguiente sólo éstas son verdaderamente delitos⁸.

El historiador y romanista Alejandro Guzmán Brito enseña que la palabra iniuria es un término general, porque significa cualquier comportamiento contrario al ius, que se traduce entonces como antijuridicidad. Que ya en la Ley de las XII Tablas había también adquirido el sentido particular de lesiones físicas al cuerpo de un hombre libre. Ya en la época clásica el delito de iniuria consistía en una contumelia o bien afrenta. Esta palabra deriva de contemnere, despreciar; es decir cualquier menoscabo de la integridad moral de una persona libre –de su buena fama, de su honor, de su dignidad, de su honestidad–, ya sea por medio de la palabra o de actos o lesiones corporales dirigidas al menoscabo. Este delito exigía dolo en su autor, vale decir el conocimiento de lo que hacía⁹.

⁷ LEVAGGI, *op. cit.*, p. 83 – 85.

⁸ LARDIZABAL Y URIBE, MANUEL DE, *Discurso sobre las penas (1782)*. Universidad de Cádiz, Edición de Andrés Moreno Mengíbar, 2001, p. 165 – 167.

⁹ Además, señala GUZMAN BRITO, ALEJANDRO: “El álbum pretorio contiene cinco rúbricas sobre la materia: un edictum generale, que tipifica genéricamente la iniuria, y cuatro que tipifican injurias especiales. Estas últimas son: (i) el convicium adversus bonos mores, es decir, reunirse en grupo o comparecer alguien solo ante la morada e otro para ofenderle e insultarle en voz alta y con alboroto; (ii) de adtemplata pudicitia, contiene en el hecho de apartar al acompañante de una mater familias en la calle para dejarla sola en consecuencia, o en seguir a un mozo o moza (praetextatus praetextatave) importunándolo procrazmente; (iii) enseguida la difamación de palabra u obre (ne quid infamandi causa

En la Baja Edad Media con la recepción del derecho romano se había concebido la injuria como ofensa contra la persona física, causado por fractura o por herida no mortal; el derecho pretoriano supo reconocer valor jurídico al espíritu y dando lugar a la ofensa moral como contumelia- desvirtuó –en parte-, el término que se utilizó con el sentido de iniuria o injusto. A partir de la recepción del derecho justinianeo se puede hablar del delito de injuria –afirma Levaggi–, que se utilizó para los casos de afrenta medieval. Tanto en las Edades Media como Moderna, los golpes y las heridas siguieron el régimen penal de las injurias verbales¹⁰.

Escribe Helmut Coing al referirse a la Actio Iniuriarum, que el supuesto de hecho sigue siendo la contumedia, vale decir el desprecio expresado de palabra u obra¹¹.

Para Diego Covarrubias y Leiva, el que imputaba un crimen sin ánimo de injuriar no cometía delito, pero si le imputaba un delito cierto con ese ánimo debía ser sancionado –entendiendo que debía quedar la pena al arbitrio del juez. Cita Levaggi a Antonio de la Peña, en cuanto se refirió a la duda abordada –entre otros- por Bartolo y Covarrubias, en cuanto a que, si podía ser acusado y condenado quien decía a otro alguna palabra injuriosa que expresara una verdad y además lo probara. La conclusión a que arribaron fue que: si convenía a la república que la injuria se supiese y entendiese –“como si se llamase homicida, ladrón o leproso u otra palabra semejante”, no correspondía que fuese acusado, condenado. Pero, si no convenía a la república conocerlo –“como si llamase cojo, borracho o pobre o cosa semejante”, aun siendo verdad– debía ser condenado, dado que “cosa injuriosa o inhumana es, descubrir los defectos ajenos”. Los criminalistas no hicieron diferencia entre injurias y golpes/ heridas. Se trataba de un delito privado –salvo que hubiera efusión de sangre de la cual se recelara un daño mayor–, su acción pertenecía al ofendido. Esas conductas tuvieron un procedimiento generalmente acusatorio, con penas leves, al arbitrio del juez¹².

La violencia formaba parte de la vida cotidiana. Pero la concepción moral del honor que tenía la nobleza comenzó a debilitarse en el siglo XVII. Los

fiat); y finalmente, (iv) el hecho de azotar a un siervo ajeno, someterlo atormento (quaestio) o vejarlo de otro modo, sin autorización de su dueño”. En *Derecho Privado Romano. El Derecho de las obligaciones. El Derecho de la sucesión por causa de muerte. El Derecho de las liberalidades*, t. II, Santiago De Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 167 – 274.

¹⁰ LEVAGGI, *op. cit.*, p. 100.

¹¹ HELMUT, COING, *Derecho Privado europeo, I*. Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 645 – 649.

¹² LEVAGGI, *op. cit.*, p. 101.

plebeyos parecían menos sensibles a estas cuestiones morales, la ofensa tenía inmediata respuesta en una riña o en una traición –“a secreto agravio, secreta venganza”–. La justicia tenía un rol *ex post facto*, resultando la importancia del agravio de la calidad de las personas involucradas y de la dimensión del episodio. Ya en la segunda mitad del siglo XVIII –con la relajación de las costumbres y la influencia extranjera– la opinión social cambió y también lo hizo la monarquía, alcanzando una menor valoración la buena fama y la pureza de sangre¹³.

El honor tenía en verdad un valor significativo, y era objeto de tutela por la legislación, materia de consideración y tratamiento por la doctrina de la época¹⁴.

La legislación aplicada en las Indias emanaba de los organismos metropolitanos, y en lo que respecta a la legislación local, buena parte era dictada por virreyes, cabildos o bien otras autoridades territoriales. Con lo cual se seguían los modelos peninsulares que a fines del siglo XVIII eran ya conocidos en América. Debido a la falta de un registro oficial, existían recopilaciones jurídicas de carácter ellas privado, las cuales reunían los principales textos legales dictados en tiempo próximo pasado. Afirma José María Mariluz Urquijo:

No obstante la manifiesta influencia peninsular sobre los reglamentos dictados en América se daba a veces una nota original en aquellos casos en que la diferencia de las condiciones económicas, sociales o políticas impedía el trasvasamiento jurídico e imponía una creación nueva¹⁵.

La buena administración de justicia era un objetivo para cuya realización se requería del concurso de todos. Viviana Kluger citando –en su trabajo donde analiza dicha administración a la luz de los bandos de buen gobierno– la opinión de René Salinas Meza, dice que estamos en presencia de una sociedad en la que actúan al mismo tiempo dos fuerzas, por un lado un cuerpo

¹³ LEVAGGI, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴ PÉREZ MARTÍN, ANTONIO, *La protección del honor y de la fama en el derecho histórico español*. Anales de Derecho de la Universidad de Murcia, II, 1991, p. 117 – 156. SERRA RUIZ, Rafael, *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*. <http://revistas.um.es/analesumderecho/article/viewFile/104131/99081>.

¹⁵ MARILUZ URQUIJO, JOSE MARÍA, *El Virreinato del Río de la Plata en la época del Marqués de Avilés (1799 – 1801)* Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1988. Allí Mariluz Urquijo menciona la labor de Santos Sánchez que había publicado en cuatro volúmenes las pragmáticas, cédulas, provisiones, circulares, autos acordados, bandos y otros tipos de providencias dictadas por Carlos III y Carlos IV; y la aparición hacia 1798 del último de los 28 tomos que conformaban el Tratado de la Legislación Universal de España e Indias de Antonio Javier Pérez y López. P. 549

social habituado a absolver y resolver sus tensiones por sí mismo, y por el otro un ordenamiento social administrativo que trata de impregnar y normalizar al cuerpo social a través del Estado y de la justicia¹⁶.

Corresponde ahora adentrarnos en los casos que llegaron a la Segunda Audiencia¹⁷ por injuria. Segunda Audiencia de la cual afirmara Ricardo Leven que su erección estuvo estrechamente asociada a la fundación del Virreinato del Río de la Plata. Cuya autoridad judicial –de que estuvo investida– la ejerció con ecuanimidad e independencia –esto en contraste ante la crisis profunda que aquejaba a los otros poderes, representados por el Virrey y en el Cabildo de Buenos Aires principalmente. Citando a Juan A. García remarca la significación del Virreinato en la Historia del Derecho. Causando incluso el cambio de un estilo, suplantando el idioma pintoresco de frases enredadas –dice Levene– por el lenguaje oficial, claro y preciso. Más adelante afirma: “Durante el Virreinato se asiste a una profunda evolución histórica que tiene el alcance de una revolución pacífica”¹⁸.

¹⁶ KLUGER, VIVIANA, *La administración de justicia en el Río de la Plata, Tucumán y Cuyo a la luz de los Bandos de buen gobierno*. En Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Córdoba (España) – del 19 al 24 de Septiembre de 2005. Coordinador: Manuel Torres Aguilar. Diputación de Córdoba – Universidad de Córdoba, 2005. T. I. P. 487-504. En sus conclusiones Kluger dice: “Una lectura atenta de los testimonios recogidos de los expedientes judiciales planteados ante la justicia, por lo menos en lo que al Río de la Plata se refiere, nos muestra a los vecinos como participantes activos en los conflictos que se plantean, y no como meros espectadores. Paralelamente, la compulsión de los expedientes judiciales nos muestran la presencia de lo dispuesto en los bandos de buen gobierno en lo que respecta a la administración de justicia –lo que era a su vez reflejo de la legislación, y costumbre que le servía de base-, aun cuando no se aludiera expresamente a esta fuente del derecho local”. Resulta también de utilidad la lectura de RÍPODA ARDANAZ, Daisy, *La administración de justicia en el último siglo colonial*. Revista de Historia del Derecho, 20. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1992, p. 377-396.

¹⁷ LÓPEZ BOHORQUEZ, ALÍ ENRIQUE, *Justicia para gobernar el nuevo mundo. Repaso para los que se inician en el estudio de la Administración de Justicia en Hispanoamérica Colonial*. En Revista Chilena de Historia del Derecho, n° 22, t. I, Estudios en Honor de Bernardino Bravo Lira. Premio Nacional de Historia 2010. Centro de Investigaciones de Historia del Derecho del Departamento de Ciencia del Derecho – Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 517 – 541. Quien al tiempo de tratar las Audiencias señala que el establecimiento de las mismas en América se realizó en la medida en que se intensificaba la penetración y conquista de los territorios y población indígenas, y se fundaban ciudades con potenciales condiciones económicas, y en situaciones geográficas estratégicas.

¹⁸ LEVENE, RICARDO, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Depalma, Quinta edición, 1985. Capítulo XIX: Fundación de la Segunda Audiencia (1783) y del Consulado de Buenos Aires (1794), Significación del Virreinato en la Historia del Derecho Argentino, p. 235 – 244.

Los hombres del siglo XVIII –sostiene Martiré– estaban empeñados en lograr que los ciudadanos gozasen de una justicia rápida y eficaz, que fuese garantía para sus derechos. Que los ilustrados españoles venían así a coincidir con sus antepasados de siglos anteriores en que, uno de los resortes fundamentales del buen gobierno del Estado estaba en una buena y pronta administración de justicia¹⁹.

Víctor Tau Anzoátegui al tiempo de analizar la configuración del Derecho Indiano provincial y local, la trama de su vida jurídica-social y su problemática en torno a sus fases históricas, escribe:

Aunque el trasplante cultural castellano tuvo mucha relevancia en la configuración indiana, no fue pleno ni en su base socio – jurídica, ni en su textura lega, ni en su coincidencia en tiempos históricos. Así el proceso formativo de los derechos locales en las Indias ofrece características distintas con relación al producido en Castilla durante la Edad Media y también con respecto al desenvuelto en la modernidad. En el nuevo mundo, aquellos derechos surgieron y se desarrollaron frente a una creciente legislación de procedencia peninsular, que no alcanzaba a dar solución a todos los problemas sociales, nuevos y ocurridos a distancia considerable del asiento del poder central.... Su trayectoria no es lineal, ofrece distintas alternativas, posee una dinámica propia con diferencias surgidas en sus distintos ámbitos al impulso de situaciones concretas ... Sobre el mismo influían las ideas, tendencias y hombres de cada época, no sólo estrictamente lo jurídico... Sobre este fenómeno jurídico local, aflúan manifestaciones de distinto rango intelectual...²⁰.

3. Casos de injurias en el Río de la Plata en tiempos de la Segunda Audiencia

De entre las causas sobre injurias verbales encontradas cabe destacar –en esta oportunidad– algunas, y entonces refiero a dos de ellas a modo ilustrativo a fin de observar el tratamiento dado a las denuncias:

¹⁹ MARTIRE, EDUARDO, *Los REGENTES DE Buenos Aires. La reforma judicial indiana de 1776*. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Colección del IV Centenario de Buenos Aires, 1981, p. 10 – 13.

²⁰ TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *La configuración Del Derecho Indiano provincial y local. Problemas terminológicos e históricos*. En Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Córdoba (España) – del 19 al 24 de Septiembre de 2005. Coordinador: Manuel Torres Aguilar. Diputación de Córdoba – Universidad de Córdoba, 2005, t. I, p. 245 – 248.

1. En la Vista del 25 de junio de 1792 puede leerse que el fiscal Francisco Manuel de Herrera ha visto la súplica que interpuso ante la Alteza Antonio José de Escalada –Chanciller de esta Real Audiencia–, de las providencias en los autos que sigue con Manuel Warnes sobre injurias.

Vistas las providencias y pedimentos que las motivaron, además de –para mayor instrucción– los autos, considera el fiscal Herrera que las providencias suplicadas son justas y dictadas con la prudencia que debe caracterizar a este regio tribunal. Esto considerando la naturaleza de la acción que se controvierte, personas entre quienes se promueve la acción, los motivos que han precedido, curso y estado a que ha llegado esta causa.

También se detiene en el proceder de Mariano Pérez de Saravia –abogado que instruye las pretensiones de Escalada–, quien –informa el fiscal– con el pretexto de una ignorancia afectada, introduce unas pretensiones ilegales y también expresamente reprobadas por Derecho, arrojándose a propalar que vuestra alteza ha proveído *ultra-petita* en la extensión de la carcelería de Warnes. Que los autos dictados por vuestra alteza están concebidos contra práctica, que sobre un mismo punto indivisible ha expedido providencias diversas, que es menester para uso de su derecho revelarles lo acordado por el tribunal. Que con irreverente audacia y falta de respeto, vierte un otrosí: que se queda con copias certificadas del escrito para los efectos que le convengan.

Pregunta el fiscal:

¿Y a quién se dice todo esto? A un senado compuesto de rectos y juiciosos magistrados, a un tribunal en quien reside la suprema jurisdicción, a una Real Audiencia y Chancillería, que es decir a la misma regia majestad. ¿Y por quién se dice? Por un mero abogado, y un abogado a quien no es la primera vez se le nota incurso en este género de verbosidades, por un abogado a quien no le ha servido para su enmienda el ver la suavidad con que en otra causa pidió el fiscal se le corrigiese. Por un abogado que desprecia el clamor de la religión, que continuamente le estará estimulando con el precepto del Eclesiástico... *verbis tuis fac stateram et oritus imponc frenos rectos.*

Sostiene Herrera que, si bien parecerá superfluo hacer una demostración de la justicia con que se ha procedido en las providencias suplicadas al mismo tribunal que las dictó, no lo es cuando el fin de hacerla está dirigido a hacer manifiesto el artificio capcioso con que ha revestido sus pretensiones el abogado de Escalada. Señala que los proveídos que dan fundamento son: los autos del 9, 12 y 19 de Mayo.

En el auto del 9 de mayo se manda extender la carcelería de Warnes a la ciudad y arrabales. Este auto contiene en juicio del abogado de Escalada defectos –sostiene Herrera–: 1) que habiéndose de entender lo acordado sobre lo principal no se principió con la palabra *vistos*; 2) que no se le dio traslado a Escalada de la pretensión de Warnes; y 3) que en él se proveyó *ultra-petita*. Pretende así el abogado –aprecia el fiscal en lo criminal– enseñar al tribunal reglas prácticas o que las reglas prácticas del tribunal sean a su modelo. Camina bajo un falso supuesto para enervar la justicia del auto el abogado, pues Warnes no pidió extensión de carcelería bajo de fianza, sino es soltura. La cual no tuvo a bien el tribunal concedérsela ni con fianza ni sin ella, sino únicamente la extensión de la carcelería, y para ésta era impertinente la fianza, pues tan segura se debe estimar la persona de Warnes en su casa como en toda la ciudad, siendo iguales los vínculos que lo sujetan en una parte que en otra. Si vuestra alteza hubiera concedido la soltura sin fianza realmente se hubiera provisto *ultra-petita*; pero si vuestra alteza no accedió a lo pedido que fue la soltura ¿cómo puede afirmarse que accedió a más de lo pedido?, plantea el fiscal.

El auto recayó sobre la súplica que hizo Escalada de la extensión de la carcelería de Warnes sin fianza y en cuya súplica, por un otrosí, alegando los muchos años que ha pende esta causa y que todo ese tiempo ha que tiene suspenso la obra interesante al público y a su particular de la casa edificada en la plaza mayor, y envolviendo y confundiendo dicha retardación con los perjuicios que se siguen a su honor y reputación pidió el curso de esta causa para que con la suspensión no fuesen mayores dichos perjuicios. Pero no designó ni hizo mención alguna de los autos civiles que sobre la continuación de la pared hay radicados en esta Real Audiencia, desde hace ya muchos años. Así el abogado –sigue el fiscal– los motivos que debía alegar en aquella causa los expone mañosamente como mérito para la agitación de ésta.

Vuestra alteza proveyó –en una clara y terminante resolución sostiene Herrero– en lo principal: que se guardase lo proveído y, en relación al otrosí, que usase de su derecho.

El abogado “echó mano de la cautela de entender aquella palabra use de su derecho relativa a estos autos” e instó por providencia insistiendo en los alegados perjuicios; y por un otrosí, los testimonios que pidiese de estos autos íntegros hasta su presente estado. A todo lo cual vuestra alteza dispuso providenciar en lo principal se guardase lo acordado y en cuanto al otrosí que a su tiempo se darían los testimonios –auto del 19 de mayo–.

Esta providencia del 19 de mayo es la Piedra del Escándalo para el abogado. Aquí es donde –afirma el fiscal– se desenfrena su procacidad para infe-

rir que sobre un mismo punto indivisible ha dado vuestra alteza providencias diversas.

Se lee:

A la verdad el fiscal no sabe qué expresiones más desacatadas pudieran decirse a un alcalde de aldea, rústico por nacimiento, ignorante por educación e intonso en el Derecho por necesidad. Providencias diversas sobre un mismo punto indivisible... Merecía ciertamente glosarse el sentido de estas palabras, pero se abstendrá el fiscal de hacerlo, porque le es aun odioso el repetir las para impugnarlas y porque vuestra alteza comprenderá desde luego que llevan en sí imbuidas más atroces injurias que las que se agitan en esta causa.

Dice el abogado que sobre un mismo punto indivisible hay dos providencias diversas. Esa afirmación del letrado es falsedad notoria, es impostura, no hay tal punto indivisible, son dos los puntos muy divisibles inconexos y separados sobre los que ha recaído cada una de las citadas providencias –sostiene Herrera–. Se explaya el fiscal diciendo que Warnes se hallaba preso en una prevención, por una estrecha orden del excelentísimo señor virrey, que apela, que no se le oye, que ocurre a la Audiencia, que aquel excelentísimo le frustra todo recurso, qué había de hacer en este caso el tribunal sino es facilitarle los medios que podía para salir de la opresión en que se hallaba. Pero Escalada ¿qué es lo que sufre, en qué opresión se halla para que el tribunal se acelere a contentarlo? Si no continúa la pared es porque no continúa tampoco en su demanda civil, si se le hace tarde por ver castigado a Warnes ya lo tiene preso y suspenso de voto pasivo en oficios concejiles, que acaso fue el fin con que se puso en movimiento la máquina de su acusación.

Plantea el fiscal Herrera para exponer al abogado:

¿No es un desacato de primer orden pedir se revele una providencia por su naturaleza reservada? Sea ignorancia o atrevimiento del abogado, de un modo o de otro es punible, igualmente que insultar la justificación de vuestra alteza con las copias testimoniadas del escrito que reserva, pues aunque esta práctica sea tolerable para con un juez inferior a quien puede cegar la pasión o el interés no lo es para con un tribunal que representa la misma real persona y en quien está depositada toda su confianza.

Finalmente, el dictamen del fiscal es por no haber lugar a la súplica del auto del 19 de mayo, ni en cuanto a que se revele lo acordado ni en cuanto a que se den los testimonios. Una certificación por vuestro escribano de Cámara que acredite seguirse en esta Audiencia autos civiles sobre la continuación de la pared de la casa de Escalada, con total independencia de estos criminales –el tiempo que ha vinieron aquéllos al tribunal, qué estado tienen y en quién ha consistido, la que deberá unirse al testimonio que pidan–. Y en cuanto a los excesos en que ha incurrido el abogado, vuestra alteza, que tiene presentes las leyes, podrá por ellas graduar sus arbitrios para que se verifique su corrección y sea ejemplo a otros para contenerse en los deberes de su oficio. Asimismo y cuanto haberse quedado con copias testimoniadas del expresado escrito, se servirá vuestra alteza mandar se reciban declaraciones indagatorias a la parte o su procurador para averiguar qué escribano fue el que las autorizó; y, resultando comprobado, imponerle las penas o apercibimientos que más considere de justicia, o sobre todo resolverá vuestra alteza lo más conforme a ella. Dictamen suscripto en Buenos Aires el 25 de junio de 1792.

En auto del 6 de agosto de 1792 se dispuso: Dése a la parte de Antonio José Escalada testimonio íntegro de todos los cuadernos corrientes pertenecientes a la causa criminal que sigue contra don Manuel Antonio Warnes. Guárdese lo acordado prevenido en el auto de fojas 83 de este cuaderno. Y por las expresiones desacatadas e ilegalidades que se notan en el escrito de fojas ochenta y nueve suscritas por el abogado don Mariano Saravia se le suspende por un año de abogar, y dése cuenta a su majestad con testimonio de lo conveniente²¹.

2) También encontramos un expediente que se remite a la Real Audiencia para su inteligencia que siguiera Jaime Illa contra su suegro Matías Sánchez de la Rozuela.

En la Vista del 25 de agosto de 1797 el fiscal Francisco Manuel de Herrera, intervino en la consulta que hizo a vuestra alteza el alcalde de primero voto de la ciudad de Montevideo con parecer de asesor letrado - por puro antojo y voluntariedad de éste, se aclara-, y lo que más es contra Derecho, por diversas razones entiende. Que el caso consiste en haberse querellado Jaime Illa contra Matías Sánchez de la Rozuela -su suegro- sobre injurias de palabra. Esto por medio de un pedimento firmado del letrado en el que pedía se le recibiese

²¹ Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, 5.5.75.18.

información, y que dada ésta en la parte que bastase se arrestase su persona y embargasen sus bienes. Se admitió la información, para cuyo fin el alcalde nombró letrado, quien aconsejó que, por haber tenido empleos públicos Sánchez, guardase carcelería en su casa, y se pasasen los autos al actor para que usase de su derecho.

Éste sin duda los hubo a las manos y, dándose por sentido de que no se hubiesen mandado embargar los bienes a su suegro, e indicando que no guardaba la carcelería que se le había preceptuado, pidió bajo la firma del mismo letrado –cosa notable– se le pusiese en la Cárcel Pública, se le tomase su confesión y se le diese vista para pedir y deducir a su derecho lo conveniente –sería acusarlo más en forma–.

Así el buen asesor, apostando a disparar con el letrado del actor, suponiendo insubordinación en Sánchez, y sin constar de ella, dice no puede atribuirle a otra cosa que a ser capitán de milicias. Que tal vez pretenderá fuero, por lo cual, aunque funda no competirle en su concepto, y presumiendo que la discusión del goce hoy más que nunca traería ruidos; se resuelve para evitarlos a elegir el medio que a su parecer es prudente de consultar a vuestra alteza, para que con serenidad desate las dudas.

El fiscal interviniente tiene por ignorancia crasa el que un letrado forme dos pedimentos –uno tras de otro–; en que un yerno acciona contra su suegro, y haciendo actualmente vida maridable con su hija –según lo manifiesta su primero pedimento–, se querelle por injuria verbal y pida se ponga su persona en la Cárcel Pública con embargo de sus bienes, reservándose acusarlo. Y resalta el fiscal en lo crimina que no le cabe en la cabeza, el disparatado dictamen del asesor sobre unos supuestos falsos, viniendo a concluir con que se consulte a vuestra alteza sobre un caso que no hay, haciéndolo ver de camino el asesor sus desatinos, y el letrado del querellante los suyos.

Concluye el fiscal que se devuelvan los autos al referido alcalde para que, procediendo con dictamen de otro asesor, que sepa mejor su obligación, dé en la causa las providencias que en justicia correspondan, declarando por ilegales las pronunciadas, condenando en costas al asesor y multándole, y apercibiéndole al abogado del querellante para que ajuste sus procedimientos en lo sucesivo conforme a Derecho, todo lo cual podrá vuestra alteza siendo servido determinar o lo que sea más de justicia. Fechado en Buenos Aires el 29 de agosto de 1797.

Se resolvió el sobreseimiento en el conocimiento de esta causa y su archivo; y de conformidad con lo expuesto por fiscal, y lo que de la causa resulta, se condenó en las costas al asesor Eduardo Joaquín Donado, apercibiéndole

sea más legal en sus dictámenes, y al abogado Juan Bautista Aguiar arregle a Derecho sus libelos bajo apercibimiento de ley²².

4. Conclusiones

Teniendo como referencia el relevamiento efectuado en este trabajo en relación a las injurias verbales en tiempos de la Segunda Audiencia en el Río de la Plata²³ –en términos generales– cabe esbozar algunas consideraciones y conclusiones:

1. En los escritos de denuncia del delito de injurias encontramos las siguientes expresiones para referir a los hechos acusatorios: falta de respeto, atropello, palabras indecentes, haberse asentado sin licencia del superior, proferir indecorosas palabras, haber tratado injuriosamente de palabra, muchos insultos con que los indios habían ofendido a los españoles, altercación de palabras, expresiones desbocadas e ilegalidades, injuria al buen nombre, reputación y fama, entre otras.
2. Entre las personas denunciadas encontramos: Alfaréz Real, Alguaciles Mayores, Alcaldes, Capitán de milicias, Comisionado para paces, Depositario, Abogados, suegro, entre otros.
3. Medio de prueba esbozados: confesional, testimonial, documental.
4. Espacio donde se denuncia fueron vertidas las injurias verbales encontramos: escritos, al introducirle en la cárcel, en las reducciones recientemente pobladas, en los excesos cometidos en ejercicio de sus funciones al querer cobrar derechos de visita de tierras y pulpería, tiendas, en la trastienda de la pulpería.
5. El tratamiento de las causas conservó las formas, y las decisiones de la Audiencia siguieron el estilo de sentenciar de la época –no tuvieron fundamentos expresos, pero se presentan razonadas–.
6. Es recurrente en los dictámenes el reto, la advertencia y guía para el desempeño de los abogados en sus presentaciones.

²² Archivo General de la Nación, Real Audiencia de Buenos Aires. 1796-1800. IX. 27-6-2.

²³ LEVAGGI afirma que la Segunda Audiencia actuó en pleno desde 1785, que una estadística bastante aproximada de su trabajo hasta 1810 arroja que tramitaron ante ella 19 causas por injurias. *Op. cit.*, p.112.

7. Resulta importante el estudio de la vida forense virreinal, por la transición que constituye hacia el nuevo orden²⁴.

Es necesario destacar el papel logrado y desempeñado por las audiencias indianas en orden a uniformar las decisiones judiciales. Que si bien el particularismo fue la más destacada cualidad del Derecho Indiano –en contraste con la tendencia unificadora Ibérica y europea-, aquí la Corona supo a partir de la experiencia tomar conciencia de la variedad, generando la búsqueda y aplicación de soluciones particulares. Como enseñara Alfonso García Gallo las audiencias no fueron meras jurisdicciones contenciosas y voluntaria, sino que tuvieron actuación normativa o preventiva encaminadas a hacer valer la justicia y cumplir las leyes –concepción amplia propia de las edades Media y Moderna²⁵–.

²⁴ LEIVA, ALBERTO DAVID, *Vida forense y administrativa en el Virreinato del Río de la Plata*, Buenos Aires, Editorial Dunken, 2001.

²⁵ LEVAGGI, ABELARDO, *Audiencias indianas, Justicia Federal argentina y unificación del derecho*, Estratto da “Roma e America. Diritto Romano Comune” 9/2000, Mucchi Editore, p. 17-24.

LOS ALCALDES DE SACAS EN LAS ORDENANZAS DEL GOBERNADOR
JUAN RAMÍREZ DE VELASCO

THE *ALCALDES DE SACAS* APPOINTED IN JUAN RAMÍREZ
DE VELASCO'S GOVERNMENT ORDINANCES

MARIO CARLOS VIVAS

Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Argentina)

mccvivas@gmail.com

*Estas provincias tenían grandissima
necesidad de remedio en muchas cosas,
hele puesto en las más necesarias para
la conservación dellas, que es aver man-
dado no saquen de esta governacion por
el presente ganado ni caballos ni indios
ni cera ni cordobanes.*

(Juan Ramírez de Velasco a Felipe II,
Santiago del Estero, 10- XII- 1586) *.

Resumen: Ramírez de Velasco protegió tanto a los indígenas como a los encomenderos, adoptando medidas adecuadas para ambas partes. En Castilla existieron los jueces de aduanas y de sacas a fin de evitar el traslado de bienes de primera necesidad a otros reinos. En Córdoba la instalación de esos alcaldes, se realizó mediante las ordenanzas del 5 de julio de 1586 para la gobernación del Tucumán. Los fundamentos para su implantación fueron: ser notorio el grave daño a la gobernación al haberse sacado indios para llevarlos al Perú, Chile y otros lugares sin licencia, en el futuro tendrán que salir previa autorización del gobernador y ser registrados ante el alcalde de sacas; asimismo se impedía la salida de cosas de mucha necesidad para los pobladores: corambres, cordobanes, suelas, vaquetas, cera y ganado en general sin expresa licencia.

Palabras clave: antecedentes, ordenanzas, indios, facultades del cargo, derechos, sanciones.

Abstract: Ramírez de Velasco protected both indigenous peoples and *encomenderos* establishing adequate measures for both sides. In Castile there were officials in charge of preventing the extraction and shipping of vital goods to other territories called *alcaldes de*

* Transcrito en ROBERTO LEVILLIER, *Gobernación del Tucumán. Papeles de gobernadores en el siglo XVI. Documentos del Archivo de Indias*, t. 1, 2ª parte, Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1920, p. 183.

sacas. In Córdoba, the appointment of those officials was carried out by the ordinances of July 5th 1586 for the Government of Tucumán. The guiding principles for their appointment were: To reveal the serious damage caused to the government by the taking of indigenous people to Peru, Chile, and other places without consent. To demand, for every future transference, authorization from the governor and registration with the *alcalde de sacas*. Furthermore, extraction and shipping of vital goods such as: skins, cordovans, soles, cowhide, animal waxes, and cattle were also banned without permit by the competent authority.

Keywords: precedents, ordinances, indigenous peoples, scope of de role, rights, passing of Law.

Sumario: 1. Ramírez de Velasco: su personalidad. 2. Los alcaldes de sacas en Castilla. 3. Prohibición del traslado de indios fuera de sus provincias. 4. Importancia jurídica de las ordenanzas. 5. Antecedente de las ordenanzas en el Tucumán. 6. Las ordenanzas de alcaldes de sacas. 7. Análisis de las ordenanzas. 8. Su aspecto diplomático. 9. Los alcaldes de sacas en Córdoba. 10. Nombramiento de alcaldes. 11. Etapa posterior a Ramírez de Velasco

1. Ramírez de Velasco: su personalidad

Juan Ramírez de Velasco (Estollo, La Rioja, España, 1539 – Santa Fe, 1597), militar intervino en diversas campañas y batallas en Europa. Felipe II lo nombró encargado de la gobernación del Tucumán el 20 de marzo de 1584. Asumió sus funciones el 15 de julio de 1586¹ en Santiago del Estero y se desempeñó en dicho cargo hasta el 3 de julio de 1593. Seguidamente fue designado gobernador del Río de la Plata y del Paraguay. Integró el grupo de grandes

¹ Esta fecha es aceptada por ROBERTO LEVILLIER, *Nueva crónica de la conquista del Tucumán*, t. 3, Varsovia, Ed. Nosotros, 1931, p. 161. EFRAÍN U. BISCHOFF, *Historia de Córdoba*, 5^a edición, t. 2, Córdoba, Lerner, 2008, p. 1028. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispánico*, 2^a edición, Buenos Aires, Perrot, 1962, p. 387 y “Autoridades políticas”, en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Nueva historia de la Nación Argentina*, t. 3, Buenos Aires, Planeta, p. 432. Ramírez de Velasco manifestó en carta al rey, Santiago del Estero, 10-XII-1586, que se posesionó del cargo el 17- VII (transcrito por LEVILLIER, *Gobernación del Tucumán*, p. 178). LUIS C. ALEN LASCANO coincide con la fecha antedicha (*Historia de Santiago del Estero*, 2^a edición, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, p. 69). No obstante ello, su actuación como gobernador de hecho se inició con anterioridad, ante la Audiencia de Charcas, a fines de 1585 (LEVILLIER, t. 3, *Nueva crónica*, p. 169). Invocando su condición de gobernador, desde la antedicha ciudad remitió al Cabildo de Córdoba un oficio fechado el 3-XII-1585, solicitando la suspensión de la elección de los alcaldes y otros oficios hasta que él llegase (ARCHIVO MUNICIPAL DE CÓRDOBA, *Actas Capitulares. Libro Primero*, Córdoba, 1974, p. 581).

administradores, lo cual le permitió a Castilla consolidar su empresa de instalación y poblamiento en esta parte de las Indias. Tuvo una gran visión de progreso, procuró consolidar la conquista del territorio y siguió la política de fundación de ciudades: Todos los Santos de la Nueva Rioja (1581), Nueva Madrid (1582) y San Salvador de Velasco (Jujuy, 1593).

Parece ser, que al encargarse del gobierno lo realizaba con un conocimiento previo de las necesidades y características del territorio; quizá por ello, su actuación fue considerable y acertada. Consolidó en toda forma la sociedad a él confiada. Ello significó la adquisición en cierta medida de normas de ética, sentido de cooperación colectiva y elementos de progreso material superiores². Introdujo a nuevos pobladores y propició la formación de estancias. Organizó, administró y gobernó un conjunto de ciudades con heterogéneo y laxo vecindario de una manera adecuada; por ello, los Cabildos en forma unánime alabaron su adecuada gestión³.

Protegió e hizo respetar a los indígenas y pacificó tribus. Sin descuidar a los encomenderos, adoptó medidas muy adecuadas para la convivencia entre españoles y naturales. Gestionó el reintegro de los naturales del Tucumán a su tierra con fecha 4 de febrero de 1586. Quienes habían sido sacados con destino al Perú -desde hacía una década- y que eran unos ocho mil indios y habían regresado menos de dos mil; ellos en el Alto Perú eran tratados no como vasallos de su majestad sino como esclavos⁴. Con anterioridad, el 1 de enero del año últimamente citado, se refería a más de 4 000 indígenas desplazados en el término de cuatro años⁵.

Tuvo una gran visión -en la actualidad se denomina geopolítica- al pretender que el territorio bajo su jurisdicción se ampliase y si aquella se hubiese convertido en realidad, hubiera sido el anticipo de una configuración política, muy semejante a la actual República Argentina. El 1 de diciembre de 1586, aseveraba que esta gobernación necesitaba de puerto marítimo y la ciudad de Santa Fe debía incorporarse a esta jurisdicción con más 50 leguas arriba de Buenos Aires. Asimismo, sostenía que las ciudades de San Juan de la Frontera y Mendoza -entonces integrantes del reino de Chile- debían dar

² LEVILLIER, *Nueva crónica*, p. 169.

³ HÉCTOR LOBOS, "Conquista y fundaciones en las gobernaciones del Tucumán y Río de la Plata", en ACADEMIA NACIONAL, *op. cit.*, t. 1, 1999, p. 432.

⁴ Ramírez de Velasco a Felipe II, La Plata, 4-II-1586, en LEVILLIER, *Gobernación del Tucumán*, pp. 146-147.

⁵ Ramírez de Velasco a Felipe II, Potosí, 1-I-1586, en LEVILLIER, *Gobernación del Tucumán*, p. 143.

la obediencia al gobierno del Tucumán, debido a estar ambas separadas por la cordillera de los Andes, lo cual dificultaba las diversas clases de relaciones y comunicaciones entre estas últimas y la capital santiaguina⁶. Sin embargo, la gobernación del Tucumán no consiguió, desde el punto de vista territorial llegar al Atlántico, pese a los esfuerzos del licenciado Hernando de Lerma en 1581 y Ramírez de Velasco durante 1596.

2. Los alcaldes de sacas en Castilla

En el reino de Castilla existía un permanente riesgo de desabastecimiento de bienes de primera necesidad, ello fue la causa de que se dispusieran medidas tendientes a mejorar la productividad. Así debió suceder, en razón de que en Castilla era algo constante durante los siglos medievales y modernos, que fuera exportadora de materias primas y, a la vez, importadora de artículos manufacturados. Lo cual provocaba un evidente desequilibrio económico, que lo padecieron en especial los súbditos. Sobre todo, porque la mayoría de las exportaciones eran bienes básicos para su sustento. En consecuencia, se decidió adoptar medidas protectoras como ser: poner trabas a la libre circulación de los bienes, cuya finalidad era garantizar el abastecimiento a precios adecuados para los castellanos. De ese modo no se verían desprovistos de los objetos imprescindibles para su desarrollo vital⁷. La veda recaía sobre bienes de indiscutibles beneficios a los súbditos por garantizar la seguridad del reino o resultaban ser imprescindibles para proveer a la alimentación y el vestido.

El proteccionismo establecido en la política mercantil de Castilla, durante el reinado de Alfonso X, consistió en una estructura de puertos y lugares fronterizos donde se efectuaban exportaciones e importaciones permitidas y asimismo se incrementó la vigilancia a efectos de evitar la exportación ilícita o saca de mercaderías vedadas⁸.

La importancia de la cuestión trajo como consecuencia el nombramiento de jueces encargados de conocer de manera específica esa clase de comporta-

⁶ LEVILLIER, *Gobernación del Tucumán*, p. 193.

⁷ MIGUEL PINO ABAD, “La saca de cosas vedadas en el derecho territorial castellano”, *Anuario de historia del derecho español*, N° 70, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 197; *Persecución y castigo de la exportación ilegal de bienes en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, Gobierno de España, Ministerio de Economía y Competitividad, Dykinson, 2014, p. 18.

⁸ PINO ABAD, *Persecución y castigo*, p. 24.

miento delictivo, garantizar mayor celeridad en las causas y eficiente custodia de los pasos fronterizos. Esas autoridades fueron creadas entre 1322 y 1329, en el primer año antes mencionado se trató la cuestión de las cosas vedadas sin aludirse a los alcaldes de sacas; mientras que en las Cortes de Madrid del último año citado son mencionados los *alcaldes de adouanas e de sacas*⁹.

En el antiguo sistema prohibitivo apenas se conocieron otros jueces del resguardo nacional que los *alcaldes de sacas y cosas vedadas*, instruidos para impedir la extracción de determinados bienes; de allí la denominación impuesta. Juan II de Castilla prescribió en 1431 un arancel para la entrada y salida de mercancías cuya importación y exportación no estuviese prohibida y cuyo tránsito respecto a las cosas vedadas estaban obligados a impedir y castigar los *alcaldes de las sacas*¹⁰.

Esos personajes fueron los jueces a quienes se les encomendó evitar se sacasen del territorio del reino las cosas cuya extracción se prohibía por leyes y pragmáticas; perseguir y condenar a los delincuentes e inclusive proceder gubernativamente contra cualquier persona, aunque fuese privilegiada. Les estaba impedido conceder licencias para la extracción de cosas prohibidas en razón de considerarse regalías de la corona¹¹.

Esa prohibición de extraer determinados bienes existentes de un territorio a otro exterior, tuvo su apoyo jurídico por parte de diversos autores. Castillo de Bobadilla afirmaba que, los corregidores en puertos de mar y secos de su jurisdicción deben evitar que no se saquen ni introduzcan cosas vedadas, “demás de estar esto encomendado a los alcaldes ordinarios de sacas que ay en todos los puertos y rayas de reynos estraños”; y otra ley concede jurisdicción a los regidores de los pueblos fronteros por donde se extraen (Nueva Recopilación de Castilla, VI, 18, 27)¹². Con referencia a la clase de pruebas

⁹ PINO ABAD, “La saca de cosas”. p. 209 y *Persecución y castigo*, p. 52.

¹⁰ LUIS G. DE VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones españolas. Desde los orígenes al final de la Edad Media*, Madrid, Revista de Occidente, 1968, p. 605.

¹¹ *Escrache. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia por JOAQUÍN ESCRICHE. Nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los doctores D. José Vicente y Caravantes y D. León Galindo y de Vera*, t. 1, Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874, p. 425.

¹² JERÓNIMO CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para Corregidores y Señores de Vassallos, en tiempo de paz, y de guerra y para Juezes Eclesiasticos y Seglares y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos Realengos, y de las Ordenes*, Amberes, t. 2, Juan Bautista Verdussen, Impresor y Mercader de Libros, 1704, lib. 4, cap. 5, N° 4; edición facsímil, Madrid, Instituto de Administración Local, 1978, p. 382.

para sancionar a los infractores, manifestaba: “assi como ay muchas cautelas y dolos de parte de los sacadores para encubrir sus culpas (por lo qual, y por ser negocios sucedidos en secreto, o en el campo o de dificil averiguacion), bastan menores provanças para el castigo dellas”¹³.

Hevia Bolaños aseveraba: “Vale el decreto o estatuto hecho por la republica de un pueblo, que prohibe sacar las mercaderías y cosas necesarias a la vida humana de él y meterlas en el de fuera, como dicen Baldo y Straca”¹⁴. Asimismo, manifestaba que “cosas vedadas son las prohibidas de sacar de un pueblo o reyno a otro y meterlos en él”, como consta en la Nueva Recopilación (VI, 18, 1) y antes de ella había esta prohibición por ley de Partidas (III, 20, 10)¹⁵.

El contador Luis Ortiz en su memorial a Felipe II del año 1558, le presentaba diversas medidas a adoptarse con la finalidad de solucionar la grave crisis económica, debido a las exportaciones españolas de manera casi exclusiva de materias primas y alimentos careciendo de relevancia las manufacturas. Para ello aconsejaba la adopción de diversas medidas y, en especial, un plan de industrialización consistente en vedar la saca de primeras materias y la entrada de productos fabricados¹⁶.

En el transcurso del tiempo fueron diversas los bienes vedados, entre ellos, se pueden mencionar: caballos, ganados (vacuno, porcino, caprino y ovino), cereales, metales preciosos, cueros (incluidos corambres), seda, lana, hierro y acero, armas, pan, vino, aves de caza, viandas, cera, paños, conejos, madera.

Esos alcaldes debían prestar juramento de no arrendar los oficios y, además, residir personalmente en los puertos y postrimeros lugares de nuestros reinos y por dos leguas en rededor (Nueva Recopilación, III, 11, 1 y 2, respectivamente).

3. Prohibición del traslado de indios fuera de sus provincias

En las Indias se consideraba que era muy cierto y constante, no solo llevar indios a lugares bastante alejados de sus pueblos sino también a climas diversos o contrarios a su salud, complexión y naturaleza. Hubo encomenderos

¹³ CASTILLO DE BOBADILLA, *Política*, lib. 4, cap. 5, N° 39, p. 393.

¹⁴ JUAN DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, t. 1, Madrid, Nueva impresión, Pedro Marín de la Secretaria del Despacho Universal de Guerra, 1771, lib. 1, cap. 6, N° 17, p. 295.

¹⁵ HEVIA BOLAÑOS, t. 2, lib. 3, cap. 6, N° 1, p. 482.

¹⁶ PINO ABAD, *Persecución y castigo*, p. 21.

que, para trasladar indígenas, simulaban la realización de salidas temporarias supuestamente para llevar a cabo tareas normales. Esa clase de conducta traía, como consecuencia, para los indios el desarraigo definitivo con relación a sus asentamientos y familias. Por consiguiente, ese modo de proceder no fue permitido y esa prohibición fue aceptada y defendida por algunos autores y textos de ambos derechos.

Según explicaba Solórzano y Pereyra: los indios por razón de sus servicios no debían ser llevados muy lejos de sus pueblos y reducciones, sino procurar repartirlos a lugares más cercanos, salvo por alguna pública y urgente necesidad; este justificado requisito está aprobado por derecho común¹⁷. Una glosa del Decreto dispone que, en todos los casos, se deben considerar mucho el tiempo y la distancia de los caminos; dejándose al juez determinar qué lugar se debe tener por remoto, si ello no está decidido por ley o estatuto¹⁸. Eso es más cierto y constante, cuando a los indios se los llevan lejos y a temples diversos o contrarios a su salud, complexión y naturaleza; porque no se permite que quienes tienen *colonos*, *adscripticios* u *originarios* los puedan sacar de sus lugares y temples o mudarles el modo de servicios ordinarios y acostumbrados, “y si lo hicieren, mandan, que sean privados de su derecho”¹⁹. Con respecto a los indígenas y a las sacas, mitas o repartimientos de ellos, decía lo mismo el padre José de Acosta, poniendo por precisos los siguientes requisitos: “ni los trabajos sean excesivos, ni los lleven ni compelan a ellos de partes muy remotas y, sobre todo se mire por su salud y conservación, sin pasarlos a cielo, climas o temples contrarios a los de su natural”²⁰. El jurista Juan de Matienzo en su *Gobierno del Perú*, también “es del mismo sentir, aunque añade, que él no repararía mucho en que las Provincias adonde los llevan sean algo remotas, como en los temples no sean muy contrarias o diferentes”²¹.

Gregorio López criticaba a quienes llevaban indios de las regiones frías a las calientes, porque fallecían muchos de ellos a consecuencia de esas circunstancias; por ello, debían ser castigados quienes lo llevaban a cabo, pues con ello los mataban (Partidas, II, 22,7, glosa 3^a)²².

¹⁷ JUAN DE SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana. Corregida e ilustrada con notas por Francisco Ramiro de Valenzuela*, Lib. 2, Madrid, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, 1930, 7, N° 39, p. 191.

¹⁸ SOLÓRZANO Y PEREYRA, *op. cit.*, N° 40, p. 191.

¹⁹ SOLÓRZANO Y PEREYRA, *op. cit.*, N° 41, p. 191.

²⁰ SOLÓRZANO Y PEREYRA, *op. cit.*, N° 44, pp. 191-192.

²¹ SOLÓRZANO Y PEREYRA, *op. cit.* N° 45, p. 192.

²² *Las Siete Partidas del muy noble rey don Alfonso el Sabio, glosadas por el Lic. Gre-*

En las ordenanzas sobre el tratamiento de los indios de la Nueva España del 4 de diciembre de 1528, se disponía que ninguna persona osase de sacar de la Nueva España para otra parte alguna a indios en razón de que la mayoría de ellos se mueren y no solo recibía daño la tierra y morirse por no estar en su naturaleza; so pena económica y obligación de regresarlos a su costa²³. La real cédula del 26 de mayo de 1536, prohibía sacar indios esclavos para el Perú y otras partes –excepto uno o dos para servicio– por el gran daño a dicha provincia al disminuir mucho los naturales y morir muchos de ellos por el trabajo, faltos de mantenimiento y por las mudanzas de sus tierras; bajo la pérdida de todos sus bienes y perpetuo destierro a quienes violasen estas normas²⁴.

Mediante la real cédula del 28 de enero de 1541, se le solicitaba al gobernador del Perú que no permitiera que se sacasen los indios naturales de tierras frías a tierras calientes ni en caso contrario, porque ello ocasionaba muchas muertes entre ellos; como lo consigna Encinas²⁵. La real provisión del 28 de setiembre de 1543, dirigida a los virreyes y audiencias a efectos de que no se trasladasen a los indios de las provincias de donde son naturales a otros territorios, en razón de los inconvenientes que se siguen a la población de ellos, muertes y otros perjuicios; bajo penas pecuniarias y destierro a los infractores²⁶.

Esos puntos de vista estaban expresados y repetidos en varias cédulas que en diferentes tiempos se han despachado. Una de ellas del año 1551, mandada guardar por otras de los años siguientes: “Que los indios por razón de los dichos servicios no sean llevados adonde enfermen o mueran por los caminos o por el temple”. Y en otra de 1563: “Que las Audiencias del Perú, no consientan que vengan indios alquilados a servir a las ciudades de los españoles de más de ocho o diez leguas”²⁷.

gorio López, *del Consejo Real de Indias de S. M.*, t. 1, Madrid, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1843, pp. 558 y 559.

²³ Carlos I a la Audiencia de México, Toledo, 4-XII-1528, en RICHARD KONETKE, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*, vol. 1, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Jaime Balmes, 1953, pp. 119 y 120.

²⁴ La reina al gobernador de Nicaragua, Madrid, 26-V-1536, en KONETKE, *op. cit.*, p. 174.

²⁵ Carlos I al gobernador del Perú, Talavera, 28-I-1541, en DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario indiano recopilado por [...] Reproducción facsímil de la edición única de 1596*, Lib. 4, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1946, pp. 280 y 281. [Al margen:] “En esta conformidad se despachan otras cédulas para otras partes de las Indias” (p. 280).

²⁶ Carlos I a los virreyes y audiencias de Indias, Valladolid, 23-IX-1543, en ENCINAS, *op. cit.*, pp. 281 y 282.

²⁷ SOLÓRZANO Y PEREYRA, *op. cit.*, II, 7, N° 46, p. 192.

Otras disposiciones legales del 22 de marzo de marzo y 19 de diciembre de 1568, reiteraban que los indios de tierras frías no fuesen trasladados a otra caliente ni al contrario, aunque fuesen de una misma provincia; debido a que era una diferencia muy nociva a su salud y vida. Por ello, se mandaba que las autoridades indianas dictasen las ordenanzas necesarias y convenientes al respecto²⁸. Otra de 1567 dirigida al virrey Francisco de Toledo y repetida en 1568 a su sucesor en 1589 el conde del Villar, referidas a los indios que iban a las minas: no se lleven de tierras frías a calientes ni de calientes a frías. Hubo con anterioridad otras en especial la remitida a Francisco Pizarro: “no se consienta, que sean sacados de sus temples y naturales por las muertes y graves daños, que de esto se les siguen”²⁹.

4. Importancia jurídica de las ordenanzas

Las reales ordenanzas en el siglo XVI eran normas jurídicas muy utilizadas y fueron una especie de leyes, en las cuales se mandaba guardar y cumplir en forma exacta lo prescrito en ellas. Al establecerse diversos puntos concretos, ellos se expresaban en forma separada anteceditos, por ejemplo, con los vocablos: *primeramente*, *ítem*, *y luego*, *otrosi*; los cuales alternaban a lo largo del articulado. También se solía emplear la numeración en cada artículo.

Fue una forma de legislar común a reyes, autoridades que gozaban de autonomía, corporaciones públicas como privadas y otras clases de diversas entidades sociales (como ser gremios, cofradías, etcétera)³⁰. Eran mandamientos de carácter general que transmitían negocios jurídicos destinados a organizar una institución en forma más o menos completa o a regular de manera detallada una materia importante en particular o determinado asunto o cargo³¹.

²⁸ Incorporadas a la *Recopilación de leyes de los Reinos de Indias*, VI, I, 13.

²⁹ SOLÓRZANO Y PEREYRA, *op. cit.*, II, 7, N° 48, p. 192.

³⁰ RAFAEL ALTAMIRA Y CREVEA, *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1951, p. 226.

³¹ JAVIER BARRIENTOS GRANDON, *Historia del derecho indiano del descubrimiento colombino a la codificación. I. ius commune – ius proprium en las Indias Occidentales*, Roma, Il cigno Galileo Galilei, 2000, p. 251. JOSÉ JOAQUÍN REAL DÍAZ, *Estudio diplomático del documento indiano*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-americanos, 1970, p. 223. ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del derecho argentino*, t. 1, Buenos Aires, Perrot, 1966, p. 217.

Los gobernadores que intervinieron en el territorio del Tucumán tuvieron amplias atribuciones legislativas durante la centuria decimosexta, como se puede apreciar con las ordenanzas municipales redactadas con motivo de la fundación de ciudades y las referidas a la condición de los indios³².

5. Antecedente de las ordenanzas en el Tucumán

El gobernador del Tucumán Gonzalo de Abreu de Figueroa dictó las ordenanzas del 10 de abril de 1576, entre las cuales dispuso: ninguna persona (incluidos los encomenderos) podían llevar al Perú, Chile y Río de la Plata ningún indio ni india sin licencia gubernamental y previa fianza de regresarlos a esa tierra; so pena de 50 pesos por cada uno de los que se llevaran sin la antedicha autorización (Ord. 36)³³. Si bien, estas normas fueron establecidas para el buen tratamiento de los indios, fijar el régimen del trabajo de estos y los derechos de los encomenderos; no tuvieron mayor efecto práctico.

En los comienzos de la década de 1580, se inició una práctica acrecentada en años posteriores, consistente en la venta y alquiler de los indios, quienes eran trasladados a otras jurisdicciones. Esa *saca* de los indios de su hábitat parece haber sido una costumbre bastante frecuente³⁴. El Cabildo de Córdoba en el acuerdo capitular del 7 de agosto de 1585, se quejaba de que Manuel Rodríguez Guerrero, secretario del gobernador licenciado Hernando de Lerma, llevó a Chile indios de su repartimiento y de otros vecinos de la ciudad de Córdoba; muchos de ellos murieron en el camino y el resto fue allí vendido³⁵.

6. Las ordenanzas de alcaldes de sacas

Las normas jurídicas elaboradas por el gobernador del Tucumán fueron transcritas en el acta capitular correspondiente al acuerdo del 26 de enero de 1587. A esa sesión municipal asistieron los siguientes cabildantes: alcalde ordinario de

³² ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispánico*, 2ª edición, Buenos Aires, Perrot, 1962, pp. 158-159.

³³ LEVILLIER, *Gobernación del Tucumán*, p. 44.

³⁴ JOSEFINA PIANA DE CUESTAS, *Los indígenas de Córdoba bajo el régimen colonial 1570 – 1620*, Córdoba, edición de la autora, 1992, p. 134.

³⁵ ARCHIVO MUNICIPAL, *Actas Capitulares. Libro Primero*, Córdoba, 1974, pp. 556-557.

primer voto capitán Pedro de Villalba; alcalde ordinario de segundo voto capitán Juan de Burgos; regidores Miguel de Ardiles, Juan de Ludueña, Francisco Rodríguez y Pedro de Soria el Viejo y alguacil mayor Pedro Luis de Cabrera.

Ordenanças de alcaldes de sacas³⁶

Traslado de las Ordenanças que se enbian a la çidad de Cordoba sobre el estanco para que se guarden y cumplan por el alcalde de sacas della³⁷.

Primeramente terneys gran cuenta y cuydado en que ninguna *persona*³⁸ de qualquier calidad, estado e condiçion que sean, ansi vezinos como mercaderes, pasajeros e viandantes que salieren fuera desta Governaçion a los Reynos del Piru y valle de Salta, saquen ni lleben direte ni yndirete, por sí ni por ynterposita persona yndio ni yndia de ninguna edad sin espresa liçençia mia aunque sean natural de las Provincias del Piru, so pena de çien pesos de oro aplicados por terçias partes Camara de Su Magestad, Juez y denuncia-dor y a los vecinos. Demas de la dicha pena yncurran en perdimiento de los dichos yndios que le hallaren llebar o enbiar sin la dicha mi liçençia, aplicado para el preçidio de Salta o la persona que fuere mi boluntad.

Yten, que qualquiera de las personas de suso referidas que con liçençia sacare algún yndio o yndios, esté obligado a parecer ante vos a lo registrar y registre los quales en el libro, que para ello aveys de tener encuadernado y con mucha custodia hareys asentar y se asienten los nonbres, edad y señales que tienen e de donde son naturales y quienes son sus encomenderos, para que quando se obieren de bolver por la horden que de yuso yrá declarado no aya fraude ni engaño, so la dicha pena demas de que se le quitará los yndios que llebare y no se bolveran.

Yten, que las tales personas despues de aver registrado los yndios que por liçençia mia obieren de llebar, den y esten obligados a dar fianças abonadas de que dentro de un año del dia que salieren desta Governaçion los bolveran a ella y los traeran ante bos, para que se sepa y entienda si son los propios que llebó y de los muertos de testimonio del saçerdote que los enterro. Y no

³⁶ Las transcripciones paleográficas, efectuadas en el presente trabajo, las he realizado de acuerdo a las normas para la transcripción de documentos históricos antiguos, aprobadas en la Primera Reunión Interamericana sobre Archivos, celebrada en Washington, D. C., en octubre de 1961.

³⁷ En ARCHIVO MUNICIPAL DE CÓRDOBA. LIBRO I, 2ª edición, Córdoba, Establecimiento Tipográfica La Carcajada, 1882. p. 584; aparece el siguiente encabezamiento de las citadas ordenanzas: TRASLADO DE LAS ORDENANZAS QUE SE CELEBRAN EN LA CIUDAD DE CÓRDOBA, SOBRE EL ESTANCO PARA QUE SE GUARDEN Y CUMPLAN POR EL ALCALDE DE SACAS DE ELLA.

³⁸ El vocablo en cursiva se ha omitido en la trascripción de 1974 (ARCHIVO MUNICIPAL, *Actas*, p. 639).

lo cunpliendo yncurran en pena de çien pesos de la dicha plata ensayada, aplicados en la forma susodicha por cada yndio de los que dejare de traer y hazer la dicha diligencia.

Yten, que las tales personas que ubieren de llebar los dichos yndios cargando o en otra qualesquier manera, pague a cada uno çinco pesos corrientes por cada çinquenta leguas de yda e buelta, que se entiende la ciudad de Santiago del Estero a esta çinco pesos y al valle de Salta, desde esta ciudad otros çinco pesos y desde el valle de Salta a Salina, ques el primero pueblo del Piru otros çinco pesos. De manera que desde la çidad de Santiago del Estero se les a de pagar a veynte pesos cada yndio y de comer y otros tantos de buelta, la qual paga se les ha de hazer en vuestra presencia a los propios yndios y no otra persona aunque ellos lo pidan. Lo qual cumplan so la dicha pena aplicada en la forma dicha.

Yten, si algùn encomendero saliere desta Governaçion, pueda llevar y llebe los yndios de que tuviere neçesidad y no más, para su aviamiento y para mozo de espuelas uno o dos yndios más y dos muchachos para paxes. Los quales esten obligados a los registrar e manifestar antes vos, para que se sepa si los buelven o no. Los quales como dicho es los an de traer ante vos para que se vea y entienda si son los propios que llebó, so pena de çien pesos de la dicha plata, aplicados en la dicha forma. Y porque en el Reyno del Piru ay muchos yndios o yndias, que se an sacado y llebado a él naturales destas Provincias y algunos dellos se bienen ellos propios e se vernan a su natural. Terneys advertencia y cuydado en que se traigan e parezcan ante vos y sabreis en la horden que bienen y el tiempo *y dia*³⁹ que a que salieron desta Governaçion; y por qué horden y por quienes sus encomenderos. Y con relación de todo los enbiareys personalmente ante mí, para que yo provea lo que convenga.

Yten, que qualquier persona, vezino e mercader que sacare alguna corambre, cordovanes, suelas y vaquetas lo manifieste y registre ante vos para que siendo la cantidad conforme a la liçencia que yo le diera, lo qual ante todas cosas a de preçeder, se lo dexeys llebar y exçediendo della la tengays y se la tomeys por perdido, aplicado por terçias partes Camara de Su Magestad e Juez y denunciador y ni más ni menos la çera que en esta tierra se coxe por la falta que suele aver en ella para çelebrar el culto divino.

Asimismo terneys gran cuydado en que sin liçencia mia no se saque desta Governaçion cavallos de cavalleriza, ni de carga ni de regozijo y el que lo hiziere pierda el tal cavallo o cavallos y más yncurra en pena de çien pesos aplicados en la dicha forma, si no fuere uno para su cavalleria y otro para su cama y otro para la comida e matalotaxe y otro para que llebe comida para los cavallos. Atento a que por la mucha deshorden que ha avido en lleballos

³⁹ Lo escrito en cursiva no figura en la transcripción del año 1974 (ARCHIVO MUNICIPAL, *Actas*, p. 640).

al Piru a avido tanta falta en estas Provincias, que si para alguna neçesidad que se ofrezca se buscasen no se hallarian y conviene que los vezinos los tengan, por ser la tierra nueva y que cada dia se van conquistando. El qual dicho estanco se entienda ansimismo en el ganado vacuno, cabruno y obejuno so la dicha pena.

Los quales dichos capítulos e cada uno dellos con mucho cuidado sin remision alguna que dareys e cunplireys y hareys guardar e cunplir, segun y como en ellos y en cada uno dellos se contiene. Nonbrando para la execuçion dellos Alguaziles, y Executores, que siendo neçesario con vuestros mandamientos vayan en seguimiento de las personas que fueren e vinieren contra ellos, y los traygan presos ante vos y executeys en ellos y en sus bienes las dichas penas y llegando a pueblo poblado de españoles, se presente ante la Justicia Mayor del e ante el Cavildo, porque demas de ser en el recaudo se le dé el fabor e ayuda que fuere e obiere menester. E mando a qualesquier Cavildos, Justicias e Regimientos de las çiudades, villas e lugares desta mi Governaçion os ayan y tengan por tal Alcalde Mayor de Registros y cunplan vuestras cartas requisitorias y exsortatorias. E para ello vos den todo el fabor e ayuda que les pidieredes de manera que aya efeto lo contenido en esta mi comision, e vos guarden e hagan guardar todas las honras, franquezas e preheminiçias que vos deben ser guardadas. Y mando que con esta mi comision os presenteys ante el Cavildo e Regimiento desta çiudad, en el qual seays admitido y reçibido al dicho uso y exerçio y se ponga y asiente y traslade un traslado della. E fecho el juramento e solemnidad que en tal caso se requiere, se pregone publicamente y se enbie otro traslado al valle de Salta, donde asimismo se pregone públicamente y por el consiguiente en la çiudad de Santiago del Estero y en toda la Governaçion. Para que a todos sea notorio e ninguno pretenda ygnorancia, que para todo ello y lo dello dependiente, anejo y concerniente vos doy poder e comision en forma qual de derecho en tal caso se requiere. Fecha en la çiudad de Nuestra Señora de Talavera, a cinco días del mes de julio de mil e quinientos e ochenta e seis años⁴⁰.

7. Análisis de las ordenanzas

Ramírez de Velasco le informaba a Felipe II el 1 de enero de 1586, que había solicitado a la Audiencia de Charcas que se recogieran y devolvieran a sus tierras a indios del Tucumán; aunque reconoció no haberse proveído una medida conveniente al respecto. Fue una de las primeras acciones que realizó

⁴⁰ Ordenanzas de alcaldes de sacas del gobernador Ramírez de Velasco, Talavera, 5-VII-1586, en ARCHIVO MUNICIPAL, *Actas*, pp. 639-642.

en estos territorios, ya que llegó a La Plata el 30 de noviembre de 1585. Ello era una demostración de su preocupación por la urgente repatriación de los referidos indígenas. Por ello, decidió reglamentar la salida y regreso de los naturales que se llevaban fuera de la gobernación del Tucumán. Con fecha 4 de febrero de 1586, le comunicaba al monarca que en el tiempo que estuvieren a su cuidado las provincias del Tucumán, no permitirá que salga ningún indio sin la orden correspondiente⁴¹.

La institución del alcalde de sacas fue establecida para cada una de las ciudades integrantes de la gobernación del Tucumán. Las ordenanzas aplicables en la ciudad de Córdoba, tenía como particularidad que no solamente se refería a determinados bienes vedados en cuanto a su venta y transportación a otras jurisdicciones fuera de la antedicha gobernación. Sino que, además y de manera principal se legislaba sobre los sitios de trabajo de los indígenas, su traslado y el regreso a sus lugares de residencia y las distancias a donde iban a ser trasladados. Se tomaban en cuenta las condiciones naturales, especialmente en los aspectos geográficos y climatológicos existentes en los territorios lejanos en donde iban a ser llevados para laborar. Su finalidad protectora de los indios era cumplir con el buen tratamiento de ellos, ya que esto último era uno de los fines políticos del Estado indiano y se encontraba reconocido en la legislación de la época. Además se imponían sanciones dinerarias y penales a quienes transgredieran las normas contenidas en las ordenanzas.

Requisito indispensable para llevarse a cabo el traslado de los indígenas era la licencia gubernamental. Se precisaba de manera clara, amplia y precisa la clase de personas que se encontraban comprendidas, inclusive quienes se desempeñasen como intermediarios. Los interesados debían registrar ante el alcalde de sacas a los indígenas que iban a ser trasladados. Dicha autoridad debía anotarlos a los naturales antedichos en el correspondiente libro de sacas. Se necesitaban consignar sus datos personales y los lugares de origen, asimismo los nombres de los encomenderos. Es decir, dejar asentadas de la mejor forma posible la identificación de los trasladados. Era necesario dar fianza de regresarlos en su totalidad a los llevados y, en caso de ausencias justificarlas en debida forma según la causa originaria.

A los indígenas se les debía abonar determinadas cantidades de dinero, según las distancias a recorrerse, desde el lugar de las partidas de los contingentes hasta el de los destinos e iguales montos por los regresos. El origen de

⁴¹ Ramírez de Velasco al monarca, La Plata, 4-II-1586, en LEVILLIER, *Gobierno del Tucumán*, p. 147.

esa obligación con relación a los empleadores, fue que el gobernador quiso evitar que a los naturales se los alquilasen hasta Potosí o Chile, como si fuesen mulas y sin abonarles sus trabajos⁴². Esos pagos se debían llevar a cabo ante el alcalde, a efectos de evitar cualquier clase de abusos por parte de los encomenderos o de quienes fuesen los encargados de los traslados; pretendiendo aprovecharse de los confiados o ingenuos indios.

Los encomenderos por motivos de conveniencia o provecho personal estaban autorizados a llevar cierta cantidad de indios, unos en carácter de espoliques y otros de pajes. Ellos debían ser registrados y, a efectos de evitar darles distinta condición u ocasionarles algún perjuicio, eran controlados sus regresos. Al haber muchos indios del Tucumán llevados al Perú, varios de ellos regresaban por su propia cuenta al lugar de donde eran naturales; en consecuencia, el alcalde estaba obligado a cuidar las fechas cuando salieron de la gobernación, por orden de quien y quienes eran sus encomenderos. De lo antedicho era necesario elevar al gobernador una relación y así este proveería lo pertinente.

Conforme al origen de la legislación sobre la saca de un determinado territorio de productos vedados. En estas ordenanzas, también se estableció que las personas de cualquier condición que fuesen, únicamente estaban facultados a extraer de las mercancías expresamente mencionadas la cantidad otorgada en la licencia previa correspondiente. En caso de excederse dicha autorización, esa demasía llevaba como consecuencia la pérdida de bienes para el infractor.

La veda de determinados productos introducida en las ordenanzas no fue extensa, no alcanzó la cantidad a la que se llegó en Castilla a través de los años. Solo se incluyeron: cera, corambres, cordobanes, suelas, vaquetas y ganado (caballar, caprino, ovejuno y vacuno). La cera tuvo su importancia en las celebraciones del culto católico y también en ritos y manifestaciones populares (nacimientos, bautismos, bodas, fallecimientos); por consiguiente, se imponía adoptar medidas inhibitorias sobre su extracción hacia otras jurisdicciones.

Le informaba al monarca en 1586, haber sido acertada la prohibición de sacar cordobanes, porque habían venido a valer cuatro pesos, siendo que su precio hasta hacía poco era de dos pesos. En cuanto a la cera, cuando el entró en la gobernación no se encontraba para el servicio de las iglesias y valía el quintal 100 pesos, siendo su precio real de 20 pesos⁴³.

⁴² Ramírez de Velasco al monarca, Santiago del Estero, 10-XII-1586, en LEVILLIER, *Gobernación del Tucumán*, p. 184.

⁴³ Ramírez de Velasco al monarca, 10-XII-1586, cit., p. 184.

Asimismo, sin el mencionado permiso no se podían sacar caballos, salvo que tuvieran por destino ser para la caballería del interesado, cama, comida o matalotaje y para llevar comida para otros caballos; en esta última situación, se permitía llevar uno de cada clase. Todo ello, bajo la pena pecuniaria fijada. Ese estanco también comprendía a los ganados vacuno, caprino y ovejuno bajo la misma pena antedicha.

En la misiva antedicha también ponía en conocimiento del rey, que cuando comenzó a ejercer el cargo, no había en toda la gobernación diez caballos. En consecuencia, ordenó que cada vecino tuviese caballos y efectuó un registro en cada ciudad de la gente, armas y caballos y dispuso que cada vecino tuviese esos animales conforme a la vecindad y cantidad de indios y que pensaba tener en un año mil caballos de plaza y otros tantos de guerra e no habrá soldado ni mercader que no tenga caballo⁴⁴. Aparte de lo antedicho por el gobernador, los caballos tenían suma importancia como medio de transporte y resultaban indispensables en los enfrentamientos armados. Las primeras importaciones de equinos procedentes de Chile y Perú fueron exclusivamente para la reproducción. Este ganado en 1580 todavía tenía un alto valor en comparación con el precio de la tierra, se podían llegar a adquirir tres solares y una chacra por cuatro caballos.

A su vez en lana, Córdoba con la expansión de los rebaños de ovejas quedó abastecido a corto plazo y ello trajo como consecuencia la demanda de dichos animales por parte del mercado minero. Con relación a los cueros se prohibió la exportación excesiva de aquellos, a fin de evitar el aumento del precio de los diversos objetos fabricados con este material.

Con la finalidad del mejor cumplimiento del contenido de las precedentemente citadas normas, se les concedían al alcalde diversas facultades de distinta naturaleza, como ser: nombramientos de funcionarios; que los Cabildos y las justicias lo tuvieran por alcalde mayor de registros y cumplieran con lo mandado por aquel; se le guardasen honras, franquezas y preeminencias.

Estos alcaldes fueron dotados de la vara alta de la real justicia como insignia de su importante autoridad y con la finalidad del adecuado ejercicio de sus funciones. Pese a encontrarse asentado expresamente ese atributo en el instrumento legal de nombramientos en el cargo, dicha decisión fue resistida y paralizada por el Ayuntamiento local⁴⁵.

⁴⁴ Ramírez de Velasco al monarca, 10-XII-1586, cit., p. 184.

⁴⁵ LOBOS, *Historia de Córdoba*, t. 1, Córdoba, Ediciones del Copista, 2009, p. 143.

8. Su aspecto diplomático

Esta clase de documentos consisten en una suma de órdenes concretas, que en un momento preciso se reúnen de una manera conjunta⁴⁶. Entre la documentación expedida en las Indias, a las ordenanzas se las debe clasificar dentro de los documentos procedentes de los gobernadores, de acuerdo a la calidad y condición de la persona de la cual emanó. Pertenecen a la categoría de documento dispositivo, en razón de que cobra entera efectividad en el mismo momento de ponerse por escrito su contenido.

En la parte dispositiva se incluyen cada uno de los preceptos legales concretos (los denominados capítulos de ordenanzas), separados entre sí aunque en definitiva se encuentran reunidas de un modo conjunto. Se disponían las medidas que tendían al bien público y las órdenes debían ser obedecidas y cumplidas por las distintas personas a quienes se dirigían. Se incluían cláusulas de sanción o penales aplicables a quienes serían sancionadas por el incumplimiento de lo mandado; otras de carácter preceptivo dirigidas a quienes tenían el deber ineludible de cumplir con lo ordenado (requerimiento). El acatamiento a los distintos capítulos afectaba en general a muchas personas y para que su conocimiento llegase a toda la población; fue por ello que se incluyó la cláusula de efectuarse la notificación pertinente a través del pregón.

9. Los alcaldes de sacas en Córdoba

Castilla dispuso el traslado de sus instituciones administrativas a las Indias, aunque debió adecuarlas a las necesidades jurídicas, políticas, sociales, económicas y geográficas de los nuevos territorios ultramarinos; entre ellas se encontraba el *alcalde de sacas*. También conocidos en Córdoba como *alcalde o juez de sacas*, *alcalde y juez de sacas*, *alcalde y juez de sacas y registros* y *alcalde mayor de registros*. Ramírez de Velasco dispuso mediante ordenanzas del 5 de julio de 1586, el establecimiento de esta categoría de alcaldes para la Gobernación del Tucumán. Al instituirlos expuso como causales de explicación y justificación de ello, los siguientes fundamentos:

Por quanto por espiriencia me consta y es notorio, el daño tan notable que ha venido a esta Governaçion e diminiuçion della, el averse sacado yndios

⁴⁶ REAL DÍAZ, *op. cit.*, p. 223.

e yndias de su natural para lleballos a las provincias del Piru, Chile y otras partes en lo qual a avido tanto desorden, que de algunos años a esta parte, se an sacado mas de quatro mil indios que no an quedado otros tantos y para que, de aquí adelante aya orden en el sacallos y lleballos⁴⁷.

[...] por quanto la ciudad de esta gobernacion está fundada en sitio e paraje pasajero, asi para las provincias del Reyno de Chile como a las del Rio de la Plata e Santa Fe y otras partes e para que se sepa y entienda lo que en la dicha entra y sale a otro reyno. Y en esto haya todo cuidado he nombrado juezes alcaldes de sacas y dados poder y comisión para el uso y exercicio dello⁴⁸.

[...] hay mucha necesidad que en la dicha ciudad de Cordoba aya juez de sacas y registros por el mucho trato e comercio que oy en dia ay de todas partes⁴⁹.

Estos alcaldes fueron autorizados a nombrar alguaciles y ejecutores; se ordenaba al Cabildo cordobés reconocerlos en el ejercicio de sus cargos, acatar y hacer cumplir los mandamientos dispuestos por aquellos. Se encontraban facultados a imponer penas y ejecutarlas en las personas inobedientes. Las restantes justicias mayores y ordinarias no debían estorbarlos ni impedirles el ejercicio de sus funciones.

10. Nombramiento de alcaldes

Ramírez de Velasco, el 19 de octubre de 1586, efectuó en Santiago del Estero la primera nominación de esta categoría de alcaldes para la ciudad de Córdoba. Esa designación recayó en la persona del alcalde de primer voto capitán Juan de Burgos. La provisión que documentaba dicho acto administrativo disponía en su parte expositiva, que ante el daño grave y notorio al haberse llevado indios al Perú, Paraguay, Chile y otros lugares con lo cual –de algunos años a esta parte– se han sacado más de 4.000 indios y no han quedado otros tantos. A efectos de que haya orden en sacarlos y llevarlos, es que nombra a dicho vecino de la ciudad de Córdoba y se enuncian las facultades legales que

⁴⁷ Provisión de Ramírez de Velasco a favor de Juan de Burgos, Santiago del Estero, 19-X-1586, en ARCHIVO MUNICIPAL, *Actas*, p. 638.

⁴⁸ Ramírez de Velasco a Gerónimo de Bustamante, Santiago del Estero, 11-XII-1587, en ARCHIVO MUNICIPAL. LIBRO II, p. 15.

⁴⁹ Ramírez de Velasco a Gaspar de Medina, Tucumán, 28-III-1591, en ARCHIVO MUNICIPAL. LIBRO II, pp. 231 y 233.

se le otorgan de acuerdo a lo establecido en las antedichas ordenanzas⁵⁰. En forma especial le encomendaba: no dejar sacar de la ciudad ni de ninguna otra parte de la gobernación indios naturales de ella, si no fuere con expresa licencia suya o del designado. En el acuerdo capitular del 26 de enero de 1587 fue puesto en posesión del cargo⁵¹.

Gerónimo de Bustamante fue quien reemplazó a Burgos, mediante nombramiento del ya mencionado gobernante a través de la ya citada real provisión del 11 de diciembre de 1587. No obstante dicho título al ser presentado junto a otra provisión que lo nombraba tesorero de la real hacienda⁵², durante el acuerdo capitular del 14 de enero de 1588, los cabildantes solicitaron al gobernador que revocara ambas provisiones “por convenir así al bien pro e utilidad de esta ciudad e su republica e que su señoría fuere servido de Pedro de las Casas”⁵³. El gobernante rechazó tales pretensiones e insistió en ratificar los nombramientos precedentemente mencionados, conforme a las provisiones anteriormente citadas y ordenó al Ayuntamiento que sin excusa ni dilación alguna lo recibieran a Bustamante al ejercicio de sus cargos. Ante dicho emplazamiento, los capitulares tuvieron que acatar la orden y con fecha 4 de agosto de 1588 lo pusieron en posesión de los respectivos cargos⁵⁴.

El capitán y teniente de gobernador Antonio Fernández de Velasco fue designado por el ya citado gobernador, mediante resolución dictada en Córdoba⁵⁵ y tomó posesión de su cargo el día 6 en reemplazo de Bustamante.

Gaspar de Medina, presentó provisión del antedicho gobernador mediante la cual selo nombraba teniente de gobernador y, también en la cual manifestaba que existía gran necesidad de un juez de sacas y registros. Ello era debido al mucho comercio que en esa fecha había de todas partes y a efectos de que haya cuenta y razón de todo y de lo perteneciente al rey en su real

⁵⁰ Ramírez de Velasco a Burgos, 9-X-1586, cit., p. 638 y 639.

⁵¹ ARCHIVO MUNICIPAL. *Actas*, p. 642.

⁵² Ramírez de Velasco a Bustamante, 11-XII-1587, cit., p. 46.

⁵³ ARCHIVO MUNICIPAL. Libro II, pp. 14-19. Los capitulares a efectos de interponer la súplica, invocaban un mandamiento dado por Ramírez de Velasco, en el cual concedía a los vecinos y moradores de Córdoba poder servirse de los indios, que por repartimiento les cupieren de los que trajeran de la guerra como yanaconas.

⁵⁴ ARCHIVO MUNICIPAL. LIBRO II, pp. 43-49.

⁵⁵ Ramírez de Velasco a Antonio Fernández de Velasco, Córdoba, 1-XII-1589, en ARCHIVO MUNICIPAL. LIBRO II, 155-156.

hacienda y le concedía el oficio de juez de sacas⁵⁶. Fue aceptado en sus cargos por el Cabildo el 12 de junio de 1591⁵⁷.

11. Etapa posterior a Ramírez de Velasco

Parece ser, que dichas normas tan detalladas y precisas, no fueron muy eficaces en su cumplimiento. Al respecto, deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias desfavorables: la indiferencia interesada del Cabildo cordobés; las grandes distancias; carencia de funcionarios suficientes y eficientes; la resistencia y oposición que estos y su accionar provocaron en los encomenderos y otros interesados⁵⁸.

El problema se reiteró durante el gobierno de Fernando o Hernando de Zárate (1593-1594), quien proveyó diversas disposiciones legales sobre los indígenas, en especial con relación a los traslados al Perú, Paraguay y Chile⁵⁹.

El gobernador Pedro de Mercado de Peñaloza, dictó el 29 de noviembre de 1594, sus propias ordenanzas para la gobernación del Tucumán. Notificaba a la justicia mayor y a la ordinaria de Córdoba, que era muy notorio estar esa provincia destruida, disipada y muy miserable por haberse sacado los indios de ella al Perú y a otras partes fuera de su natural y, como consecuencia de ello, han quedado muy pocos y para reparar algún daño futuro proveía ese nuevo ordenamiento legal⁶⁰. El redactarse otras ordenanzas en el mismo sentido, evidencia el incumplimiento de las de Ramírez de Velasco⁶¹.

Los alcaldes de sacas en la gobernación del Tucumán se desempeñaron durante el siglo XVI, a partir de las ordenanzas de 1586. Curiosamente en las ciudades de la gobernación del Río de la Plata, esos alcaldes fueron establecidos varios años después, a través de una real cédula del 7 de junio de 1618 dirigida al gobernador del Río de la Plata, la cual dispuso que para la buena cuenta y razón de los indios sacados y llevados de esas ciudades a otras se

⁵⁶ Ramírez de Velasco a Gaspar de Medina, Tucumán, 28-III-1591, en ARCHIVO MUNICIPAL. LIBRO II, pp. 232-234.

⁵⁷ ARCHIVO MUNICIPAL. LIBRO II, p. 234.

⁵⁸ LOBOS, *Historia de Córdoba*, p. 143.

⁵⁹ ARCHIVO MUNICIPAL. LIBRO II, P. 323.

⁶⁰ Ordenanzas de Pedro de Mercado de Peñaloza, Santiago del Estero, 29-XI-1594, en ARCHIVO MUNICIPAL. LIBRO II, pp. 383-387.

⁶¹ ZORRAQUÍN BECÚ, "El trabajo en el período hispánico", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*. N° 19, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1968, p. 118.

nombre por el Cabildo un alcalde de sacas⁶². Otra norma legal de la misma fecha y dirigida al gobernador y justicias de las provincias del Tucumán, ante la invocación de que del Río de la Plata y Paraguay se habían sacado muchos indios y trasladados a esa gobernación, quienes deberán ser devueltos a dichos lugares⁶³. Parece ser, que en el Tucumán en esa época se realizaban esos actos que fueron tan criticados por Ramírez de Velasco cuando dictó las ya referidas ordenanzas repudiándolos. No obstante lo antedicho, Zorraquín Becú asevera que no encontró constancia de que esos nombramientos se hubiesen efectuado en la gobernación del Río de la Plata⁶⁴.

⁶² Felipe III al gobernador del Río de la Plata, Madrid, 7-VI-1618, en KONETZKE, *op. cit.*, Vol. 2, t. 1, Madrid, 1958, p. 201.

⁶³ Felipe III a Luis de Quiñones Osorio, Madrid, 7-VI-1618, en KONETZKE, *op. cit.*, p. 200.

⁶⁴ ZORRAQUIN BECÚ, *La organización política*, p. 344.

PERCEPCIÓN E IDEAS ACERCA DEL DERECHO INDIANO
EN LAS CORTES DE CÁDIZ *

PERCEPTION AND IDEAS ABOUT DERECHO INDIANO
AT THE CORTES DE CÁDIZ

FELIPE WESTERMEYER HERNÁNDEZ **

Universidad de Chile (Chile)

westermeyer.felipe@gmail.com

Resumen: El presente trabajo explora la idea y el uso que se dio al Derecho indiano en las Cortes de Cádiz, con acento en el marco ideológico, en las reformas de las que sería objeto y en la manera en que ese ordenamiento jurídico se contraponen al nuevo Derecho constitucional. Se analizan esas concepciones tanto desde la dogmática jurídica como desde la historia.

Palabras clave: Derecho constitucional, Derecho indiano, Cortes de Cádiz, principio jurídico de la Igualdad en el Derecho Indiano, definición de indiano en las Cortes de Cádiz, características del Derecho Indiano en Cádiz.

Abstract: This work explores the idea and use of the Derecho Indiano at Cadiz Cortes (a type of parliament), focused on the ideological frame, how its reforms transformed it, and how this juridical order is contrasted with the current *Constitutional Law*. These conceptions are analyzed both from the perspective of legal dogmatics and from history.

Keywords: Gaditan Constitution, Derecho Indiano, Cadiz Cortes, legal principle of equality in Derecho Indiano, definition of Indian in the Cadiz Cortes, characteristics of Indian Law in Cadiz.

* Esta presentación es parte de un proyecto en curso. Esta investigación se basa en las fuentes contenidas en el “Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias: dieron principio el 24 de septiembre de 1810 y terminaron el 20 de septiembre de 1813”, en adelante Diario de Sesiones de las Cortes. De las 8.000 páginas que contienen esas actas, se han revisado hasta el momento 2.988, correspondientes a 534 sesiones. En el futuro próximo espero poder ofrecer una investigación que abarque la totalidad de esas fuentes. El autor agradece las sugerencias dadas por la profesora Julia Montenegro y el profesor Carlos Salinas Araneda. Una palabra muy especial de gratitud al profesor Antonio Dougnac Rodríguez, por sus siempre certeras y sabias recomendaciones

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. LLM. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Ayudante Ad Honorem del profesor Antonio Dougnac Rodríguez. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Secretario General de la Revista Chilena de Historia del Derecho. Miembro de la Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho Romano.

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco general del Derecho indiano. 3. El cambio de paradigma en las ciencias jurídicas. 4. La igualdad: Acicate para invocar el Derecho indiano. 5. Formas en que el Derecho indiano se manifiesta en las Cortes de Cádiz. 5.1. Temas directamente tratados. 5.2. Peticiones de las autoridades indianas y de particulares. 5.3. La labor de los diputados americanos que poseían una formación jurídica recibida en Indias. 5.4. Regulación de las instituciones. 6. Opinión general acerca del Derecho indiano 6.1. Dogmática jurídica. 6.2. Derecho fuerza de los débiles. 6.3. Derecho indiano como producto de la intelectualidad de la América hispanoparlante. 6.4. Derecho observado. 7. Respuesta de las actas a las preguntas antes citadas. Consideraciones finales.

1. Introducción

El rol que cupo al Derecho indiano en las Cortes de Cádiz sigue siendo un tema en gran parte desconocido. Algunas luces acerca de las modificaciones que le aguardaban con ocasión del proceso constituyente ha dado el profesor Eduardo Martiré en su concepto de un nuevo Derecho Indiano¹, formulado a partir del análisis de las reformas que la carta de Bayona proponía para América. Concluye que esa carta proporcionó un mínimo en cuanto a cómo debía reformarse la legislación indiana.

En aras de los límites de esta presentación desarrollaré la idea que existía acerca de ese ordenamiento jurídico en las Cortes, omitiendo detalles, casos, circunstancias y discusiones en los que el Derecho indiano fue citado. Para profundizar dichos aspectos se recomienda revisar los artículos abajo enumerados².

Necesario es recordar que poquitísimas constituciones en Hispanoamérica han surgido de un proceso de deliberación largo, que además contase con tan elevado número de participantes, como es el caso de la “Pepa”. Reinos y territorios integrantes de la Corona, disímiles entre sí, tuvieron voz y voto. En lo jurídico esta diversidad se manifestó en la coexistencia de tradiciones que

¹ EDUARDO MARTIRÉ, “Las Indias en la Constitución de Bayona. Un Nuevo Derecho indiano”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Actas y Estudios I, Madrid, Editorial Universidad Complutense, 1991. pp. 315-350.

² Para esos efectos véase “Joaquín Fernández de Leiva: primer constitucionalista chileno de fama internacional”, *Revista de Derecho Público*, n° 82, 1° Semestre, 2015, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, pp. 299-355. “Notas para un primer acercamiento al estudio del Derecho indiano en las Cortes de Cádiz”, *Revista de Derecho Histórico Catalán, número especial en homenaje al profesor Josep Font I Rius*, en prensa. “Confesionalidad del Estado, Real Patronato y Derecho canónico indiano en las Cortes de Cádiz” *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 38, 2016, Ediciones Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, pp. 445-470.

si bien provenían de un tronco común. -el *ius commune*- poseían una serie de particularidades que las diferenciaban. La calidad de un proceso deliberativo también depende de quiénes sean los representantes. Esa representación fue variada. En el caso de los diputados americanos suplentes, muchos de ellos fueron escogidos entre las mejores personas oriundas de esos territorios que en ese momento se encontraban en Cádiz. Preferentemente se buscó gente con instrucción. Todos ellos portaban un acervo jurídico; y un grupo no menor poseía una formación en Derecho de carácter universitario³. En el caso americano, la mayoría estaba enraizada en sus reinos y conocía su cultura y sus problemas⁴.

Desde un punto de vista dogmático, la constitución de Cádiz es solo un pequeño capítulo del proceso de sustitución de un ordenamiento jurídico plural por uno de corte estatal, legalista y uniformador. El Derecho del antiguo régimen o de la constitución jurisdiccional⁵ era más bien regional, construido acorde a la tradición y usos de cada reino o provincia. No había un solo Derecho del antiguo régimen, sino varios. Uno de ellos fue el Derecho indiano. En ese contexto, las Cortes ofrecieron un marco de pluralidad jurídica. No solo otorgan una imagen del Derecho indiano de ese tiempo, sino que lo contrastan tanto con los otros Derechos del antiguo régimen como con el nuevo Derecho constitucional. Las Cortes representan uno de los momentos de mayor discusión jurídica y política dentro de la crisis de la organización supraestatal que servía de cobijo y sustento al Derecho indiano. A partir de la década de 1810 el Derecho indiano pervivirá como Derecho de carácter local o nacional. Por una de esas paradojas típicas de la historia, el Derecho indiano mostrará su autonomía científica frente a los derechos peninsulares en el momento mismo de su extinción, al menos en cuanto ordenamiento jurídico de relevancia continental.

¿Qué concepción de Derecho indiano hubo en las cortes? ¿Qué interacción se esperaba entre él y el nuevo Derecho constitucional? Previo a respon-

³ En la comisión redactora de la constitución participaron los diputados americanos Joaquín Fernández de Leiva, Vicente Morales Duarez, Antonio Joaquín Pérez, Andrés Jauregui y Mariano Mandiola Velarde.

⁴ Caso emblemático de esa última situación es el diputado por Perú, Dionisio Inca Yupanqui, quien abandonó Perú a temprana edad, pero sentía una fuerte identificación con América, sus problemas y, sobre todo, con los aborígenes.

⁵ Este concepto admite varias definiciones. Para efectos de esta investigación nos basamos en el formulado por el profesor BERNARDINO BRAVO LIRA en *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica. 1511-2009*, Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010, pp. 5-25.

der esas preguntas se hace necesario repasar algunas de las características del Derecho indiano, a fin de poder observar la mayor o menor coincidencia entre lo que la iushistoriografía ha definido como tal y la concepción que los representantes americanos tenían del mismo. Asimismo, oportuno es tener presente cuál era la concepción de la ley, la constitución e igualdad que permeaba las Cortes, pues el Derecho indiano se desarrolló en un determinado esquema ideológico.

2. Marco general del Derecho indiano

Siguiendo los planteamientos de un connotado indianista⁶, este ordenamiento jurídico se puede caracterizar porque la mayor parte de sus normas estaban contenidas en leyes. El Derecho indiano fue desde sus comienzos un Derecho preferentemente legal. Las otras fuentes del Derecho como la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales y la literatura jurídica, coadyuvaban en la interpretación y creación de la norma, partiendo la mayoría de las veces desde la letra de la ley.

Debido al método utilizado al momento de legislar, su corpus normativo resultó abundantísimo y casuístico. Estaba destinado a formar un nuevo orden social, marcado por diferencias culturales, sociales y étnicas. La América precolombina había presentado al conquistador un mundo de profundas diferencias culturales. Tal tipo de legislación se adaptaba muy bien a esa disímil realidad. En caso de dictarse una norma sobre supuestos de hecho falsos, se podía solicitar su suspensión, mediante el recurso del “se acata pero no se cumple”⁷. El carácter legislativo de este Derecho está intrínsecamente vinculado al principio de protección del indígena. Éste era un súbdito de la Corona de la misma calidad que cualquiera de la península ibérica u otras regiones de Europa. La protección del indígena fue una lucha del Derecho indiano contra una realidad social marcada por los abusos. De ahí que terminase diferenciándose de los otros ordenamientos jurídicos igualmente inspirados en el derecho común por la abundancia de normas laborales y la existencia de un aparato burocrático tendiente a su protección. Se ha llegado a afirmar, in-

6 ANTONIO DOUGNAC RODRIGUEZ, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 11-23.

⁷ Durante las dos primeras centurias la flexibilidad fue vista como una ventaja.

cluso, que no había trabajador del viejo continente que durante el siglo XVI contase con tan detallada protección como la que tenían los indígenas en las leyes de Burgos y Valladolid⁸.

La costumbre jurídica fue importante en ese ordenamiento. El método legislativo casuístico dejaba siempre vacíos legales, que eran suplidos mediante prácticas y el sentimiento jurídico de la comunidad⁹. La costumbre criolla era aplicable a españoles y criollos. El reconocimiento de la República de indios hizo lo propio con la costumbre indígena. El único límite a la fuerza vinculante era que ella no atentase contra los derechos políticos del Rey ni contra la moral católica. Por esa vía pervivieron una serie de instituciones como el cacicazgo, el yanaconaje, los sistemas de repartimiento de aguas y tributos, entre otros. En materia de jurisprudencia, los tribunales indianos gozaban de una amplia libertad para interpretar y morigerar las normas legales: el arbitrio judicial. En los alegatos abogadiles y en los dictámenes no era raro que se trajesen a colación la solución de determinados conflictos que habían dado tribunales de la metrópoli y no pocas veces, aun de Nápoles y Sicilia. Todo ello era debidamente ponderado al momento de dictarse sentencia en los juicios. En cuanto a la doctrina, dable es recordar que hubo literatura jurídica indiana producida en Indias y para ella, que fue cultivada en las escuelas de Derecho de América durante todo ese período.

En cuanto al Derecho indiano propiamente tal o municipal, el mentado indianista chileno lo caracteriza como un derecho esencialmente evangelizador y de corte misional; protector del indígena; casuístico; con una tendencia al predominio del derecho público por sobre el privado; que tomaba muy en consideración las circunstancias de los súbditos a la hora de legislar; de poca sistematización; que tenía como modelo, dentro de lo posible, al Derecho castellano y que estaba estrechamente vinculado con la moral cristiana y al Derecho natural¹⁰.

⁸ DOUGNAC, *Historia del Derecho*, cit., p. 12

⁹ El rol de la costumbre ya había sido reconocido a nivel legislativo por Las Partidas.

¹⁰ DOUGNAC, *Historia del Derecho*, cit., p. 17 y ss. El libro del profesor Dougnac tiene el carácter de obra cumbre entre los indianistas. Es la síntesis de más de cincuenta años de estudio de Derecho indiano desde Chile. Tiene la virtud de ser omnicompreensivo y abarcar casi todo el continente. Es una obra completamente jurídica que no confunde historia con historia del derecho. Describe el ordenamiento jurídico de forma exhaustiva considerando los elementos extrajurídicos, pero no dándoles más importancia que la que merece la norma.

3. El cambio de paradigma en las ciencias jurídicas

Las Cortes de Cádiz no trabajaron sobre la nada. Lo que hicieron fue no solo crear sino sobre todo reformar, como sucede en gran parte de los procesos codificadores y constituyentes. Este proceso de reforma fue provocado por un cambio de paradigma en las ciencias jurídicas y en la teoría del Estado. Lo importante era que el Estado lograra sus fines, por lo que pasó a ser actor principal en materia de bien común, un hacedor, del que se esperaban realizaciones eficientes. Por ende, el mecanismo “se acata pero no se cumple” fue objeto de duras críticas y pasó a ser sinónimo de arbitrariedad y corrupción, ya que permitía torcer la voluntad del monarca. Se sostuvo que “la inflexibilidad de las leyes es el garante de la felicidad del Estado” y “la causa de nuestra decadencia ha sido la facilidad con la que se aumentaba la inercia del cumplimiento de la ley”¹¹. La ley se asuma como la fuente del derecho por excelencia, no solo en Indias¹². Ella estaba unida a la religión y la costumbre. “Sin costumbres las leyes eran vanas y sin religión las primeras también lo eran”¹³. La constitución escrita se asoma; pero no era entendida como la principal fuente de Derecho. Solo debía fijar los principios y el marco dentro del cual se ejercería el poder. En las leyes recaía la regulación la vida en sociedad. Existía un consenso en que los pilares del imperio eran el monarca, las leyes, la obediencia y el respeto¹⁴. Las Cortes recepcionaron esa nueva concepción del Derecho, dándole paulatinamente más poder el Estado. Estas nuevas atribuciones requerían legitimidad y aceptación social, la que se buscó en la tradición. El paradigma jurídico imperante en las Cortes, tras el fracaso de la revolución francesa, entendía que la religión, el respeto y la obediencia eran factores que unían a la sociedad. Solo sobre ellos era posible edificar algo nuevo. Hubo una valoración de elementos nuevos y tradicionales. Por ende, no fue extraña la alta ponderación que gozó el argumento jurídico, a través del auctoritas. La legislación existente era fruto de la reflexión acerca de la naturaleza humana

¹¹ JOSÉ GARCÍA. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias: dieron principio el 24 de septiembre de 1810 y terminaron el 20 de septiembre de 1813*, José García editor, Madrid, 1870, t. I, p. 232.

¹² No todos los ordenamientos jurídicos vigentes en la Corona hispana eran tan legalistas como el indiano.

¹³ Palabras pronunciadas por el diputado José Mejía Lequerica. JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 537.

¹⁴ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 459.

y de la realidad social. Si bien la ley era objeto de crítica, se la podía reformar pero no deseársela per se.

Un segundo eje programático relacionado con las preguntas antedichas fue la nueva institucionalidad imperial. Cómo fortalecer al Estado ilustrado frente a poderes locales que recelaban la aplicación de una serie de reformas que consideraban contrarias a sus intereses. La distancia de la metrópoli y el carácter excesivamente centralizado de la administración indiana dificultaban las labores gubernamentales. El gobierno indiano debía ser más eficiente y tener más poder para imponer las decisiones estatales. Ello condujo a la pregunta referida a cómo de armonizar esta nueva institucionalidad con los principios constitucionales. Era urgente examinar, reformar y revalorizar todo el aparato gubernamental.

4. La igualdad: Acicate para invocar el Derecho indiano

De todas esas reformas la más importante y conflictiva era la consagración de la igualdad. Este principio, de acuerdo a la interpretación hecha por el primer constitucionalismo, sería el caballo de Troya para destruir la sociedad estamental; sin embargo, un basamento tal encerraba el peligro de devenir en un cuchillo de doble filo. Podía poner término a realidades de hecho y de derecho, abrir nuevas oportunidades, así como también derogar estatutos especiales, surgidos en consideración a las personas. La igualdad, conocida en ese momento como legal, consideraba a cada individuo como un ser aislado, omitiendo sus características y su medio social y tendía a obviar el carácter peculiar de cada persona, lo que se refleja en el hecho de que todos debían ser tratados de la misma manera. Con eso bastaría para mejorar al ser humano. Dicho principio jurídico implicaba uniformar el Derecho existente y omitir las circunstancias particulares. En otras palabras, acabar con los estatutos especiales, poner fin a la dispersión normativa y dar certeza acerca de cuál es la norma aplicable. La igualdad traía aparejada la seguridad jurídica.

Para ganar legitimidad en América, las Cortes decretaron la igualdad entre todos los súbditos de la Corona. Se pensaba que a través de esa declaración se mitigaría el descontento legado por Carlos IV. El objetivo era que la igualdad se reflejase en la futura ciudadanía. Pero a poco andar surgieron las dudas. La igualdad podía traer efectos no deseados. Podía atentar contra lo que ya existía, haciendo iguales realidades hasta entonces diferentes, así como también negar un trato preferente a los desfavorecidos. En consecuencia, los diputados

americanos se encontraban en una situación compleja. Por una parte, querían lograr reformas en beneficio de Indias y por otra, debían evitar que los cambios legales y constitucionales trajesen consigo un desmedro para sus territorios. Por esa razón, parte de las discusiones jurídicas con relevancia indiana tienen relación con qué tipo de igualdad instaurar. Igualdad legal, de trato, ante la ley o, mejor dicho, la típica igualdad decimonónica frente a una igualdad en la diferencia. Para llegar a ser iguales deberían existir tratos preferenciales¹⁵.

Ante ese decreto se elevó el Derecho indiano como argumento para reclamar un trato distinto. No faltaron los que consideraron que el mismo decreto del 15 de octubre como completamente inútil. Ramon Power y Joaquín Fernández de Leiva alegaron que su sola dictación demostraba escaso conocimiento acerca del Derecho indiano, pues los Reyes Católicos habían consagrado un sistema de igualdad¹⁶. Meses después, al discutirse la posibilidad de otorgar la ciudadanía a los indígenas, Morales Duarez agregaría que el derecho indiano se basaba en la igualdad. Excluir al indio atentaba contra las bases del Derecho indiano¹⁷. Luego de eso, en una discusión distinta, Argüelles afirmó: “la desconfianza que por lo común tengo al hablar de las cosas de América crece todavía más cuando reconozco indispensable el conocimiento local para opinar de materias que no pueden resolverse con acierto sin tener presente aquel en suficiente grado”¹⁸. Reconoció que esas diferencias tenían un fundamento racional.

Mientras para unos, igualdad significaba la abolición de todo tipo de privilegios y de cualquier resabio de sociedad estamental, para otros significaba la recepción de un tratamiento especial, que les reconociese o confirmase franquicias y ventajas. Un trato especial como resarcimiento ante la postergación. Para ello los americanos se valieron del Derecho indiano, un Derecho de privilegios.

5. Formas en que el Derecho indiano se manifiesta en las Cortes de Cádiz

De las sesiones de las Cortes se desprende que el Derecho indiano se hizo presente de distintas formas. Entre otras se pueden mencionar:

¹⁵ Esa concepción de igualdad basada en la diferencia constituye una excepción tanto para la época en estudio, como también para la manera en que posteriormente se desarrollarán los derechos patrios.

¹⁶ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, pp. 382-384.

¹⁷ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 514.

¹⁸ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. II, p. 845.

5.1. *Temas directamente tratados*

En cuanto a las disciplinas jurídicas en que aparecen normas o aspectos propios del Derecho indiano se pueden citar los siguientes: Derecho penal, canónico, público, civil, tributario, procesal orgánico, administrativo y económico. Entre las normas¹⁹ e instituciones objeto de debate y eventual reforma se encuentran la “Ordenanza de Intendentes”, el principio de protección del indígena, la inviolabilidad de la correspondencia, la Recopilación de las Leyes de Indias, el Estado misional, las que constituyen la nulidad de derecho público, recurso de injusticia notoria, las prebendas eclesiásticas, derecho de pesca y recolección de perlas, estatuto del extranjero, cartas de naturalización, señoríos, encomiendas, pago de curas doctrineros, erección de obispados, exequatur y real patronato.

5.2. *Peticiones de las autoridades indianas y de particulares*

Parte importante de los diputados propietarios traían encargos de parte de las autoridades locales, cabildos y ciudades que buscaban lograr alguna reforma o reivindicar ciertas posturas. Solo a modo de ejemplo, el chileno Fernández de Leiva, en estricto rigor diputado suplente, viajó a España por mandato del cabildo de Santiago, para hacer presente la lealtad de Chile a la Corona. En su caso los hechos se precipitaron, aunque de todos modos su comisión fue desde un comienzo político²⁰.

Por otro lado, en medio de esa crisis la burocracia indiana, aunque perpleja y paralizada, siguió funcionando y formulando consultas respecto a la compatibilización del Derecho indiano con los nuevos principios.

Así se pueden mencionar, entre otros documentos y presentaciones, la memoria del fiscal del Consejo de Indias sobre la hacienda en América²¹, la consulta al Consejo de Indias acerca del establecimiento de la manda forzosa en las herencias para auxiliar a los prisioneros de Guerra²² y el “Proyecto sobre

¹⁹ En este punto es importante precisar que por normas se entienden no solo las que tenían el carácter de ley, sino también los principios. Aunque entre estas categorías normativas hay diferencias, ambas tienen una mayor o menor fuerza vinculante. En ese concepto también, a modo genérico, se incluyen las que forman parte de instituciones.

²⁰ Tal misión fue encargada con fecha 2 de diciembre de 1808. Documento disponible en el sitio web www.historia.uchile.cl Fuentes documentales y bibliográficas para el estudio de la historia de Chile.

²¹ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 113.

²² JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 131.

el arreglo de las provincias”, que proponía una reforma general del sistema tributario²³. Entre las peticiones privadas, hay una de Juan López para conceder ejidos a los pueblos que no los tenían²⁴, la queja de Manuel Palacios, sacerdote mexicano, respecto a las facultades del Consejo de Indias en material procesal penal, para aplicar de la ley de amnistía²⁵. En derecho minero, la solicitud de premiar a aquellos que descubriesen minas de azogue en Indias, estableciendo para ese fin nuevos procedimientos en los tribunales de minería²⁶. En lo referente a derecho económico, se propuso la libertad de cultivos y la abolición del estanco del tabaco, a lo que después se agregaría una petición de permitir a la ciudad mexicana de Tepic cultivar tabaco²⁷. También puede mencionarse la solicitud de Santo Domingo de un estatuto especial en materias tributaria, económica y migratoria, con el fin de recuperarse económicamente²⁸.

5.3. *La labor de los diputados americanos que poseían una formación jurídica recibida en Indias*²⁹

El Derecho como disciplina científica fue estudiado en las universidades americanas de manera temprana. Las academias de práctica forense se agregarían a la dimensión universitaria en el siglo XVIII. De esta guisa, el estudiante, a fines de esa centuria, aprendía Derecho en las dos facetas de la vida profesional: la teórica y práctica. Esta formación ayudó a los representantes americanos en los fines que perseguían: obtener reformas para sus reinos, defender ciertos intereses y evitar que esas mismas reformas perjudicasen a sus representados. Tales objetivos hacían imprescindible conocer el ordenamiento jurídico vigente en grado sumo³⁰. De los sesenta y tres diputados americanos, entre propietarios y suplentes, poseían formación jurídica trein-

²³ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, pp. 163 y 164, 167-172, 185-190.

²⁴ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 194.

²⁵ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 575.

²⁶ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 473.

²⁷ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 523.

²⁸ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. II, p. 1211 y ss.

²⁹ Este acápite se basa en los estudios de MARÍA TERESA BERRUEZO, *La participación americana en las Cortes de Cádiz 1810-1814*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

³⁰ No es este el lugar para analizar las intervenciones de cada uno de ellos; pero importa indicar cuantos eran juristas o al menos poseían formación jurídica.

tainueve³¹. Ellos estaban en condiciones de mostrar cuál era la cultura jurídica imperante en Indias³².

5.4. Regulación de las instituciones

En algunos casos, el Derecho indiano ayudó a configurar o perfeccionar ciertas instituciones, como ocurrió con el estatuto de los empleados de confianza del monarca. Se acordó que los secretarios del despacho serían responsables ante el consejo de Regencia. El diputado Borrul aprovechó la oportunidad

³¹ Si bien no constituyen una mayoría abrumadora, tal número de juristas es un fiel reflejo de lo que algunos autores denominan la cultura de los abogados. A ese respecto véase BERNARDINO BRAVO LIRA, “Cultura de abogados en Hispanoamérica, antes y después de la codificación (1750-1920)”, *Roma e América. Diritto Romano comune*, n° 12, Modena, Muchi editore, 2001. El mismo, “Estudios jurídicos y Estado modernizador. Cultura de abogados en Chile, 1758-1998”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 25, n° 3, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998, pp. 641-655. JAVIER GONZÁLEZ ECHEÑIQUE, *Los Estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1954. Asimismo, para el caso mexicano véase ÓSCAR CRUZ BARNEY, HÉCTOR FIX FIERRO, ELISA SPECKMAN GUERRA (coord.), *Los Abogados y la Formación del Estado mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México e Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México- Instituto de Investigaciones Históricas- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

³² Tal fue el caso, por la Nueva España de Octavio Obregón, Pedro Bautista Pino, José Ignacio Beye de Cisneros, José Cayetano Foncerrada y Ulibarri, Miguel González Lastiri, José Miguel Gordo y Barrios, José Miguel Guridi y Alcocer, José Miguel Ramos Arispe y Mariano Mendiola Velarde. Aparte de estos, en los debates demostraron conocimientos jurídicos relevantes Antonio Joaquín Pérez y Martínez y Juan José Guereña, quien incluso integró la comisión de justicia. Por el virreinato del Perú, Blas Ostolaza, Vicente Morales Duárez, Ramón Olaguer Feliú, Domingo Alcaraz, Mariano Rodríguez de Olmedo, Tadeo Joaquín de Gárate, José Antonio Navarrete y Mariano Rivero y Besogáin. Por el virreinato de Nueva Granada, José Domingo Caicedo. Al parecer también la tenía José Joaquín Ortiz. Aunque no se le permitió recibir sus grados universitarios, José Mejía Lequerica. De los cuatro representantes del virreinato del Río de la Plata solo Francisco López Lisperguer recibió formación jurídica, aunque en Europa. Por la capitanía general de Guatemala había tres juristas: Antonio Larrázaval y Arrivillaga, José Antonio López de la Plata y Francisco Morejón. Por la capitanía general de Venezuela los tres diputados eran juristas: Esteban Palacios, José Domingo Rus y Fermín Clemente. El diputado suplente de Chile, Joaquín Fernández de Leiva era un jurista de reconocida trayectoria en Santiago. De la diputación cubana solo Juan Bernardo O` Gavan y Guerra tenía formación jurídica, en materia de derecho canónico. El diputado por Puerto Rico Ramon Power poseía conocimientos jurídicos notables. Lo mismo pasó con el diputado por Santo Domingo Francisco de Mosquera y Cabrera.

para solicitar se regulase la contratación de parientes, petición que apoyó Ostalozza, añadiendo que: “la responsabilidad debe ser tal como los virreyes de América, los cuales se sujetan a juicio de residencia, porque siendo los ministros árbitros como hasta aquí, no podrá esperarse cosa buena de ellos”³³. El énfasis de las Cortes estuvo dado por una nueva distribución del poder y por fijar claros límites al ejercicio de cada una de las atribuciones de los nuevos organismos. El mecanismo de control que citaron los juristas indianos fue la nulidad de Derecho público. Ellos fueron enfáticos en señalar que en Indias no había autoridad alguna por sobre la ley³⁴. Tal sanción fue solicitada por los representantes americanos con ocasión de ciertos decretos dictados en Puerto Rico³⁵ y de las cartas de naturalización dadas a franceses en Cuba³⁶.

Algo similar ocurrió al discutirse la inviolabilidad de la correspondencia. En una época de guerra la inviolabilidad de las comunicaciones privadas siempre es un asunto de compleja regulación. Se discutió la constitucionalidad de un decreto que autorizaba la apertura de correspondencia privada. Quienes asumieron posturas de carácter garantista usaron el Derecho indiano como argumento de autoridad, citando la Rec. Ind. 3,16,7, que prohibía la apertura de correspondencia, sancionando a sus hechores con penas corporales. En las Cortes esa norma fue fundamentada con los principios e ideas jurídicas de la ilustración. Sucedió que una norma indiana, del siglo XVI, dictada por Felipe II con fines de buen gobierno, fue usada como argumento de autoridad e interpretada conforme a la idea de los derechos fundamentales y la autonomía de la persona³⁷.

Otro de los empeños del constituyente fue establecer procedimientos judiciales y administrativos expeditos. Eso suponía fijar algunas barreras de acceso. Las Cortes no tenían suficiente claridad acerca de la relación entre acceso a la justicia como garantía para todo individuo y la necesidad de racionalizar el trabajo de la administración y de los tribunales. En ese contexto, se declaró que ninguna regulación podía impedir a organizaciones o personas recurrir

³³ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 228.

³⁴ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 459.

³⁵ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, pp. 547-548. El Consejo de Regencia había autorizado, por medio de un decreto, el arresto y la deportación de cualquier persona sobre la que recayesen sospechas de sedición. Para el caso de funcionarios en esa situación, se autorizaba la destitución inmediata.

³⁶ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. III, p. 1754.

³⁷ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 338.

a la autoridad³⁸. Tal situación fue reconocida como un derecho, al que se denominó “derecho de petición”-usando una traducción del inglés- el que fue considerado inherente a los ordenamientos jurídicos vigentes en la corona³⁹.

6. Opinión general acerca del Derecho indiano

Las críticas que se formularon al Derecho indiano no diferían de las que el constitucionalismo y la codificación hacían a los ordenamientos jurídicos en ese momento vigentes. Estas eran: la carencia de un adecuado sistema de fuentes, excesiva laxitud en la interpretación de las normas por parte de los tribunales, poca seguridad jurídica, dispersión de las fuentes normativas, excesiva concentración de funciones gubernamentales en muy pocas manos⁴⁰ y superposición de propiedades y otros derechos reales limitativos del dominio⁴¹. Había consenso en torno a que la Recopilación de Leyes de Indias estaba superada. Si bien en Indias no había tantos estatutos territoriales como en España, era un hecho fuera de discusión que había demasiadas normas. Lo que se requería “eran pocas y observadas por los magistrados”⁴². Ilustra esta situación el debate provocado por las palabras del diputado Dionisio Inca Yupanqui, quien alegó la desprotección del aborigen. Luego de debatirse sus opiniones, se llegó a la conclusión de que la abundancia de disposiciones tenía el efecto perverso de impedir la adecuada protección, dado que no se sabía cuáles eran las normas aplicables al caso concreto⁴³.

Meses después, al discutirse el plan de arreglo de las provincias, se produjo un consenso entre los participantes en cuanto a que el derecho indiano por naturaleza era una legislación “complicada”⁴⁴. Por lo mismo, las Cortes ratificaron el carácter de órgano especializado en dicho Derecho al Consejo de

³⁸ Si bien no hay una mención expresa al Derecho indiano, esta práctica fue empleada en ese ordenamiento jurídico. Véase ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de Historia del Derecho indiano*, 2ªed, México, UNAM-Mc GrawHill, 1998, pp. 383-384, donde cita al efecto Rec Ind. 2, título 33,4, 11, 5, las Leyes Nuevas de 1842 y la Política Indiana de Sólorzano Pereira lib. 4, cap. 9, nº 15 y lib. 3, cap. 8, nº 3. Tratábase pues de una realidad institucional muy importante en Indias.

³⁹ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 615.

⁴⁰ Esta crítica estaba especialmente dirigida a la ordenanza de intendentes.

⁴¹ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 511 y ss.

⁴² JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. II, p. 929.

⁴³ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 176 y 194.

⁴⁴ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 656.

Indias, el que desde ese momento debería no solo aplicar la legislación sino también compatibilizarla con las reformas que las Cortes estaban implementando⁴⁵. De ese modo, se conceptualizó al mentado ordenamiento jurídico⁴⁶, del siguiente modo:

6.1. Dogmática jurídica

El diputado peruano Morales y Duarez presentó al Derecho indiano como una copia de los fueros de Castilla, que era aplicado en conjunto con el indígena. Por lo mismo reivindica una serie de instituciones indianas absolutamente desconocidas en la Península Ibérica como el cacicazgo, los derechos de agua⁴⁷, y la repartición y administración de la tierra. Esa institucionalidad se superponía a la nueva estructura política y administrativa, fundada por los conquistadores, y a una división eclesiástica consistente en arzobispados, obispados y cabildos⁴⁸. Ningún diputado puso en duda la definición del representante peruano, quien no hacía ninguna diferenciación entre Derecho público y privado. Tampoco explicaba en qué disciplinas jurídicas el derecho castellano gozaba de una aplicación preferente. Pese a ello, importante es rescatar el carácter original subyacente en esa conceptualización. El Derecho

⁴⁵ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 656.

⁴⁶ Los estudios de los indianistas han llegado a tal nivel de especificidad que se hace difícil encontrar obras que de manera sucinta resuman el surgimiento del Derecho indiano como una interacción entre ideas, principios y normas. Como se verá, algunos diputados reivindicaron el Derecho indiano no solo como un ordenamiento jurídico, sino como un Derecho de elaboración científica particular. Como un ordenamiento jurídico en que las normas recepcionaban una determinada interpretación de valores como la igualdad y la libertad. Un interesante contrapunto para realizar una comparación entre lo que sostienen los diputados americanos y lo que con posterioridad ha sistematizado la historiografía jurídica puede encontrarse en ALFONSO GARCÍA GALLO, “Las Ciencias Jurídicas en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 44, Madrid, 1947, pp. 157-200.

⁴⁷ La recepción del Derecho indígena de aguas por parte de la legislación Indiana ha sido objeto de sesudos estudios. Para una visión continental véase ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, “El derecho de aguas indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero”, *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 30, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pp.41-86. También ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, para el valle central de Chile “Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 10, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1984, pp. 51-78.

⁴⁸ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 459.

indiano se basaba en el castellano, pero no era una copia burda de él. En vuelta en sus dichos había una validación de aspectos de la cultura indígena, aunque no las peculiaridades del derecho castellano recepcionado en Indias. No obstante, el Derecho indiano aparecía con un carácter propio. Morales Duarez fundamento esas opiniones más en una visión general que en una norma legal. Solo cita Rec. Ind. 3,1,1, que se refiere a la incorporación de las Indias a la Corona de castilla, que no ilustra, sin embargo, la compleja dogmática jurídica Indiana⁴⁹.

6.2. *Derecho fuerza de los débiles*

En las discusiones incumbentes al Derecho indiano no todas las áreas suscitaron el mismo interés entre los diputados. Uno de los temas exhaustivamente discutidos fue el trato que recibía el aborígen. Tanto los liberales de Cádiz como los afrancesados de José Bonaparte sabían que la viabilidad de sus proyectos políticos dependía de la mayor o menor legitimidad social que aquellos alcanzasen entre los americanos. Acorde con la concepción dogmática recién citada, y considerando que un importante número de normas tenían relación con las poblaciones aborígenes, el Derecho indiano fue interpretado desde un punto de vista filosófico como la fuerza de los débiles. Garantizar la paz social implicaba dar protección a las mayorías, que en este caso coincidían con determinados grupos étnicos, los que no estaban en la cúspide de la sociedad. Esta interpretación surgió tanto del contenido de las normas como desde su origen histórico.

El recurso al origen histórico volvió a salir durante la discusión acerca de las distintas reglas de representación para americanos y peninsulares. Un grupo de diputados peninsulares dio una batería de argumentos para justificar la sobrerrepresentación peninsular⁵⁰ frente a una diputación Indiana reconocida solo para algunas ciudades⁵¹. Entre otros se usó el concepto histórico de conquista. Los españoles conquistaron y sometieron. En base a esa realidad no se podía hablar de nación, pues muchos de los americanos no se

⁴⁹ Muchas de esas yuxtaposiciones entre derecho indígena, indiano propiamente tal y castellano están implícitas en el libro sexto del mismo cuerpo legal.

⁵⁰ La representación peninsular tenía carácter corporativo y democrático al mismo tiempo.

⁵¹ El número de representantes por cada reino fue decidido de manera unilateral y sin criterio alguno que explicase por qué ese número y no otro.

sentían parte de la nación hispana. Fue el chileno Fernández de Leiva quien rebatió esas afirmaciones. Sin caer en la leyenda rosa, rebatió la leyenda negra antiespañola. No negó los abusos ni los atropellos cometidos; pero planteó que desde un comienzo los reyes católicos dictaron normas para prevenirlos. Resaltó la peculiaridad del proceso de conquista española. Destacó también, como logros de este proceso, el trasvase cultural y la mayor o menor libertad y seguridad de la que gozaron una serie de pueblos a partir de la ocupación hispana⁵². Expresó que la legislación controlaba al peninsular y a sus descendientes para que no abusasen del indio⁵³. Tanto la protección jurídica de la Corona como la nueva cultura hacían del indio parte de la nación, quien se sentía parte de este sistema. Si bien este punto se encuentra muy unido al carácter evangelizador de este Derecho, es preferible hablar de fuerza de los débiles pues la evangelización puede darse entre partes que gocen de igual poder. Por el contrario, en este caso se partió del hecho de que el indígena se encontraba en una situación de desmedro frente al español peninsular o criollo. Se reconoce que al cabo de tres siglos ha surgido una nueva cultura. No obstante, tal simbiosis; prevalecían los elementos hispanos, con los que no todos los aborígenes estaban familiarizados, muchas veces por razones lingüísticas.

Las actas muestran cómo algunos diputados peninsulares seguían sosteniendo posturas e interpretaciones que fueron descartadas en los siglos XVI y XVII: recuérdese el pensamiento de Vitoria, Las Casas, los dominicos y los jesuitas. En varias discusiones se justificó el trato especial atendido que la cultura dominante. -la europea- les era, cual más cual menos, ajena y por su falta de ilustración se les trataba como incapaces⁵⁴. El diputado Castillo apoyó la mantención de este estatuto⁵⁵. En los hechos y en el discurso se reconoció que la explicación y justificación de una serie de instituciones jurídicas estribaba en las diferencias culturales, o el trato entre personas de cultura

⁵² Se refería a pueblos que estaban esclavizados por otros.

⁵³ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 387.

⁵⁴ Palabras del diputado peruano Morales Duarez. JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. III, p. 1668.

⁵⁵ Interesante es leer la fundamentación que dio ese diputado al estatuto especial: “las leyes de Indias los consideran iguales en todo a los españoles y les abren las puertas a los empleos y honores. Así es, que podían ser admitidos a las sagradas órdenes, a los grados literarios, pueden seguir la Carrera de la toga, etc; sin embargo, yo convengo con el señor Morales en que todavía se les debe conservar el privilegio de minoridad, en atención a la rusticidad que hay en lo general en aquellos naturales, no porque sean incapaces, pues son tan racionales como nosotros... esa ignorancia proviene de la falta de escuelas de indios de nuestras leyes”. JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. III, p. 1668.

distinta, obligadas a compartir un espacio. Esto no significó que se tuviese la “interculturalidad” como un valor en sí mismo. Es el reconocimiento de una realidad a la espera de que fuese modificada mediante la expansión de las luces. Interesante resulta detenerse en la interpretación acerca de la incapacidad defendida por los americanos. Esa institución del Derecho civil está hecha para aquellos que no están en condiciones de ejercer sus derechos por su propia cuenta. Esta otra incapacidad está hecha para seres en el cabal ejercicio de su voluntad y en pleno uso de razón, pero desconocedores de la cultura en la que se desenvuelven. Su ignorancia no era producto de la desidia personal, en lo que se observa una enorme cuota de realismo. Aunque no es objeto de discusión en las Cortes importa rescatar el uso de esta institución civil como un reconocimiento de diferencias culturales y falta de ilustración. Esta incapacidad, por la gran cantidad de personas que abarca, es en sí un estatuto especial, parte del engranaje que le da un carácter propio y distinto al Derecho castellano aplicado en Indias. Esta incapacidad es un reconocimiento a la igualdad en la diferencia, a las circunstancias históricas y a las características grupales de amplios grupos de la población Indiana. La etnia y el grado de asimilación de la cultura hispana son causales relevantes para consagrar la desigualdad. Lo que hay acá es una analogía con las incapacidades de derecho civil. La ignorancia nunca ha sido causal para tratamientos especiales en los ordenamientos jurídicos posteriores. Por eso nos atrevemos a decir que es una incapacidad relativa *sui generis*⁵⁶.

La pregunta acerca de una eventual derogación tácita de esta incapacidad relativa a raíz del decreto del 15 de octubre atravesó varias de las discusiones sobre Derecho indiano. Una de ellas fue motivada por una consulta del arzobispo de México, quien preguntaba si tras la promulgación de este decreto el indio podía ser juzgado como un común en sus actos civiles y penales⁵⁷. La opinión de la comisión ultramarina verso en que “los indios son iguales a los españoles para todo y en todo lo que no se opusiese a sus privilegios concedidos por unas causas justísimas”. El estatuto protector fue más fuerte que la pretendida igualdad constitucional. Desgraciadamente las actas no dejan entrever cuanto de ello se debió a la interpretación indiana del decreto del 15 de octubre, arriba mencionada.

⁵⁶ Usamos el adjetivo *sui generis* pues en ninguna de las codificaciones posteriores se reconocerá semejantes causales para tratar como incapaz relativo.

⁵⁷ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. III, p. 1667.

6.3. *Derecho indiano como producto de la intelectualidad de la América hispanoparlante*

Este argumento se vinculó estrechamente con la ciudadanía. Es casi imposible analizarlos por separado. Por ello primero se explicará un poco cómo se entendió la ciudadanía en las Cortes. La mayor o menor extensión de la ciudadanía podía remover los cimientos mismos de la Corona o perpetuar el estado social existente en ese momento. En consecuencia, la discusión acerca de quiénes podían ser ciudadanos fue álgida y rica en argumentos de distinto calibre. Si los indígenas se hubiesen convertido en ciudadanos habrían dado a los reinos americanos una mayoría relativa en las futuras cortes. Ante esa posibilidad algunos diputados peninsulares elevaron los argumentos comentados en el punto anterior. Hasta la emisión del dictamen en respuesta a la consulta del arzobispo de México, la discusión versó en torno a quiénes no podían obtener la calidad de ciudadanos.

Si bien el vocablo ciudadano es de larga data en la historia jurídica, el constitucionalismo reinterpretó este concepto en base al mérito. Solo los mejores pueden ser ciudadanos. Cuando se hablaba de los mejores se suponía que solo aquellos que estaban en condiciones de ganarse su propio sustento y él de sus familias sin ayuda de otros. Importante era separar ese concepto de la institución de la vecindad, en ese momento altamente valorado en todos los territorios de la Corona. Ambas calidades eran distintas y no se podían confundir⁵⁸. El vecino podía acceder a una serie de cargos en su ciudad o pueblo, como juez o regidor, o podía hacerse miembro de a cualquier organización de carácter piadoso. La vecindad era de carácter local. Por el contrario, la ciudadanía permitía a aquel que la detentaba pudiese acceder a cualquier cargo en cualquier parte del país. Habilitaba para representar y ser representado. Se relacionaba con la idea de nación como un todo. Tenía un carácter nacional. Implicaba fortalecer al individuo frente a la sociedad. Debilitaba los estamentos y las organizaciones de carácter corporativo. Significaba una abolición tácita de las castas. La ciudadanía les otorgaba un nuevo valor a la educación y a la ilustración. El ciudadano debía ser un hombre culto o al menos informado. Por ende, el mérito significaba excluir del juego político a importantes sectores de la población. La idea del mérito chocaba con el status especial del indígena, sin tener que entrar a descalificarlo. El mérito hacía de la ciudadanía una institución de la elite. En razón de las responsa-

⁵⁸ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. III, p. 1765.

bilidades que conllevaba no podía entregársela a quienes no manejasen la cultura ilustrada.

Entonces no resultaba extraño preguntarse cómo otorgar la ciudadanía a quienes no estaban en condiciones de desenvolverse en la sociedad de manera independiente. De las discusiones se desprende que existía consenso en torno a que entre los derechos inalienables de la persona estaban la libertad civil, la propiedad de bienes y la seguridad personal⁵⁹. Derechos universales eran los de carácter patrimonial, no los políticos. Pero una cosa es la teoría y otra la realidad. El proyecto gaditano estaba en una posición política frágil y enemigos le sobaban. Era de suma prioridad conservar la unidad política de la monarquía múltiple. Ello implicaba entrar a negociar con los representantes americanos. Esa dicotomía fue aprovechada por un grupo de diputados peninsulares para plantear que la eventual concesión de la calidad de ciudadano al aborígen implicaba derogar el libro sexto de la Recopilación de Leyes de Indias⁶⁰.

Es un hecho inconcuso que ese cuerpo legal nació desfasado. Durante el período borbónico se había promulgado una abundante legislación, cuyo tratamiento demandaba un nuevo proceso de fijación jurídica. Tal situación era conocida por todos. El uso de la mentada derogación como herramienta de negociación y persuasión habla del significado simbólico de ese cuerpo legal.

Fue nuevamente el peruano Morales Duarez quien actuó como cabeza del grupo americano, defendiendo el valor de este cuerpo normativo. Lo hizo en base al argumento de autoridad, recurriendo primeramente a la figura de la reina Isabel la Católica, su testamento, cartas y leyes. Luego agregó que el papado ratificó la rectitud y asertividad de la monarca católica por medio de bulas y breves. Agregó que dichas normas no fueron en balde, pues no fueron pocos los hombres de significación en Indias que desde el púlpito o la investigación histórica coadyuvaron a crear conciencia sobre la necesidad de un estatuto jurídico especial para los indios. Tal fue el caso de Juan de Palafox y Mendoza, Obispo de Puebla de los Ángeles; Julián Garcés, Obispo de Tlaxcala y Santo Toribio de Mongrovejo, Arzobispo de Lima. Entre los historiadores que se habían ocupado del tema aparecen mencionados Fray Juan de Torquemada, Lucas Fernández de Piedrahita. Garcilaso Inca de la Vega, Alonso de Ovalle, Pedro Baños, Manuel Rodríguez y Bartolomé Leonardo de Argensola. Esas citas le daban auctoritas al Derecho indiano en su conjunto. Con ellas se

⁵⁹ JOSÉ GARCÍA, *Diario*, t. I, p. 332.

⁶⁰ Véase nota a pie de página n° 51.

buscaba demostrar no solo que los indígenas eran personas con las mismas capacidades cognitivas que cualquier habitante de la península ibérica. El trato de incapaces se justificaba por las diferencias culturales, las que fueron muy bien entendidas por ese grupo de intelectuales de Indias. El Derecho indiano fue entendido por sus contemporáneos como un fenómeno cultural.

6.4. Derecho observado

El mismo hecho de que los representantes americanos informasen acerca de la naturaleza jurídica de las instituciones indianas, que estas fuesen criticadas y que ante la Corte llegasen peticiones y solicitudes de aclaración indica que las normas no quedaron en el papel. Una cosa es criticar las características de un ordenamiento jurídico y otra muy distinta es que este no tuviese aplicación práctica. En este caso lo que hay es un ordenamiento sujeto a críticas; pero que también reivindica sus prioridades. No es hecho menor el que sus representantes sean capaces de dar definiciones dogmáticas. Eso confirma un Derecho con autonomía científica. No por nada se reconoce y valora la existencia de un órgano especializado en el Derecho indiano. Este Derecho era querido y valorado por muchos americanos. Tenía incluso el privilegio de gozar de cuerpos legales exclusivos y especiales, como la Recopilación de Leyes de Indias y el fallido Código Carolino.

7. Respuesta de las actas a las preguntas antes citadas. Consideraciones finales

Las causas de la crisis y caída de la monarquía múltiple son muchísimas y admiten distintas lecturas, atendida la disciplina y la óptica desde que se la mire. Desde la historiografía jurídica sería necesario profundizar en el Derecho indiano tanto como ordenamiento jurídico sujeto a cambio, así como también en cuanto Derecho propio frente a dos derechos “comunes”: el peninsular y el constitucional.

Las Cortes fueron un foro en el que se ventilaron muchos de los problemas que después sacudirían a todo el mundo hispanoparlante. El nivel de discusión fue alto, aunque no queda del todo claro cuánto eco tuvo en el resto de la monarquía. Al parecer, si permitió mostrar que entre ambos continentes había tradiciones jurídicas en algunos aspectos similares y en otros no. Por

ello la unificación jurídica fue un desvarío⁶¹. Quizás uno de los errores fue no entender que la igualdad como principio jurídico admitía otro tipo de interpretaciones distintas de aquella propuesta por el primer constitucionalismo.

La eventual falta de comprensión acerca de este punto contribuyó a desmoronar la monarquía. Decidoras son las palabras proferidas el día 30 de enero de 1811 por el diputado Esteban. Los fundamentos del imperio eran las leyes, la obediencia, el respeto y el monarca.

El último faltaba y el primero fue mal entendido. No había un solo ordenamiento jurídico ni una sola tradición jurídica. Tal error muestra que la uniformización jurídica, tan cara a los Borbones y al nuevo constitucionalismo, encontró en el Derecho indiano un óbice difícil de superar.

Importante es rescatar que la imagen del Derecho indiano en las Cortes es la de un ordenamiento jurídico vivo, sujeto a cambios, de una construcción sólida y en condiciones de aportar ideas, instituciones y argumentos al debate constitucional. Sirvió para defender intereses. Mostró capacidad para repensarse y reformarse a sí mismo. El Derecho indiano que se desprende de las actas de las Cortes puede ser estudiado en cuanto ordenamiento jurídico y en cuanto cultura jurídica.

Muchas de las discusiones indianas, como la representación de los indígenas o el estatuto especial del aborigen fueron posteriormente revisadas y reformadas por los derechos patrios. Sólo un estudio pormenorizado de estas podrá dar luces acerca de cuánto de ese nuevo Derecho indiano tuvo eco más allá del fallido proyecto gaditano.

⁶¹ JOSÉ MARÍA QUEIPÓ DE LLANOS, *Historia del Levantamiento, Guerra y Revolución de España, por el excelentísimo Conde De Toreno*, Madrid, Manuel Rivadeneira. Impresor- Editor, 1872, p. 393.

LA SUPERVIVENCIA DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL EN
NUESTRO DERECHO ARGENTINO EN LA OBRA DOCTRINARIA DE
SALVADOR DE LA COLINA

THE SURVIVAL OF PROCEDURAL SPANISH LAW IN OUR
ARGENTINIAN LAW IN SALVADOR DE LA COLINA'S DOCTRINAL
WORK

LUIS MAXIMILIANO ZARAZAGA

*Universidad Católica de Córdoba y Universidad Nacional de Córdoba
(Argentina)*

lzarazaga2@gmail.com

Resumen: El Derecho de España en materia Procesal, sobrevive hasta la actualidad en numerosos códigos procesales vigentes en Argentina y demás países latinoamericanos.

El objeto de este trabajo es demostrar, cómo a pesar de la aparición del Derecho Procesal Científico a mediados del Siglo XIX, el derecho Procesal Español continua vigente en diferentes obras de doctrina realizadas para la práctica forense.

Puntualmente en este estudio, se analizará la obra del Dr. Salvador de la Colina, reconocido jurista argentino de principios del Siglo XX.

Palabras clave: procesal, derecho procesal, supervivencia, Argentina, derecho argentino, Salvador de la Colina.

Abstract: Spanish procedural law still survives in the valid procedural codices in Argentina and other Latin American countries.

The aim of this work is to show how, despite the appearance of scientific procedural law in the mid-nineteenth century, Spanish procedural law is still valid in different works about legal practice by various authors.

The work of Dr. Salvador de la Colina, a renowned Argentinian jurist from early 20th century will be analyzed.

Keywords: procedure, procedural law, survival, Argentina, argentinian law, Salvador de la Colina.

Sumario: 1. Introducción: El Derecho Español. 1.1. Partida III. 1.2. La Novísima Recopilación de las Leyes de España. 2. Supervivencia del Derecho Español en nuestro Derecho Patrio. 2.1. Reglamentos de Justicia. 2.2. Codificación Procesal. 2.3. Los Prácticos. 2.4. Codificación Española. 2.5. Escritos Jurídicos. 2.6. La Ciencia Procesal. 3. Salvador De La Colina. 3.1. Resumen Biográfico. 3.2. La Obra de De La Colina. 4. Conclusión.

1. Introducción: El Derecho Español

La partida III y la Novísima Recopilación, la Recopilación de 1680 y los Prácticos Españoles e indianos, tienen supervivencia en nuestro derecho hasta la actualidad.

1.1. Partida III

Con referencia a la Partida III, la edición que se ha tenido en cuenta a los fines del presente trabajo es la de Gregorio Lopez, autorizada por la Reina Doña Juana por real cédula del 7 de Diciembre de 1555 que fue de aplicación en América, superviviendo hasta nuestros días como fuente indirecta del Derecho.

1.2. La Novísima Recopilación de las Leyes de España

La Novísima Recopilación de las Leyes de España, publicada en 1805, es una recopilación del derecho castellano y español, realizada por Juan del Reguera y Valdelomar.

Sintéticamente, en el libro once de dicha recopilación “DE LOS JUICIOS CIVILES ORDINARIOS Y EXECUTIVOS” se encuentran legislados todos aspectos de las relaciones procesales.

Estos ordenamientos, la Partida III y La Novísima Recopilación que tuvieron y tienen supervivencia en nuestro Derecho Procesal Civil tanto en la legislación (códigos de procedimiento) como en la doctrina, y en el caso de este análisis, en la obra de Salvador De La Colina.

2. Supervivencia del Derecho Español en nuestro Derecho Patrio

2.1. Reglamentos de Justicia

El reglamento de Administración de Justicia del 6 de Septiembre de 1813 fue una innovación dentro del Derecho, porque implicó la adaptación del sistema procesal al nuevo régimen político.

Allí se encuentran una serie de artículos en donde se luce patentemente la supervivencia del Derecho Español, que en aras a la brevedad no describo,

y que se encuentra muy bien desarrollada en el trabajo del Dr. Roberto Daniel Nuñez *La asamblea del año XXIII y la organización judicial*, publicada en el Boletín Informativo del Instituto de Derecho Constitucional y Político de la Universidad de la Plata.

El 3 de diciembre de 1817 se logró la sanción del “Reglamento provisorio sancionado por el Soberano Congreso de las Provincias Unidas de Sud-América, para la dirección y administración del Estado (1817)” que en su Sección IV del Poder Judicial con claridad puede verse la supervivencia de lo establecido en la partida III.

2.2. Codificación Procesal

En toda la codificación procesal, que se da a finales del Siglo XIX, en el caso de Córdoba, la ley de enjuiciamientos civiles de 1875, los Códigos Procesales de 1882 y 1896 se encuentra el reflejo del Derecho Español.

Lo dicho, puede verse claramente en el análisis de la llamada ley 50.

Dicha ley fue dictada el 25 de Agosto de 1863, y crea el procedimiento ante los tribunales nacionales, de su simple lectura pueden notarse claras referencias a los ordenamientos españoles reseñados previamente.

2.3. Los Prácticos

Existen varias obras dignas de ser mencionadas donde se luce con claridad la aplicación del derecho procesal Español en América. Entre ellos podemos nombrar, por ejemplo, libros que tuvieron fundamental importancia dentro de los Prácticos, como por ejemplo la Curia Philipica de Juan Hevia Bolaños que fue publicado por primera vez en Lima en el año 1603 y que tuvo amplia difusión en España y en América¹.

También, la obra “El Prontuario de los Juicios: su orden y sustanciación e incidencias” elaborado en 1782 por el abogado de la Real Audiencia de Charcas Francisco Gutiérrez de Escobar, que fue utilizado en Ecuador, Chile, en Argentina (sobre todo por el Dr. Mariano Moreno), Perú, Bolivia.

Otras obras a nombrar, con trascendencia en España –y su codificación– y de amplia utilización en América son: “Práctica universal forense de los

¹ JUAN HEVIA BOLAÑOS, *Curia Phillipica*, Madrid, Editorial Oficina de Ramón Ruiz, 1797.

tribunales de España y de las Indias”(Elizondo, Francisco Antonio Madrid 1770 8 tomos 3 Ed), “Instrucción política y práctica judicial, etc.”(Villadiego Vascañana y Montoya, Alonso de; Madrid 1612), “Instrucciones práctica de los juicios civiles” (Conde la Cañada de Acedo Rico Juan (Madrid 1793 7 ed).

Tres obras realizadas en nuestro suelo, con amplia difusión y reconocimiento en toda America fueron el “Prontuario de Practica Forense” de Manuel Antonio de Castro, publicada en 1833 y el “Tratado del Procedimiento” de Miguel Esteves Sagui del año 1850, “Curso de procedimientos en materia civil y comercial” de 1865 Antonio E. Malaver. En esas obras, luce la supervivencia del derecho español.

También es importante mencionar la obra “Librería de Escribanos o Instrucción Jurídica teórica-practica de principiantes” de José Febrero Bermúdez, cuya primera edición data de 1769, también tuvo una amplia difusión tanto en España como en América, y el libro “Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos” elaborado por Eugenio Tapia y publicado en 1828.

Ya en el Siglo XX, se pueden mencionar como demostrativas de la supervivencia del derecho español las obras de los Dres. Casarino (Procedimientos judiciales, 1917) y Parody (Derecho procesal argentino, comentarios al código de Santa Fe, 1912) y Salvador de la Colina (Derecho y legislación procesal, 1909 y 1915), en quien se pondrá el eje en el presente estudio.

2.4. Codificación Española

En España la codificación, con fuerte influencia de la Partida III y de la Novísima Recopilación, comienza con la “ley de Enjuiciamiento de comercio Española de 1830”, aunque no se daba en materia civil una codificación definitiva.

El primer intento de codificaciones, lo dará José de Castro y Orozco, Marqués de Gerona, en su famosa “Instrucción del Procedimiento Civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria” del año 1853.

En la exposición de motivos, el Marques de Gerona se refería a que la falta de codificación traía: “que los litigios y reclamaciones jurídicas son hoy el espanto y la ruina de muchas familias, son un manantial perenne de escándalos, son la muerte de la justicia misma.” Lo importante de la obra del Marques es que establece, que un código debe tratar primeramente todo lo referido a la competencia y actuación de los tribunales, en el segundo aspecto describir todo lo que se da en el proceso de la demanda, la prueba, alegato e impugnaciones, en un tercer aspecto los juicios específicos, que

los divide en ordinarios de mayor cuantía, ordinarios de menor cuantía y verbal, y que los clasifica dentro de los juicios contenciosos y luego los especiales, y por último los actos de jurisdicción voluntaria, estableciendo así la metodología para la construcción de los códigos de procedimientos civiles, reflejada en las posteriores leyes de enjuiciamiento españolas y también en nuestro código.

Recién en España en el año 1855 por el Real Decreto del 3 de Febrero se promulga la ley de enjuiciamientos civiles cuyo autor es José Vicente Carabante y Cabezas cuya metodología sigue actualmente nuestro Código de Procedimiento de Córdoba.

Luego, en 1881 se promulga la ley de enjuiciamientos civiles vigente con algunas reformas hasta el 8 de enero de 2001, cuyo autor es José María Manresa y Navarro.

Este ordenamiento, que sigue la metodología impuesta por el Marques de Gerona, se divide en tres partes: disposiciones comunes a la jurisdicción voluntaria, disposiciones que regulan los procedimientos que son propios a la jurisdicción contenciosa, y disposiciones que se refieren a los actos de jurisdicción voluntaria, método que siguen muchos códigos de procedimiento argentinos en la actualidad.

Tanto en el derecho Español como el derecho procesal Argentino en esta etapa, se lo ve al derecho Procesal como un mero trámite, como una cuestión accesoria al derecho sustancial, y como diría el Dr. De la Rúa, las dos caras de una misma moneda.

Es decir, que no se encuentra todavía la influencia del derecho procesal científico de la escuela alemana.

2.5. Escritos Jurídicos

Como ya me he referido en anteriores congresos de Derecho Indiano, a la supervivencia de los escritos del derecho español en los escritos forenses del Codificador, también en un breve repaso que tuvo Córdoba y codificadores del derecho procesal como fueron Rafael García, Justino Cesar, José del Viso, Jerónimo Cortez, Clemente Villada, encontramos abundante referencia a la partida III y al libro XI de la novísima recopilación y a los prácticos españoles y locales a los que me he referido previamente, y a los que en aras a la brevedad no transcribo, ya que el objeto del trabajo es referirme a la obra de De la Colina.

2.6. *La Ciencia Procesal*

El gran avance del derecho procesal se produce en Alemania cuando Bernardo Windscheid quien en 1856 escribe la *Acción del Derecho Romano* desde el punto de vista Moderno, donde se refiere a la *actio* y a la *klas*, despegándose así del derecho sustancial y sobretodo de Savigny que decía que la “acción es el derecho en pie de guerra”.

Lo importante de esto es la réplica que le realiza en su momento Teodoro Muther, en donde se tipifica bien que el Derecho Procesal tiene método propio, objetivo propio, instituciones propias, apartadas de lo que se había tenido hasta ese momento de considerar a la acción como un aspecto del derecho sustancial y que, el derecho procesal dejaba de ser un derecho accesorio del derecho sustantivo.

A esto se agrega el trabajo de Degenkolb, el de Von Bulow, Wach que marcan el nacimiento del Derecho Procesal Científico, que en el derecho italiano lo desarrolla Giuseppe Chiovenda.

Este derecho científico no va a influir en el derecho procesal argentino sino recién a través de Tomas Jofré a mediados del Siglo XX, ni tampoco en el derecho español.

3. **Salvador de la Colina**

3.1. *Resumen biográfico*

Salvador de la Colina fue un destacado jurista argentino, nacido en la provincia La Rioja el 19 de Septiembre de 1851.

Se casa con Evelina Ocampo, perteneciente a una familia destacada de la misma ciudad. De la Colina, como casi todos sus coterráneos por su proximidad, estudia Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y luego ejerce su profesión en la Provincias de Catamarca y La Rioja. A raíz de su paso a través de esas provincias escribe una obra que no está dentro del ámbito de lo jurídico, pero es de interesante conocimiento, llamada “Crónicas de Riojanas y Catamarqueñas” donde describe la sociedad de esa época en esas provincias, y la dura vida de sus habitantes en esa época.

El Dr. De la Colina se destacó en el ámbito académico, siendo profesor Universidad de La Plata (Provincia de Buenos Aires) y fundador de la Cátedra

de Derecho Procesal Civil, Académico de la Facultad de Ciencia Jurídica y social, y miembro del consejo superior de la Universidad de la Plata.

También fue un hombre destacado en el ámbito profesional y político, ya que fue Presidente de la Corte Suprema de Catamarca, Convencional Constituyente, Ministro de Gobierno de Catamarca, Fiscal Federal, Ministro de gobierno de Vicente Almonacid y Almandoz en la Rioja y gobernador delegado ex presidente de la legislatura de la rioja.

El Dr. De la Colina muere el 29 de Febrero de 1922.

3.2. *La obra de De la Colina*

El Libro de Salvador de la Colina se tituló “Derecho y Legislación Procesal” y tuvo dos ediciones en 1909 y 1915, la segunda editada por Librería Nacional J. La Juane & cía. Editores, que es la utilizada para el presente trabajo.

La obra consta de dos tomos, el primero habla sobre las disposiciones comunes que regulan la jurisdicción voluntaria y contenciosa refiriéndose a la autoridad judicial, a la jurisdicción, a la competencia y a los tribunales y las diferentes instancias, a los jueces –como se deben nombrar y sus incompatibilidades– a la recusación y excusación, y a los funcionarios del poder judicial, abogados y procuradores. En esta primera parte también se ocupa de los litigantes, de los tipos de acciones, de las competencias absolutas y relativas y de los árbitros.

Como vemos, en líneas generales, en la distribución metodológica sigue el método de la ley de enjuiciamientos civiles de 1855 y 1881 y las instrucciones del Marqués de Gerona.

En esta primera parte, encontramos primero la influencia del Derecho Español, y por otro lado la influencia del Derecho Francés, así encontramos a Aubry e Rau, Glasson, Mourlon, y por supuesto las citas de la partida III y de la Novísima Recopilación y de la Recopilación de 1680, de Febrero, etc.

Con referencia a la jurisdicción eclesiástica, se encuentran citas de Escriche y también las citas de autores nacionales como Malaver, Joaquín V. Gonzalez, Garsonnet, de Rafael García.

Con referencia a las impugnaciones que trata muy periféricamente, ya que a las mismas se narrarán en el Tomo II, hace la distinción entre el Recurso de Casación y el Recurso de Revisión, agregando que no toma al recurso de revisión en razón de que el mismo atenta contra la seguridad jurídica, apartándose de lo dispuesto en la ley de enjuiciamiento civiles de 1855 y 1881 que hacen la distinción entre Casación (por vicios internos en el proceso) y

revisión por vicios externos que anulan la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada.

En general, en ese primer libro se encuentran numerosas citas de las Partidas, como por ejemplo en la obra cuando al tratar la jurisdicción dice²: “los jueces son puestos para mandar e fazer el derecho, es decir para declarar y realizar derechos”³.

Al discurrir sobre la feria judicial, dice “estas interrupciones de las tareas judiciales que antes se acordaban para atender a las cosechas, por ser pan e vino los frutos de la tierra que los homes mas aprovechan” (ley 37 título II partida III) a lo que agrega De la Colina, “tiene por objeto proporcionar a Magistrados y abogados un justo y legitimo reposo en el seno del hogar y de la amistad”⁴.

También la obra agrega como justificación de la feria, que la misma queda a la discrecionalidad del tribunal, con la cita de las partidas “por razón de que algunas tierras hi ha que son frías et otras calientes de natura”⁵, citando la ley 37 título 2 Partida III.

Luego dentro del mismo tema, “preferible es como sucedía anteriormente que en cada departamento de feria quedara uno de los vocales con las atribuciones de Cámara” con cita de la Ley 139 título 15 libro 2 Recopilación de indias⁶.

Al referirse a las instancias dice: “Verdad es que se vicia la institución convirtiendo en parte al recurso de Casación en una otra instancia, pero nada importa el rigorismo doctrinario ante las consideraciones de orden práctico, que nunca deben perderse de vista. Se trata de una materia, antes que científica, experimental”.

En cuanto a la Casación, al referirse al término “doctrina legal” admitida por la jurisprudencia, cita la ley 5 título 2 partida I, que tiene por establecida una costumbre “si se la acepto durante 10 o 20 años y con arreglo a ellas se pronunciaron en ese periodo 30 juicios arriba” a lo que agrega el comentario de Gregorio López que dice: “fundado en esta ley, muchos autores sostienen que para que se repunte haber jurisprudencia sobre un punto, se precisa el numero indicado de fallos; mientras que otros con la autoridad de Gregorio Lopez son de parecer que bastan dos sentencias en igual sentido”⁷.

² LEY I TÍTULO IV PARTIDA III.

³ SALVADOR DE LA COLINA, *Derecho y Legislación Procesal*, Segunda Edición por Librería Nacional J. La Juane & cía. Editores, t. I, 1915, p. 26.

⁴ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. I, p. 56.

⁵ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. I, p. 57.

⁶ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 58.

⁷ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 92 y 93.

Más adelante, referido a la venta de oficios, refiriéndose a los funcionarios judiciales y citando la ley 3 título 16 libro 10 de la Novísima Recopilación “en España no podían venderse los oficios de jurisdicción. Cita a Solorzano Pereyra diciendo: “de los oficios municipales el único que no se vendía era el de alcalde, porque sus funciones son esencialmente judiciales, y Solorzano repite con Alejandro Severo: que “si el juez comprase su título, sería natural que después vendiese su justicia”⁸.

Luego al hablar del nombramiento de los jueces, cita el derecho de los príncipes para el nombramiento de los jueces, citando la ley 2 título 4 de la partida III⁹.

Refiriéndose a los magistrados que deben residir en el lugar donde ejercen sus funciones, establecen que a esto lo toman de la ley 7 título 4 partida III que prevenían a los jueces que no se deben apartar “nin ascondarse en sus casas nin otros logares do no los podiesen hallar los querellosos”.

Por último, refiriéndose en esta parte a la conducta del juez, dice de la Colina que las Partidas resumen las bondades del juez en estas palabras “que sean leales, de buena fama, est sin mala cobdicia” ley 3 Título IV partida III¹⁰.

En cuanto a las sentencias, afirma el autor que “no pueden por lo tanto, ser delegados en los secretarios, delegación más nociva que la de las antiguas leyes españolas, porque permiten a los delegados a obrar sin responsabilidad alguna, ley 1 título 4 partida III”¹¹.

Siguiendo con la conducta de los magistrados, la doctrina enunciada es también la de nuestras antiguas leyes, según las cuales el juez no era pasible de penas ni de responsabilidades si sus yerros no eran dolorosos, o no provenían de manifiesto desconocimiento del derecho. Otra cosa era cuando procedían de mala fe o juzgaban “torticeramente, por nescedad o por no entender el derecho, pues entonces se les sujetaba a indemnizar el mal causado.” citando la ley 24 título 22 Partida III¹².

Refiriéndose a los funcionarios de la justicia, los traductores eran, pues en parte, encargados de la fe pública, y así lo consagraban las leyes antiguas, título 29 libro 2 de la Recopilación de Indias¹³.

⁸ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 118.

⁹ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 149.

¹¹ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 153.

¹² DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 161.

¹³ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 246.

Tampoco podían ser funcionarios judiciales las mujeres, diciendo que: “porque non est guisada nin honesta cosa que tomen oficio de varón, estando públicamente con los hombres para razonar por otri, porque cuando las mujeres pierden la vergüenza est cosa fuerte de oírlas o de contender con ellas” citando la ley 23 título 6 partida III.

Refiriéndose a este tema, y a la conducta del abogado “no se trabajara a sabiendas de abogar en ningún pleyto que sea mintroso o falso o de que entienda que no podrá haber bonacima” ley 13 título 6 partida III¹⁴.

Dice el autor, que para definir al abogado y al monopolio que estos tienen por sobre los demás ciudadanos, cita a las partidas diciendo: “sabidores del derecho o del fuero o de la costumbre de la tierra, porque lo hayan usado de grant tiempo”¹⁵ citando la ley 2 título 3 partida III.

Refiriéndose a la labor del abogado, dice de la Colina que la ley de la partida indica que la parte debe reconocer el trabajo del abogado en su pleito “cuando anda hilealmente”¹⁶ citando la ley 14 título 6 partida III.

Dice el Autor que la ley de partidas mira con horror al que traicionando a su cliente se pone al servicio del adversario, que manda “tal abogado como este debe morir como alevoso”¹⁷ citando la ley 15 título 3 Partida III.

Refiriéndose al respeto que debe tener el abogado dice que el juez debe ser sin dudas respetado, pero también el abogado “ca la sabiduría de los derechos es otra manera de caballería con que se quebrantan los atrevimientos est se enderezan los tuertos”¹⁸ citando la ley 3 título 2 partida II.

Afirma luego, que “son los homes bonos puestos para mandar est fazer derecho” citando la Ley 1 título IV partida III.

En cuanto a los procuradores, les admite la representación para responder por el ausente emplazado, pero debe rendir la caución llamada rato e grato o sea que el defendido ratificará lo hecho y quedará agradecido, citando la Ley 10 título 5 partida III.

Luego, en esta primera etapa de la Colina se refiere a otros aspectos como son las estadísticas, las publicaciones, la necesidad de codificación, etc.

Un aspecto importante para destacar en este primer tomo es el tratamiento del tema de las costas y autos para mejor proveer.

¹⁴ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 252.

¹⁵ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 254.

¹⁶ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 255.

¹⁷ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 259.

¹⁸ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 261.

En cuanto a las medidas para mejor proveer, dice que las únicas diligencias que serán lícitas para realizar de oficio, son las que tuvieran por objeto salvar dudas como lo declara la ley 2 título 22 partida III: “surjan de la prueba rendida por las partes”¹⁹.

En cuanto a las costas, dice el autor que antiguamente la imposición de costas al vencido tenía el carácter de una pena, y manifiesta: “los que maliciosamente sabiendo que no han derecho en la cosa que demandan mueven a sus contendores pleito..., esguisado que no sean sin pena, para que los otros se recelan de los fazer”²⁰ citando la Ley 8 título 22 partida III.

En el tomo II, trata sobre los juicios específicamente, y el Dr. de la Colina realiza numerosísimas citas a las Partidas entre las que podemos nombrar:

Al referirse sobre la Litis contestación, es decir, demanda y respuesta como el modo regular de empezar el juicio, citando la Ley 3, tit 10 Partida III “Comenzamiento et raie de todo pleyto sobre que debe ser dado juicio, es cuando entran en él por demándate por respuesta delante del judgador”²¹.

Así De la Colina, al referirse a las medidas preparatorias para saber a quién demandar o demandar correctamente, cita las partidas Ley 1, título 10, partida 3: “Así tratándose de demandar a un heredero en su calidad de tal, podía preguntársele si realmente lo era, o al presunto dueño de un animal que ha causado un perjuicio, si en efecto es suyo o lo tiene en su poder, o si es o no tenedor de la cosa que se quiere mandar, etc.”²².

En este título establece los requisitos que debe tener una demanda, que persisten en nuestros códigos de rito en la actualidad, es decir, que pide, por qué derecho y a quien. Para ello cita la Ley 40, título 2, Partida III: “A este propósito la ley de partida estableció que debían ser catadas cinco cosas”²³.

El autor manifiesta que, al demandar, debe indicarse la cosa demandada con exactitud a los fines de garantizar el derecho de defensa del demandado, y cita Leyes 1, 25 y 26, título 2, partida III: “Si se trata de un inmueble que debe indicar su ubicación, extensión, siquiera aproximada, y cuando menos dos de sus linderos. Para las casas en las ciudades hasta la indicación de la calle y número”²⁴.

¹⁹ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 401.

²⁰ DE LA COLINA, *op. cit.*, p. 407.

²¹ DE LA COLINA, *op. cit.*, t II, p. 5.

²² DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 6.

²³ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 11.

²⁴ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 12.

El Dr. De la Colina se refiere a la pluspetición inexcusable, situación bien conocida en nuestros tiempos, citando a las partidas en la Ley 42, título 2, partida III: “El actor no puede pedir más de lo que se le adeuda. El exceso que a este respecto comete se llama plus petitio, el que, como decía la ley de partida”²⁵.

Sigue diciendo en cuando a la pluspetición inexcusable citando a las Leyes 43 y 45, título 2, partida III. Ley 6, título 28, libro II, Nov Recopilación: “Otras leyes señalaban diferentes penas para el que de alguno de estos modos se excediere en su cobranza”²⁶.

Dice el autor al referirse sobre la acumulación de los juicios, citando a la Ley 7, título 10, partida III:

Si son varias las personas y piden cosas diversas, aunque con un solo título, no es posible la acumulación, porque entonces hay varios actores y el código, siguiendo la tradición de la ley de partida, lo que permite es acumular las acciones que tenga un mismo actor²⁷.

El autor manifiesta que la contestación es esencial para establecer el tema decidendum y garantizar el derecho de defensa, y dice que “Nadie debe ser condenado sin ser oído o puesto en condiciones de oírse por medio del emplazamiento” y luego cita a Ley 15, título 22, y ley 26, partida III: “Si bien podía no ser expresa. La tática resultaba del silencio guardado por el demandado”²⁸.

Establece que con la demanda y la contestación queda trabado el pleito, y cita a la ley III, título 10, partida III: “Comenzamiento et raiz de todo pleyto es cuando entran en él por demanda et por respuesta delante del judgador”²⁹, quedando reconocida y fijada la competencia del juez en cuanto a lo discutido en el proceso.

El autor dice siguiendo el lineamiento fijado en el Derecho Romano y en el Derecho Español, establece que la demanda interrumpe la prescripción liberatoria, y cita Ley 29, título 29, partida III: “Por derecho español, era solo necesario el emplazamiento”³⁰.

Manifiesta el Dr. de la Colina, refiriéndose a la excepción de arraigo, cuando se trata de personas extranjeras, exigiéndoles una fianza para litigar,

²⁵ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 13.

²⁶ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 13.

²⁷ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 19.

²⁸ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 21.

²⁹ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 32.

³⁰ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 33.

lineamiento que subsiste en el código de procedimientos de Córdoba, cita la Ley 42, título 2, partida III: “Sin ser admisible la caución juratoria que aún bajo el imperio de las leyes que la permitían”³¹.

El Dr. de la Colina refiere a que la ley define lo que es la prueba, citando la Ley 1, título 14, partida III: “Muchas definiciones se han dado de la prueba desde la ley de partida, según la que es el averiguamiento que se hace en juicio en razón de alguna cosa dudosa”³². A lo que De la Colina acota que “diré a mi vez teniendo presente las palabras del codificador, que prueba es el establecimiento de la verdad de un hecho contestado de que depende el derecho alegado”.

Acá se refiere a la prueba tacha de los testigos, diciendo que será apreciada conforme al prudente arbitrio del juez, trayendo la cita de la Ley 33, título 6, partida III, “la fuerza probatoria no dependerá del número de testigos si no de la prudente apreciación del juez”³³.

El doctrinario refiere a la negativa de la firma, citando las Leyes 110 y 118, título 18, partida III: “Por no haberse nunca juzgado perfecta esta prueba, las leyes antiguas dejaron al arbitrio del juez aceptarla o repudiarla, como lo entendiera justo y derecho en su corazón; ca a las vegadas hace desemejar las letras los variamientos de los tiempos en que son fechas, o el mandamiento de la tinta, o de la péñola”³⁴.

De la Colina, discrepando con las partidas dice: “El número de testigos no debe ser tan crecido que abulte con piezas inútiles el proceso, ni tan reducido que afecte la defensa. La ley de partida permitía la presentación de doce” y luego cita la Ley 23, título 16, partida III³⁵.

Corroborando los lineamientos del Derecho Romano y de las Partidas, dice el Dr. de La Colina: “Para las antiguas leyes, que habían adoptado la máxima testis unus, testis nultus, no había plena prueba de testigos si no se reunía la conformidad de dos al menos”³⁶, citando la Ley 32, título 16, Partida III.

Citando la Ley 8, título 16, Partida III dice el autor: “Otras veces las reglas cambian con las costumbres y las ideas de cada época, como la de la ley de partida, que repudiaba el testimonio del heredaje, moro o judío, y de la mujer que anduviese a semejanza de varón”³⁷.

³¹ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 42.

³² DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 51.

³³ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 52.

³⁴ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 84.

³⁵ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 97.

³⁶ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 105.

³⁷ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 106.

Manifiesta el autor al referirse sobre la legislación sobre el juramento:

El actual lo legisla separándose fundamentalmente de las leyes francesas y españolas. En la primera, el litigante a que se defiere el juramento está obligado a prestarlo o deferirlo a su vez al adversario; porque si éste quiere que la cuestión se resuelva como caso de conciencia, no puede quejarse de que sea la suya la interpelada

y cita la Ley 2, título 2, Partida III: “Ca non est guisado que aquello quel escogió por que se librase el pleyto, que lo él pueda desechar, como dicen las partidas”³⁸.

Dice el autor sobre la eficacia probatoria de las presunciones que dependen de la apreciación de los jueces: “La ley de partida cita como modelo de prueba conjetural la que sirvió de fundamento al fallo bíblico que mandó dividir un niño entre las dos mujeres que lo reclamaban como madres”³⁹, citando la Ley 8, título 14, Partida III.

Menciona De la Colina que “Tampoco obsta a la reparación en cualquier momento de los errores puramente numéricos, como si el juez condenase al demandado a pagar cien maravedís por un lado y cincuenta por otro, y dijese que eran doscientos”: y allí cita la Ley 19, título 22, Partida III: “tal juicio non debe valer simon en los ciento et cincuenta maravedís, et non en la demis que fue hi acrecido por yerro de cuenta”⁴⁰.

Dice el Autor que “Era permitido por las antiguas leyes revocar de oficio las providencias dictadas durante la secuela de la causa” citando Ley 2, título 22, Partida III ⁴¹, situación que tiene reflejo directo en la legislación procesal actual.

De la Colina se hace eco del hecho que la doctrina, en esa época es repudiada ya que la misión de los jueces se reduce a decidir lo que por ante ellos se reclama.

Dice el autor: “Una ley de partida permitía solicitar la nulidad de la sentencia, entre el mismo juez que la dictó, hasta veinte años de su publicación”⁴², citando la Ley 2, título 26, Partida III.

³⁸ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 111.

³⁹ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 116.

⁴⁰ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 136.

⁴¹ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 161.

⁴² DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 163.

Manifiesta De la Colina: “Pueden también apelar los que de alguna manera están interesados en el litigio, por la pro et el daño que les viniese de aquel juicio, como dice la ley de partida”⁴³, citando la Ley 4, título 23, Partida III.

El autor comenta que “Es natural que la rebeldía no cause perjuicio al que ha tenido justa causa para no comparecer, y de ahí la necesidad del recurso de rescisión”⁴⁴, siguiendo lo dispuesto en las Leyes 2, 6 y II, título 7, Partida III, ya que la defensa es un derecho natural e inviolable.

Expone el autor al referirse sobre la citación de evicción que “El código anterior de procedimientos nada establecía sobre este punto, por lo que se aplicaba la antigua ley española, según la que la citación podrá tener lugar hasta la publicación de probanzas, es decir, hasta pasado el término probatorio y antes de los alegatos”⁴⁵, de acuerdo a Ley 32, título 5, partida 5.

“En el procedimiento antiguo no era necesaria la tercería para el levantamiento de un embargo, si el que solicitaba esta medida acreditaba incontinenti con escritura o testigos que los bienes le pertenecían”⁴⁶, citando a Ley 6, título 27, Partida III, y esto de la Colina comenta que ha cambiado en sus tiempos.

El Dr. de la Colina se refería a la medida cautelar y su protección: “Las antiguas leyes no sólo prohibían las innovaciones sobre la cosa litigiosa, sino que las castigaban”⁴⁷, remitiendo a lo establecido en las Leyes 13 y 14, título 7, partida III.

De la Colina, citando la Ley 70, título 26, libro 9, R.I refiere a que “Las leyes españolas autorizaban el embargo del viaje”⁴⁸, cosa que subsistía en el Código Procesal de la Provincia de Santa Fe.

En cuanto a la ejecución de sentencia, dice el autor: “Si la sentencia contiene condenación al pago de cantidad líquida o que pueda liquidarse por simples operaciones aritméticas sobre base que ella misma determine”⁴⁹, todo de acuerdo Ley 19, título 22, Partida III.

Al hablar de los interdictos, de la Colina, cita a las Partidas y acota que no basta la simple manifestación de un extraño de ser propietario del inmueble o las intimaciones de ser reconocidos como tal para interponer la acción

⁴³ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 169.

⁴⁴ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 196.

⁴⁵ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 214.

⁴⁶ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 220.

⁴⁷ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 221.

⁴⁸ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 233.

⁴⁹ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 302.

de turbación de la posesión. Y dice: “La turbación debe tener lugar por medio de actos materiales. No bastan las simples manifestaciones de un extraño de ser propietario del inmueble, o las intimaciones para ser reconocido como tal”⁵⁰, citando las Leyes 29 y 30, título 2 Partida III.

En cuanto al concurso de acreedores, el autor dice que, conforme a lo establecido en las Leyes 5 y 6, título 5, Partida III: “En la misma junta podrá el deudor, conforme con las tradiciones que nos legó la legislación española, solicitar arreglos con sus acreedores o pedir quitas y esperas”⁵¹.

4. Conclusión

A lo largo de este trabajo se demuestran dos cosas. La primera, la supervivencia del Derecho Español en la doctrina, y particularmente en este caso en el trabajo del Dr. Salvador de la Colina.

La segunda, que la mencionada supervivencia se da hasta el día de hoy, en nuestros códigos de procedimientos en la Argentina, como se ha ido reseñando en diferentes puntos a lo largo del trabajo.

En cuanto a la Escuela Científica Alemana, vemos que es completamente ignorada por estos autores, y recién entra en nuestra tierra de la mano de los autores italianos como Giuseppe Chiovenda a través del Dr. Tomás Jofré, cuestión que será motivo de ulteriores investigaciones.

⁵⁰ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 311.

⁵¹ DE LA COLINA, *op. cit.*, t. II, p. 343.

El Derecho Indiano en el siglo XIX: derecho civil y público
y constitucionalismo moderno

LA PERSISTENCIA DE LA CULTURA JURÍDICA INDIANA EN
UN SIGNIFICATIVO DEBATE PORTEÑO DE 1838 SOBRE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA ARGENTINA INDEPENDIENTE

THE PERSISTENCE OF COLONIAL LEGAL CULTURE IN A
SIGNIFICANT DEBATE ON JUSTICE ADMINISTRATION IN
INDEPENDENT ARGENTINA (BUENOS AIRES, 1838)

EZEQUIEL ABÁSULO

Universidad Católica Argentina (Argentina)

ezequielasolo@gmail.com

Resumen: Considerando como fuente primaria de reflexión los diarios de sesiones de la legislatura porteña de 1838, el autor recrea, con motivo de los debates suscitados en torno de la propuesta de instauración de un Tribunal de Recursos Extraordinarios en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, un significativo momento en el itinerario del proceso argentino de pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX. Al respecto, entiende que este episodio ofrece una valiosa oportunidad para constatar y someter a escrutinio el marco teórico que propuso en *Bastante más que 'degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud'*. *Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la Cultura Jurídica Indiana durante el siglo XIX* (Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Indiano, 2015).

Palabras clave: derecho indiano, Argentina, pervivencia, siglo XIX, cultura jurídica, administración de justicia.

Abstract: Focusing on the Buenos Aires legislative session of 1838, the author recreates, on the occasion of the debates about the proposal to establish a Court of Extraordinary Appeals in these provinces, a significant moment along the path of the process of preserving Argentine colonial legal culture during the nineteenth century. In this regard, this episode offers a valuable opportunity to verify and scrutinize the proposed theoretical framework in *Bastante más que 'degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud'*. *Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la Cultura Jurídica Indiana durante el siglo XIX* (Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Indiano, 2015).

Keywords: colonial law, Argentina, legal persistence, 19th century, legal culture, justice administration.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los debates porteños de 1838 insertos en el entramado de la pervivencia de la jurídica indiana. 3. La crisis de la administración de justicia bonaerense como fundamento de los proyectos sometidos a discusión. 4. Los debates, reflejo de la subsistencia de añejos criterios argumentales. 5 Consideraciones finales.

1. Introducción

A partir de la compulsa del *Diario de Sesiones* de la legislatura porteña de 1838 en tanto que fuente de indagación primaria, aquí me detengo en el examen de los debates suscitados en torno de la propuesta de instauración de un Tribunal de Recursos Extraordinarios en el ámbito de la provincia de Buenos Aires. La discusión se extendió a lo largo de más de veinte sesiones, las cuales tuvieron lugar entre el 7 de marzo de 1838 y el 5 de diciembre del mismo año. Durante el curso de las mismas destacados exponentes del oficialismo rosista bonaerense –vinculados con el foro, con la magistratura judicial, con el comercio, y con las actividades ganadera y militar–, contendieron entre sí y con harta sinceridad, sobre el presente y el futuro de la administración de justicia local. Tengo para mí que en dichas sesiones –cuyo desarrollo hace algún tiempo fue sometido a parcial análisis, desde otra perspectiva, por Víctor Tau Anzoátegui¹– se exhibieron significativas expresiones intelectuales, propias del itinerario de la pervivencia argentina de la cultura jurídica hispánica. Se trató de manifestaciones que, por una parte, nos ayudan a delimitar mejor los contornos *esenciales* de una juridicidad indiana imbricada en una compleja estructura de ideas y de creencias y, por otra, nos incitan a meditar críticamente sobre el fenómeno de la pervivencia, en tanto que exteriorización de una fase de agotamiento, adaptación y superación de ciertos paradigmas estructurales de la argumentación jurídica hispanoamericana. De este modo, el producto de la referida oratoria parlamentaria me ofrece una interesante oportunidad para contrastar y someter a escrutinio el marco teórico que propuse en cuanto al fenómeno de la ultraactividad de los elementos jurídicos pretéritos, conforme con el cual,

a partir de los abundantes testimonios que me proporcionan el uso de las normas y de la cultura jurídica indiana en Sudamérica durante el período nacional, me inclino a distinguir al menos tres aspectos diferentes de la proyección de lo indiano. Me refiero a continuidad, incrustación y pervivencia. Así, por continuidad entiendo una prolongación más o menos estéril, carente de pretensiones de legitimidad, y generalmente rechazada desde el discurso formal y consciente que sostengan los operadores del derecho. Vale decir que se trataría de una continuación más bien mortecina del pretérito jurídico, mantenida antes por hábito que por convicción, expresión de rutinas, e incluso de la misma incuria, ante la imposibilidad o dificultad por

¹ Cfr. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La administración de justicia en las provincias argentinas (1820-1853)”, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 1, Buenos Aires, 1973.

sustituir el legado proveniente del pasado. Incrustación, por su parte, sería la presencia aislada y descontextuada de los elementos indianos, sea como recurso legitimador, o como mero expediente de elegancia erudita, en un ambiente completamente dominado por la cultura de la codificación. Un caso paradigmático del empleo legitimante del pasado lo encuentro, entre otros muchos posibles, en la estrategia justificadora del pretendido derecho nacional a ejercer el Patronato eclesiástico practicada a comienzos del siglo XX. Pervivencia no es ni continuidad, ni mera incrustación. Es otra cosa. Consiste en una prolongación activa y en ocasiones, creativa, de las antiguas modalidades articulantes de las experiencias jurídicas –sobre todo en el plano de su concepción y organización–, en un contexto de creciente hostigamiento provocado por otra cultura jurídica en ascenso y teñida de pretensiones de sustitución².

2. Los debates porteños de 1838 insertos en el entramado de la pervivencia de la jurídica indiana

Como ya lo anticipé arriba, el 7 de marzo de 1838 comenzó a tratarse en la legislatura bonaerense un proyecto relativo a la instauración en la provincia de un Tribunal de Recursos Extraordinarios. Al respecto, cabe recordar que años antes, mediante decreto de 20 de octubre de 1829, Buenos Aires había suprimido la vigencia del recurso de nulidad e injusticia notoria³, experiencia que tiene algún paralelismo con el proceso de eliminación de dicho recurso en la España del siglo XIX, asunto que ha sido explicado con erudición y detalle por Miguel Pino Abad⁴.

Volviendo al Buenos Aires de 1838, cabe referir ahora que Agustín Garrigós –un diputado lego, que desde 1830 se venía desempeñando como Oficial Mayor del Ministerio de Gobierno de la provincia⁵–, sostuvo el 7 de marzo de

² Cfr. EZEQUIEL ABÁSULO, *Bastante más que 'degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud'. Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la Cultura Jurídica Indiana durante el siglo XIX*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Indiano, 2015, pp. 11 y 12.

³ Cfr. *Diario de Sesiones de la Honorable Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires* [en adelante *DSHJRBA*], núm. 586, 7 de marzo de 1838, p. 15.

⁴ Cfr. MIGUEL PINO ABAD, “El recurso de injusticia notoria (1700-1868)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXX, 2010, p. 664.

⁵ Salvo referencia en contrario, los datos biográficos de los legisladores bonaerenses mencionados en este trabajo han sido tomados de VICENTE OSVALDO CUTOLO, *Nuevo diccionario biográfico argentino (1750-1930)*, Editorial Elche, 1968.

ese año que el asunto de la decisión de los recursos extraordinarios era “de la mayor importancia”, y que su resolución debía ser “sobremanera urgente, porque de ella depende la terminación de innumerables litigios que se hallan pendientes de la deliberación de la Sala, con grave perjuicio de los interesados”⁶. Al día siguiente, el mismo Garrigós presentó al cuerpo un proyecto propio, en una línea semejante al presentado el día anterior, y otro más, cuyo artículo 1 planteaba que “los tribunales de justicia fundarán sus sentencias, tanto en las causas civiles, como en las criminales”⁷. Esta última propuesta colisionaba con los términos de la real cédula expedida por Carlos III el 23 de junio de 1768, más tarde convertida en ley 8, título XVI, libro XI, de la *Novísima Recopilación*, mediante la cual se prohibía la fundamentación de las sentencias, en la medida en que esa práctica podía dar “lugar a cavilaciones de los litigantes”. La actitud no resulta sorprendente, en la medida en que se tenga en cuenta, tal como lo explica Abelardo Levaggi, que por aquellos días “tendió a acentuarse el contraste entre un derecho, como el del siglo XIX, racionalista liberal, que sancionó la obligación de que los jueces expusieran la razón de sus fallos –unos fallos que debían valer no como acto de voluntad sino como acto, precisamente, de razón fundado en ley–, y el derecho anterior, adjetivado de absolutista, para el cual las sentencia no necesitaban contar con fundamentos, y aun debían positivamente carecer de los mismos”⁸.

A pesar de la reticente actitud de empinados exponentes de la corporación letrada, y teniendo en cuenta que “la buena administración de justicia es una de las primeras necesidades de todo país libre, donde las leyes establecen la medida de los derechos y obligaciones del hombre: porque éstas serían inútiles y aún perjudiciales a la sociedad, si no estuviese garantido su cumplimiento y observancia”⁹, las comisiones legislativas que dictaminaron sobre los proyectos hallaron injusto el decreto bonaerense de 20 de octubre de 1829. En consecuencia, el proyecto original previó la creación de un Tribunal Protector del cumplimiento de las Leyes¹⁰.

⁶ *DSHJRBA*, núm. 586, 7 de marzo de 1838, p. 2.

⁷ *DSHJRBA*, núm. 587, 8 de marzo de 1838, p. 2 y ss.

⁸ ABELARDO LEVAGGI, “La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano”, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 6, Buenos Aires, 1978, p. 45.

⁹ Dictamen de las Comisiones de Negocios Constitucionales y Legislación, de la Honorable Junta de Representantes de la provincia de Buenos Aires, 12 de febrero de 1838. Lleva la firma de Eduardo Lahitte, Pedro Medrano, Agustín Wright, Lucas Peña, Baldomero García, Juan Argerich, Manuel de Irigoyen, Cayetano Campana y Roque Sáenz Peña. *DSHJRBA*, n° 586, 7 de marzo de 1838, p. 14.

¹⁰ *DSHJRBA*, núm. 586, 7 de marzo de 1838, p. 18.

Ahora bien, los debates posteriores no resultaron ajenos a las ambigüedades ni a las confusiones de una época en la cual el mismo concepto de “ley” continuaba adherido a las elásticas nociones jurídicas imperantes en el Río de la Plata durante el siglo anterior¹¹. Así, entre la pluralidad de puntos de vista cabe identificar la simultaneidad de tres polémicas entrecruzadas.

Una tuvo que ver con el enfrentamiento entre posiciones proclives al predominio lego sobre el letrado, y viceversa, las cuales también se remontaban al siglo XVIII, habiendo sido exhaustivamente investigadas en lo tocante al ámbito bonaerense por María Rosa Pugliese¹². Téngase en cuenta, por ejemplo, que tras haberse consagrado la primacía de los abogados en la administración de justicia durante la primera década revolucionaria, el artículo 1, título III, del proyecto de ley original de marzo de 1838, empero, preveía la formación de un tribunal integrado por trece ciudadanos de conocida probidad y suficiencia, sin importar que perteneciesen o no a la clase de letrados¹³.

Otra polémica remite a la relación entre los jueces y la ley. Al respecto sostuvo el recordado Garrigós –quien recomendaba “no perder de vista” que resultaba de la naturaleza del gobierno republicano que los jueces siguiesen “puntualmente la letra de la ley”¹⁴–, que

a medida que los juicios se multiplicaron, la jurisprudencia se vio sobrecargada de decisiones de los Legisladores. Como no era posible tener a la vista todas las causas particulares que debían comprenderse en una ley, apenas advertían algún vacío en ella, emanado de cualquier caso especial, dictaban una ley para ampliarla, y este es uno de los motivos del inmenso número de leyes que agobian los Tribunales: a más de esto hay una complicación en ellas que presenta la mayor obscuridad y confusión, lo cual por sí sólo es suficiente causa para introducir la arbitrariedad judicial¹⁵.

¹¹ Sobre este asunto puede verse ALEJANDRO AGÜERO, “Ley penal y cultura jurisdiccional. A propósito de una Real Cédula sobre armas cortas y su aplicación en Córdoba del Tucumán, segunda mitad del siglo XVIII”, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 35, 2007, p. 40 y ss.

¹² Cfr. MARÍA ROSA PUGLIESE, *De la justicia lega a la justicia letrada: abogados y asesores en el Río de la Plata, 1776-1821*, Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2000.

¹³ *DSHJRBA*, núm. 586, 7 de marzo de 1838, p. 19.

¹⁴ *DSHJRBA*, núm. 587, 8 de marzo de 1838, p. 13.

¹⁵ *DSHJRBA*, núm. 587, 8 de marzo de 1838, pp. 11 y 12.

De allí que en uno de sus proyectos Garrigós apuntara a “extirpar la arbitrariedad judicial”, quitándole “a los magistrados todo aquello que los hace superiores a las leyes”.

Íntimamente próxima a la anterior, la tercera polémica giró sobre la necesidad o no de fundar las sentencias. Aplicando argumentos –y desplegando contradicciones–, que presentan interesantes analogías con las discusiones españolas más o menos contemporáneas¹⁶, mientras el artículo 14, título IV, del proyecto original disponía que “si por la sentencia se declarase que no hay nulidad ni infracción de ley o de principio de derecho natural en las sentencias o procedimientos”, el 10, mandaba que previo a decidir, el Fiscal de Estado debía exponer sobre “el motivo o fundamento de dicho recurso, con relación a la ley o principios que se suponen infringidos”, y el 18 ordenaba que las sentencias fuesen fundadas¹⁷. Asimismo, en tanto que Lucas González Peña aseguraba que “la sentencia no es más que la comparación de un hecho con la ley”¹⁸, también se afirmaba, que nada resultaba “más conforme a la buena administración de justicia, que el que los jueces den razón de sus fallos”, fundándolos en la ley, en tanto que así demostraban que era la norma legal la que decidía “en los pleitos, y no la voluntad o el arbitrio del Magistrado”¹⁹.

3. La crisis de la administración de justicia bonaerense como fundamento de los proyectos sometidos a discusión

Transcurrido más de un cuarto de siglo desde la declaración de la independencia nacional –época signada por cuestionamientos estructurales y transformaciones coyunturales de la administración de justicia patria²⁰–, para 1838 imperaba entre buena parte de los legisladores porteños la convicción no sólo sobre la urgencia “de reformar nuestros códigos y reducirlos a un sistema general de legislación” –tal como preconizó el ingeniero militar va-

¹⁶ Véase CARLOS GARRIGA y MARTA LORENTE, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, I, 1997, p. 188 y ss.

¹⁷ *DSHJRBA*, núm. 586, 7 de marzo de 1838, pp. 22 a 24.

¹⁸ *DSHJRBA*, núm. 587, 8 de marzo de 1838, p. 19.

¹⁹ *DSHJRBA*, núm. 587, 8 de marzo de 1838, pp. 13 y 14.

²⁰ Sobre este tema, pueden consultarse los primeros capítulos de MARIA ANGÉLICA CORVA, *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, Rosario/Buenos Aires, Prohistoria Ediciones - Instituto de Historia del Derecho, 2014.

lenciano afincado en Buenos Aires, Felipe Senillosa²¹—, sino también sobre la necesidad de encarar una profunda reforma en “el orden administrativo de la justicia”²², a fin de obtener en consecuencia, tal cual lo sostuviera Lucio Mansilla, un “nuevo orden en el sistema”²³. De esta manera, mientras que para el abogado Bernardo Pereda —graduado en derecho por Charcas, en 1808—, la judicatura bonaerense presentaba un estado “lastimoso”²⁴, conforme con el también abogado Eduardo Lahitte la justicia adolecía “de la demora en la substanciación de los pleitos, y de la falta de medios legales para enervar la exequibilidad de los fallos, que por su notoria injusticia o nulidad, ni reciben la sanción de las leyes, ni aun merecen el nombre de sentencias”²⁵. Asimismo, este último legislador se preguntaba en el recinto “¿Quién de nosotros ha dejado de oír el clamor casi general, que, con justicia o sin ella, se ha levantado contra las sentencias de nuestros Tribunales?”²⁶. En sentido concordante Agustín Garrigós también se interrogaba:

¿No hemos visto todos, no hemos sido testigos de que los litigantes parece que hubiesen abandonado los umbrales del foro, para ocurrir a la Suprema autoridad del Estado, pidiendo la aplicación de las leyes? ... ¿No es urgente poner un remedio a este abuso que todos sienten? ¿No es indispensable que demos al brazo de la magistratura toda la energía y vigor que le dan las leyes, cuando hoy la vemos sin poder ni fuerza para dar exequibilidad a sus sentencias y resoluciones?²⁷.

Así, pues, con motivo del debate que analizamos en este trabajo, varios de los legisladores bonaerenses manifestaron su pretensión de superar los moldes de la antigua judicatura. Entonces, mientras que para Garrigós constituía

una verdad bien sabida de todos, que el estado de la administración de justicia reclama con urgencia una reforma que señale sus justos límites a los Magistrados, y establezca sobre bases sólidas el imperio de las leyes. El Poder Judicial —afirmaba este legislador— no puede ser bien organizado, si el juez

²¹ *DSHJRBA*, núm. 613, 17 de septiembre de 1838, p. 10.

²² *DSHJRBA*, núm. 607, 13 de agosto de 1838, pp. 9 y 10.

²³ *DSHJRBA*, núm. 609, 3 de septiembre de 1838, p. 7.

²⁴ *DSHJRBA*, núm. 608, 20 de agosto de 1838, p. 5.

²⁵ *DSHJRBA*, núm. 607, 13 de agosto de 1838, p. 10.

²⁶ *DSHJRBA*, núm. 589, 13 de marzo de 1838, p. 13.

²⁷ *DSHJRBA*, núm. 586, 7 de marzo de 1838, p. 8.

tiene el peligroso privilegio de interpretar la ley, o ampliar sus disposiciones; porque desde entonces el ciudadano no se halla bajo la salvaguardia de ella²⁸.

Para Eduardo Lahitte –quien admitía que lo que él había tenido “por norte” al abordar este asunto fue lograr que se hiciese “efectiva la responsabilidad de los Magistrados”, cerrándose “la puerta a la arbitrariedad”, de tal manera que fuese ley “la única que decida de la suerte y de los derechos de los hombres”²⁹–, la inviolabilidad de las leyes y los derechos de los hombres exigían “imperiosamente que haya constituido una autoridad especial, cuyo ministerio sea garantizar aquella misma inviolabilidad, impidiendo absolutamente que el error o las pasiones de los hombres puedan sobreponerse a las disposiciones de la ley”³⁰. En el mismo sentido, afirmó que resultaba de interés

a la causa pública, al crédito de la magistratura y a los derechos individuales, y sobre todo a la inviolabilidad de las leyes, que se establezcan medios para el sostenimiento de esta misma inviolabilidad, evitándose del modo posible, hasta donde alcancen las fuerzas humanas, que las leyes sean infringidas, y menos por aquellos que están llamados por su ministerio a ser órganos inmediatos ejecutores de ellas, porque lo demás sería darles a los magistrados, que no son más que ministros de la ley, un poderío sobre las leyes y hacerles superiores a ellos³¹.

Ahora bien, este tipo de planteos renovadores suscitó la oposición de algunos de sus colegas diputados. Así, el por entonces simultáneamente camarista Pedro Medrano dirigió sus diatribas contra la posibilidad de integrar la magistratura con legos³². En efecto, refiriéndose a los últimos, dijo el diputado mencionado:

Señores, ¿éstos darán las garantías que da un letrado, para administrar justicia, para dirimir las contiendas y para cumplir con los deberes de su ejercicio? ¿El pueblo, la sociedad presentará su aquiescencia? Yo quisiera oírle contestar en el particular, entretanto yo veo que todas las naciones, que todos los hombres, tratándose de formar tribunales, lo primero que buscan son los

²⁸ *DSHJRBA*, núm. 587, 8 de marzo de 1838, p. 16.

²⁹ *DSHJRBA*, núm. 598, 7 de abril de 1838, p. 13.

³⁰ *DSHJRBA*, núm. 607, 13 de agosto de 1838, p. 10.

³¹ *DSHJRBA*, núm. 626, 5 de diciembre de 1838, p. 4.

³² Sobre este personaje, puede verse EZEQUIEL ABÁSULO, *Diputado Pedro Medrano. Un estadista bonaerense en la independencia argentina*, Buenos Aires, Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, 2016.

jueces letrados. Y esto es lo que debe ser necesariamente. Mas sin embargo, me permito recomendar a los Señores Representantes el símil de que algún Señor Representante hizo a este respecto. Tratándose, decía, de construir una obra de carpintería, se ha de llamar al carpintero, si de una obra de albañilería a un arquitecto. ¿Y tratándose de formar tribunales para administrar la justicia y ejercer las más augustas funciones de la jurisprudencia, todos, sin distinción de legos o letrados, pueden ser aptos para ello?³³.

4. Los debates, reflejo de la subsistencia de añejos criterios argumentales

En el curso de los debates bonaerenses se registran reiteradas adhesiones de los legisladores a mentalidades bien próximas a concepciones jurídicas antiguas. De este modo, cabe traer a colación lo dicho por el abogado oriundo de Salta y graduado en Córdoba, Mariano Lozano, respecto de la adjudicación de competencia en materia de recursos de nulidad e injusticia notoria al Poder Ejecutivo. En efecto, sostuvo este legislador que no había “encontrado una ley especial y terminante que otorgue esta querrela; pero, Señores, ella está sin embargo reconocida desde la antigüedad por nuestros mismos códigos, desde que ellos disponen, que todo juicio notoriamente nulo sea insubsistente y nulo. Y esto, Señores, se deja ver mejor por dos leyes de *Partida*, que me será permitido presentar a la consideración de la H.Sala, para después glosar su concepto. *Contra ley, contra fuero*, etc. [se refiere a la ley 3, título 26, *Partida* III]. La otra se explica así: *Juicio en romance tanto quiere decir como*, etc. [alude a la ley 1, título 22, *Partida* III]”³⁴. Por otra parte, y sin pretender responder al interrogante sobre el acierto o no de Pedro Medrano en su argumentación, ahora me interesa recordar una de sus afirmaciones, al tiempo que se refería al proyecto de ley original. Dijo entonces, muy al gusto de los juristas tradicionales, que

Él crea o establece un Tribunal que haya de conocer y resolver los recursos extraordinarios de nulidad e injusticia notoria de las resoluciones del Superior Tribunal de la Cámara. Estos recursos han correspondido siempre y exclusivamente a la soberanía. Sólo han sido conocidos en los estados monárquicos, y aún en ellos, como contestan todos los jurisconsultos antiguos y modernos, se clasificaban en el orden de gracia y merced puramente³⁵.

³³ DSHJRBA, núm. 596, 2 de abril de 1838, pp. 17 a 19.

³⁴ DSHJRBA, núm. 607, 13 de agosto de 1838, p. 28.

³⁵ DSHJRBA, núm. 587, 8 de marzo de 1838, p. 41.

Por otra parte, al tiempo que el periodista Franciso Agustín Wright consideró adecuado seguir el criterio de “autores muy clásicos [que] opinan”³⁶, un novel abogado graduado en Buenos Aires en 1833, Manuel de Irigoyen, hizo explícita su adhesión al casuismo, al afirmar que “es preciso que nos penetremos de la necesidad de acudir a las exigencias del momento, y de que todos nuestros pasos deben ser arreglados a las circunstancias extraordinarias del día”³⁷. Hasta el insobornable Garrigós admitió el peso que las accidentes tenían en las resoluciones judiciales, al asegurar que “las leyes no pueden prever todos los casos: hay muchos en los que la práctica, los principios y el juicio del Magistrado suplen el vacío de la ley”³⁸. Ahora bien, mientras que ni el “célebre Parladorio”³⁹ ni otros autores clásicos permanecían ausentes de las referencias legislativas, fue Baldomero García –también camarista al mismo tiempo que legislador– quien se encargó de explicar por qué “para la verdadera inteligencia [del derecho] se necesita[ba] leer otras [leyes], y hacer uso de los principios generales de la ciencia, del criterio legal, que no se obtiene sino sabiendo jurisprudencia”⁴⁰. Conforme su punto de vista,

Supongamos que según esta ley fuera nombrado un general, hombre instruido en otras materias, fuese nombrado digo miembro de este tribunal, para juzgar en recursos de queja contra sentencias de la Cámara de Justicia, tendría que acudir a las leyes de *Partida* en los casos ocurrentes, pero éstas no le darían toda la luz que necesitaba. En el acto tendría que leer la glosa de Gregorio López, éste cita a Baldo, tendría que acudir a Baldo, y a otros expositores antiguos. Después iría a leer las leyes de la *Recopilación*: para la mejor inteligencia indispensablemente a Acevedo y a Matienzo, o acudiría... Tendría también, según los casos, que consultar a Molina, a Murillo, a Menochio, a Mascardo, en fin, a una porción de autores, y se vería rodeado de libros jurídicos en latín y castellano. Muy pronto vería que era forzoso tener alguna noticia de la jurisprudencia de los romanos, sobre que están vaciadas las leyes de Europa, y por eso han merecido llamarse el derecho común. Tendría que ir también a consultar los oráculos modernos de la antigua y nueva jurisprudencia, a Pothier, a Merlin, a Pardessus, y a otros cuyas doctrinas tanto ilustran⁴¹.

³⁶ *DSHJRBA*, núm. 587, 8 de marzo de 1838, p. 25.

³⁷ *DSHJRBA*, núm. 588, 9 de marzo de 1838, p. 4.

³⁸ *DSHJRBA*, núm. 613, 17 de septiembre de 1838, p. 3.

³⁹ *DSHJRBA*, núm. 588, 9 de marzo de 1838, p. 21.

⁴⁰ *DSHJRBA*, núm. 594, 26 de marzo de 1838, p. 28.

⁴¹ *DSHJRBA*, núm. 591, 16 de marzo de 1838, p. 10. Resulta interesante advertir que varios de los autores mencionados por Baldomero García no sólo eran citados contempo-

5. Consideraciones finales

A partir de la compulsión de las fuentes sometidas a estudio, y de la lectura reflexiva tanto de la bibliografía ajena como de mis propios aportes anteriores, resulta evidente que la pervivencia del derecho indiano significó una transición, no exenta de contradicciones⁴². Ello así, en tanto este fenómeno implicó la simultánea coexistencia de expresiones opuestas de cultura jurídica, lo cual dio lugar a un complejo proceso de enmascaramiento, resignificación y relocalización de argumentos normativos. Así las cosas, entiendo que el próximo desafío historiográfico consiste en ahondar en las modulaciones de este itinerario, y en el diseño de un instrumental metodológico específico, destinado a mensurar y ponderar adecuadamente este tipo de manifestaciones. No perdamos de vista que conforme observa el profesor José María Díaz Couselo, uno de los ámbitos jurídicos en los cuales se constatan durante el período nacional patrio decimonónico mayores resistencias de la tradición jurídica indiana fue el de la administración de justicia⁴³. A partir de esta reflexión del distinguido Maestro cabe deducir, al menos, dos consideraciones relevantes a la hora de atender al fenómeno de la pervivencia de la cultura jurídica indiana. Primera, que la dimensión normativa procesal amerita una atención mucho mayor que la que se le ha dispensado hasta el momento. Segunda, que es en el campo de los procedimientos –y no en el de la creación normativa– en el cual debemos detenernos para estudiar y comprender el fenómeno, en tanto que fue ahí en donde terminó haciéndose efectiva la superación de la cultura jurídica indiana.

ráneamente en los escritos forenses, sino que constituían objeto de oferta en las librerías de Buenos Aires. Gracias al erudito anexo de SANDRA DIAZ a su artículo “Los libros jurídicos en los avisos de la Gaceta Mercantil (1830-1852)”, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 29, 2001, sabemos que en junio de 1836 y octubre de 1837 se vendían ejemplares de las *Siete Partidas* glosadas por Gregorio López; que en septiembre de 1847 se hizo lo propio con el derecho canónico de Murillo, mientras que en febrero de 1848 se vendieron los *Concilia* de Acevedo, y en diciembre de 1834 la obra de Molina sobre los primogénitos; que las *Pandectas de Justiniano* ordenadas por Pothier se promocionaron en noviembre de 1837, y que el *Repertoire de jurisprudence* de Merlin se ofertó en agosto de 1838.

⁴² Se alude a las contradicciones manifestadas por la justicia patria en MARÍA CRISTINA SEGHESSO DE LÓPEZ ARAGÓN, “Génesis histórica del poder judicial argentino (1810-1853)”. En DARDO PEREZ GUILHOU y otros, *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 59.

⁴³ JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “Pervivencia indiana y cambio en la organización de la justicia ordinaria en Buenos Aires (1810-1854)”. En MANUEL TORRES AGUILAR [coord.], *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Córdoba, Diputación de Córdoba-Universidad de Córdoba, 2005, t. I, p. 769.

PRESENCIA DEL DERECHO INDIANO EN LA PRÁXIS JUDICIAL
CHILENA DURANTE EL SIGLO XIX, A TRAVÉS DE LA FORMACIÓN
JURÍDICA DE LOS MINISTROS DE CORTE

PRESENCE OF SPANISH COLONIAL LAW IN THE CHILEAN JUDICIAL
PRAXIS DURING THE NINETEENTH CENTURY, OBSERVED
THROUGH THE LEGAL TRAINING OF THE MINISTERS OF COURT

ROBERTO CERÓN REYES
Universidad de Chile (Chile)
roberto.ceron@derecho.uchile.cl

Resumen: La presente disertación busca mostrar la aplicación del derecho indiano por los tribunales de justicia chilenos, con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil –1 de enero de 1857–, a partir de una primera selección de sentencias judiciales extraídas de la revista jurídica *Gaceta de los Tribunales*, con miras a ofrecer algunas observaciones desde la óptica de la cultura jurídica, para explicar la persistencia de lo indiano en la praxis judicial, pero desde la formación jurídica de los letrados que resolvieron los conflictos jurídicos, como manifestación de su mentalidad jurídica.

Palabras clave: derecho indiano, cultura jurídica, Código Civil, tribunales, presencia, persistencia.

Abstract: This contribution seeks to show the application of Spanish colonial law by Chilean courts of law, after the Civil Code came into force –1 January 1857– based on a first selection of judicial decisions extracted from the legal journal *Gaceta de los Tribunales*, in order to offer some observations from the point of view of legal culture and to explain the persistence of colonial law in judicial practice, in the context of the legal training of lawyers who resolved legal conflicts, as a manifestation of their legal mentality.

Keywords: spanish colonial law, juridical culture, Civil Code, courts, presence, persistence.

Sumario: 1. Introducción y estado de la cuestión. 2. La aplicación del derecho indiano por la judicatura antes de la codificación civil. 2.1. Desarticulación de la monarquía hispanoindiana y derecho indiano. 2.2. Rastreo al derecho indiano (I): la fundamentación de las sentencias. 3. La aplicación del derecho indiano en las sentencias judiciales después de la codificación civil. 3.1. Vigencia del Código Civil y clausura del derecho indiano. 3.2. Vigencia

* Instructor, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Historia del Derecho, Universidad de los Andes. Contacto: roberto.ceron@derecho.uchile.cl

del Código Civil y coexistencia con el derecho indiano. 4. Una explicación desde la cultura jurídica. 4.1. Rastreado al derecho indiano (II): la formación jurídica de los ministros de corte. 4.1.1 La formación jurídica de los ministros propietarios de las Cortes de Apelaciones. 4.1.2 Planes de estudio: presencia del derecho indiano. 5 Conclusiones

1. Introducción y estado de la cuestión

La presencia del derecho indiano a lo largo del siglo XIX es una afirmación indiscutida en la historiografía jurídica. En efecto, tanto los estudiosos de su desarrollo histórico¹ como aquellos que han escudriñado algún tópico vinculado con el tránsito de la cultura jurídica surgida al alero del *ius commune* a la del racionalismo jurídico –codificación y constitucionalismo– advierten que, pese a la desarticulación política de la monarquía hispano-indiana, existió una notable unidad y continuidad cultural que comprende, entre otros aspectos, lo jurídico. Así, el derecho vigente en las trastornadas repúblicas hispanoamericanas era, en buena medida, el mismo de la época indiana, salvo que este último pugnara con los principios y normas que sustentaron el giro en la organización política de estos estados casi tres veces centenarios. Junto al entramado de preceptos de derecho público-político y de leyes patrias que regulaban aspectos de la vida social y económica, continuó aplicándose el derecho indiano en materias de derecho privado, procesal y penal².

Por su parte, la codificación hispanoamericana y particularmente la chilena, caracterizada por la reformulación del derecho vigente según los moldes de

¹ Cfr. ALFONSO GARCÍA GALLO, “El Derecho común ante el Nuevo Mundo”, *Estudios de historia del derecho indiano*, España, Madrid, 1972, pp. 123 y ss. MANUEL SALVAT MONGUILLOT, “Problemática de la periodificación del derecho indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 7, Santiago, Chile, 1978, pp. 165-171. BERNARDINO BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 5 y ss. VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, *¿Qué fue el derecho indiano?*, Buenos Aires, Argentina, 1982, pp. 9-68. ÉL MISMO, “El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común”, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*. Tomo II. Per la storia del pensiero giuridico moderno 34/35, Milán, Italia, Giuffrè Editore, 1989, pp. 574-575. ÉL MISMO, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, Argentina, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, pp. 26-39. ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del derecho indiano*. 2° edición, México, McGraw-Hill, 1998. EDUARDO MARTIRÉ, “El derecho indiano, un derecho propio particular”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 29, Buenos Aires, Argentina, 2001, pp. 331-361.

² ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 186.

la técnica codificadora³, no impidió la aplicación del derecho indiano -entendido en sentido amplio⁴- para zanjar los conflictos jurídicos que, en principio, debían resolverse con estos nuevos cuerpos de derecho nacional. Asimismo, los códigos coexistieron con las leyes indianas que regulaban aquellas materias aún no codificadas. Tal fue el caso chileno en la esfera del derecho civil, que se aplicó junto con el derecho castellano indiano en materias de derecho procesal.

A propósito de dicha coexistencia, en esta comunicación me propongo mostrar la aplicación del derecho indiano por los tribunales de justicia chilenos, con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil -1 de enero de 1857-, a partir de una primera selección de sentencias judiciales extraídas de la revista jurídica *Gaceta de los Tribunales*. Ello con miras a ofrecer algunas observaciones desde la óptica de la cultura jurídica, entendida esta última tanto como el estudio de las obras y autores de derecho y los estudios jurídicos, y el acervo de creencias, valores y opiniones de quienes operan y declaran lo justo para el caso particular, imperantes en una época y lugar determina-

³ Un sugerente estudio sobre los puntales de la codificación -centroeuropea, hispanoamericana y francesa-, donde se explican las particularidades de este proceso en el mundo hispánico es el de BERNARDINO BRAVO LIRA. "Puntales de la codificación en el Viejo y en el Nuevo Mundo (1795-1855). Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile", *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago de Chile, LexisNexis, 2007, pp. 101-133. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *op.cit.* ÉL MISMO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Tomo I, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982.

⁴ Véase nota 1. Sin entrar en disquisiciones metodológicas, entendemos que el derecho indiano es aquel que rigió en las Indias, desde fines del siglo XV hasta el siglo XIX. Sus elementos formativos -el derecho común, castellano, indiano propiamente tal e indígena-coexistieron en el orden jurídico indiano. Respecto a sus influjos, no es del caso explayarse en ellos. En último término, todos forman parte de la categoría de derecho indiano, por ser el derecho aplicable en las Indias. También VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, "Una visión historiográfica del derecho indiano provincial y local", *Actas del XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Tomo II. Lima, Perú, 2003, pp. 309 y ss. En este último artículo, el profesor Tau ha expresado (pp.309-310): "Hace algunos años señalé la necesidad de profundizar la noción de Derecho Indiano y desplegarla en el orden temporal y espacial: "Frente a una imagen clásica, unitaria, embretada, de un Derecho Indiano impuesto desde la Península, asoman nuevas imágenes de un Derecho Indiano múltiple, desbordante, nacido en distintos lugares del Nuevo Mundo, en concordancia con las diversas realidades geográficas y humanas que abriga el extenso continente". Sobre una idea más simple se impone una noción compleja.". Es interesante el recorrido que realiza al exponer los conceptos de Derecho Indiano desarrollados por Ricardo Levene, Rafael Altamira, Silvio Zavala, Alfonso García-Gallo, Ismael Sánchez Bella, Ricardo Zorraquín Becú, Antonio Dougnac Rodríguez y Javier Barrientos Grandón.

do⁵, para explicar la persistencia de lo indiano en la praxis judicial, pero desde la formación jurídica de los letrados que resolvieron los conflictos jurídicos, como manifestación de su mentalidad jurídica. O sea, la presencia de este derecho en la arena judicial, a partir de los elementos formativos que los letrados apr(h)endieron en las aulas y que, de una u otra forma, están presentes a la hora de resolver los conflictos jurídicos sometidos a su conocimiento.

Sobre la pervivencia del derecho indiano a lo largo del siglo XIX existe una copiosa bibliografía. El tema ha sido abordado desde diversos ángulos, agrupables en dos grandes sectores: las contribuciones que rastrean directamente las prolongaciones del orden jurídico indiano y las que de modo indirecto informan sobre esta situación. En este trabajo reseñaré las que significativamente me han sido útiles para plantear la cuestión, sin perjuicio de citar las restantes a lo largo del texto.

La continuidad de lo indiano fue sugerida por Víctor Tau Anzoátegui⁶, quien se pregunta la manera cómo este derecho convive con el derecho nacional disperso, primero, y codificado, después, al punto que señala:

El Derecho indiano no fue en ese largo período sustituido por otro ordenamiento. Derecho indiano y Derecho nacional no se excluyen o repelen, sino se solapan, en el sentido orteguiano. Por esto mismo, es necesario fijar adecuadamente el campo de estudio, con planteos precisos que atiendan al objeto que se desea indagar⁷.

Otros de sus aportes se encargan de rastrear la mentalidad jurídica en la época de la codificación⁸ y el paso de la cultura jurídica casuista, propia del dere-

⁵ Concepto que desprendo de las reflexiones de EZEQUIEL ABÁSULO, “Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield como expresiones del “Ius commune” en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico pudo no ser la manifestación de la “cultura del código””, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVI, Valparaíso, Chile, 2004, pp. 423-444. Ahora en su *Bastante más que “degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud”. Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX*. Buenos Aires, Argentina, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014. BERNARDINO BRAVO LIRA, “Cultura de abogados en Hispanoamérica. Antes y después de la codificación (1750-1920)”; *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2006, p. 379. JOSÉ RAMÓN HERNÁNDEZ NARVÁEZ, *Cultura jurídica. Ideas e imágenes*, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 7.

⁶ TAU, *Nuevos horizontes*, cit., p. 107 y ss.

⁷ *Ibid.*, p. 108.

⁸ VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia

cho indiano, a la del sistema, propia del iusracionalismo⁹. Ambas son de interés, pues informan sobre la coexistencia de dos formas de comprender y aplicar el derecho. En materia de constitucionalismo, cabe mencionar los aportes de Dougnac Rodríguez¹⁰ sobre la pervivencia de lo indiano en los primeros reglamentos constitucionales chilenos y de Bocksang Hola¹¹ que, a propósito de los orígenes del derecho administrativo patrio, informa de las rupturas y continuidades con el derecho indiano. Más próximas a nuestro tema son las sendas contribuciones de Bravo Lira¹² y Guzmán Brito¹³ sobre la codificación civil chilena e iberoamericana. El primero, junto con mostrar un panorama general de la codificación y sus puntales -francesa, centroeuropea e hispanoamericana-, también ofrece una descripción de lo ocurrido en Chile, mientras que el segundo, en una obra sin parangón, reconstruyó el proceso de codificación civil en Chile primero y la situación iberoamericana, después. Ambos explican la persistencia de lo indiano y la peculiaridad de la codificación civil chilena, marcada por una reformulación del derecho vigente según la técnica y lenguaje de la codificación decimonónica, entre otros temas. También en ese sentido contribuyen los textos de Mayorga García¹⁴ sobre pervivencia del derecho indiano en Colombia, de Levaggi¹⁵ sobre las fuentes del derecho patrio argentino y de Díaz Couselo¹⁶ acerca de la tradición jurídica indiana y su incidencia en la formación del derecho argentino.

del Derecho Ricardo Levene. Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, Argentina, Imprenta de la Universidad, 1977.

⁹ VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Argentina, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

¹⁰ ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, "El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la Patria Vieja (1810-1814)", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXII, Valparaíso, Chile, 2000, pp. 225-266.

¹¹ GABRIEL BOCKSANG HOLA, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015.

¹² BERNARDINO BRAVO LIRA, "Puntales de la codificación", cit. ÉL MISMO, "La codificación en Chile (1811-1907), dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XII, Valparaíso, Chile, 1987, pp. 51-109.

¹³ Véase nota 3.

¹⁴ FERNANDO MAYORGA GARCÍA, "Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación en Colombia", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 14, Santiago de Chile, 1991, pp. 291-313.

¹⁵ ABELARDO LEVAGGI, "Las fuentes formales del derecho patrio argentino", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 14, Santiago de Chile, 1991, pp. 267-290.

¹⁶ JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, "La tradición indiana y la formación del derecho argentino", *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 27-60.

En el plano de la cultura jurídica, además de los ya citados, deseo destacar las contribuciones de Barrientos Grandón¹⁷ y Bravo Lira¹⁸ sobre el sistema de *ius commune* en la época que va de la ilustración a la codificación, en diversos planos –legislación, literatura jurídica y enseñanza– con constantes referencias a los territorios americanos, y sobre la legislación y doctrina jurídica indiana en la praxis del siglo XIX, respectivamente.

Sobre la pervivencia del derecho indiano en las sentencias de los tribunales de justicia una vez dictados los códigos de derecho nacional, existen dos estudios que abordaron el asunto, pero no desde la perspectiva que deseo plantear. El primero es de Hanisch Espíndola, que expone consideraciones generales sobre la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX¹⁹, donde, precisamente, se percata de la utilización del derecho indiano una vez codificado el derecho civil, explicando que ello se debía a cuestiones asociadas a la prueba de los hechos que fundaban el conflicto jurídico, para lo cual debía recurrirse al derecho anterior a la codificación. Recientemente, a propósito de la teoría de la posesión inscrita en el derecho civil chileno, Barahona²⁰ informa de la misma situación.

La comunicación la he estructurado en tres partes. Primero informaré sobre el derecho vigente y aplicable –el indiano– por la judicatura, antes de ocurrida la codificación civil. Dicha situación que me permitirá mostrar, en un segundo apartado, la coexistencia del mismo con el derecho privado codificado en las sentencias judiciales seleccionadas. En un tercer punto explicaré la presencia del derecho indiano a la luz de lo que entiendo por cultura jurídica, para lo cual tomaré en consideración la formación jurídica de los jueces que par-

¹⁷ JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993. ÉL MISMO, “Derecho común y derecho indiano en el Reino de Chile”, *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, 1995, pp. 133-160. ÉL MISMO, *Historia del derecho indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación*, Italia, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, pp. 391-450.

¹⁸ BERNARDINO BRAVO LIRA, “El derecho indiano después de la independencia en América española. Legislación y doctrina jurídica”, *Historia*, Santiago de Chile, 1984, pp. 5-52. Ahora en su *Derecho común y derecho propio*, pp. 313-354.

¹⁹ HUGO HANISCH ESPÍNDOLA, “Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, VII, Valparaíso, Chile, 1982, pp. 131-173.

²⁰ CLAUDIO BARAHONA GALLARDO, *La teoría de la posesión inscrita en Chile en el siglo XIX*, Tesis de Magíster (inérita), Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2016.

ticiparon en la resolución de los conflictos, como aspecto determinante en la mentalidad jurídica de quienes operan el derecho y que, a su vez, son una manifestación más de los tentáculos del derecho indiano en la praxis judicial de la época. En cuarto lugar y a modo de cierre, un breve apartado de conclusiones.

Ahora bien, por tratarse de una primera aproximación al tema, este podría ser objeto de modificaciones según el avance de la investigación.

Finalmente, como bien indica Abásolo, falta una reflexión crítica mayor en torno a los estudios relativos a las proyecciones del orden jurídico indiano en el siglo XIX, que expliquen y especifiquen cuáles son las aristas, intensidades y modalidades de esta proyección. Por de pronto, emplearé los términos “presencia” y “pervivencia” para explicar la:

prolongación activa y en ocasiones, creativa, de las antiguas modalidades articulantes de las experiencias jurídicas (...) en un contexto de creciente hostigamiento provocado por otra cultura jurídica en ascenso y teñida de pretensiones de sustitución²¹.

2. La aplicación del derecho indiano por la judicatura antes de la codificación civil

2.1. Desarticulación de la monarquía hispanoindiana y derecho indiano

La desarticulación de la monarquía hispanoamericana no significó una ruptura total con el derecho vigente en ese entonces, el indiano. Al contrario, frente a esta traumática fisura política se aprecia una persistente unidad cultural, que comprende lo jurídico²², pues la recepción normativa de los prin-

²¹ Abásolo denomina a esta prolongación con el término “pervivencia”. Nosotros agregamos la expresión presencia, por abarcar un número mayor de situaciones que el autor también define. Así, la “continuidad” como una “prolongación más o menos estéril, carente de pretensiones de legitimidad, y generalmente rechazada desde el discurso formal y consciente sostenido por los más lúcidos operadores del derecho”, y la “incrustación” como la “presencia aislada y descontextuada de los elementos indianos, sea como un oportuno recurso legitimador, o como mero expediente de elegancia erudita”. ABÁSULO, *op.cit.*, p. 11.

²² GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, pp. 180-181. BERNARDINO BRAVO LIRA, “Derecho patrio o nacional en España, Portugal e Hispanoamérica durante el siglo XVIII y primera mitad del XIX”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 10, Santiago de Chile, 1984, pp. 121 y ss. Ahora en su *Derecho común y derecho propio*, pp. 297-311.

cipios del constitucionalismo, en la seguidilla de reglamentos provisorios y constituciones escritas efímeras, así como la dictación de una legislación patria, tendiente a instituir un orden jurídico de corte republicano y liberal²³, no fue óbice para que siguiese aplicándose el derecho indiano, siempre que este no fuere contradictorio con la legislación dictada. Como expresa Guzmán Brito:

En tales circunstancias, el derecho total de los nuevos estados empezó a consistir en un complejo integrado por el antiguo derecho castellano-indiano cristalizado por el nuevo derecho patrio en expansión. La existencia de esta legislación patria modificó el viejo orden de prelación. El primer y preferente lugar ahora lo ocupó justamente la legislación patria misma. Solo en su defecto se hizo posible recurrir a las antiguas fuentes aproximadamente en su orden tradicional y recibido, o sea el fijado por la ley I de Toro²⁴.

En el caso chileno, la Constitución provisoria de 1818 consagró expresamente dicha situación, al disponer que:

...los miembros del Poder Judicial, quienes ínterin se verifica la reunión del Congreso, juzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno...²⁵

Por lo que en materia civil se aplicó el Fuero Real, las Leyes del Estilo y las Siete Partidas²⁶. Otro tanto ocurrió en materia penal y procesal –civil y penal–.

²³ GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, pp. 180-184. También véase las reflexiones de PAOLO GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2003. ÉL MISMO, *De la codificación a la globalización del derecho*. Navarra, España, Editorial Arazandi - Thomson Reuters, 2010. PIO CARONI, *Escritos sobre la codificación*, Madrid, España, Editorial Dykinson, 2012. ÉL MISMO, *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid, España, Editorial Dykinson, 2013. BARRIENTOS GRANDÓN, *Historia del derecho indiano*, p. 427 y ss.

²⁴ GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, p. 186

²⁵ El texto en LUIS VALENCIA AVARÍA, *Anales de la República*, t. I. Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, p. 77.

²⁶ GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, p. 186. Para las Partidas véase BERNARDINO BRAVO LIRA, “Vigencia de las Siete Partidas en Chile”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, X, Valparaíso, Chile, 1985, pp. 43-105. Ahora en su *Derecho común y derecho propio*, pp. 89-135.

2.2. Rastreado al derecho indiano (I): la fundamentación de las sentencias

Según lo expuesto, se infiere que la judicatura, para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, usó el derecho heredado de la monarquía. Dicha afirmación se funda, además, porque en Chile a partir de 1837, a los jueces se les impuso la obligación de motivar sus fallos.

Remontándonos al orden jurídico indiano se advierte que, por una ley de 1778, recogida en la Novísima Recopilación (11, 16, 8), se prohibió a los jueces fundar sus sentencias, disposición que rigió en Chile hasta la Constitución de 1822, que en su artículo 219 señaló que “Toda sentencia civil i criminal debe ser motivada”. Empero, en la práctica nunca se aplicó la disposición precitada, ya que tampoco se dictó la ley que fijare el alcance de dicha obligación²⁷.

Ya en 1836, en el marco de la primera codificación parcial de las leyes procesales, el Presidente José Joaquín Prieto remitió al Congreso un proyecto de ley sobre fundamentación de las sentencias. Sin embargo, el conflicto con la Confederación Perú-Boliviana obligó a clausurar las sesiones en las cámaras. Fue mediante las facultades extraordinarias concedidas el 31 de enero del mismo año al Presidente de la República, que se promulgaron una serie de leyes en la materia, conocidas como “leyes marianas”²⁸. Primeramente, el 2 de febrero, la de impuncias y recusaciones –71 artículos–²⁹, estableciendo sus causales y el procedimiento, y la de fundamentación de las sentencias³⁰. Enseguida, el 8 del mismo mes, aquella sobre juicio ejecutivo -150 artículos-³¹. Finalmente, el 1 de marzo, otra sobre recurso de nulidad -24 artículos-³².

La norma de motivación de sentencias señaló que:

Toda sentencia se fundará breve y sencillamente. El fundamento se reducirá a establecer la cuestión de derecho o hechos sobre que recae la sentencia, y a hacer referencia a las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones³³.

²⁷ HANISCH ESPÍNDOLA, *op.cit.*, pp. 139-146. VALENCIA AVARÍA, *op.cit.*, p. 103.

²⁸ CAROLINA BEATTIE CRUZ, *Mariano Egaña y la codificación procesal en Chile*, Memoria de Prueba (inédita). Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, abril de 2009.

²⁹ *Boletín de las Leyes i de las Órdenes i Decretos del Gobierno*, Santiago de Chile, 1830-1837, p. 468.

³⁰ RICARDO ANGUITA, *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta el 1º. De junio de 1912*, t. I, p. 49.

³¹ *Ibid.*, p. 285.

³² Véase *Boletín de las Leyes*, o ANGUITA, *op.cit.*, t. I, p. 282.

³³ *Boletín de las Leyes*, 1841, p. 89.

La disposición en asunto ofreció dudas a la Corte Suprema, las que dicen relación con su aplicación a una serie de situaciones que ocurrían en la práctica. La más alta magistratura elevó, por oficio de 11 de febrero de 1837, una consulta de doce puntos al Ministerio del Interior, a cargo de Diego Portales, pidiéndole las aclaraciones de rigor. El ministro solicitó el parecer del fiscal de la Corte Suprema, Mariano Egaña, quien emitió un informe a modo de respuesta el 20 de febrero del mismo año. Este texto fue sancionado como ley por el Ejecutivo el 1 de marzo de 1837, y que decía: “sirva de regla a todos los juzgados y tribunales del Estado a quienes toca la observancia de la ley a que son referentes las consultas de la Corte Suprema de Justicia”³⁴. Sin entrar en el contenido del informe, destaco que en él se reitera la aplicación de la legislación vigente, es decir, la castellano-indiana. De esta manera los tribunales debían señalar las leyes aplicables a la resolución de las controversias jurídicas, aunque bajo una concepción de fundamentación de las sentencias sucinta y carente de razonamiento jurídico, puesto que no dejó cabida al juez para una exposición contundente de la interpretación que hacía de los textos legales, circunscribiendo su labor a una mera enunciación de la ley³⁵.

El 12 de septiembre de 1851, y con miras a perfeccionar el mecanismo de motivación de sentencias, se promulgó la Ley sobre Acuerdos y Fundamentación de Sentencias, cuyo artículo 3 N° 3 indicó que: “Toda sentencia definitiva o interlocutoria de primera instancia i las revocatorias de otro Tribunal o Juzgado contendrán: N. 3: Los hechos i las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de lei, i a falta de una i otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia”³⁶.

En suma, a través de la fundamentación de las sentencias se estructuró parcialmente el sistema legal que imperó en la praxis judicial, donde la ley ocupó un lugar privilegiado; las restantes fuentes del derecho operaron en función del rol que la propia norma les otorgó y el arbitrio judicial continuó desplegando sus virtudes, pero ahora bajo el imponente signo legalista³⁷.

³⁴ *Ibid.*, pp. 90-101.

³⁵ HANISCH ESPÍNDOLA, *op.cit.*, p. 143. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador*, p. 90.

³⁶ *Boletín de las Leyes*, 1851, p. 524.

³⁷ MARÍA ANGÉLICA FIGUEROA QUINTEROS, “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, *Congreso Internacional “Andrés Bello y el Derecho”*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 86 y ss.

Según observan Hanisch Espíndola³⁸ y Brahm García³⁹, en la praxis judicial se aplicaron las normas castellano-indianas, confirmándose en este punto la apreciación general en torno a la pervivencia de este derecho. Lo que también se constata a partir de la lectura de los fallos publicados en la revista *Gaceta de los Tribunales*, fundada en 1841⁴⁰. Las sentencias de los tribunales de primera y segunda instancia -Corte Suprema y Cortes de Apelaciones- representan una verdadera cantera que tiene el historiador del derecho para rastrear la proyección del derecho indiano en la praxis judicial del siglo XIX, antes y después de los procesos codificadores.

3. La aplicación del derecho indiano en las sentencias judiciales después de la codificación civil

3.1. Vigencia del Código Civil y clausura del derecho indiano

El proceso de codificación civil, cuyo autor intelectual es Andrés Bello, culminó con la entrada en vigencia del Código Civil el 1 de enero de 1857. El Título Final intitulado “De la observancia de este Código”, dispuso lo siguiente en su artículo final:

El presente Código comenzará a regir desde el 1º de enero de 1857, y en esa fecha quedarán derogadas, aun en la parte que no fuesen contrarias a él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan. Sin embargo, las leyes preexistentes sobre la prueba de las obligaciones, procedimientos judiciales, confección de instrumentos públicos y deberes de los ministros de fe, sólo se entenderán derogadas en lo que sean contrarias a las disposiciones de este Código.

La connotación de este artículo respecto al derecho formalmente⁴¹ vigente es clara: clausuró la aplicación del derecho castellano-indiano en ma-

³⁸ HANISCH ESPÍNDOLA, *op.cit.*, p. 158. No nos detendremos en la calidad de la fundamentación, pues no es el objeto de esta comunicación.

³⁹ ENRIQUE BRAHM GARCÍA, “¿Jurisprudencia creativa? La Corte Suprema de Justicia 1841-1860”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 16, Santiago de Chile, 1990, *passim*.

⁴⁰ ENRIQUE BRAHM GARCÍA, “Los comienzos de la primera revista jurídica chilena: la “Gaceta de los Tribunales” entre 1841 y 1860”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIV, Valparaíso, Chile, 1991, pp. 45-56.

⁴¹ Decimos formalmente, pues materialmente el derecho indiano formó parte de las fuentes usadas por Andrés Bello para la elaboración del Código Civil. Véase nota 3.

terias propias del Código, impidiéndole al juez recurrir a tales normas para fundar sus sentencias, sin perjuicio de la subsistencia de las leyes que señala en su inciso segundo. En consonancia con ello, a partir de ese año las sentencias de los tribunales se fundan preferentemente en este nuevo cuerpo legal, aunque como dice Hanisch Espíndola “continúan usándose las normas antiguas hispánicas si los hechos que dan mérito al juicio han tenido lugar antes de esa fecha”⁴², situación que ocasionó más de alguna confusión, y que dio pábulo a la dictación de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, de 7 de octubre de 1861⁴³.

3.2. Vigencia del Código Civil y coexistencia con el derecho indiano

Para mostrar la coexistencia del derecho civil codificado y el derecho castellano-indiano he seleccionado tres sentencias publicadas en la revista *Gaceta de los Tribunales*, de los años 1858, 1864 y 1876. Esta convivencia entre ambos materiales jurídicos, así como la presencia del derecho indiano, se explica fundamentalmente porque este último regulaba aquellas materias aún no codificadas, referidas al derecho procesal –civil y penal⁴⁴–, sin perjuicio de lo ya dicho. Asimismo, las codificaciones comercial y penal se verificaron recién en los años 1865 y 1874, respectivamente⁴⁵, por lo que en tales asuntos se aplicaba la legislación castellano-indiana.

⁴² HANISCH ESPÍNDOLA, *op.cit.*, p. 158.

⁴³ Si bien al momento de preparar esta comunicación no tuve la oportunidad de consultar la historia de dicha ley, se infiere de su artículo 1° que la aplicación de leyes dictadas en épocas distintas fue una de las motivaciones para su promulgación. También informo del texto de JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *Derecho civil no codificado. Edición crítica de sus textos, concordados, comentados y anotados*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2016, el cual podría enriquecer la explicación acá expuesta.

⁴⁴ Para ambas materias se aplicaban las Siete Partidas y otras normas de derecho procesal patrio. La codificación de estas parcelas del orden jurídico se remonta a principios del siglo XX, en los años 1903 y 1907, respectivamente. BRAVO LIRA, *Vigencia de las Siete Partidas*, p. 123.

⁴⁵ Para la codificación comercial véase ENRIQUE BRAHM GARCÍA (editor), *José Gabriel Ocampo y la codificación comercial chilena*, II tomos, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, Colección Jurídica N° 5, 2000, y JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *Historia del Código de Comercio de la República de Chile*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015. Mientras que para la codificación penal EMILIA IÑESTA PASTOR, “El Código Penal chileno de 1874”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 19, Santiago de Chile, 2003-2004, pp. 293 y ss.

El propósito de esta selección es llegar a quienes conocieron y juzgaron estos asuntos; específicamente, los jueces de segunda instancia. Cabe destacar que todas son apelaciones confirmadas, de manera que en estos casos el tribunal de segunda instancia, más que redactar un fallo, se limitó a validar lo juzgado por el tribunal inferior, razonamiento que se reproduce antes de informar la decisión del tribunal superior; de modo que acá opera una especie de apropiación del raciocinio jurídico del tribunal inferior por parte del tribunal superior, que incluye las normas en que se basa el juez inferior para fallar el asunto. Aludiré brevemente a cada uno de los casos, para así contextualizar el empleo de las leyes castellano-indianas. También he consignado el nombre de los ministros que resolvieron la cuestión, puesto que este último dato me permite abordar la persistencia de lo indiano en la praxis judicial, pero desde la formación jurídica de los letrados que resolvieron los conflictos jurídicos, como manifestación de su mentalidad jurídica.

a) *Don Hilarión Olmedo con el señor Jeneral Búlnes i compartes, sobre nulidad de unas particiones*⁴⁶. El conflicto versa sobre unas particiones practicadas el año 1850, las que adolecen de nulidades y omisiones que afectaron a los hijos naturales de don Francisco Bulnes. La situación de hecho se desprende de los fundamentos de la demanda, los que transcribo a continuación:

1.º que habiendo menores interesados en esos bienes, su enajenación debió hacerse en subasta pública, i no por medio de una adjudicación privada como se hizo, lo cual dió motivo para que los terrenos de la hacienda de Santa Fé, se vendiesen a diez pesos cuadra debiendo haberse vendido a mas de veinte, por ser de la mejor calidad: 2.º que este fundo se consideró en las particiones solo por cuatro mil doscientos cuarenta cuadras, i consta de mas de siete mil, falla resultante de no haberse medido profesionalmente, a pesar de componerse de cerros, planes i edificios: 3.º que en aquella division se tomaron por base el inventario estrajudicial i tasaciones de la misma clase que se practicaron al efecto sin decreto judicial, i sin que interviniese por los menores un representante legal: 4.º que el cuerpo de bienes formado en la ordenata, no contiene los créditos a favor de don Francisco Búlnes, ni de ellos se ha hecho referencia en la particion: 5.º que no contiene todos los bienes del indicado señor Búlnes, porque algunos no se inventariaron, tales como un sitio en San Bernardo, i aparte le correspondia en los bienes de su finado padre; i 6.º que igualmente se omitió tomar en cuenta los frutos que los bienes testamentarios debieron producir desde la muerte del señor don Francisco, hasta que se verificó aquella operacion.

⁴⁶ Gaceta de los Tribunales 1858, sentencia 1192.

Por su parte, los demandados en su contestación a la demanda solicitan el rechazo de todas las pretensiones de los demandantes. El tribunal de primera instancia –Santiago– resolvió la contienda aplicando las Siete Partidas. En primer lugar, a propósito de la adjudicación de un bien raíz a uno de los herederos, pagando al resto la porción de dinero que les corresponda, pues es una facultad de la cual puede hacer uso el juez partidor, según lo dispuesto en la ley 10^o, título 15, partida sexta⁴⁷, y en segundo lugar para absolver de la demanda a los demandados, citando el tribunal el título 14^o, ley 19^o, título 22, ambos de la Partida Tercera⁴⁸, sin perjuicio de reconocer otros derechos a los demandantes. Interpuesto el recurso de apelación, la sentencia es confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. El fallo es dictado por los ministros José Antonio Álvarez Galmes y Manuel Joaquín Valenzuela Castillo, así como los ministros suplentes y/o abogados integrantes Guerrero y Campillo⁴⁹.

⁴⁷ “Que poderio ha el juez ante quien vienen a pleyto los herederos en razon de la particion. Poderio ha el juez ante quien pidieren la partició los herederos d la mádar fazer en la manera q el entédriere q ´ fera mas guifada, e mas pro de ellos. E porende, quádo el vieffe algúa cafa o viña que deuia fer partida entre ellos fe menofcabria mucho, porfazer muchas partes della, bien puede mandar q ´ la aya toda el vno o los dos. E puede fazer obligar, a ´ ql o aquellos que la ouieren q ´ den por fu parte a cada vno de los otros tantos ma rauedis, quanto el afmarceq ´ podrian va ler las fus partes, que auian en aquella cafa, o en aquella viña fi partida fueffe, ello mifmo deue fazer en las cofas que fon a tales, que fe non pueden partir fegun natura quifadamente afsi como cauallo, o otra beftia, ca deue lo apreciar quanto vale, e darlo al vno, e mandarle que fegund aquel apreciamiento, que de fu parte a cada vno de los otros en dineros, e los herederos fon tenudos de fazer lo que les el juez mandare en efta razon. Otrofi dezimos, que leuantádo fe defacuerdo entre los hered[e]ros, o entre los otros con quien ouieffen fus heredades vezinas, fobre los mojones, o los terminos de algun campo, o de otra heredad, de la herencia, de manera q ´ fe non puedan auenir a partirlo: e fonce para toller tal dfacuerdo, deude el juez yr a aquel cápo, o aquella heredad, e verg que es aquello, fobre que te defacuerdá. E fi fallare y mojones antiguos porque lo pueda determinar, deue yfazer, aquello q entendiere que fera mas aguifado por que cada vno aya fu derecho, e fi los mojones o los terminos fueré entremezclados de guifa quel mojó o el termino de la haredad dl vno entre en la del otro, fi por aq ´lla entrada puede nacer contienda entre ellos: e fonce deue mádar mudar los mojones, e poner los de manera que aquella cóntienda pueda fer tollida. E deue condenar a aquel a quien acrefciere en la fu heredad, por razón del mudamiento de los mejones, que de al otro tantos marauedis quátos entendiere que vale la tierra ´ q le toma, por ender recar los mojones, e los herederos, e los otros q ´ vienen a la particion, deuen obedecer al juez en eftas cofas fobredichas: e a los que lo non fizieffen, puede les poner pena de pecho fegund fu aluedrio, falta que gelo fagafazer”. Texto extraído de JOSÉ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (editor), *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, Madrid, España, Reus, 2004.

⁴⁸ Que regula materias de derecho procesal civil.

⁴⁹ Para efectos de este trabajo sólo nos ocuparemos de los ministros propietarios, más

b) *Don Casimiro Bravo i otros con don José Anjel Rodriguez, sobre tercería*⁵⁰. El conflicto dice relación con una tercería de dominio interpuesta en el marco de un juicio ejecutivo. El tribunal desestima dicha tercería, por cuanto el ejecutado “ha probado con tres testigos contestes que lo ha poseído mas de treinta años sin violencia, clandestinidad ni interrupcion”, por lo que ha operado la prescripción extraordinaria. El juez de instancia aplica la ley 1º, título 14, Partida Tercera⁵¹, además de los artículos 2510 y 2511 del Código Civil. Interpuesto el recurso de apelación, la sentencia es confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. El fallo es dictado por los ministros Máximo Muxica y Echaurren (Regente de la Corte), José de los Dolores Bernales Urmeneta, Julián Riesco Droguett y Manuel Joaquín Valenzuela Castillo.

c) *Don Juan Catrileo con don Fermin San Juan, sobre derecho a unos terrenos*⁵². El asunto guarda relación con la posesión de unos terrenos ubicados en “Las Juntas”, Curicó, cuyo conflicto es expuesto claramente en la relación que hace el juez de instancia:

San Juan se ha apropiado de esos terrenos sin título alguno, solo por haber quedado de arrendatario de ellos al fallecimiento de los dueños i no ha pagado los cánones correspondientes durante los diez o doce años últimos. Habiendo sido inútiles todos los requerimientos estrajudiciales que le han hecho al poseedor para que restituya los terrenos aludidos i pague los cánones adeudados i el compareciente entabla formal demanda para que se le declare obligado a ello.

El demandado contesta que segun se manifiesta por los documentos de f. 11 i 16, hace quince o mas años compró tres cuadras de terreno a Juan

no de los suplentes, ni tampoco de los abogados integrantes, pues de estos últimos no disponemos de información exacta.

⁵⁰ Gaceta de los Tribunales 1864, Gaceta 1150, año de edición XXI, página 470, sentencia 1280.

⁵¹ “Que cosa es Prueua, e quien la puede fazer” Prueua es aueriguamiento que se faze en juyzio, en razon de alguna cosa que es dubdosa. E naturalmente pertenece la prueua al demandador, quando la otra parte negare la demanda, o la cosa, o el fecho, sobre la pregunta que se le faze. Ca si non lo prouasse, deuen dar por quito al demandado, de aquella cosa non fue prouada contra él: e non es tenuta la parte de prouar lo que niega, porque non lo pdoria fazer bien, assi como la cosa que non se puede mostrar, nin prouar segund natura. Otrosi las cosas que son negadas en juyzio, non la deuen, nin las pueden prouar auellos que las niegan, si non en aquella manera que diremos adelante en las leyes deste Titulo”. Texto extraído de SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *op.cit.*

⁵² Gaceta de los Tribunales 1876, Gaceta 1770, año de edición XXXV, sentencia 2666.

Antonio Catrileo, como tres cuartos de cuadra a José Cuevas i cinco cuerdas tres cuartos a Mateo i Juan de Dios Catrileo, habiendo estado gozando de esos terrenos desde la fecha en que los adquirió; que si es disculpable que los herederos de Juan Antonio i Mateo Catrileo entablan la acción deducida, apesar de constarles la venta de los terrenos, no sucede lo mismo respecto de José Cuévas i Juan de Dios Catrileo, por haber sido ellos mismos quienes le vendieron sus derechos; que respecto de los terrenos comprados a Juan Antonio Catrileo, existía la circunstancia de haber sido adquirido en una limitación privada, en la que prevaleció la oferta del demandado por haber sido superior a las demás i finalmente que todos los terrenos los ha comprado a buena fé, por su justo precio i poseyéndolos sin interrupción por más de quince años a vista y paciencia de los que ahora se titulan dueños.

Pide en consecuencia se le absuelva de la demanda con costas. En el comparendo de que de testimonio el acta de f. 23 vta. el apoderado de los demandantes impugnó la autenticidad de los documentos exhibidos por el demandado i espuso que no tenían valor legal por no haber sido otorgados ante escribano público;

El demandado sostuvo que esta última circunstancia no era necesaria para la validez de los contratos, atendiendo al tiempo en que se otorgaron i ofreció prueba sobre su autenticidad”.

El tribunal rechaza la demanda, aplicando la ley 1^o, título 14, Partida Tercera⁵³, las leyes 1^{o54} y 3^{o55} del título 1 del libro 10 de la Novísima Recopilación y el artículo 700 inciso segundo del Código Civil. Interpuesto el recurso de apelación, la sentencia es confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. El fallo es dictado por los ministros José Vicente Ávalos Valderrama, José Antonio Gandarillas Luco, Raimundo del Carmen Silva Torres y el ministro suplente José María Barceló Carvallo.

⁵³ Véase nota 51.

⁵⁴ “Pareciendo que alguno se quiso obligar á otro por promisión ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenuto de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepcion, que no fué hecha estipulacion, que quiere decir, *prometimiento con cierta solemnidad de Derecho*, ó que no fué hecho ante Escribano público, ó que fué hecha á otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno, que daría otro, ó haría alguna cosa; mandamos, que todavía vala la dicha obligacion y contrato que fuere hecho, en qualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro”. Texto extraído de SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *op.cit.*

⁵⁵ “Qualquier que se obligare por qualquier contrato de compra ó vendida, ó troque, ó por otra causa y razon qualquiera, ó de otra forma ó calidad, si fuere mayor de veinte y cinco años, aunque en tal contrato haya engaño que no sea mas de la mitad del justo precio, si fueren celebrados los tales contratos sin dolo y con buena fe, valan, y aquellos que por ellos se hallan obligados, sean tenidos de los cumplir”. Texto extraído de SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *op.cit.*

4. Una explicación desde la cultura jurídica

4.1. *Rastreado al derecho indiano (II): la formación jurídica de los ministros de corte*

Establecida la coexistencia entre el derecho civil codificado y el castellano-indiano, así como los nombres de los ministros que confirmaron los recursos de apelación, haré referencia a su formación jurídica. Para ello, primero efectuaré una breve reseña de los establecimientos que ofrecieron cursos de derecho⁵⁶. Después, exhibiré los datos relativos a la formación jurídica de los letrados que fallaron los casos expuestos. Finalmente, vincularé dicha información con los planes de estudio del Instituto Nacional vigentes en esa época, específicamente la formación en “derecho privado”. Así demostraré la presencia de este derecho en el acervo jurídico del letrado.

Los estudios jurídicos en Chile son de antigua data. Florecen en plena época de la monarquía modernizadora, conforme al nuevo espíritu que ella asume. Este no solo buscaba mantener en paz y justicia a los vasallos, sino también promover, desde arriba, el progreso y la felicidad de sus súbditos. A su vez, existía una creciente inquietud de contar con una universidad mayor, de cinco facultades -Artes, Teología, Cánones y Leyes, Matemáticas y Medicina-, para que los vecinos del Reino dejaran de acudir a Lima a cursar sus estudios superiores. Ya en 1713, en sesión del Cabildo de Santiago, don Francisco Ruiz de Berecedo, alcalde ordinario del reino, señalaba:

...Y que lo persuadió al dicho señor alcalde el hacer esta propuesta el considerar que los vecinos de esta ciudad...se hallen atrasados y sumamente pobres, y que por falta de medios dejan de remitir a sus hijos á la Real Universidad de San Marcos de Lima...y que por esta razón los ingenios de este reino, que son aplicados á letras y aventajados en la facultad á que se aplican, se hallan clamoreando por una Universidad de letras...y que se criaran asimismo letrados y abogados para los negocios forenses de este reino, sin mendigar de la dicha ciudad de los Reyes...⁵⁷.

⁵⁶ Para esto y lo que sigue ROBERTO CERÓN REYES, “La cultura jurídica de los ministros y fiscales de la Corte Suprema de Justicia de Chile en el siglo XIX (1823-1900) I. Estudios y grados”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 23, Santiago de Chile, 2011-2012, pp. 84-86.

⁵⁷ JOSÉ TORIBIO MEDINA, *La instrucción pública en Chile*, Santiago de Chile: Imprenta Elzeviriana, 1905, p. 382. Las cursivas son nuestras.

Después de arduas gestiones ante la corona, Felipe V, por Real Cédula de 28 de julio de 1738, dispuso erigir una real universidad en la capital del reino de Chile. De la citada disposición real el Cabildo tomó conocimiento un 9 de mayo de 1741. Sin embargo, las lecciones comenzaron a dictarse recién en 1758, fecha que inaugura los estudios jurídicos en el país.

El Real Colegio de San Carlos o Convictorio Carolino de Nobles⁵⁸ ofreció entre sus cursos uno de Cánones y Leyes, cuyos alumnos quedaban habilitados para obtener el grado de bachiller, previa asistencia a clases y rendición de los exámenes de rigor en la universidad⁵⁹. La vida de este establecimiento se apagó en 1815.

Por su parte, con el afán de introducir la enseñanza del derecho real y la adquisición de competencias forenses para un adecuado ejercicio de la profesión de abogado, se fundaron en los reinos indianos una serie de academias de leyes reales y práctica forense⁶⁰. En Chile este sentir se manifestó en el Auto acordado de la Real Audiencia de 26 de marzo de 1778:

La buena administración y el pronto debido éxito que corresponde a la justicia depende principalmente de la deducción de los hechos, y que las peticiones y libelos se producen en los tribunales sean arreglados y conformes a derecho, para que esclarecido el que tuvieren los litigantes, se proceda sin riesgos y asuntos en que inmediatamente se interesa la causa pública, la quietud de las partes que disputan y el servicio de ambas Magestades: a cuyo fin es indispensable preciso que, los letrados que presten su patrocinio se hallen de antemano revestidos de la plenitud de ciencia necesaria, instrucción en el estilo forense y práctica en el manejo de las leyes reales, municipales del reino, y autores más autorizados que expli-

⁵⁸ Sus orígenes se remontan a 1769. Es cerrado en 1773 y reabierto en 1778.

⁵⁹ Sin perjuicio de ello, en 1782 obtuvo, por algún tiempo, la gracia de que sus alumnos estuviesen exentos de dar exámenes en la Universidad, lo que fue derogado. Cfr. MARIO BAEZA MARAMBIO, "Esquemas y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile", *Colección de estudios y documentos para la historia del derecho chileno*, Santiago de Chile, 1944, p. 33. LUIS LIRA MONTT, "Los Colegios Reales de Santiago de Chile. Reseña histórica e índice de colegiales (1584-1816), *La nobleza en indias. Estructura y valores sociales*, Santiago de Chile, Publicaciones Bicentenario, 2010, pp. 628-629.

⁶⁰ En España la inserción del derecho real en la universidad fue fruto de un proceso que, en sus inicios, tuvo fuerte resistencia. Recién en 1771, con Carlos III como monarca, se inició un proceso de incorporación del derecho real que irá *in crescendo*. Cfr. MARIANO PESET REIG, "Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII", *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXXVIII, Madrid, España, 1968, *passim*.

can su genuina inteligencia. No siendo fácil que esto se consiga en breve tiempo y con el solo estudio de los primeros rudimentos y elementales principios con que se ha inspeccionado que algunos sujetos alcanzan el grado de bachiller, y pasan a solicitar la recepción de abogados, mezclándose en defensas con notable grave perjuicio de los interesados, contra el estilo de todas las Reales Audiencias, y el que se observa en los Consejos Supremos de Castilla⁶¹.

El documento agregó la exigencia y efectivo cumplimiento, hasta ese entonces, de la práctica forense en algún estudio de abogados durante cuatro años, dispensable a tres en ciertos casos. Sin embargo, gracias al empuje y tesón de Ambrosio Zerdán y Pontero, Fiscal del Crimen de la Real Audiencia, se instaló el 28 de julio de 1778 la Real Academia Carolina de Leyes y Práctica Forense que, con algunas interrupciones, funcionó hasta 1851. De modo que la Real Audiencia, por Auto acordado de 9 de julio de 1778 sustituyó la pasantía por los ejercicios que se practicarían en la referida academia⁶². Coronó la iniciativa la Real Cédula de 24 de octubre de 1779 que autorizó la instalación de esta institución.

Entre los años 1813 y 1879, se fundaron una serie de establecimientos que enseñaron el derecho en sus aulas. En pleno proceso de desarticulación de la monarquía hispano indiana se creó, el 27 de julio de 1813, el Instituto Nacional. Tal como apuntan Guzmán Brito y Salvat Monguillot la intención de sus promotores era la reunión de cuatro centros de educación de la monarquía: el Convictorio Carolino, la Real Universidad de San Felipe, la Academia de San Luis y el Seminario Conciliar de Santiago⁶³, impartiendo enseñanza en todos los niveles: primaria, secundaria y universitaria. En cuanto a este último nivel, absorbió la función docente que hasta ese entonces ejerció la Universidad de San Felipe, la cual se encargó únicamente de examinar a los alumnos y conferir los grados académicos.

⁶¹ Texto en HERNÁN ESPINOSA QUIROGA, *La Academia de Leyes y Práctica Forense*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1955, pp. 44-45. Cfr. CARLOS SALINAS ARANEDA, “Índice de los Autos Acordados de la Real Audiencia de Santiago de Chile”, *Revista Chilena de Historia del Derecho* n° 9, p. 187.

⁶² ESPINOSA QUIROGA, *op.cit.*, p. 50. SALINAS ARANEDA, *op.cit.*, p. 187.

⁶³ MANUEL SALVAT MONGUILLOT, *Breve historia del estudio del derecho*, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2001, p. 55. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “La enseñanza del derecho. Historia y perspectivas”, *Anales del Instituto de Chile*, v. XXV, 2005-2006, Santiago de Chile, p. 277.

El Instituto se instaló el 2 de agosto de 1813, fue clausurado en 1814 y reabrió sus puertas en 1819. Su labor formadora del núcleo dirigente se prolongó hasta 1879, fecha en que se dictó una ley de instrucción secundaria y superior que devolvió a la Universidad de Chile, continuadora de la de San Felipe, dicha tarea. Se suman a él una serie de colegios privados que ofrecieron cursos de Leyes, los cuales debieron atenerse al plan de estudios oficial del Instituto Nacional, sus alumnos rendir exámenes en ese recinto, y graduarse en la Universidad de San Felipe y en su sucesora la Universidad de Chile.

Un 16 de enero de 1829 se inauguró el Liceo de Chile, regentado por el español José Joaquín de Mora, cuyo objetivo inicial era la educación secundaria o preparatoria, cuestión que a poco andar se amplió al incorporar un curso de estudios de derecho. De corta vida, cerró sus puertas en 1831. También un 16, pero de marzo de 1829 y después de algunos inconvenientes, se abrió el Colegio de Santiago, regentado hasta 1830 por Juan Francisco Meneses, y desde entonces hasta su cierre definitivo, en 1831, por Andrés Bello López. Dentro del variado plan de estudios -primarios, secundarios y superiores- contempló un curso de derecho⁶⁴.

Fundado en 1826 el Colegio dirigido por Juan Francisco Zegers consideró, en el año 1831, un curso de Derecho. De esta misma época es el establecimiento fundado por el presbítero Juan de Dios Romo, que también incluyó un curso de Leyes; el curso privado de Andrés Bello; el Colegio de los hermanos argentinos Martín y Manuel Zapata; y el Liceo Casa de Educación fundado por los argentinos Domingo Faustino Sarmiento, Vicente Fidel Reyes y José Antonio Ortiz⁶⁵.

En este período la formación teórica recibida por los futuros letrados seguía aún complementándose con una formación práctica, ofrecida por La Academia de Leyes y Práctica Forense, extinguida en 1851. Después, fue el propio Instituto Nacional que ofreció cursos de práctica forense dentro del plan de estudios de la carrera de derecho⁶⁶.

⁶⁴ Para más detalles véase ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Mora y Bello en Chile*, Santiago de Chile: Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, pp. 18-39.

⁶⁵ BAEZA MARAMBIO, *op.cit.*, pp. 77-81. SALVAT MONGUILLOT, *Breve historia*, pp. 70-71. GUZMÁN BRITO, "La enseñanza del derecho", p. 277.

⁶⁶ Para mayores detalles véase GUZMÁN BRITO. "La enseñanza del derecho", p. 366. Por motivos de extensión máxima permitida del trabajo, he excluido la reseña de las materias que se enseñaban para la formación práctica del letrado.

4.1.1. La formación jurídica de los ministros propietarios de las Cortes de Apelaciones

Los datos acá expuestos fueron obtenidos en una investigación anterior de la cual formé parte⁶⁷, de modo que me serviré de aquellos que guardan directa relación con la formación jurídica recibida por los letrados⁶⁸, los que he ordenado de la manera que a continuación se muestran:

Ministro	Estudios
José Antonio Álvarez Galmes	Graduado de Derecho por la Universidad de San Felipe. Examinado ante la Iltma. Corte de Apelaciones en comisión conformada por los señores José Antonio Rodríguez Aldea, Pedro de la Cuadra Baeza y Pablo Salas. Juró de abogado el 2 de junio de 1834.
José Vicente Ávalos Valderrama	Primarios en Vallenar. Secundarios, desde 1841, en el Instituto Nacional. Graduado de Derecho por la Universidad de Chile. Hizo su práctica profesional con don Antonio García Reyes. Examinado ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en comisión conformada por los señores Gabriel Ocampo, Martín Zapata y José Barros Pazos. Juró de abogado el 2 de enero de 1849.

⁶⁷ BERNARDINO BRAVO LIRA, *Anales de la judicatura chilena*, II vols, Santiago de Chile, Poder Judicial, Corte Suprema de Chile, 2011, 1455 pp.

⁶⁸ La ficha prosopográfica contiene una sección denominada “Estudios”, bajo la cual se agregó, según el caso, datos sobre la formación primaria, secundaria y superior del letrado. Los datos acerca de la formación universitaria se extrajeron de diversas fuentes. La obra de José Toribio Medina *Historia de la Universidad de San Felipe* resultó de gran utilidad, puesto que junto con complementar los datos de matrículas obtenidos a través de los documentos propios de la universidad, contiene información atinente a la obtención del grado académico hasta que esta institución cambió de nombre, ahora como Universidad de Chile. La fecha en que algunos integrantes cursaron su pasantía obligatoria como académicos de la Academia de Leyes y Práctica Forense se desprendió del trabajo de Hernán Espinosa Quiroga *La Academia de Leyes y Práctica Forense*, entre otras. Desde el año 1778 hasta el año 1944 existieron comisiones encargadas de evaluar los conocimientos teóricos del aspirante al título de abogado. En orden sucesivo, la Real Audiencia (1778-1824), la Corte de Apelaciones de Santiago (1824-1875), la Corte Suprema (1875-1928) y una Comisión compuesta por integrantes de la Corte Suprema, Corte de Apelaciones de Santiago y Colegio de Abogados (1928-1944), llevaron a cabo dicha tarea. La nómina de las comisiones examinadoras se extrajo de la monografía de Salvador Valdés, y la fecha de titulación del estudio de Guillermo de la Cuadra “Abogados titulados en Chile: 1776-1876” y del índice del Ministerio de Justicia. En ciertos casos sólo se dispone de información básica y parcial -vgr. lugar de estudios y juramento-. CERÓN REYES, *op.cit.*

Ministro	Estudios
José de los Dolores Bernales Urmeneta	Secundarios en el Instituto Nacional. Graduado de Bachiller en Cánones y Leyes por la Universidad de San Felipe el 17 de diciembre de 1838. Ingresó a la Academia de Leyes y Práctica Forense el 6 de marzo de 1839 y egresó el 16 de marzo de 1841. Examinado ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago en comisión conformada por los señores Pedro de la Cuadra, Pedro J. Fernández Recio y José Ramón Zarricueta. Juró de abogado el 16 de abril de 1841.
José Antonio Gandarillas Luco	Primarios en el Colegio de los SS.CC. entre 1849 y 1852. Secundarios en el Instituto Nacional, en donde fue matriculado el 12 de marzo de 1851, a los 12 años de edad, en 1° de Humanidades. Graduado de Derecho por la Universidad de Chile. Examinado ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago en comisión conformada por los señores Miguel Elizalde, Francisco Puelma e Ignacio Zenteno. Juró de abogado el 25 de septiembre de 1861.
Máximo Muxica y Echaurren	Secundarios de Humanidades en el Colegio Carolino e Instituto Nacional. Graduado de Bachiller en Leyes por la Universidad de San Felipe el 30 de junio de 1831. Examinado ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago en comisión conformada por los señores Gregorio Santa María, J. Manuel Barros y Francisco Arriagada. Juró de abogado el 15 de febrero de 1833.
Julián Riesco Droguett	Secundarios de Humanidades en el Instituto Nacional. Curso de Leyes en el mismo establecimiento. Graduado de Bachiller en Leyes por la Universidad de San Felipe el 24 de febrero de 1837. Examinado ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago. Juró de abogado el 12 de agosto de 1839.
Raimundo del Carmen Silva Torres	Secundarios en el Instituto Nacional. Superiores en el Curso de Leyes del mismo establecimiento. Graduado de Derecho por la Universidad de Chile. Examinado ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago en comisión conformada por los señores Ángel Artigas, J. Domingo Aguirre y Pedro J. Fernández Recio. Juró de abogado el 9 de diciembre de 1852.
Manuel Joaquín Valenzuela Castillo	Secundarios de Humanidades en el Instituto Nacional. Superiores en el Curso de Leyes en el mismo establecimiento. Graduado de Bachiller en Leyes por la Universidad de San Felipe el 15 de diciembre de 1840. Ingresó a la Academia de Leyes y Práctica Forense el 8 de enero de 1840 y egresó el 31 de marzo de 1843. Examinado ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago en comisión conformada por los señores Pedro J. Fernández Recio, Antonio García Reyes y Andrés Villegas. Juró de abogado el 20 de septiembre de 1843.

4.1.2. Planes de estudio: presencia del derecho indiano

De los datos ya exhibidos, puedo afirmar que todos los ministros juraron antes de 1862. En efecto, el primero lo habría hecho el año 1834 y el último, el año 1861. Durante ese tiempo el Instituto Nacional contó con cuatro planes de estudio. Acá, por razones de extensión, reseñaré únicamente aquellas materias que podrían agruparse en torno a la expresión “derecho civil”.

a) *Plan de 1813-1831*. Es el primer plan del Instituto Nacional, cuya duración era de cuatro años, y se estructuraba en dos cátedras: la de Derecho natural, de gentes y Economía política, y la de Derecho real y canónico. En el caso del curso de Derecho real, este duraba un año y medio y se empleaban como textos las *Instituciones del Derecho civil de Castilla* (1771 y varias ediciones posteriores), de Ignacio Jordán Asso y Miguel Manuel, y el *Compendio del derecho público y común de España o de las leyes de las Siete Partidas colocado en orden natural* (1784), de Vicente Vizcaíno⁶⁹.

b) *Plan de 1832*. Por medio de éste se modifica el plan de estudios anterior, cuya duración ahora sería de cinco años. En el cuarto y quinto año se contemplaba la materia de Instituciones de Derecho nacional, que no era más que el derecho vigente en la época; es decir, el castellano-indiano⁷⁰.

c) *Plan de 1853*. En un programa de seis años se consideró la enseñanza del Derecho Civil, Derecho Comercial y Procedimiento Civil, en el tercero, cuarto y quinto año de la carrera, respectivamente. La incorporación de asignaturas de procedimiento se debe a la supresión en 1851 de la Academia de Leyes y Práctica Forense⁷¹. Al decir de Guzmán Brito “hasta 1856, en la asignatura de Derecho Civil se enseñó el Derecho Civil español (castellano); desde 1857, el Código Civil promulgado en 1855 y entrado en vigencia el 1 de enero de aquel año”⁷². Este dato me permite afirmar que uno de los ministros reseñados -José Antonio Gandarillas Luco- pudo haber estudiado Código Civil, mientras que el resto se formó en Derecho Civil español (castellano).

d) *Plan de 1859*. En materia de derecho civil mantuvo el mismo esquema que el plan anterior. Hubo ligeras modificaciones en otras materias.

⁶⁹ GUZMÁN BRITO, “La enseñanza del derecho”, p. 316, quien cita a las Ordenanzas del Instituto Nacional.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 318-320.

⁷¹ *Ibid.*, p. 320.

⁷² *Ibid.*

5. Conclusiones

1. La presencia del derecho indiano -en sentido amplio- en Chile durante el siglo XIX es palmaria. Las aristas que comprende son variadas: legislación, doctrina, jurisprudencia y formación jurídica.
2. A través de la jurisprudencia y de la formación jurídica de los ministros de corte se ha constatado en esta comunicación la pervivencia explícita del derecho castellano-indiano en materias de derecho privado. En efecto, este derecho siguió aplicándose una vez dictado el Código Civil en 1857, en materias reguladas por este nuevo cuerpo legal. A su vez, una revisión a los planes de estudio de la época en que los ministros de corte reseñados cursaron sus estudios también confirman lo dicho.
3. La formación jurídica de los ministros de corte es parte de la cultura jurídica del propio letrado, y también de la época en que vivió y le correspondió aplicar el derecho. Ellos recibieron los influjos formativos del derecho indiano, incardinado en la tradición jurídica del *ius commune*. Como bien dice Bravo Lira, aunque con los matices pertinentes, “cada generación de letrados permanece, por así decirlo, fija en la visión del derecho que asimiló en las aulas”⁷³. Así las cosas, la cultura jurídica indiana está presente y coexistió con la incipiente cultura del código.
4. Sigue pendiente determinar con mayor exactitud la intensidad de la presencia del derecho indiano a través de la formación jurídica de los jueces de la época, lo que requiere ingentes esfuerzos tendientes a examinar la totalidad de los programas de estudio de la época, con mención de las asignaturas y/o materias, y la literatura recomendada para cada ramo, si la hubiera. De esta forma, se demostrará hasta qué punto la citación de las normas de derecho castellano-indiano obedece no sólo a la aplicación de las normas existentes en la época, sino también a una manifestación de la mentalidad jurídica de los letrados, aún atrapada por los tentáculos del derecho indiano.

⁷³ BERNARDINO BRAVO LIRA, “Estudios de derecho y cultura de abogados en Chile 1758-1998. Tres etapas: *ius commune*, codificación y descodificación en el Nuevo Mundo”, en *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2006, p. 593.

LA DEFENSA DEL PRIVILEGIO TERRITORIAL DE UN PUEBLO
HOSPITAL DE LA NUEVA ESPAÑA: SANTA FE DE LA LAGUNA,
MICHOACÁN

THE DEFENSE OF TERRITORIAL PRIVILEGE IN THE HOSPITAL
TOWN OF SANTA FE DE LA LAGUNA (MICHOACÁN, NEW SPAIN)

JUAN CARLOS CORTÉS MÁXIMO

Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Instituto de Investigaciones Históricas (México)

meltipajala@yahoo.com.mx

Resumen: Me interesa estudiar el privilegio territorial del pueblo hospital de Santa Fe de la Laguna. Para ello, explicamos la fundación del hospital y su dotación de tierra, a través de la compra-venta y la donación confirmada mediante merced real. Enseguida, analizo las ordenanzas formuladas por su fundador, don Vasco de Quiroga, referidas a la organización del hospital en términos espiritual y temporal, así como al carácter de la tierra y la protección de los límites de ésta. Por último, expongo la defensa que los oficiales indígenas emprendieron a favor de la conservación de su territorio. Interesa mostrar que ciertas Ordenanzas y la Memoria y Declaración de Vasco de Quiroga, sí se cumplieron para el caso del pueblo hospital de Santa Fe de la Laguna.

Palabras clave: defensa legal, tierra, privilegio territorial, Ordenanzas, Santa Fe de la Laguna, Vasco de Quiroga.

Abstract: In this paper, I study the land privileges granted by the Spanish crown to the hospital town of Santa Fe de la Laguna (*Michoacán*). Hence, I explore the topic of the foundation of the hospital, as well as the royal land grant and land trading. I also examine the municipal ordinances composed by Vasco de Quiroga, which set the basis for the civil and religious life, as well as the land property policy and territorial protection by the local community. Lastly, I study the action that the indigenous officials took to preserve their territory. I evaluate whether Quiroga's writings (*Memoria...*, and *Ordenanzas*) were taken into consideration during the organization of the hospital town of Santa Fe de la Laguna.

Keywords: legal defense, land, land privileges, hospital town, ordinances, Santa Fe de la Laguna, Vasco de Quiroga.

Sumario: 1. Configuración jurídica de las tierras del pueblo hospital. 2. Policía mixta, protección y carácter de las tierras. 3. Defensa del privilegio territorial. 4. Comentario final.

1. Configuración jurídica de las tierras del pueblo hospital

Una de las distinciones que gozó el pueblo hospital de Santa Fe, fundado por Vasco de Quiroga, fue el carácter de las tierras dotadas. Debemos recordar que antes de la llegada de los castellanos al *Irechequa* (Reino) P'urhepecha, existían diversas modalidades de propiedad de la tierra. De acuerdo a algunos estudiosos, había “tierras patrimoniales” del *Irecha* (cazonci); fracciones que pertenecían a los linajes caciquiles; las “tierras fiscales” para la entrega del tributo, entre otras¹. Al adherirse el *Irechequa* prehispánico *uakusi* (águila) a la Corona española, el gobierno nativo ya no recaía en el linaje de los señores *uakusi*, sino en los *Eneani*. De éste último, provenía don Pedro *Cuýniarángari* quien estaba al frente del gobierno de los indígenas. En virtud de que *Cuýniarángari* estaba vinculado a los *uakusi*, gozaba de tierras diferenciadas llamadas: “patrimoniales de linaje noble”.

Al arribo de don Vasco de Quiroga a la ciudad de Michoacán (Tzintzuntzan) para atender y resolver peticiones de justicia, se topó con un panorama crítico respecto a la situación de los principales y del común de indios. En particular, los primeros recibían presión por parte de los españoles porque querían saber el lugar donde resguardaban el “oro” y las “joyas”. La “persecución” y el “maltrato”, según se desprende de la obra de Benedict Warren, era producto de que conservaban y no se apartaban de sus antiguas creencias y prácticas religiosas². Una de las vías para remediar esta situación, consistió en que los principales y el común de naturales debían abrazar los preceptos cristianos.

De modo que Vasco de Quiroga, después de conferenciar con el gobernador, Pedro *Cuýniarángari*, convino en la fundación de un hospital al norte del lago de Pátzcuaro. Quiroga arribó a Tzintzuntzan en el verano de 1533 y retornó a la ciudad de México a fines de éste año o comienzos de 1534. Así que la fundación del hospital de Santa Fe, como ya lo ha dicho Warren, ocurrió el 14 de septiembre de 1533 en una planicie próxima al asentamiento antiguo de Guayameo. La gestión de Quiroga ante la autoridad real no se hizo esperar puesto que, al año de haberse fundado el hospital de Santa Fe, el corregidor

¹ ULISES BELTRÁN, “Organización política y población de los tarascos” en Brigitte Boehm de Lameiras, *Michoacán Antiguo. Estado y sociedad tarascos en la época prehispánica*, Zamora, El Colegio de Michoacán- Gobierno del Estado de Michoacán, 1994, p. 124, 125.

² BENEDICT WARREN, *Vasco de Quiroga y sus Pueblos Hospitalales de Santa Fe*, tercera edición, México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 1997, pp. 100-101.

de la ciudad de Michoacán recibió orden del rey para que favoreciera “a las personas que entienden en el edificio de este hospital”³.

Otra acción que benefició al hospital de Santa Fe fue la designación de don Vasco de Quiroga como obispo electo de Michoacán en agosto de 1536 y la toma de posesión en agosto de 1538⁴. Poco después de que Quiroga volvió a la Ciudad de Michoacán (Tzintzuntzan), como abogado y todavía oidor de la Audiencia de México, brindó seguridad jurídica al hospital mediante la celebración de una escritura de compra-venta. Para ello, don Pedro *Cuýnia-rángari* y su esposa doña Inés vendieron una fracción de tierra al “Pueblo, i hospital de Sancta Fe, y al Señor don Vasco de Quiroga en su nombre”, el 21 de junio de 1538. Dicha tierra fue descrita que se localizaba:

en la vega de Pacaquareo que son en términos de esta ciudad que han por linderos de la una parte el Peñol, que esta como vamos de esta dicha ciudad a Santa Fee, i por la otra el Pueblo de Petacuaro, y por la otra parte la estancia de Villaseñor que es junto al camino que va por la dicha estancia a dar a esta ciudad, y por la otra parte a la entrada de la Laguna de esta dicha ciudad hasta dar en dicho camino⁵.

Cabe enfatizar que fue doña Inés, “juntamente” con su marido, quien vendió la tierra al “Pueblo, y hospital” por la suma de 150 pesos a fin de que sus habitantes la cultivaran y se pudieran sostener. Dicha tierra se localizaba al sureste del cerro de Guarapo, distante a media legua del núcleo poblacional del hospital de Santa Fe. Mediante esta transacción suscrita entre doña Inés y los habitantes de Santa Fe, a través de Vasco de Quiroga, se garantizaba por vía jurídica la propiedad de dicha fracción de tierra para los moradores, sus herederos y demás sucesores del hospital.

Es probable que don Vasco de Quiroga supiese de las pretensiones de Juan Infante de incluir los “pueblos de la Laguna” como parte de su encomienda. Entre los pueblos que Infante reclamó en 1532 figuraron Guayameo, Cotzaro y Capacuero. De modo que cuando Quiroga arribó a la Ciudad de Michoacán como visitador, de acuerdo con Hans Roskamp, se encontró frente a una situación geopolítica en la que por un lado, la Ciudad de Michoacán (Tzintzuntzan) defendía los pueblos de la Laguna como sus “barrios” y, por otro lado, Juan Infante, quien reclamaba a dichos poblados como parte de su encomienda⁶.

³ WARREN, *op.cit.*, p. 168. Cédula real, Palencia, 28 de septiembre de 1534.

⁴ WARREN, *Vasco de Quiroga*, cit., p. 107.

⁵ ARCHIVO CAPITULAR DE LA CATEDRAL DE MORELIA, 6-6.2-2-93.

⁶ ROSKAMP, *op.cit.*, p. 147; WARREN, *Vasco de Quiroga*, cit., pp. 110, 111.

Entre los asentamientos señalados por Juan Infante, como ya dijimos, se encontraba Capacuero, fracción de tierra que justamente doña Inés y don Pedro habían vendido al “Pueblo, y hospital” y a Vasco de Quiroga. Pudo ser que don Vasco, al arribar a Tzintzuntzan, se haya enterado del interés de Infante de incorporar a su encomienda los pueblos de la Laguna. Ante ese contexto, es llamativo que la fundación del hospital haya ocurrido precisamente al norte del lago de Pátzcuaro, y que la primera fracción de tierra otorgada y formalizada haya sucedido precisamente al sur de Capacuero. Esto es, que vemos al jurista Vasco de Quiroga promover una fundación poblacional, sobre un espacio ya en disputa, por la pretensión de Juan Infante de incorporar esos poblados a su encomienda.

Una vez que Vasco de Quiroga fundó el hospital, partió a la ciudad de México, y de vuelta a la Ciudad de Michoacán (Tzintzuntzan) para tomar posesión de su obispado, lo aprovechó para brindar seguridad al hospital de Santa Fe. Para lo cual nuevamente acudió ante don Pedro *Cuýniarángari*, el gobernador de los indígenas, para indicarle que el rey había ordenado que se favoreciera al hospital dotándola de más tierra. De manera que Quiroga se trasladó de Tzintzuntzan al pueblo hospital de Santa Fe para que se ejecutara la merced real tocante a otorgar tierras baldías o desamparadas. Así fue como el 27 de junio de 1538 don Pedro donó al hospital de Santa Fe las tierras

Que están y se contienen y encierran desde la Palma que esta cerca de la Laguna de el llano que se dice Chupicuaro en el camino real que va a Tzacapu y a Colima derecho a dar al Monte hasta la cumbre aguas vertientes hasta la Laguna; y desde allí por la orilla de la Laguna hasta en derecho de el Peñol de Tocontal que está en el llano de la otra parte desde Santa Fee que se llama el Peñon Capacuaro que está sobre el camino real que ba se Santa Fee a Michoacán y de allí pasando por el dicho Peñol a dar derecho a dar derecho a una acipres que esta en una Cordillera que pasa junto al valle que se dice Petacaquaro hasta dar derecho a la cumbre y sierra del monte que passa y ba sobre Santa Fee. Todo lo cual se contiene y ensierra desde la dicha cumbre y monte aguas vertientes hasta la Laguna y desde el dicho Peñol hasta la dicha Palma sin perjuicio de otra cualesquier tierra, que otra persona halla y tenga al pesente y tenían y poseían al tiempo que dicho don Pedro dio las dichas tierras a el dicho hospital por baldías y desamparadas⁷.

Dicha donación obedecía al cumplimiento de la cédula real del 28 de septiembre de 1534, en la cual el rey enteraba y a la vez pedía al “Corregidor

⁷ ARCHIVO CAPITULAR DE LA CATEDRAL DE MORELIA, 6-6.2-2-93.

de la ciudad de Michoacán” que fuese favorecido el hospital por ser obra “tan sancta y buena” donde se recogían a “pobres indios”⁸. Al año siguiente, el 13 de noviembre de 1535, Vasco de Quiroga presentó al virrey Antonio de Mendoza la cédula real en la cual la “Emperatriz y Reyna” mandaba se otorgaran algunas tierras por la “necesidad de ellas para sus labranzas, pareciendos que convienen, e siendo sin perjuicio de tercero, repartáis entre ellos, la parte de las dichas tierras que vos pareciere”⁹. Ante la petición de Quiroga de que se ejecutara el mandato de la reina, el virrey Antonio de Mendoza concedió las tierras atrás especificadas de la siguiente manera: “Un pedazo de tierras, e Monte, que alrededor de Hospital había, en las quales por ser como eran valdías, e realengas, e sin perjuicio de Tercero alguno: los naturales del dicho Hospital las habían comenzado a labrar y cultivar”¹⁰. De la cita se desprende que los habitantes de Santa Fe ya venían, desde algunos años atrás, usufructuando los terrenos expresados. Por lo que ello, no era más que la confirmación y formalización jurídica a través de una merced real de tierras. La justificación de su concesión era con el fin de que los moradores

las tengan, posean, e gozen del fruto, e aprovechamiento de ellas, ahora e para siempre jamás, que ahora ni en ningún tiempo los naturales del dicho Hospital no pueden dehesar las dichas tierras, ni parte de ellas, ni ocupar canadas, ni abrevadero, sino que solamente las tengan para los cultivar, e labrar, e sembrar¹¹.

Luego de esa merced real, entre agosto y septiembre de 1538 se procedió a la posesión de las tierras. El presbítero Pedro de Yepes, como representante de Vasco de Quiroga, arrancó yerbas, lanzó piedras y deambuló por la tierra sin contradicción de ninguna persona¹². Al año siguiente, fines de junio de 1539, el encomendero Juan Infante obtuvo carta ejecutoria de la Audiencia de México para que se le diera posesión de los barrios de la Laguna. Sin embargo, el 14 de julio del mismo año, Antonio Ruiz en nombre de don Pedro *Cuý-niarángari* y los “indios de la ciudad”, se opuso a su ejecución. La respuesta de la Audiencia a la petición de cancelar su aplicación fue que la solicitud debía hacerse ante “su Majestad”¹³.

⁸ WARREN, *Vasco de Quiroga*, cit., p. 168.

⁹ Títulos de tierras, f. 7 y v., ARCHIVO DE SANTA FE DE LA LAGUNA.

¹⁰ Títulos de tierras, f. 8., ARCHIVO DE SANTA FE DE LA LAGUNA.

¹¹ Títulos de tierras, f. 9v., ARCHIVO DE SANTA FE DE LA LAGUNA.

¹² ROSKAMP, “El mapa de Santa Fe”, cit., p. 146.

¹³ WARREN, *Vasco de Quiroga*, cit., p. 112.

El obispo Quiroga decidió movilizarse en compañía de un conjunto de españoles para abortar la pretensión de Infante de tomar posesión de los pueblos de la Laguna. La acción de movilización tanto de Quiroga, como los españoles que le seguían, así como los indígenas del orden de 6 mil, evitó al menos por ese momento, que Infante tomara posesión de los pueblos como parte de su encomienda. No obstante, ello no fue obstáculo para que Infante insistiera ante la Audiencia de que se pusiera en práctica la carta ejecutoria. A fines de diciembre de 1539 el virrey Antonio de Mendoza se trasladó a la Ciudad de Michoacán y ordenó que se diera posesión a Infante de los barrios de la Laguna. Entre el 3 y 5 de enero de 1540 se le dio posesión de los pueblos, excepto Santa Fe¹⁴. El presbítero Pedro Yepes que había participado en la toma de posesión de los terrenos del hospital entre junio y agosto de 1538, presentó ante el ejecutor la escritura de compra-venta, la merced de tierras y los testimonios de la toma de posesión, razones por las cuales Infante no pudo agregar a su encomienda: Chupícuaro, Guayameo, Capacuero, ni el propio pueblo hospital de Santa Fe. De modo que las acciones jurídicas de Vasco de Quiroga habían tenido efecto, lo mismo que la movilización, para impedir que Juan Infante tomara posesión del hospital de Santa Fe. Enseguida corresponde referir los principios organizativos de Santa Fe, en particular el gobierno espiritual y temporal y el modo en que debía usufructuarse y vigilarse los límites de tierras.

2. Policía mixta, protección y carácter de las tierras

El obispo Vasco de Quiroga creyó importante definir los lineamientos por los cuales debía organizarse el hospital de Santa Fe; a partir de la cultura jurídica de la que formó parte, procedió de manera casuista y compuso leyes pocas y claras para la población nativa, de manera que ésta pudiese conocerlas, comprenderlas y aplicarlas¹⁵. Warren dio a conocer las reglas como “Ordenanzas para los hospitales de Santa Fe”¹⁶.

¹⁴ WARREN, *Vasco de Quiroga*, cit., p. 123. WAKAKO YOKOYAMA, *Dos mundos y un destino. Cien años de la encomienda de Juan Infante y sus herederos en la provincia de Michoacán, 1528-1628*, México, Universidad Keio-Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo-Archivo Histórico Municipal de Morelia, 2014, p. 50.

¹⁵ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 374.

¹⁶ *Ordenanzas de Santa Fe de Vasco de Quiroga*, edición facsimilar, Introducción,

Los hospitales de Santa Fe fueron previstos que se organizaran bajo una policía mixta. Esto es, un gobierno espiritual y uno temporal en íntima interdependencia. La “policía cristiana espiritual”¹⁷ debía estar a cargo de un cura rector. Los clérigos debían saber la lengua local y promover la “hospitalidad” y el “orden”¹⁸. El rector y/o capellán, o bien a quien designara el patrón y protector de los hospitales, debía enseñar la lectoescritura en lengua castellana¹⁹, la doctrina cristiana y moral de buenas costumbres²⁰. Este cura rector debía permanecer tres años al frente de la feligresía, y no más, a menos que fuese necesaria la prórroga a tres años o “más tiempo”. Y si así fuera, la ampliación debía contar con la licencia del rector lector del Colegio de San Nicolás y el parecer del deán y del cabildo catedral²¹. Dicho sea de paso, éstos se constituyeron en los patronos de los hospitales de Santa Fe, pero en defecto y ausencia de ellos, el presidente y los oidores de la Audiencia de México. Sin embargo, “por patrón, protector y defensor principal” el rey de Castilla y de las Españas²².

Por su parte, el gobierno temporal de los hospitales de Santa Fe debía recaer en un principal, cuatro regidores, dos jefes de familia que actuarían como jurados y un “supervisor de las estancias”. El principal sería elegido de entre cuatro probables candidatos, quienes representaban las cuatro partes en que estaba dividida el hospital. Este principal lo elegirían todos los jefes de familia a través de “voto secreto”. El elegible era aquél que tuviese el perfil de ser útil al “bien común de la república del hospital sin pasión ni afición”²³. La persona a elegir como principal y regidor debía ser “buen cristiano y de buena vida, costumbres y ejemplo”²⁴. El principal se mantendría en el cargo por tres o seis años, o los que fuera necesario si se probaba que su permanencia ayudaría al bien de la república.

Si el común de los habitantes del hospital quisiese trasladarse a las fincas rústicas, su traslado tendría que contar con la licencia del rector y de los

paleografía y notas de J. Benedict Warren, México, Fimax Publicistas, 1999, Colección quiroguiana -III-, p.119.

¹⁷ *Testamento del Obispo Vasco de Quiroga*, edición facsimilar, Con otros documentos, Introducción, Paleografía y Notas por J. Benedict Warren, México, Fimax Publicistas, 1997, Colección quiroguiana -I-, p. 36.

¹⁸ *Testamento op.cit.*, p. 61.

¹⁹ *Testamento*, cit., p. 85.

²⁰ *Ordenanzas, op.cit.*, p. 90.

²¹ *Testamento*, cit., p. 61.

²² *Testamento* cit., p. 62.

²³ *Ordenanzas*, cit., p. 107.

²⁴ *Ordenanzas*, cit., p. 108.

oficiales indígenas. Asimismo, las acciones del principal y de los regidores concernientes al hospital, a las estancias, a los límites de tierras y a obras comunes, debían contar con la aprobación del “rector siempre”. También con previa aprobación del cura rector, las autoridades nativas podían ser removidas si faltaban al interés común y actuaran con pasión²⁵. Cabe resaltar que las acciones y obras que los oficiales indígenas realizaran en el hospital, debían contar con el parecer y la aprobación del cura rector.

Los moradores del pueblo hospital tenían derecho al usufructo de tierra y podían utilizar terrenos para recreación, ayuda de costa y para aprovechamiento común. Los nativos del hospital únicamente tenían el derecho de “uso y fruto” de la tierra, y no debían ser enajenadas “sino que siempre se quede perpetuamente inajenable en el dicho hospital y colegio de Santa Fe, para la conservación, mantención y concierto de él y de su hospitalidad”. Es decir, que los moradores podían hacer uso de determinadas tierras para sus casas, huertos y cultivos, y de ningún modo debían venderlas o intercambiarlas a personas del exterior, puesto que eran para provecho en forma perpetua para los habitantes del hospital y sus descendientes²⁶.

Con dicha ordenanza, don Vasco de Quiroga buscó asegurar la continuidad del hospital, ya que si no ocurría así, podía perderse “la buena obra y limosna de indios pobres y huérfanos, pupilos, y viudas y miserables personas fácilmente”. El redactor de la ordenanza fue enfático al decir que fue voluntad de Quiroga que los vecinos del hospital fuesen usufructuarios de la tierra y que nadie podía enajenarla a terceros, puesto que estaba destinada a sus moradores y herederos “por cuanto esta es la voluntad de su fundador” que se mantuviera por largo tiempo y por siempre la hospitalidad para la atención de la población indígena²⁷.

En la misma línea de perpetuar el hospital de Santa Fe, se preciso que cada año los moradores recorrieran los linderos del pueblo, que renovaran las mojoneras, si fuese necesario, de acuerdo a los títulos y escrituras de deslinde de tierras que tuviese el hospital. A ello se añadió que el pueblo hospital debía contar con un cofre, en el que se conservaran los títulos primordiales. Dicho cofre debía estar en un lugar adecuado, de manera que no fuera a perderse²⁸.

²⁵ *Ordenanzas*, cit., pp. 106, 108, 109, 110, 115, 116.

²⁶ *Ordenanzas*, cit., pp. 88, 89.

²⁷ *Ordenanzas*, cit., pp. 89, 90.

²⁸ *Ordenanzas*, cit., p. 110.

Con base en esa última ordenanza que precisaba se cuidaran los límites territoriales, es probable que las ordenanzas hayan sido confeccionadas en el contexto por la defensa de los linderos de los hospitales de Santa Fe. Pudo ser que las reglas se hayan hecho entre 1545 y 1547, antes de la partida de don Vasco de Quiroga a España (1547) y después de que Francisco Arévalo asumió el oficio de corregidor (agosto de 1545-julio de 1548) y Antonio Huitzimengari hiciera lo propio como gobernador de los indios (1545-1562)²⁹. Si a ellos correspondió aplicar la orden de que se respetaran los límites y las mojoneras del hospital, es dable plantear que la redacción de las ordenanzas y, en especial, “Que visiten las tierras y renueven los mojones en cada año”, haya sido incluido a partir de la previa experiencia de los hospitales en la disputa por tierras.

Ahora corresponde referir las acciones de los oficiales del hospital de Santa Fe y la relación tripartita entre éstos últimos, el cura rector y el cabildo catedral respecto a la defensa de las tierras.

3. Defensa del privilegio territorial

El 7 de julio de 1724 “Tomas Barajas Gobernador, Pasqual Mauricio Rexidor, Ambrosio Cuiris Prioste” y demás miembros del común de Santa Fe, expresaron al teniente de Cocupao, don Nicolás Jiménez de Cueto, que los “naturales del Pueblo de Cocupao” les despojaron de un conjunto de tierras. Argumentaron que las expresadas tierras las poseían de “inmemorial tiempo”, hasta que los de Cocupao obtuvieron real despacho que cercenó una parte del territorio de Santa Fe. Para mostrar que esas fracciones les pertenecían, los oficiales de Santa Fe solicitaron que se le permitiera recabar información de testigos para que declararan sobre la tierra que era de su propiedad. Los representantes de Santa Fe presentaron a don Nicolás Rodríguez de Chevarria, Juan López y a don Manuel Ponce de León, éstos últimos vecinos de la ciudad de Tzintzuntzan, y el segundo perteneciente al sector español. Para los oficiales de Santa Fe contar con testigo español era de suma importancia para mostrar a la autoridad la seriedad de la información que declaraban. Los tres coincidieron que las tierras estaban cerca de las casas de los indios de Cocupao “por donde

²⁹ *Ordenanzas*, cit., p. 29. HANS ROSKAMP, “El mapa de Santa Fe de la Laguna, Michoacán. La defensa territorial de un pueblo hospital a mediados del siglo XVI”. Eduardo Williams y Phil C. Weigand. eds. *Patrones de asentamiento y actividades de subsistencia en el occidente de México*, México, El Colegio de Michoacán, 2011, p. 149.

pasa un Arroyo de aguas corrientes que baja del varrio de Cuzaro”. El punto en conflicto fueron los terrenos que se localizan al sur de la actual plaza vieja o plaza Madrigal de las Altas Torres.

Al desecarse la laguna en la parte sureste del territorio de Santa Fe, quedó al descubierto una fracción de tierra, situación que fue aprovechada por los vecinos de Cocupao para extenderse hacia la zona desecada. De ahí que las autoridades de Santa Fe pidieran a sus testigos que brindaran información al respecto. Las tres personas expusieron que el nivel del lago había descendido: uno dijo “como dos cuadras”, otro “como dos tiros de Escopeta poco mas o menos” y el otro “como cosa de cien varas poco mas o menos”³⁰. Con esta información que integró el teniente de alcalde mayor de Cocupao, el 30 de julio de 1724, el gobernador Tomas Barajas y demás oficiales de Santa Fe, se trasladaron a Pátzcuaro para solicitar al teniente les atendiera en justicia. Los oficiales p’urhepecha, a través del doctor José Guiles Galindo, argumentaron que los indios de Cocupao habían tomado posesión de ciertas tierras derivado de representaciones “viciosas”; que el despacho real por el cual procedieron a ello se fundaba en “siniestra relación”, por tanto, pedían se rechazara toda pretensión de los naturales de Cocupao.

Para mostrar la propiedad de las tierras en disputa, los de Santa Fe presentaron los testimonios por los cuales el pueblo hospital disfrutaba de ellas. Una fracción de tierra, al sur del cerro Guarapo, había sido concedida al hospital mediante compra venta que el propio Vasco de Quiroga pagó de sus propios salarios. La otra sección se obtuvo mediante donación concedida por el gobernador don Pedro *Cuýniarángari* y legitimada por el virrey Antonio de Mendoza, mediante merced real. Dichos mecanismos -se argumentó-: “justifica plenamente la propiedad y posesión con instrumentos tan reales tan privilegiados exuberantes primitivos y antiguos... y tan singulares prerrogativas”³¹. El representante de los oficiales de Santa Fe añadió en su argumento que Vasco de Quiroga había fundado el hospital con motivo de la “miseria” y “desamparo” en la que se encontraba la población nativa; un hospital que sirvió de refugio y atención a los “pobres Yndios enfermos”. De ahí que el hospital de Santa Fe al tratarse de una obra pía, “por eso con tantas recomendaciones de privilegiada”³². Por todo lo anterior, las autoridades de Santa Fe, a través del doctor Guiles Galindo, sostuvieron que las tierras

³⁰ Títulos de tierras, f. 4v-7., ARCHIVO DE SANTA FE DE LA LAGUNA.

³¹ Títulos de tierras, f. 10 v., ARCHIVO DE SANTA FE DE LA LAGUNA.

³² Títulos de tierras, f. 11., ARCHIVO DE SANTA FE DE LA LAGUNA.

“desde entonces y siempre las han tenido y poseído nuestros predecesores y nosotros las tenemos y poseemos y gozamos”³³.

De todo ello, cabe enfatizar la fundamentación del representante de los habitantes de Santa Fe en torno a que la serie de ordenamientos reales, las posesiones y las acciones a favor del hospital constituían privilegios “primitivos y antiguos”. Esta antigüedad paralela al argumento de la “inmemorialidad” es de suma importancia, en virtud de que hace referencia a que cuando se fundó el hospital fue una acción justa porque con ello se atendió a los “pobres indios”, huérfanos, viudos y enfermos. Por lo tanto, la concesión de tierras a través de la compra venta y mediante merced real constituían una distinción que debía mantenerse porque sus habitantes, en especial los nativos pobres, las necesitaban para cultivar sus productos y satisfacer sus requerimientos. De modo que el hospital era una obra que se había hecho por “piedad” y “misericordia” para la atención espiritual y material de sus moradores indígenas.

El gobernador, regidor, prioste y demás oficiales de Santa Fe plantearon a su representante que las tierras que ahora les disputaban los naturales de Cocupao, las poseían y disfrutaban desde que se había fundado el hospital; por tanto, afirmaron que “desde entonces y siempre las han tenido y poseído nuestros predecesores y nosotros las tenemos y poseemos y gozamos”³⁴. Esta última cita muestra la memoria que guardaban los moradores del hospital hacia el primer cuarto del siglo XVIII respecto a las tierras que les pertenecían y las mojoneras que las delimitaban. En la documentación referida no está explícito que los oficiales de Santa Fe realizaran cada año recorridos por los linderos y renovasen los mojones, pero se infiere, a partir de sus declaraciones, que sabían claramente hasta dónde llegaba la extensión de su territorio y los puntos que lo delimitaban. De manera que en un contexto por litigio de tierras es claro que los representantes tenían conocimiento de las mojoneras que deslindaban el territorio del pueblo hospital, sobre todo en la parte oriente, en la línea limítrofe con Cocupao.

No obstante que los habitantes del pueblo hospital sabían de los límites de su tierra y la defensa de la misma contra la pretensión de los vecinos de Cocupao, éstos no desistieron en plantear a la Audiencia de México de que ciertas tierras por el lado poniente eran suyas. Para ello, indicaron que en el pasado ese tribunal había resuelto a su favor, luego de haber mostrado “real provisión de lo executado y determinado en el Pleito que tuvieron con los

³³ Títulos de tierras, f. 11., ARCHIVO DE SANTA FE DE LA LAGUNA.

³⁴ Títulos de tierras, f. 11., ARCHIVO DE SANTA FE DE LA LAGUNA.

dichos Naturales de Santa Fe sobre tierras deducido y alegado en Derecho”³⁵. En virtud a esa real provisión y lo que se había ejecutado hasta ese momento, la Audiencia comunicó a los de Santa Fe que acudieran “ante su Alteza” a pedir lo que les convenía.

Dada la relación que había entre el gobernador y el cura rector de Santa Fe con el cabildo catedral de Valladolid, los oficiales del pueblo hospital solicitaron la ayuda a éste último cuerpo colegiado. De ahí que el cabildo catedralicio haya dispuesto se entregara al gobernador indígena el “testimonio de los títulos de las tierras de el Hospital de Santa Fe de la Laguna”³⁶. Los títulos de tierras consistieron en una carta de venta otorgada por el gobernador don Pedro *Cuýniarángari* a don Vasco de Quiroga el 21 de junio de 1538, y la merced real de tierra concedida por el virrey Antonio de Mendoza, el 27 de junio de 1538. Con base en estos documentos, la Audiencia de México, mediante “sentencia de revista” estableció que los habitantes de Santa Fe eran los propietarios de dichas tierras.

Sin embargo, los de Cocupao no escatimaron esfuerzos y buscaron ampliar su tierra fundados en la “Real Ordenanza” que indicaba que aquel pueblo con el título de “Pueblo” debía gozar de 600 varas. En 1725 la Audiencia precisó que se realizara la “vista de ojos y medidas”, no obstante, los oficiales de Santa Fe se opusieron en virtud de que los de Cocupao pretendían realizar las medidas desde la última casa de éste pueblo y no desde la iglesia. De modo que se suspendieron las diligencias y así quedaron los autos³⁷. Lo visto en líneas arriba evidencia el apoyo que recibió el hospital de Santa Fe del cabildo catedral de Valladolid en la protección de sus tierras. De modo que el éxito de Santa Fe en la defensa territorial se debió, primero, al respaldo brindado por el patrón protector, el cabildo catedral, quien facilitó copias de los títulos de tierras y, segundo, al carácter de la fundación de Santa Fe como obra piadosa.

Así que al mediar el siglo XVIII, el pueblo hospital de Santa Fe aún conservaba las tierras que venía disfrutando desde mediados del siglo XVI. Los problemas de posesión de tierras no finalizaron en el primer cuarto del siglo

³⁵ Títulos de tierras, f. 14., ARCHIVO DE SANTA FE DE LA LAGUNA.

³⁶ “Tanto de el testimonio de los títulos de las tierras de el Hospital de Santa Fe de la Laguna del que llevaron los indios a México para el pleito con los de Cocupao, que se saco siendo Rector de este Colegio el Bachiller Don Francisco Bernal de Pinavero del mes de agosto de 1724. Laguna, Legajo 1, No. 34”, ARCHIVO CAPITULAR DE LA CATEDRAL DE MORELIA, 6-6.2-2-93.

³⁷ ARCHIVO CAPITULAR DE LA CATEDRAL DE MORELIA. ACCM, 6-6.5-5-97, ff. 748- 748v.

XVIII, sino que volvieron a emerger al mediar el siglo dieciochesco. Habían transcurrido casi treinta años de la disputa agraria entre Santa Fe y Cocupao, cuando éste último pueblo, a raíz de que el número de habitantes aumentó, las necesidades de mayores tierras y de otros recursos naturales también aumentaron. En virtud de que los habitantes de Cocupao no disponían de tierras suficientes para el cultivo y la cría de ganado, era común que sus vacunos se introdujeran en los pastizales de Santa Fe. A falta de éstos para alimentar el ganado, ciertos vecinos del sector español y mestizo, solicitaron el arriendo de pastos al hospital de Santa Fe. Fue así como Juan Thomas de Olmos, vecino de Cocupao, convenció al cura rector de Santa Fe, licenciado Texeda, que se le arrendara el rancho de Chupícuaro. Más tarde, a mediados de 1754, los oficiales de Santa Fe acudieron ante el cabildo catedral para exponer que habían trascurrido cuatro años sin que se hubiese obtenido la renta correspondiente, por ello demandaban al señor Olmos que se apartara del rancho y lo devolviera al pueblo hospital³⁸.

Ese reclamo de devolución del rancho que disfrutaba el señor Olmos, se derivó a raíz de que ciertas cabezas de ganado vacuno, propiedad de éste, se habían introducido a las tierras de Santa Fe. A principios de 1754 los recién electos oficiales, Joseph Miguel gobernador, Nicolás Pedro regidor, Juan Diego prioste y Lucas Matheo regidor, reaccionaron ante la afectación recurrente de sus cultivos por los vacunos del señor Olmos. Para ello, en una noche expulsaron el ganado con el auxilio de ondas, en cuya acción resultó muerta una res. El señor Olmos se trasladó a Santa Fe para pedir la intervención del cura rector, Joseph Antonio Flores, a fin de remediar la afectación. El cura pidió a Olmos que no expusiera la problemática a la justicia “porque no se le siguiesen a estos pobres mayores gastos, y contratiempos”; a cambio de ello, se comprometió a hablar con el gobernador para que saldara el precio del vacuno. Así ocurrió, y el gobernador de Santa Fe se comprometió a pagar el costo de la vaca.

Sin embargo, al cumplirse el plazo convenido, el gobernador, en presencia de rector y del señor Olmos, refirió: “que allí tenía diez pesos y que no le daba mas, que los tomara si quisiera y si no, fuese a pedir contra el, ante el juez que le pareciera”³⁹. De aquí el problema se complicó porque Olmos se quejó

³⁸ “Memorial presentado por los indios de Santa Fe de la Laguna que tratan de un arrendamiento que hicieron contra su voluntad Legajo 1 n. 1”, ARCHIVO CAPITULAR DE LA CATEDRAL DE MORELIA, 6-6.2-1-194.

³⁹ “Memorial presentado por los indios de Santa Fe”, cit.

y pidió justicia ante el teniente de alcalde mayor de Cocupao tocante a que el gobernador le había “robado” varias cabezas de ganado vacuno. Y que no sólo él había sido afectado, sino también Mateo López y otros vecinos de Cocupao. A raíz de ello, el teniente ordenó la aprehensión del gobernador de Santa Fe.

Ante esa situación, el cura rector pidió la intervención del alcalde mayor de Pátzcuaro para que pusiese remedio. Por su parte, el regidor Nicolás Pedro, compañero del gobernador, hizo lo propio y se entrevistó con el teniente de Cocupao, quien le mostró las “causas” que se seguían al gobernador. El regidor informó al cura rector que el gobernador había sido apresado. Fue entonces cuando el regidor y el cura rector se fueron a entrevistar con el teniente y éste les mostró un “requisitorio” por el que el comisario Juan de Sierra seguía diligencias al gobernador por robo. En ese instante el regidor de Santa Fe se molestó y comentó que de todo ello iba dar cuenta al deán y al cabildo catedral de Valladolid.

En efecto, el regidor se trasladó a Valladolid para plantear y solicitar al cabildo catedral dos puntos: primero, amparo y protección hacia los moradores del hospital de Santa Fe y, segundo, que ese cuerpo colegiado ordenara al cura rector la devolución de una carta que había escrito el alcalde mayor dirigida al comisario, quien tenía preso al gobernador. No sabemos qué noticia contenía dicha carta, pero por la información que brinda el conjunto de los documentos, es probable que tuviese que ver con la llamada de atención del alcalde mayor al comisario para que dejara en libertad al gobernador de Santa Fe, en virtud de que “tienen los de ese pueblo barrios privilegios, para no ser cogidos”. Por lo tanto, el regidor Nicolás Pedro pidió al cabildo catedral que fueran favorecidos “como pobres miserables” a fin de que no padecieran los “quebrantos que cada día experimentamos con el theniente y otros jueces seculares”⁴⁰. Las diferencias entre los representantes del pueblo hospital y los vecinos de Cocupao por el usufructo de los recursos naturales no finalizaron aquí, sino que volvieron a reactivarse.

En marzo de 1754, el gobernador y demás oficiales de Santa Fe comunicaron al deán y al cabildo catedral que los vacunos de Cocupao se metían en los terrenos de pastizal, no obstante que se había puesto una valla “desde cerca de Cocupao asta este Pueblo, lo que toca desde este camino real, asta

⁴⁰ “Pedimento de queja de los indios sobre que un torete de don Miguel Olmos le havia hecho mal perjuicio, y informe que acompaña el rector. 1754 años Legajo 1 no. 38”, ARCHIVO CAPITULAR DE LA CATEDRAL DE MORELIA, 6-6.2-2-93.

la Laguna”⁴¹. Aparte de que los de Santa Fe defendieron los límites de sus tierras, también el cura rector se sumó a la defensa de su feligresía y de sus recursos naturales, al plantear al cabildo catedral que los de Cocupao dañaban los sembradíos y no se responsabilizaban por cubrir los daños, por el contrario, “maltrataban sus personas”. El cura rector enteró al cabildo que los naturales eran encarcelados, sufragaban los daños y eran compelidos a pagar “12 pesos de costas”, e insistió en que los nativos no debían satisfacerlos porque era injusto, además de que las “reales ordenanzas” lo prohibían. Por todo ello, el cura rector pidió la intervención del deán y el cabildo catedral a fin de que se solucionaran las “vexaciones” haciendo ver que el pueblo de Santa Fe:

gosa y tiene el título Ospital y lugar pío, i por consiguiente goza de la in-
munidad eclesiástica, i que desde su fundasion asta ahora nignun juez la a
quebrantado, ni estos naturales an sido bexados, por estar baxo del domino
i proteccion de VSSa⁴².

Ante dicha solicitud, el cabildo catedral pidió al “Doctoral” don Pedro Jaurrieta que atendiera el caso y rindiera un informe sobre lo que se debía ejecutar. La sugerencia de Jaurrieta estribó en que había “Leyes reales” y “repetidas cédulas de su Majestad” que indicaban que los alcaldes mayores no debían cobrar derechos de visita. De modo que comunicaron al cura rector que indicara a los de Santa Fe que no aportaran suma alguna, y que si la autoridad en cuestión continuaba en su empeño de proceder contra los indígenas y sus bienes, se pidiera testimonio de ello. Además, les comunicó y alertó que llevaran testigos para que en su momento pudieran justificar ante la Audiencia las vejaciones que padecían a fin de que se pusiese la solución correspondiente⁴³.

No se cuentan con testimonios acerca de que dicho decreto se haya comunicado al cura rector y éste a su vez a los de Santa Fe de la Laguna, sin embargo es probable que haya ocurrido así. No obstante, de todo ello interesa recalcar, la colaboración entre los oficiales indígenas, el cura rector y el cabildo catedral ante las problemáticas que tenían los representantes y el común del pueblo hospital. La orden de que se vinculara el gobierno temporal con el gobierno espiritual ante los problemas que aquejaban al hospital, se hacía

⁴¹ ARCHIVO CAPITULAR DE LA CATEDRAL DE MORELIA, 6-6.2-1-194.

⁴² “Santa Fe de la Laguna (de 1755) Un decreto del cavildo en que se refiere no deven conforme a las Leyes, derechos de visita los alcaldes mayores. Legajo 1 N 27”, ARCHIVO CAPITULAR DE LA CATEDRAL DE MORELIA, 6-6.2-2-93.

⁴³ “Santa Fe de la Laguna (de 1755) Un decreto del cavildo” cit.

evidente. La misma disposición de que los oficiales indígenas debían comunicar al ministro espiritual de los asuntos que afectaban al hospital, también se advierte su práctica. Igualmente, el mandato de Vasco de Quiroga de que el cabildo catedral vigilara y protegiera a los habitantes del hospital de Santa Fe, también se cumplía al pie de la letra.

De 1756 a 1785 no se cuentan con referencias acerca de problemas agrarios entre Santa Fe y Cocupao; transcurrió menos de un tercio de siglo cuando resurgió el litigio entre ambos pueblos. De ahí que la comunidad de Santa Fe haya solicitado, por conducto de su escribano, la actualización de sus títulos de tierras y que se levantara información acerca de los límites del pueblo hospital. Resulta llamativo que los representantes de Santa Fe hayan esperado que transcurriera la fiesta principal del pueblo en honor al Señor de la Exaltación, el 14 de septiembre, para que al día siguiente solicitaran copia de sus títulos primordiales.

En efecto, el 15 de septiembre de 1786 Julián Cuiriz, escribano de república, se trasladó a la ciudad de Valladolid para solicitar a don Isidro Huarte, “regidor y alcalde provincial” de la ciudad, el testimonio de los títulos de tierras. Es probable que el pleito haya revivido a partir de 1786 debido a la nueva jerarquía política que adquirió Cocupao: su conversión en cabecera de subdelegación. Seguramente los indígenas de éste último, creyeron conveniente tramitar la dotación de su fundo legal ahora que su pueblo adquiría mayor rango y se convertía en asiento de la justicia española⁴⁴. Ello, en buena medida, sugerido y promovido por los “vecinos de razón” de Cocupao “que sacrifican por su interés la quietud de estos pueblos”⁴⁵.

En Cocupao el número de españoles e integrantes del sector mestizo y mulato aumentó notoriamente: de 90 familias de españoles, mestizos y mulatos hacia 1740, para el último decenio del siglo XVIII sumaban 225 casas, de las cuales 182 eran de castas y 43 de españoles. Prácticamente estamos hablando de un incremento demográfico del casi 200% de mediados a fines del siglo XVIII. Mientras que las familias indígenas en ese mismo periodo pasaron de 70 a 111⁴⁶. Ciertos habitantes de Cocupao pertenecientes al grupo

⁴⁴ JUAN CARLOS CORTÉS MÁXIMO, “El mapa del hospital pueblo de Santa Fe de la Laguna y la defensa del territorio p’urhepecha, 1700-1852”, *Fronteras de la Historia*, en prensa.

⁴⁵ Sta Fe. Alusión de diversos testimonios para la defensa de la tierra, 28-IX-1786, ARCHIVO CAPITULAR DE LA CATEDRAL DE MORELIA,

⁴⁶ ANTONIO VILLASEÑOR Y SÁNCHEZ, *Parte que corresponde a Michoacán en la estadística que con el nombre de Teatro Americano escribió... y se imprimió en Méjico*, Morelia, Imprenta de Ignacio Arango, 1852, p. 13; *Inspección Ocular en Michoacán*.

español y mestizo, habían adquirido varios solares en los alrededores de la plaza de Cocupao mediante la compra a los nativos⁴⁷. Éstos, por su parte, perdían poco a poco el dominio de la parte central del pueblo y se desplazaban hacia la periferia del mismo. De modo que los indios de Cocupao a falta de tierras, y ante la necesidad de pastar su ganado, se adentraban a las tierras de Santa Fe. El problema se agudizó porque no sólo los nativos se introducían en ellas, sino también las castas y otros “vecinos” del mismo Cocupao.

De todo ello, llama la atención la petición que hizo el escribano de Santa Fe al regidor de la ciudad de Valladolid tocante a que se le otorgara copia de los títulos a fin de remitirlos a su patrón y protector, el deán y el cabildo catedral, para que lo auxiliara en la defensa de las tierras del hospital. Así lo referimos, en virtud de que en los fondos del archivo de la catedral se resguarda parte del alegato que la comunidad de Santa Fe sostuvo con Cocupao. El cabildo catedral seguramente encomendó a un miembro de este cuerpo colegiado para que fundamentara la defensa. En el alegato en cuestión, la representación de Santa Fe planteó que así como en 1724 los de Cocupao habían promovido el amojonamiento de su tierras, y la petición de que se le dotara 600 varas de fundo legal, nuevamente en 1786 emprendían el mismo proceso. En 1724 la Audiencia en “sentencia de revista” había resuelto a favor de Santa Fe. De manera que así como en el pasado, “del pleito antiguo”, no fue favorable a Cocupao, era de esperar que sucediera lo mismo. El defensor por la parte de Santa Fe argumentó que los naturales de Cocupao intentaron, en 1734, ampliar sus tierras “ocultando que había pleito executoriado”. De modo que hacia 1787, la defensa del cabildo catedral argumentó que el hospital había sido favorecido en virtud de que:

el pueblo de Santa Fe fue en los principios de esta Christianda insigne piadosa fundación de aquel héroe incomparable el IImo. S. Don Vasco de Quiroga, colmada de privilegios por la cesarea católica Majestad del Señor Carlos quinto Emperador siempre Augusto; y Rey de las Españas, con otras circunstancias dignas de atenderse, para que su Alteza formara el debido concepto de que una obra tan piadosa es digna de sostenerse aunque fuera necesario demoler los pueblos de su circunferencia⁴⁸.

Regiones central y sudoeste, Introducción y notas de José Bravo Ugarte, México, Editorial Jus, 1960, p. 41.

⁴⁷ NICOLÁS PANIAGUA AGUILAR, “De la privilegiada y leal ciudad de indios al ayuntamiento constitucional de Tzintzuntzan. 1718-1826”, Morelia, Tesis de Maestría, Instituto de Investigaciones Históricas-UMSNH, 2014.

⁴⁸ ARCHIVO CAPITULAR DE LA CATEDRAL DE MORELIA, 6-6.5-5-97.

De nuevo notamos cómo un miembro de la catedral trajo a colación que el hospital de Santa Fe fue en su origen una “piadosa fundación”, realizada por Vasco de Quiroga, y que el rey Carlos V lo había “colmada de privilegios” porque era una obra “digna se sostenerse”. De ahí que el comisionado de la catedral, con fecha del 28 de septiembre de 1787, haya expresado a la Audiencia de México que no fuesen molestados los habitantes de Santa Fe en la posesión de sus tierras. Paralelamente, el comisionado solicitó a ese tribunal que, mediante bando, ordenara a los vecinos españoles de Cocupao que no influyeran, ni incidieran en los indios de éste último pueblo, a emprender acciones de ampliación y de posesión de tierras por su lado poniente, en virtud de que pertenecían al hospital de Santa Fe.

4. Comentario final

Hemos referido un estudio de caso, el pueblo hospital de Santa Fe de la Laguna, que se movió muy bien en el orden jurídico virreinal para mantener la prerrogativa de disfrutar las tierras, formalizadas jurídicamente entre 1538 y 1539.

Advertimos y notamos que el espíritu y la práctica de las ordenanzas quiroguianas se cumplieron en tres vertientes: primera, el gobernador y demás oficiales de Santa Fe actuaron en consonancia y con aprobación del cura rector. La colaboración entre ambos se evidenció a la hora de la defensa del pueblo hospital y de sus tierras.

Segunda, los principales indígenas y el cura rector no actuaron aislados, sino en íntima relación con el deán y el cabildo catedral de Valladolid. De manera que la orden quiroguiana de que dicho cuerpo eclesiástico cuidara y protegiera al pueblo hospital de Santa Fe, también ocurrió así.

Tercera, al reconocerse al hospital como “obra pía” y de “misericordia” para la sobrevivencia de los nativos, por un lado, y al formalizarse la posesión de las tierras del hospital mediante la compra venta y la donación legitimada por una merced real, por el otro, se aseguró el sostenimiento y la continuidad del pueblo hospital y de sus moradores, elementos y fundamentos de privilegio que estuvieren presentes a la hora de que la real Audiencia de México resolvió a favor de Santa Fe.

EL DERECHO INDIANO EN LOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (ARGENTINA),
1875-1881

THE DERECHO INDIANO IN THE SUPREME COURT'S DECISIONS
OF PROVINCE OF BUENOS AIRES (ARGENTINA), 1875-1881

MARÍA ANGÉLICA CORVA
INHIDE (Argentina)
mariacorva@gmail.com

Resumen: El objetivo de esta ponencia es determinar y analizar la presencia de derecho indiano y su significado en los fallos de la Suprema Corte, desde su instalación el 23 de enero de 1875, hasta la federalización de Buenos Aires en 1880, acontecimiento que generó cambios en el mapa judicial y en la organización de los tribunales. La investigación comienza por establecer la composición, funcionamiento y competencia del máximo Tribunal. Habiendo resuelto quiénes eran y qué formación tenían sus ministros, el estudio estará centrado en los fallos que citen legislación indiana en forma exclusiva o junto con legislación patria o nacional, para determinar su papel en la resolución del conflicto judicial buscando verificar que el derecho indiano toma una dimensión histórica diferente, como raíz y fuente de nuestro Derecho, siendo su cultura jurídica el cause necesario para las transformaciones subsiguientes.

Palabras clave: derecho indiano, fallos de la Suprema Corte, Poder Judicial, provincia de Buenos Aires, procedimiento, cultura jurídica .

Abstract: The purpose of this paper is to determine and analyse the presence of Derecho Indiano and its significance in Supreme Court decisions, from its establishment on January 23, 1875, to the federalization of Buenos Aires in 1880 an event that generated changes in the judicial map and in the organization of the courts. The investigation begins by determining the composition, functioning, and competence of the highest court. Having determined who they were, and what training their ministers had, the study will focus on judgments that cite Derecho Indiano exclusively or together with local laws. The aim is to determine their role in resolving the judicial disputes in order to verify that Derecho Indiano represents a different historical dimension: as root and source of our law, this legal culture necessarily triggered the subsequent transformations.

Keywords: *Derecho Indiano*, Supreme Court's decisions, Judiciary Power, Province of Buenos Aires, procedure, legal culture

Sumario: 1. Introducción. 2. La Suprema Corte de Justicia. 2.1. Los Ministros. 2.2. Las atribuciones constitucionales. 3. Fuentes y metodología. 4. El derecho indiano en los fallos de la Suprema Corte. 5. Conclusiones.

1. Introducción

En el marco de una investigación a largo plazo dedicada al estudio del poder judicial de la provincia de Buenos Aires, este trabajo busca responder al desafío planteado por Víctor Tau Anzoátegui “de verificar por entero la persistencia de una cultura jurídica con el juego de recepción, resistencia y asimilación”¹. A lo largo del siglo XIX, y aún en las primeras décadas del siglo XX, no se observa la sustitución de un ordenamiento por otro, por ello es necesario cambiar el ángulo de observación e indagar el antiguo ordenamiento “sus quebrantos, su adaptación a las nuevas circunstancias, su presencia e influjo en el proceso transformador y en el nuevo Derecho que se plasma en esa época”. Desde esta perspectiva, el derecho indiano toma una dimensión histórica diferente, transformándose en raíz y fuente de nuestro Derecho, siendo su cultura jurídica el cause necesario para esas transformaciones². El ordenamiento castellano-indiano se mantuvo vigente hasta entroncar con las constituciones y códigos nacionales, promulgados a lo largo del siglo XIX, dejando en ellos sus huellas³.

Es entonces indispensable seguir encarando investigaciones que profundicen en el proceso de adaptación, agotamiento y superación de una concreta cultura jurídica⁴. Si bien la producción en función de estas consignas ha crecido, la atención se ha centrado especialmente en la primera mitad del siglo

¹ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, p. 112.

² TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, pp. 108-109. En esta obra el autor repasa los pasos dados por los historiadores del derecho para lograr este cambio de perspectiva con respecto al derecho indiano durante el siglo XIX. Para una revisión actualizada ver EZEQUIEL ABÁSULO, *Bastante más que “degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud”. Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2015, pp. 9-15; THOMAS DUVE, HEIKKI PIHLAJAMÄKI, (eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History, Global Perspectives on Legal History*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, 2015, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh3>.

³ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *¿Qué fue el Derecho indiano?*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 67. A los fines del objetivo propuesto definimos el Derecho Indiano como el sistema jurídico que imperó en América española, conformando un entramado jurídico con las normas provenientes de distintos ordenamientos jurídicos, con una condición espacial que consiste en haber estado vigentes en Indias. EDUARDO MARTIRÉ, “El Derecho Indiano, un derecho propio particular”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 29, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001, pp. 354-355.

⁴ ABÁSULO, *op. cit.*, p. 11.

XIX, y en menor medida se ha trabajado sobre la segunda mitad⁵. Es por esto que nuestra tarea estará dedicada a indagar en el último cuarto del siglo, en un Estado provincial en formación, para contribuir y aportar a los estudios locales y evitar generalización que pueden llevar a falsas conclusiones.

Pensado el Estado como una institución dinámica, con capacidad de adaptación y reconstrucción, que superaba la dicotomía de poder estatal frente a una sociedad resistente, la institución remite a la acción de fundar y crear un nuevo orden sobre el antiguo, transformándolo en un producto dinámico y multifuncional⁶. La ley cobra otro significado, pues la “voluntad general” ya no era la norma impuesta por la tradición sino la que surgía de la voluntad del legislador y que el juez debía aplicar dejando de lado la tarea interpretativa de los antiguos magistrados. Fue un largo proceso, que no tenía un rumbo pre-determinado y que comenzó a fines del siglo XVIII a partir de la confianza en la fuerza creadora de la razón humana, con la que “los ilustrados reivindicaron el poder del hombre para generar, para crear su propio derecho sin tener que soportar pasivamente las reglas transmitidas por la historia. El derecho les parecía factible: podía ser pensado, inventado y reelaborado libremente, lo que permitía también adaptarlo a las necesidades del momento y, diríamos hoy, hacerlo más operativo”⁷.

Los primeros ministros que conformaron la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires se percibían y declaraban como parte de un

⁵ Ver por ejemplo ABELARDO LEVAGGI, “El Derecho Común en la jurisprudencia de los tribunales de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX”, RChHD, 15, 1992, pp. 173-185; MARIA MARTA HUERTAS, *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001; VIVIANA KLUGER, “El derecho indiano en los dictámenes en materia administrativa del procurador General de la Nación (1862-1917)”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 44, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, jul. 2012; JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “La tradición indiana y la formación del derecho argentino”, *Temas de historia argentina y americana*, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Filosofía y Letras, Centro de Historia Argentina y Americana, julio-diciembre de 2005; ABÁSULO, *op. cit.*; ROBERTO CERÓN REYES, “La cultura jurídica de los ministros y fiscales de la Corte Suprema de Justicia de Chile en el siglo XIX (1823-1900). I. Estudios y grados”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n°23, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pp. 81-98.

⁶ MARTA IRUROZQUI VICTORIANO, “La institucionalización del estado en América Latina. Justicia y violencia política en la primera mitad del siglo XIX”, *Revista Complutense de Historia de América*, vol. 37, Madrid, 2011, p. 17.

⁷ PÍO CARONI, *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid, Universidad Carlos III, 2013, p. 40.

“nuevo orden judicial”, aún cuando los cinco magistrados habían integrado el extinto Superior Tribunal de Justicia y a pesar de recurrir al derecho indiano para fundamentar sus fallos⁸. Esta aparente contradicción puede ser comprendida si se la analiza desde la tensión, que ellos mismos percibían, entre la “antigua” legislación aún vigente y la codificación que estaba surgiendo a partir del pacto constitutivo que intentaba imponer una nueva lógica de legitimidad, de la cual sus gestores se consideraban garantes. Eran juristas que procuraban amalgamar lo nuevo con lo viejo y no sustituir en bloque el antiguo Derecho⁹.

Es nuestro objetivo determinar y analizar la presencia de legislación indiana y su significado en los fallos de la Suprema Corte, desde su instalación el 23 de enero de 1875 hasta la federalización de la ciudad de Buenos Aires en 1880, acontecimiento que genera cambios en el mapa judicial y en la organización de los tribunales. La exposición se divide en tres partes. La primera está dedicada a determinar la composición, funcionamiento y competencia del máximo tribunal. Habiendo resuelto quiénes eran y qué formación tenían estos jueces, trataremos sobre los documentos utilizados y la metodología empleada. Finalmente, el estudio estará centrado en los fallos que hagan mención de legislación indiana en forma exclusiva o junto con legislación patria o nacional buscando determinar su papel en la resolución del conflicto judicial.

La tarea realizada y lo aquí expuesto es una primera experiencia dedicada a establecer una metodología para el análisis de los acuerdos y las sentencias de la Suprema Corte. En esta primera etapa pusimos la mirada en aquellos en que se menciona legislación indiana, buscando establecer las normas que regularon la resolución de los conflictos en el contexto de un orden jurídico mutante. Utilizamos el concepto de legislación indiana como elemento constitutivo del derecho indiano, pues en este trabajo no abarcaremos los demás elementos constitutivos -costumbres, jurisprudencia doctrinaria o literatura jurídica, y jurisprudencia de los tribunales- también presentes en las sentencias y que dejamos para trabajar futuras investigaciones¹⁰.

⁸ Para profundizar sobre los antecedentes de la Suprema Corte ver MARÍA ANGÉLICA CORVA, *Constituir el gobierno, afianzar la justicia El Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, Rosario, Prohistoria ediciones-Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, capítulo VI.

⁹ MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *El Derecho civil en México, 1821-1871 (Apuntes para su estudio)*, México, UNAM, 1988.

¹⁰ El proceso codificador incluye el derecho científico, sin excluir el derecho indiano y el nuevo derecho español. ABELARDO LEVAGGI, “Supervivencia del derecho castellano-

2. La Suprema Corte de Justicia

2.1. Los Ministros

El texto constitucional provincial de 1873 establecía que la Suprema Corte de Justicia debía componerse de cinco miembros y un Procurador General. Tenía un Secretario letrado nombrado de la misma forma que los ministros, por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado. Para ser juez de la Suprema Corte se requería ciudadanía en ejercicio, título de abogado, entre treinta y setenta años de edad, seis de ejercicio en la profesión en alguna magistratura o empleo judicial¹¹. Las leyes reglamentarias que la Constitución dejaba a los legisladores tuvieron distintos tiempos de maduración y en muchos casos no llegaron a concretarse, pero lo cierto es que después de casi dos años, a la una de la tarde del 23 de enero de 1875, tuvo lugar la instalación de la Suprema Corte de Justicia¹². Sus miembros, Sixto Villegas¹³, Alejo B. González Garaño¹⁴, Sabiniano Kier¹⁵, con la ausencia autorizada de Carlos Tejedor (reemplazado finalmente por Andrés Somellera¹⁶) y bajo la

indiano en el Río de la Plata”, *Anuario de Historia de América Latina* (JbLA), n° 22, 1985, pp. 285-294. En la tarea de analizar cada fallo, registramos toda la legislación patria o nacional y pudimos observar el surgimiento de los códigos, pero no trataremos al respecto en este trabajo.

¹¹ “Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873”, en JUAN CARLOS CORBETTA, *Textos constitucionales de Buenos Aires*, Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 1984.

¹² *Instalación de la Suprema Corte de Justicia de la provincia*. Presentada por su presidente, Manuel María Escalada. Registro Oficial de la provincia de Buenos Aires (en adelante ROPBA), 1875, p. 14. La presidencia de la Suprema Corte tiene la duración de un año. En 1876 y 1880 fue presidente Sixto Villegas; 1877 y 1881: Alejo B. González Garaño; 1878: Sabiniano Kier; 1879: Andrés Somellera.

¹³ Sixto Villegas era agente fiscal y fue nombrado fiscal del Superior Tribunal de Justicia el 14 de julio de 1870 hasta la creación del Suprema Corte. ROPBA, 1870, pp. 519-520.

¹⁴ Alejo B. González Garaño fue relator de la Cámara de Justicia y el 22 de octubre de 1857 fue nombrado agente fiscal en lo civil. ROGBA, 1857, p. 161. Después fue juez civil de la Capital y el 14 de octubre de 1863 fue nombrado miembro del Superior Tribunal. ROPBA, 1863, pp. 296-297.

¹⁵ Sabiniano Kier era miembro del Superior Tribunal desde el 18 de mayo de 1872. ROPBA, 1872, p. 248.

¹⁶ Andrés Somellera fue juez en lo civil desde el 8 de agosto de 1853. ROGBA, 1853, p. 61. Luego fue miembro de la Cámara de Justicia y el 30 de septiembre de 1857 pasó a formar parte del Superior Tribunal. ROGBA, 1857, p. 115-116.

presidencia de Manuel María Escalada¹⁷, prestaron juramento en audiencia pública¹⁸.

El Alto Tribunal se estableció en la capital de la provincia con cinco jueces y un secretario letrado, Aurelio Prado y Rojas, nombrado de igual manera que los miembros de la Corte¹⁹. El primer Procurador designado, José María Moreno, no asumió, al igual que Antonio E. Malaver. Desde enero de 1875 hasta octubre de 1880 el cargo estuvo vacante y lo desempeñó como Procurador General Interino Benjamín Victorica, por el acuerdo extraordinario de la Suprema Corte del 4 de marzo de 1879, hasta que fue reemplazado por Tomás Isla, nombrado con acuerdo del Senado por decreto del 20 de octubre de 1880²⁰. (Cuadro 1)

Como puede observarse, todos los ministros desempeñaron cargos en otras dependencias del Estado, pero sólo los cinco primeros habían ocupado cargos en la administración de justicia. Entre 1853 y 1874 se sentaron las bases para la formación de la carrera judicial, con abogados dedicados a la magistratura que comenzaban a dejar la vida política para dedicarse a una formación específica que se manifestó en la especialización del derecho positivo de los años siguientes. Víctor Martínez puso de manifiesto una tendencia, que se reafirmó con los años, de nombrar para jueces de la Suprema Corte juristas con un perfil más político²¹.

En cuanto a su formación, los ministros realizaron sus estudios en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires, creado en

¹⁷ Manuel María Escalada fue nombrado agente fiscal en lo civil el 28 de diciembre de 1854. ROGBA, 1854, p. 152. El 13 de septiembre de 1871, en terna con Federico Pinedo y Daniel M. Cazón, reemplazó a Pablo Font en el Superior Tribunal. ROPBA, 1871, p. 546.

¹⁸ Escalada, Villegas y González Garaño fueron nombrados por decreto del 27 de agosto de 1874, con acuerdo del Senado del 26 de agosto de 1874. Por el mismo decreto fueron nombrados Procurador General Sabiniano Kier y dos vocales que no asumieron, Federico Pinedo y Ezequiel Pereyra. ROPBA, 1874, pp. 436 y 440. Por decreto del 14 de diciembre de 1874, con acuerdo del Senado del 18 de diciembre, Kier junto con Carlos Tejedor fueron nombrados vocales y José María Moreno Procurador General. ROPBA, 1874, pp. 511-512. Tejedor nunca asumió y finalmente Andrés Somellera fue nombrado miembro de la Suprema Corte por decreto del 24 de agosto de 1875, con acuerdo del Senado del 14 de agosto de 1875. ROPBA, 1875, pp. 304-305.

¹⁹ Miguel Esteves Saguí (hijo) fue nombrado secretario de la Suprema Corte con acuerdo del Senado por decreto del 22 de mayo de 1878. ROPBA, 1878, p. 232.

²⁰ ROPBA, 1880, p. 618.

²¹ Víctor Martínez fue nombrado por decreto del 24 de noviembre de 1879, con acuerdo del Senado, en reemplazo de Andrés Somellera que por enfermedad había renunciado y falleció el 13 de agosto de 1881. ROPBA, 1879, pp. 555-556.

Ministro	Nacimiento	Lugar	Universidad	Matrícula	Magistrado en otra instancia	Cargos en otros poderes
Manuel María Escalada	1823	Buenos Aires	UBA	1846	sí	sí
Sixto Villegas	1831	Buenos Aires	UBA	1855	sí	sí
Alejo B. González Garaño	1833	Buenos Aires	UBA	1856	sí	sí
Sabiniano Kier	1832	Buenos Aires	UBA	1856	sí	sí
Andrés Somellera	1809	Asunción	UBA	1852	sí	sí
Víctor Martínez	1823	Buenos Aires	UBA	1847	no	sí

Cuadro 1. Ministros de la Suprema Corte de Buenos Aires entre 1875 y 1880.

1821 con las cátedras de Derecho Civil, a cargo de Pedro Somellera, y Derecho Natural y de Gentes, encabezada por Antonio Sáenz, el primer Rector, que junto con profesores y personal eran solventados por el gobierno de Buenos Aires. Los estudios estaban organizados en dos etapas, una académica que se cursaba en la Universidad y de la que se obtenía el título de Doctor en Jurisprudencia, y otra práctica o profesional en la Academia de Jurisprudencia que habilitaba para litigar u abogar, llevando en total unos cinco o seis años. Una tercera cátedra de Magistratura, propuesta por Sáenz, no prosperó por cuestiones económicas. En 1826 se incorporaron las cátedras de Derecho Canónico y Economía Política, eliminada esta última en la década siguiente²².

Por el año en que se presentaron ante el más alto Tribunal a rendir el examen para obtener el título de abogado y ser inscripto en la matrícula, po-

²² Sobre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires véase TULLIO ORTIZ, *Historia de la Facultad de Derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2004; TULLIO HALPERIN DONGHI, *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, EUdeBA, 2002. Sobre la enseñanza del derecho: MARÍA ISABEL SEOANE, *La enseñanza del derecho en la Argentina. Desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX*, Buenos Aires, Perrot, 1981; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “En torno a la mentalidad de nuestros juristas del ochocientos”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 5, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1977.

demos determinar que en su formación académica todos cursaron en las cátedras de Derecho Natural y de Gentes, y de Derecho Civil, ambas a cargo de Rafael Casagemas hasta su renuncia el 6 de agosto de 1857²³. El catedrático reemplazó a Pedro Somellera y su posición utilitarista en 1832, retornando a lo tradicional al inspirar su enseñanza en las *Instituciones del Derecho Real de España*, de José María Álvarez, en una edición adaptada por Vélez Sarsfield en 1834, para actualizar la legislación del texto original mediante notas y adiciones²⁴. El utilitarismo, como corriente ideológica, decaía hacia los 30 y las visiones iusnaturalistas y romanistas ascendían, pero el fermento reformista se mantuvo a través de las tesis doctorales²⁵.

La obligación de los profesores de preparar los cursos para la impresión nos permite conocer en parte la base doctrinaria con que los letrados salían de la Universidad y los lineamientos de los debates jurídicos²⁶. Los docentes debían elaborar la síntesis de una disciplina, esto implicaba una reacción contra el método de enseñanza imperante, según el cual los antiguos profesores se limitaban a referirse a autores “de volúmenes importantes que eran reverenciados y conocidos generalmente por las cubiertas”²⁷.

Para dimensionar la influencia de la formación de los magistrados en sus fallos es muy significativo observar a Andrés Somellera, que, si bien ha-

²³ JUAN MARÍA GUTIÉRREZ, [1864] *Origen y desarrollo de la Enseñanza Pública Superior en Buenos Aires*, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1915.

²⁴ JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, *Instituciones del Derecho Real de España*, adicionada por Dalmacio Vélez Sarsfield, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834.

²⁵ JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “La tradición indiana y la formación del derecho argentino”, *Temas de historia argentina y americana*, n° 7, julio-diciembre, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2005; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, [1977] *La codificación en la Argentina (1810-1870) Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2da. Edición, Buenos Aires, Librería Histórica Emilio J. Perrot, 2008.

²⁶ Por el *Reglamento del 6 de marzo de 1823* se debían arreglar los estudios, comprendiendo el plan general de las publicaciones docentes y universitarias. ROPBA, 1823, pp. 25-26. Magdalena Candiotti estudió las ideas sobre derecho posrevolucionario en el marco de la Universidad de Buenos Aires y su importancia en la legitimación de la Revolución. MAGDALENA CANDIOTTI, “Revolución y derecho. La formación jurisprudencial en los primeros años de la Universidad de Buenos Aires (1821-1829)”, en DARIO BARRIERA, (compilador), *Justicias y Fronteras. Estudios sobre Historia de la Justicia en el Río de la Plata, Siglos XVI-XIX*, Murcia, Editum, 2009, pp.119-142.

²⁷ ANTONIO SÁENZ, “Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes. (Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años 1822-1823)”, Buenos Aires, Instituto del Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1939. Introducción de Ricardo Levene, p. LII; LVII. (en adelante Sáenz).

bía pasado por las cátedras de Casagemas, reflejaba la influencia de su padre defendiendo la mitigación de la pena, como por ejemplo cuando votó en disidencia en una sentencia que condenaba a muerte a un hombre acusado de homicidio cometido con alevosía, premeditación y ensañamiento, de noche y en cuadrilla. La fundamentación de su voto disidente era la falta de la prueba legal²⁸.

2.2. Las atribuciones constitucionales

Según lo determinaba el artículo 156 de la Constitución las atribuciones de la Suprema Corte eran: 1° Ejerce jurisdicción ordinaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad e inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Constitución provincial y se controvierta por parte interesada; 2° Conoce y resuelve originaria y exclusivamente en las causas de competencia entre los Poderes Públicos de la provincia, y en las que se susciten entre los Tribunales de Justicia con motivo de su jurisdicción respectiva; 3° Decide las causas contencioso-administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada; 4° Conoce de los recursos de fuerza; 5° Conoce en consulta, o en grado de apelación, de las causas en que se imponga la pena capital, al solo efecto de decidir si la ley en que se funda la sentencia es, o no, aplicable al caso, siendo necesario unanimidad para declarar aplicable la ley; 6° Conoce y resuelve en grado de apelación de la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de Justicia en última instancia fundan su sentencia a la cuestión que por ella deciden, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos.

Respecto al objetivo de esta investigación, es muy importante tener presente que según el texto constitucional la Corte debía observar el procedimiento vigente en el conocimiento de los negocios de su competencia, en cuanto no se opusiera a lo ordenado en la Constitución, y mientras la legislatura no dictara las leyes orgánicas y de procedimiento judicial²⁹.

²⁸ Causa CCXLIX

²⁹ “Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873”, Disposiciones transitorias, art. 217.

3. Fuentes y metodología

Las fuentes utilizadas en este trabajo son los acuerdos y resoluciones que hacen mención de legislación indiana en forma exclusiva o junto con legislación patria o nacional, buscando determinar su papel en la resolución del conflicto judicial³⁰. Para describir el documento con el que estamos trabajando, tomamos la definición de *acuerdo* de Esteves Saguí.

Después de vista la causa y de oídos los informes cuando hayan tenido lugar, sólo resta que, formando el acuerdo se pronuncie la sentencia. Este *acuerdo* no es, otra cosa sino la reunión que los jueces tienen entre sí para manifestarse su modo de ver en el asunto, la opinión legal que se han formado acerca de la cuestión, y la resolución que creen debe pronunciarse en justicia³¹.

En cuanto a la *resolución*, son los mismos magistrados los que se vieron forzados a definirla a poco de iniciadas sus actividades, estableciendo que “el recurso de inaplicabilidad de ley se da no sólo de las sentencias definitivas, sino también de las interlocutorias que deciden un punto que envuelve o define toda la cuestión”, resolviendo cuestiones incidentales sin prejuzgar sobre el fondo del conflicto y que cause gravamen irreparable³².

El procedimiento del acuerdo se regía por los artículos 170 y 171 de la Constitución provincial. Como tribunal colegiado debían establecer primero las cuestiones de hecho y enseguida las de derecho, sometidas a su decisión, votando separadamente cada una de ellas. El voto debía ser fundado y por la insaculación prescripta se fijaba el orden de votación. A partir del 16 de enero de 1879 se procedió a practicar la insaculación que prescribía el art. 171 de la Constitución y 325 de la ley de Enjuiciamiento Civil y Comercial, resultando de ella el orden de votación que debía guardarse³³.

³⁰ Para esta investigación trabajamos con la publicación de *Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Autos acordados desde 1810, acuerdos extraordinarios, resoluciones y noticias referentes a la administración de justicia*. Segunda edición autorizada, realizada por el secretario de la Suprema Corte, Dr. Aurelio Prado y Rojas, tomos I y II, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1892.

³¹ MIGUEL ESTEVES SAGUÍ, *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Americana, 1850, p. 408.

³² Causa III. Este fue el primer fallo en que se definió la resolución en sentencia interlocutoria que impedían la finalización del pleito, pero se reitera en todo el período estudiado. Al respecto, en un fallo citan las leyes 13, tit. 23, part. 3 y 3, tit. 18, lib. 4 Recopilación Castellana que definen las sentencias interlocutorias en que podía haber apelación (Causa XXII).

³³ Causa DLX. Ley de Enjuiciamiento Civil y Comercial, ROPBA, 1878, pp. 317-429.

Realizada la lectura de cada una de las setecientas once resoluciones y sentencias pronunciadas por la Suprema Corte desde el 10 de marzo de 1875 hasta el 14 de agosto de 1880, y para poder tener una visión de conjunto que abarcara todas las cuestiones judiciales que llegaban al Tribunal, confeccionamos una tabla en la que consta el número de causa, el año de iniciación, el fuero y el departamento judicial del que proviene, el tipo de recurso presentado, los votos a favor, en contra y en disidencia, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia citadas. Las planillas fueron confeccionadas en Excel para poder aplicar los filtros, confeccionar estadísticas, ubicar la legislación indiana y cruzar información.

Parte de los datos obtenidos los volcamos en los siguientes cuadros para tener una perspectiva general. De los 711 fallos, 229 tienen alguna cita de legislación indiana en forma exclusiva o con legislación patria o nacional. Respecto a la doctrina y a la jurisprudencia sólo hacemos referencia a su aparición en los fallos pues no podemos ocuparnos exhaustivamente de ellas en este trabajo³⁴. En cuanto a la legislación, hemos confeccionado cuadros con todas las citas halladas que no serán incluidos aquí a fin de respetar la extensión de la publicación.

Año	Fallos	Legislación indiana
1875	37	23
1876	117	47
1877	200	50
1878	202	48
1879	88	42
1880	67	19
	711	229

Cuadro 2. Total de fallos por año y fallos con legislación indiana.

³⁴ Para la identificación de la doctrina jurídica indiana nuestra tarea fue facilitada por el texto de BERNARDINO BRAVO LIRA, “El derecho indiano después de la independencia española”, *Historia* vol. 19, Santiago de Chile, 1984, p. 10-34.

Fuero	1875	1876	1877	1878	1879	1880	Total
Civil	9	50	67	75	35	26	262
Comercial	12	34	65	54	19	20	204
Criminal	7	13	24	27	22	3	96
Correccional		3		1			4
Contencioso administrativo	9	17	38	39	12	18	133
Sin especificar			6	6			12

Cuadro 3. Total de fallos por fuero y por año.

Departamento Judicial	1875	1876	1877	1878	1879	1880	Total
Capital (Buenos Aires)	33	109	179	173	64	56	614
Norte (San Nicolás)	3	2	9	4	2		20
Centro (Mercedes)	0	4	7	15	13	9	48
Sud (Dolores)	1	2	5	10	9	2	29

Cuadro 4. Total de fallos por Departamento Judicial. Entre paréntesis se indica la cabecera departamental.

Legislación	1875	1876	1877	1878	1879	1880	Total
Indiana	9	25	24	23	12	5	98
Mixta	14	22	26	25	30	14	131
Patria o nacional (exclusivamente)	13	65	127	135	43	47	430
Sin	1	5	23	19	3	1	52

Cuadro 5. Legislación citada en los fallos por año.

Doctrina	1875	1876	1877	1878	1879	1880	Total
	10	13	18	22	16	11	90

Cuadro 6. Fallos que citan doctrina.

Jurisprudencia	1875	1876	1877	1878	1879	1880	Total
		8	28	30	27	21	114

Cuadro 6. Fallos con jurisprudencia.

4. El derecho indiano en los fallos de la Suprema Corte

En este apartado nos centraremos en el análisis de los acuerdos y las sentencias en que se menciona legislación indiana, buscando establecer en qué medida y carácter estas normas regularon la resolución de los conflictos. En estos años, en el sistema judicial de la provincia se fue definiendo claramente la especialización por fuero, por ello hemos optado por tratar los fallos siguiendo esa división que se precisa en los textos de los acuerdos y resoluciones. Esta especificidad enriquece la mirada pues tal como explica Zorraquín Becú el reemplazo progresivo del antiguo sistema se generó según las ramas del derecho y se prolongó hasta fines de la centuria³⁵.

De las ciento treinta y tres causas contencioso administrativas, quince citan legislación indiana y están relacionadas en su mayoría con problemas de tierras por escrituración, arriendo, mejor derecho, compra de sobrante y de tierras públicas. La resolución de un recurso de nulidad entre un particular y el Municipio nos permite acceder a la definición de la competencia contencioso administrativa del Tribunal:

En nuestro actual orden político los poderes públicos tienen plena independencia en el ejercicio de sus funciones; pero en las decisiones de que ellos emanan, en lo que afecte derechos privados de que no han podido desentenderse, la decisión del poder está sometida a la acción judicial privada, que garante el derecho constitucional contra la ley; la ley contra el decreto o resolución. Esa limitación impuesta al Poder Legislador y del Ejecutivo produce el caso contencioso-administrativo de que la municipalidad como poder público no podría prescindir y menos como autoridad administrativa independiente³⁶.

La causa la inició Manuel Cadelago contra la municipalidad de Buenos Aires pidiendo la nulidad de una ordenanza sobre colocación de máquinas a vapor. Para la Corte era atribución municipal dictar, conservar, derogar o modificar ordenanzas, con el límite del libre derecho de los vecinos entre sí, en mejor garantía de otros derechos. La ordenanza del 12 de agosto de 1856 sobre la colocación de máquinas a vapor fue redactada “para la mayor segu-

³⁵ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “Las fuentes del Derecho argentino (Siglos XVI a XX)”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 1, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, p. 286.

³⁶ Causa CCCLVII.

ridad de las personas y propiedad, para el más cómodo uso de lo propio”. Ésta generó prohibiciones individuales a cambio de derechos de seguridad acordados y no era posible prescindir del deber, por esto no se hizo lugar a la nulidad en función de las leyes 2, tít. 18, lib. 11 de la Recopilación Castellana y 4, tít. XVII, lib. 4º de la Recopilación de Indias, que no permitían ese recurso de lo que no era apelable.

En numerosos casos (de todos los fueros) la utilización de legislación indiana se relacionaba con cuestiones procesales, como apelación de cosa juzgada, plazos de apelación, cantidad de testigos necesarios, requisitos para la demanda de nulidad, condiciones de la confesión, excepciones con fuerza de perentorias, formalidades del juicio administrativo, temeridad³⁷. Algunos ejemplos, como la temeridad, sirven para observar cómo se utilizaba la Partida 3ª en general para resolver cuestiones de procedimiento llegando a recurrir a ella para sostener posturas opuestas. La cuestión planteada era si correspondía al demandante pagar las costas en un reclamo contra el Poder Ejecutivo, por la compra de un sobrante de terreno situado en el partido del Monte. Para Escalada, apoyado por González y Pardo (conjueces) debía pagarlas, según el art. 8 del Reglamento de Justicia de 1813 y la ley 39, tít. 2, Part. 3ª, por haber iniciado la demanda y no comprobado su acción. En cambio, para Pedro Goyena (en coincidencia con Dardo Rocha, ambos conjueces) “debiendo juzgarse el caso actual bajo el imperio de las antiguas leyes de procedimiento y teniendo presente la jurisprudencia apoyada entre otras en las leyes 8, tít. 3 y 8, tít. 22, Part. 3ª, la condenación en costas era una pena que sólo debía aplicarse al litigante temerario³⁸.

Los ministros solían recurrir a la legislación indiana para apoyar su fallo junto con la legislación nacional, lo cual puede observarse en una demanda interpuesta por Juan N. Terrero contra el Poder Ejecutivo sobre evicción de unos campos, que fueron adjudicados a aquel por la escritura de disolución de la sociedad que tuvo con Juan Manuel Rosas. El 6 de noviembre de 1879 se reunió la Suprema Corte para dictar sentencia con un inusual número de conjueces: Delfín Gallo, Carlos Saavedra Zavaleta y Francisco Alcobendas en reemplazo de Escalada, Villegas y Somellera.

³⁷ Causas XXV; XXXIV; XC; CCXXXIX; CCCLXXXIII; CCCLXXXV; DCXCIV; DCXXI.

³⁸ Causa DCXXI. Sobre el contenido y el uso de las partidas consultar BERNARDINO BRAVO LIRA, “Vigencia de las Partidas en Chile, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 10, Valparaíso, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1985, pp. 43-105.

Es un principio jurídico que si el que ha recibido una cosa en cambio, sufre evicción por parte de un tercero, le queda el recurso de la garantía, pues el co-permutante está tenido de evicción, lo mismo que lo está el vendedor. Tal es el derecho que la sucesión Terrero ejercita. Y semejante derecho se levanta apoyado por nuestra legislación antigua aplicable al caso. Las leyes 3, tít. 11, lib 3º, Fuero Real y la 4ª tít. 6, Part. 3ª lo consignan expresamente: “E aun dezimos que los que cambian, son tenidos de fazer sano el uno al otro la cosa que con él cambia”. El nuevo Código Civil en el título “De la permutación” libro 2º lo prescribe también. Estas disposiciones están basadas en estricta justicia y en la naturaleza del mismo contrato³⁹.

En esa tensión entre la antigua y la nueva legislación, para Alcobendas los principios de la legislación romana “son comunes y forman la base de nuestra legislación anterior y de la actual, pudiendo decirse, que es la fuente en que debe inspirarse el juez cuando trata de explicarse el alcance y tendencias de las leyes que debe aplicar”⁴⁰.

De las doscientas sesenta y dos causas del fuero civil recurridas, ciento seis citan legislación indiana. Uno de los primeros fallos del Tribunal se ocupó de definir el alcance del recurso de inaplicabilidad de ley, que se daba no sólo de las sentencias definitivas, sino también de las interlocutorias que decidían un punto que envolvía o definía toda la cuestión. La sentencia se fundaba en el artículo 156 inciso 6º de la Constitución provincial, pero invocaba las leyes de las Partidas (ley 22, tít. 3, Part. 3ª) y la Recopilación Castellana (ley 9, tít. 6, lib. 4º) para definir el uso de la palabra *sentencia* en el artículo constitucional, que implicaba no sólo la definitiva sino también la interlocutoria con fuerza de definitiva. Aclaraba el fallo que no estando aún dictada la reglamentación para el recurso de inaplicabilidad, regían las leyes de procedimiento vigentes, según los artículos 217 y 225 de la Constitución provincial, en cuanto no se opusieran a ella. También se basaban en la doctrina jurídica, pues según el artículo 176 de la Constitución, las sentencias debían fundarse en el texto expreso de la ley, y a falta de éste en los principios jurídicos de la legislación vigente y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho.

³⁹ Causa DCXXXVIII.

⁴⁰ El derecho romano no se enseñó en el Departamento de Jurisprudencia hasta 1875, pero a través de las lecciones de derecho natural y de gentes de Casagemas los estudiantes tuvieron contacto a él. ABELARDO LEVAGGI, “El Derecho romano en la formación de los abogados argentinos del Ochocientos”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, X, Valparaíso, 1985, pp. 145-158.

En las causas civiles son muy diversas las materias sobre las que se inicia el recurso. Uno de ellos, a poco de andar la nueva Corte, establecía las diferencias en la competencia entre los antiguos y nuevos tribunales. En el litigio que seguía Teresa Pérez, contra la sucesión de Manuel Gazcón, sobre filiación natural de un hijo, el punto en cuestión fue fallado en su contra en primera instancia y a su favor en segunda instancia. Pérez solicitó la inhibición de los bienes de Gazcón e interpuso el recurso de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte por la sucesión y fue concedido.

Pero sobre la facultad de la Corte para proveer a ese pedido hubo diversidad de opiniones, y se resolvió en disidencia que el Tribunal carecía de jurisdicción para conocer y resolver en un pedido de inhibición de enajenar, sin haberse pedido y resuelto en instancias anteriores. Por la ley 14, tít. 23 de la Part. 3^a la segunda instancia de apelación sólo giraba dentro de lo apelado, con la inerte facultad de la sustanciación indispensable. Es importante en este fallo el enfrentamiento respecto a la definición de inaplicabilidad, tomada de la ley 27, tít. 23 de la Partida 3^a. Para unos la Suprema Corte no era instancia de apelación ordinaria, según los términos constitucionales, pues su función estaba limitada a juzgar la aplicabilidad o inaplicabilidad de la ley en que los Tribunales fundan sus sentencias en *última instancia*. En cambio, la minoría en disidencia consideraba que

...no importa lo que en la antigua legislación se conocía por casos de Corte, ni puede equipararseles á estos, que como lo explica el Sr. Castro en su Prontuario de Práctica Forense, eran aquellas causas, que sobre lo principal se iniciaban por primera demanda ante la Audiencia, ó Cámara de Justicia, omitiendo las instancias inferiores⁴¹.

El reclamo sobre filiación natural de Teresa Pérez dio origen a otro recurso el 20 de septiembre de 1877. En este caso la Corte reconoció la inaplicabilidad convirtiendo su fallo en un verdadero tratado sobre filiación repasando desde el derecho romano hasta al código civil, con citas de legislación, doctrina y jurisprudencia, afirmando que:

⁴¹ Causa XX. En la causa XXVI recurren a la ley 1, tit 23, Part. 3^a para definir la apelación: “querrela que alguna de las partes hace de juicio que fuese dado contra ella llamando y recorriéndose a enmienda de mayor juez”. También citan los artículos 160 y 221 de la Constitución provincial por los cuales las Cámaras de Apelación no tienen facultades de tribunal de casación, ni para enmendar, anular o ampliar la jurisprudencia en la sentencia de un juez. Sus facultades se limitan a confirmar o revocar la sentencia apelada

Nuestra antigua legislación y la moderna marchan unidas, proclamando el principio de que la única prueba posible de la filiación natural, es el reconocimiento expreso o tácito, que en el último caso la autoridad de la justicia declara e impone a los padres, como resultante de los hechos existentes y probados, que determinan aquella filiación⁴².

Un fallo del 8 de mayo de 1877 en un recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por Mariano, Manuel y Martín Haedo, en los autos seguidos por éstos contra Celestina Haedo de Tornes sobre filiación natural, podemos observar los efectos de la sanción del Código Civil y su aplicación, declarando que no existía inaplicabilidad y que los hijos naturales podían solicitar su reconocimiento aún después del fallecimiento de sus padres.

Antes de la promulgación del Cód. Civ., la legislación española que nos regía, permitía la investigación de la paternidad o maternidad natural, ya fuese durante, ya fuese después de la muerte de los padres; y en la práctica de los tribunales no se suscitó jamás duda al respecto según entiendo. No era indispensable para la declaratoria de la paternidad o maternidad, que el reconocimiento del hijo natural por el padre o la madre, fuese expreso y solemne; pudiendo pronunciarse aquella en virtud de datos irrecusables, que creasen en el magistrado la evidencia del hecho. En este estado de nuestra legislación y jurisprudencia, se promulgó el nuevo Código Civil, que aparecía inspirado en los grandes progresos, que la ciencia del derecho civil había hecho durante la vigencia de la antigua legislación española. La conveniencia o inconveniencia de investigar la paternidad natural era una de las cuestiones que dividía más la opinión de los autores, y cuya lucha se reflejaba en los códigos modernos, permitiéndose en unos y negándose en otros. El legislador argentino optó por el primer sistema que admite la investigación, y que dejaba subsistente nuestros precedentes al respecto⁴³.

La tensión entre ley anterior y ley vigente también se evidencia, como en el fallo emitido el 12 de agosto de 1876 en el recurso de inaplicabilidad de ley, interpuesto por Facundo Suárez, de la resolución dictada por la Cámara 2^o de lo civil en los autos que seguían Fausto, Nemesio y Nicomedes Aramburú sobre cumplimiento de un contrato. El fallo basado en la ley de octubre de 1870, el Código Civil y la Constitución Nacional, agregaba que:

⁴² Causa CCLXXXVI.

⁴³ Causa CCI.

...tampoco puede caber duda sobre la revocabilidad del poder con arreglo a la ley 8, tít. 10, lib. 1º Fuero Real. Según ella el nombramiento de nuevo apoderado hace caducar el anterior poder; principio adoptado por el Código Civil en los arts. 102 y 103, f. 469, título del mandato citado en el acuerdo de la Cámara, si bien la disposición que ha debido citarse es la ley del fuero vigente, como materia de procedimiento, tratándose de procuraciones judiciales⁴⁴.

Ante un conflicto de jurisdicción territorial en un recurso sobre un juicio ejecutivo, la Suprema Corte haciendo uso de la legislación indiana sentó jurisprudencia utilizada luego en casos similares, respecto al objetivo descentralizador en la conformación del poder judicial, reconociendo las dificultades para lograrlo ante las carencias legislativas:

El art. 155 de la Constitución de la provincia, al crear el Poder Judicial, recomendó la descentralización posible en su jurisdicción territorial y el art. 160 encomendó a las leyes orgánicas, la determinación de los límites, de la jurisdicción territorial. El pensamiento de los constituyentes quedó consignado como base para la organización futura, pero, previendo que mientras las leyes orgánicas no le diesen forma práctica, era indispensable obviar su falta, el art. 224 de la Constitución, declaró que los jueces de la Capital, extenderían su jurisdicción hasta los partidos que actualmente forman el departamento de la Capital, y los de la campaña tendrían jurisdicción en sus respectivos departamentos. Fue consecuencia inmediata de esta declaración, el nombramiento de jueces de departamento, y la declaración de la Suprema Corte, consignada en el acuerdo extraordinario de 29 de Enero de 1875, respecto a carecer los jueces y Cámara de la Capital, de jurisdicción para conocer en las causas pertenecientes a los departamentos de campaña. Ante el texto de las disposiciones enunciadas, nada importa la omisión o silencio de la ley de 1860, respecto a la excepción de jurisdicción. Esa ley, anterior en fecha, es posterior en régimen y en este doble carácter, sometida a las prescripciones de la ley, fundamental... las excepciones que pueden oponerse ante el juez de la causa, lleva implícita la condición de que ese juez existe, y tiene jurisdicción al efecto, de tal manera, que si carece de jurisdicción, no puede haber ni juicio, ni sentencia, ni el demandado tiene el deber de responder ante él, según las leyes 6, tít. 10, lib. 2 F. R. y 4, tít. 3, Part. 3^a ⁴⁵.

Lentamente comenzaron a incrementarse los fallos en que se recurría en forma conjunta a la antigua y a la nueva legislación, como en el recurso

⁴⁴ Causa CI.

⁴⁵ Causa CXLIX.

de inaplicabilidad sobre prelación o mejor derecho al pago de los créditos de escritura. El recurso fue rechazado porque la Cámara había procedido de acuerdo, “tanto con lo dispuesto en la ley 1ª, tít. 11, Part. 5ª, como con lo consignado en el art. 51, pág. 309 de nuestro Código Civil”, citando su texto⁴⁶. Lo mismo sucedía en la sentencia que no reconocía la inaplicabilidad de ley en una demanda por daños y perjuicios:

Los artículos 18 y 19 de la ley de 28 de Junio de 1875, no dan valor a la prueba dada fuera de tiempo, sino fuera por omisión de las autoridades encargadas de recibirla. Análogo a este precepto es el régimen anterior a esa ley, y bajo el que estaba sometida esta causa en la época de las comprobaciones en 1ª instancia. La ley 34, tít. 16, Part. 3ª no admite otra prueba después de vencido el plazo que la de carta o instrumento⁴⁷.

También es observable en la causa sobre nulidad de una venta y reivindicación de un terreno, en el que la buena fe del comprador está definida tanto “bajo el imperio de las leyes de Partida, sea que se rija por el Código Civil vigente”. La ley 5, tít. 14, Part. 6ª, sólo atribuía responsabilidad en caso de venta al coheredero vendedor y “nuestro Código Civil” era aún más explícito en el art. 21, tít. 4^o⁴⁸. En una rescisión de contrato y cobro de perjuicios la Corte falló la inaplicabilidad de ley basada en el art. 66, título de la locación, lib. 2º, Código Civil, la ley 9, título 17, lib. 3, Fuero Real y la ley 5, tít. 8, Part. 5ª⁴⁹.

Sin embargo, continúan en algunos puntos manteniéndose la tensión, tal como puede observarse en la disidencia producida dentro del Tribunal ante el caso sobre rescisión de un contrato de compra-venta basado en la ley 13, tít. 7, Part. 3ª; ley 2ª, tít. 3º, lib. 2 Fuero Real; ley 41, tít. 2, Part. 3ª; ley 66 de Toro. Para González, Escalada y Somellera no existía inaplicabilidad; para Villegas y Kier era aplicable el Código de Comercio, art. 87 de la compra-venta, que imponía al vendedor la conservación del bien y la obligación de no cambiar su estado⁵⁰.

En otros casos puede observarse al mismo tiempo la primacía del código y la complementariedad de ambos sistemas legales, como en el recurso interpuesto sobre tutela en 1878. Para el Tribunal existió inaplicabilidad de ley y

⁴⁶ Causa CCCXV.

⁴⁷ Causa CDXXXIX.

⁴⁸ Causa CDXCVI.

⁴⁹ Causa DLXIX.

⁵⁰ Causa CCCXXVIII.

lo fundamentaba en que la legislación miraba como una carga del pariente la tutoría del menor huérfano. Eso había cambiado radicalmente en “nuestro Código” que, lejos de mirarla como carga, la consideraba un derecho, puesto que la omisión al deber prescripto, era penada con la privación de poder ejercer la tutela. Pero al definir este principio había omitido fijar el plazo en que aparece la omisión punible. Es aquí donde “nuestra propia tradición y doctrina legislativa” podían llenar ese silencio. Por la ley 12, tít. 16, Part. 3^a, un año de omisión en el pariente en el aviso judicial de la orfandad o vacancia de la tutela, daba lugar a la inhabilidad que establecía el nuevo Código⁵¹.

Otra cuestión que surge en estos años es qué sucedía con hechos acaecidos bajo la antigua legislación, como un recurso sobre una reivindicación, cuya sentencia fue pronunciada por la Cámara del Departamento del Norte. Para la Corte hubo inaplicabilidad de ley porque:

Las leyes del Código Civil por carecer de efecto retroactivo deben abrir camino, tratándose de un contrato perfecto por el consentimiento de las partes desde el año de 1847, a las disposiciones entonces vigentes. Estas eran las Leyes de Partida y las de Recopilación Castellana. Ninguna de las primeras, al ocuparse de las condiciones del contrato de compra-venta, impuso la escritura pública bajo pena de nulidad. ...la legislación vigente en la época en que el contrato se verificó, no exigía formas especiales para el contrato de compra y venta que se perfeccionaba por el solo consentimiento de las partes (ley 6, tít. 5, Part. 5)⁵².

En un recurso de inaplicabilidad a la resolución de la Cámara 1^a de lo civil, que declaraba que la cuarta marital no estaba sujeta a la reserva por la legislación anterior al Código Civil, la Corte resolvió que no la había. El fallo se basaba en que la cuarta marital era una subvención obligatoria limitada por la ley a la suma indispensable para la cómoda subsistencia con prescindencia de la cuantía de bienes del esposo, pues destruía su objeto, toda vez que la renta no alcanzase al bien y honesto vivir de la viuda pobre. Este era para los jueces el verdadero espíritu de las leyes de Partida, que la ley 15 de Toro no había derogado expresamente y que la legislación y jurisprudencia romana no podía desvirtuar⁵³.

⁵¹ Causa CCCLXII.

⁵² Causa CCCLXXVII.

⁵³ Causa CDXCVIII. Legislación citada: ley 2, tít. 5, lib. 4 del Fuero Juzgo de donde más tarde pasó al Fuero Real y Código de Partidas (ley 1, tít. 2, lib. 3 Fuero Real; y 26, tít. 13, Part. 5^a; ley 7, tít. 13, Part. 6^a; ley 7, título 13, Part. 7^a; ley 15 de Toro).

También en causas civiles se recurría a la legislación indiana para resolver cuestiones procesales, como la confesión que tenía la fuerza de prueba plena⁵⁴; los testigos⁵⁵; falsedad de documento público; simulación de prueba⁵⁶; plazos para los informes en derecho⁵⁷, la prueba en segunda instancia⁵⁸; excusación del juez⁵⁹. Un tema siempre presente es el del litigante temerario, que por el art. 8 del Reglamento de Administración de Justicia de 1813, y la ley 8 tít. 22, Part. 3^a, estaba sujeto no sólo a la condenación en costas, sino a la obligación de indemnizar los perjuicios causados por el pleito⁶⁰.

La nueva legislación modificó en algunos casos los plazos, como en el cobro de pesos que citaba la ley 15, tít. 31, Part. 3^a, en que las servidumbres continuas se adquirían por la prescripción por 10 años entre presentes *y* 20 entre ausentes. El Código Civil vigente había elevado el tiempo necesario para la adquisición por ese medio a 30 años (art. 48, tít. 12, lib. 3, Código Civil)⁶¹.

De las doscientas cuatro causas mercantiles, sesenta y seis hacían referencia a legislación indiana en relación a cuestiones procesales -como las que hemos visto en el fuero civil- o la utilizaban para reforzar el Código de Comercio o legislación patria. Por ejemplo, en algunos fallos se afirmaba que la confesión era uno de los medios más caracterizados de prueba, según lo enseñaba la doctrina de los maestros, que la llamaron “la prueba de las pruebas”, según las leyes del tít. 13, Part. 3^a y lo afirmaba el art. 37 de la Ley de Procedimientos de 1875⁶². En un cobro de pesos se definía que la libertad con que debía proceder el magistrado al estimar la prueba producida era “indispensable para que el juez fuera verdadero juez, y estaba consagrada por la ley 40, título 16, Partida 3^a y por el art. 61 de la de Junio 28 de 1875 que disponía se apreciara la fuerza probatoria, seguir las reglas de la sana crítica”⁶³.

⁵⁴ Causa XXVI, ley 2, tít. 13, Part. 3^a.

⁵⁵ Causa LXXII, ley 41, tít. 16, Part. 3^a “Mas cuando algún testigo fuese contrario a si mismo en su dicho, *non debe valer su testimonio*”.

⁵⁶ Causa CVIII, ley 117, tít. 8, Part. 3^a, ley 13, tít. 16, lib. 5 Recopilación Castellana.

⁵⁷ Causa CXXXIV, ley 29, tít. 5^o, lib. 2 Recopilación Castellana.

⁵⁸ Causa CLXI, leyes 4. y 5, tít. 9, lib. 4^o Recopilación Castellana.

⁵⁹ Causa DIX, ley 10, tít. 7, lib. 1^o Fuero Real.

⁶⁰ Causa CXXII. Art. 8^o del Reglamento para la Administración de Justicia del año 1813: “Los jueces, condenarán irremisiblemente al litigante temerario en todas las costas causadas al vencedor en juicio, con los daños y perjuicios que se le hubieren seguido conforme á derecho”, principio que está en conformidad con la ley 8, tít. 22, Part. 3, que condena al malicioso litigante en las “costas e *missiones*”.

⁶¹ Causa DLXXI.

⁶² Causa CCXCIV. Ver CCCV y CCCXLI en que se citan ambas legislaciones.

⁶³ Causa DXXVI.

Hacia el final del período se profundizó la modalidad de citar conjuntamente legislación indiana, el código de comercio y la ley de enjuiciamiento, pero en algunos casos la vieja legislación resolvía cuestiones como la ley 8, tít. 3 y 8, tít. 22, Part. 3 (que subsistía a pesar de lo dispuesto en el art. 238 de la ley de Enjuiciamiento), referidas “a los que maliciosamente, sabiendo que no han derecho en la cosa que demandan, promueven no obstante acción sobre ella”⁶⁴.

Un conflicto en torno a hipotecas y moratorias, en que intervenían el Banco de la Nación y el Provincia, nos permite ver un importante juego de toda la legislación sobre el tema. Las leyes 23, 25, 33, tít. 13, Part. 5^a; ley 6, tít. 19, lib. 3 Fuero Real y ley 8, tít. 18, lib. 9 de la Recopilación Castellana, conferían hipoteca tácita general al Estado sobre los bienes de sus deudores, todos los que quedaban obligados hasta la solución de los créditos de aquel⁶⁵. Esta hipoteca tácita fue definida en las leyes del 22 de junio de 1822, del 25 de octubre de 1854 y del 5 de julio de 1856 (beneficios fiscales del banco) y fue concedida al Banco de la Provincia por la jurisprudencia judicial.

La calidad real de la hipoteca tácita fue establecida por el Código de Comercio y la supresión que el Código Civil hizo de ésta no afectaba los derechos del banco por ser su legislación especial por el Pacto de 11 de noviembre de 1859, art. 7^o “Que todos los establecimientos públicos de cualquiera clase y género que sean, serán gobernados y legislados por la autoridad de la provincia”, lo que se reafirmó en el art. 104 de la Constitución Nacional. El Código Civil, ley posterior y dictada por un poder ordinario no podía derogar ni alterar la legislación especial del Banco, garantida por el pacto de 1859, elevado a precepto constitucional. Finalmente terminaban de fortalecer sus argumentos con el Auto acordado 12, tít. 8, lib. 9 Recopilación de la Castellana, por el cual la Hacienda Pública estaba exceptuada expresamente de la aplicación de las moratorias.

El papel que en los litigios comerciales desempeñaban los peritos arbitradores se manifiesta en una demanda de un dependiente y encargado por la casa *Freyer* de “importantes y hasta peligrosas negociaciones” en las plazas de Montevideo, Entre Ríos y Matto Grosso. En una cuestión sobre salario de subalternos de comercio, los peritos arbitradores no eran meros evaluadores, sino verdaderos árbitros con todas las atribuciones que les daba la escritura de compromiso. Los peritos arbitradores eran “verdaderos jueces arbitradores” escogidos por acuerdo de ambas partes, para avenir y librar las contien-

⁶⁴ Causa DCLXXII.

⁶⁵ Causa LV.

das que hubiera entre si (ley 23, tít. 4, Part. 3ª y la 106 del tít. 18) El compromiso arbitral debía especificar las condiciones y cláusulas establecidas⁶⁶.

Finalmente, en este fuero podemos interpretar el planteo –presente también en los demás fueros- sobre el derecho de la libre defensa, declarado por el art. 173 de la Constitución que, según el fallo, no derogaba en nada el precepto establecido por la ley 15, tit. 10, lib. 1º Fuero Real y sus concordantes, ley 6, tít, 1º, lib. 2 Fuero Real y ley 18, tit. 5, Part. 3ª, que mandaba que en un pleito en que participaran muchos, todos pudieran tener un procurador. La libre defensa quería decir que cada cual podía presentar los escritos a la autoridad con o sin firma de letrado matriculado, quedando con esto derogadas las antiguas leyes que exigían la autorización del abogado, excepto en los pedimentos sencillos que se llamaban procuratorios.

Del mismo modo la libre representación significaba que todo aquel que no quisiera o no pudiera gestionar por si sus asuntos, no estaba obligado a nombrar precisamente a un procurador patentado. El art. 1º de la ley de 5 de octubre de 1870 había ya dicho que “toda persona tiene el derecho de comparecer personalmente ante cualesquiera jueces o tribunales, o hacerse representar por cualquier persona hábil, sea o no procurador recibido”. Pero para el tribunal el precepto establecido por el Fuero Real era necesario para el buen ordenamiento de los juicios y su fácil terminación.

El principio de la libre representación y libre defensa solo importa la abolición del privilegio acordado en las leyes españolas a los procuradores de número. Aunque ese privilegio desapareció por mandato de la ley de 5 de Octubre de 1870, la Constitución debió consagrarlo como dogma fundamental. No envuelve esa declaración la abolición de las leyes de procedimientos que reglen su ejercicio⁶⁷.

De las noventa y seis causas criminales, cuarenta hacen mención de legislación indiana, y es donde con más claridad puede observarse la coexistencia y la relación entre la “vieja y la nueva legislación” que atraviesa el proceso codificador. En fallos previos a la sanción del código recurrían a legislación indiana y nacional pero también citaban diversos códigos extranjeros y especialmente el proyecto de Código Penal redactado por Carlos Tejedor. En el recurso presentado por un defensor de Pobres en un homicidio cometido en riña en una pulpería, se ponen todos estos elementos en juegos para dismi-

⁶⁶ Causa CXCVII.

⁶⁷ Causa CCCLXIV. Ver CDLXXXVII.

nuir la pena. La sentencia de primera instancia había dado a Juan Rodríguez tres años de presidio; la Cámara de Apelación del Norte le dio diez años, basándose en las leyes 3 y 4, tit. 23, lib. 8 de la Recopilación Castellana y la ley 15, tit. 8, Part. 7^a.

Los ministros concordaron en que se trataba de un homicidio simple, sin reflexión ni premeditación. Su agresión fue movida por la cólera y el temor, ante la provocación y la amenaza del agredido, por lo que las leyes citadas en la sentencia carecían de importancia para regular la penalidad del delito. Afir- maban que la jurisprudencia de los Tribunales, “inspirándose en los adelan- tos del derecho criminal moderno, y tomando en consideración la ausencia de reflexión, premeditación o alevosía, en el homicidio simple, ha suavizado aquella penalidad”. La sentencia partía del proyecto de Código Penal para la República Argentina, que castigaba estos delitos con seis años de presi- dio, pero recurrían a la legislación indiana para disminuir aún más la pena, considerando las circunstancias atenuantes. Al respecto, las leyes de Partidas daban tres años de prisión, si el muerto había provocado el acto homicida y el autor estaba en estado de furor sin culpa suya. Sobre esta base, la fundamen- tación extendía sus argumentos apoyados en la proporcionalidad del castigo y la legislación patria.

Las disposiciones patrias de 1835, 1854, 1857 y 1859 han ido sucesivamente aboliendo la confiscación de bienes, la infamia trascendental, los trámites especiales del juicio *y* la exposición de cadáveres; quedando entonces como la más alta de las penas, la capital. Desde esta última fecha al menos, quedó sin duda al respecto caducada, inaplicable la condena a muerte por homi- cidio en riña. La condena de ese delito tuvo que pasar a la siguiente, que en aquella época era la de diez años de presidio; término que no ha extendido la ley de 1868, dictada bajo un espíritu de lenidad para otra clase de delitos. Esos diez años no son absolutos. En toda buena doctrina *y* en todas nuestras leyes está la proporcionalidad del castigo medida por el grado de maldad en el delincuente y por el tamaño del escándalo que ese mal ha causado á la moral pública⁶⁸.

Es inevitable en este rastreo de legislación indiana toparnos con un tema complejo y fundamental como es el del arbitrio judicial, que podemos poner bajo la lupa en el recurso por inaplicabilidad presentado por el defensor de

⁶⁸ Causa XIX “Al reo de homicidio cometido en riña, sin reflexión, premeditación, ni alevosía, y habiendo revocación por parte de la víctima, no se puede imponer la pena de diez años de presidio”.

Antonio Rodríguez, condenado por un robo en cuadrilla realizado en Arrecifes el 9 de noviembre de 1872. Esa noche un grupo de seis hombres armados con armas blancas y de fuego asaltaron la casa de Carmelo Gorosito, amarraron a los que estaban fuera y penetraron en la casa con las caras descubiertas disparando tiros sobre la puerta y causando heridas. Obligaron así a los que ocupaban la casa a abrir a condición de respetar sus vidas, robando dinero y objetos. Había conformidad en las dos instancias del Departamento del Norte, pero el defensor recurría por la legislación invocada para imponer la penalidad, que era una condena de ocho años de presidio en virtud de las leyes 18, tit 14, Part. 7^a, ley 9, tit. 11, lib. 8 y Auto 19, tit. 11, lib. 8 de la Recopilación Castellana, “moderadas por el prudente arbitrio judicial”. Villegas sostuvo que:

La muerte impuesta en nuestro Código a robos como el que ocupa esta causa, es una de esas penas que caídas en desuso, entraron entre las derogadas en el Reglamento de Justicia de 1817. La pérdida de la vida por castigo, es un mal reservado en expiación de otro género de crímenes. Siendo arbitral la pena hay que mediarla en los principios de proporcionalidad, establecidos por nuestro foro, teniendo en cuenta las doctrinas comunes, y su razón de aplicabilidad al caso.

Entonces, la pena impuesta por ambas instancias no era excesiva y no había inaplicabilidad, pero llamaban la atención al juez de primera instancia por no haber observado el art. 176 de la Constitución provincial, en cuanto a la obligación de fundar la sentencia en ley⁶⁹.

En palabras de Bravo Lira, el arbitrio “jugaba un gran papel para adecuar las antiguas leyes a las nuevas circunstancias, así por ejemplo se moderaba el rigor de las penas contempladas en los textos legales del medioevo”. Según Lardizábal, el arbitrio debía desaparecer pues eran las leyes las que debían decretar las penas de los delitos, con la autoridad únicamente del legislador. El uso del arbitrio era fruto de la falta de leyes⁷⁰. Podemos afirmar que la utilización del arbitrio judicial no implicaba una mera pervivencia, sino que se lo utilizaba como un recurso contra la arbitrariedad de la pena.

Otro homicidio demuestra una perspectiva diferente del arbitrio judicial y la antigua legislación por parte de la Corte. Los italianos Rafael Consoli, Francisco Blanco y José Fiasco dieron muerte el 25 de septiembre de 1874 a la noche, en el pueblo de San Pedro a Domingo Lamaida de la misma nacio-

⁶⁹ Causa XXI.

⁷⁰ BRAVO LIRA, “El derecho indiano”, cit. p. 38.

nalidad. El cadáver fue encontrado en una fosa hecha al efecto en la misma habitación donde tuvo lugar el crimen, confesado por los procesados, con alguna disconformidad en los relatos sobre ciertas circunstancias con el visible objeto de atenuar cada cual para sí la responsabilidad del hecho. La sentencia apelada condenó a veinte años de presidio a los reos, revocando la de 1º Instancia que solo impuso diez años a Fiasco, seis a Blanco y cinco a Consoli.

Para Escalada no había inaplicabilidad y la sentencia estaba muy distante de ser severa. Estos tres individuos se conjuraron para asesinar a su amigo, teniendo por único móvil el robo, y hubo alevosía, premeditación y ensañamiento como lo comprueba la herida del cuello. La sentencia se abstuvo de aplicar la pena capital por no encontrar bastantemente justificado cual de los tres reos infirió la herida mortal, considerando esto como circunstancia atenuante regida por las leyes 8 tít. 11, y 4 y 12, tít. 24 lib. 8 de la Recopilación Castellana, y quedando al arbitrio prudente del juez según la ley 8, tít. 31, Part. 7ª. Pero en manera alguna podía considerarse tal circunstancia como atenuante, dado que se veía claramente un convenio o compromiso previo para el crimen, y desde entonces la participación mayor o menor en el acto material o perpetración de aquel no atenuaba los grados de responsabilidad.

La pena capital era la correspondiente según las leyes 2 tít. 8, Part. 7ª; 4, tít. 23 lib. 8 de la Recopilación Castellana y otras, por lo que el recurso presentado por el Defensor carecía de sustento al haberse aplicado la ley de 4 de Agosto de 1868, condenándolos sólo a veinte años de presidio. Sin embargo, la Corte no podía aumentar la pena porque lo prohibía el art. 2º de la ley de 22 de Junio de 1859 y la sentencia apelada tenía que cumplirse⁷¹.

González agregó que, según la doctrina admitida por los Códigos más acreditados, los asociados de un complot, en las condiciones en que este se había verificado y realizado, se consideraban como autores principales del crimen o delito, siendo punibles de la pena ordinaria impuesta a este. El Proyecto de Código Penal para la República así lo prescribía en los arts. 9º y 10º del título de los autores principales. En los casos de complot, conjura o confabulación, no había necesidad de examinar la mayor o menor cooperación prestada por los partícipes comunes, porque cada uno de estos en virtud del convenio recíproco que los unía, había aceptado de antemano todo lo que se

⁷¹ Sobre el tema ver María Angélica Corva, “La facultad de perdonar: conmutación de penas y división de poderes”, *Temas de historia argentina y americana*, nº 24, enero-diciembre, Facultad de Ciencias Sociales, Instituto de Historia Argentina y Americana, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2016.

realizara, quedando así responsable como autor principal (comentario oficial del Código de Baviera). La Corte mandó aplicar la sentencia de segunda instancia, dando por tierra la utilización del arbitrio y dando preeminencia a la ley de 1868 que derogó los delitos exceptuados y extendió a veinte años la pena de presidio de la ley 13 tít. 24 lib. 8 de la Recopilación Castellana⁷².

El homicidio cometido con premeditación y alevosía, debía ser castigado con la pena ordinaria de muerte. El 13 de Agosto de 1878 la Suprema Corte pronunció sentencia en la causa criminal seguida contra Constantino Guisulfo, por homicidio perpetrado en la persona de Severo Mignocho y heridas a Juan Mignocho, venida en consulta de la Cámara de lo criminal. Estaba comprobado el cuerpo del delito y la persona del delincuente, y calificado el hecho de homicidio perpetrado con premeditación y alevosía⁷³.

La premeditación consiste en el designio formado de antemano de atentar contra la persona de un individuo...La alevosía consiste en dar una muerte segura, fuera de pelea o riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente⁷⁴.

Estudiado el recurso elevado a la Suprema Corte, al amparo del inc. 5º, art. 156 de la Constitución Provincial, resultaron rigurosamente aplicables al caso, las leyes que regían la más grande de las criminalidades, sea que el crimen cayera bajo el régimen de la penalidad antigua, sea que se sometiera a la del Código Penal vigente. La ley 2, tít. 8, Part. 7ª, imponía pena de muerte al que matare “a otro a sabiendas” y la 1º del tít. 17, lib. 4 Fuero Real, la imponía también al que “hiciera muerte segura” calificándola de tal, toda la que fuese hecha, salvo el caso de pelea, guerra o riña.

La penalidad asignada en esas leyes, fue confirmada por la Recopilación de Castilla –“todo hombre que matare a otro a sabiendas, que muera por ello”–, en la ley 4, del tít. 23, lib. 8, y la 15 del mismo título y libro, y agregó, “que cualquiera persona que matare o hiriese a otra con arcabuz o pistolete, por el mismo caso sea habido por alevoso”.

La amplitud en la aplicación de esas penas, viene gradualmente restringiéndose a medida que la cultura de las sociedades modernas suaviza sus costumbres, despertando la necesidad de una graduación más filosófica. La

⁷² Causa XXX. ROPBA, 1868, p. 225.

⁷³ Causa CDLXXXII.

⁷⁴ Causa LI.

jurisprudencia de nuestros tribunales, guiada por ese espíritu de benignidad y esforzando la interpretación más favorable á la limitación de la pena capital, de la ley Patria de 4 de Agosto de 1868, esquivó la última pena a la generalidad de los delitos, castigados antes con ella, para reservarla al último de los crímenes, al homicidio alevoso y premeditado⁷⁵.

Las leyes vigentes en el momento de la perpetración del crimen y hasta el momento de juzgarse la causa en la instancia habían sido estrictamente aplicadas en el fallo. Si hubiera presentado algunos de los atenuantes del Código Penal vigente, habría favorecido al reo, con sujeción al precepto del art. 82, título De las penas en general. Pero no la había, pues el art. 207 calificaba de asesinato e imponía pena de muerte al homicidio cometido con premeditación o alevosía. La pena capital era entonces de estricta aplicación.

Para finalizar este rápido recorrido por los fallos de la Suprema Corte, realicé un cuadro en el que se puede observar en forma esquemática la legislación indiana citada. Es indiscutible el lugar que ocupó la tercera Partida en las sentencias y resoluciones, por las razones que ya hemos expuesto a lo largo del texto.

Partida	Cantidad de fallos
3 ^a	127
4 ^a	1
5 ^a	16
6 ^a	5
7 ^a	33
Recopilación Castellana	
Libro 2	12
Libro 3	2
Libro 4	42
Libro 5	4
Libro 8	22
Libro 9	1

⁷⁵ Causa CDLXXXII.

Partida	Cantidad de fallos
Libro 11	1
Novísima Recopilación	
Libro 5	1
Leyes de Toro	
Ley 9	1
Ley 11	1
Ley 15	1
Ley 66	6
Digesto	
Libro 22	1
Libro 44	1
Libro 46	2
Fuero Juzgo	2
Leyes de Estilo	1
Código Justiniano	1
Leyes de Indias	
2	6
7	3

Cuadro 8. Legislación indiana citada en los fallos.

5. Conclusiones

La experiencia de trabajar con los fallos de un Alto Tribunal provincial nos permite afirmar que no quedan dudas sobre la presencia del derecho indiano durante la segunda mitad del siglo XIX. Lo importante es entonces definir para qué se recurre a la “antigua legislación”. Con el trabajo realizado hasta el momento podemos establecer que se la utilizaba en primer lugar para resolver vacíos en el procedimiento, generados por la falta de legislación procesal, ausencia prevista por los convencionales de 1873 al autorizar a los magistrados a observar el procedimiento vigente en tanto no se opusieran a la Constitución. Los hombres que pensaron y debatieron el texto constitucional –en su mayoría abogados- eran concientes de la falta de legislación y de las

dificultades para sancionarla, en función de los cambios propuestos en administración de justicia.

Al respecto, es sorprendente poder observar cómo estos magistrados necesitaban definir en los mismos fallos la jurisdicción espacial y la competencia de los tribunales del “nuevo Poder Judicial” de que ellos formaban parte y al que debían de alguna forma dar vida, sobre los cimientos de una antigua estructura que en algunos casos se mantiene y en otros muta de contenido, aunque conserve la denominación.

Los ministros solían recurrir al derecho indiano ante los vacíos legislativos, pero también como apoyo, antecedente o complemento de la legislación patria o nacional. Es asombroso percibir como una misma norma indiana se utilizaba para colocarse a favor o en contra del recurso presentado, o se la rechazaba en fallos de primera instancia o de las Cámaras, reemplazándola por legislación nacional. Sobre esto último es muy notoria la expectativa que generaba el Código Penal proyectado por Carlos Tejedor, que era citado aún antes de su sanción.

Como ya hemos señalado, intentamos aquí fijar una matriz de estudio y análisis para poder observar en la administración de justicia la presencia del derecho indiano. Queda por delante trabajar con la literatura jurídica indiana presente en las sentencias y sacar mayor provecho de los datos estadísticos que ofrecen infinitas posibilidades para fijar líneas de investigación con el objetivo de llevar de la teoría a la práctica la pervivencia del derecho indiano en nuestra legislación y en nuestros sistemas judiciales.

PRESENCIA DEL DERECHO INDIANO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INSURGENTE: LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARIO

PRESENCE OF *DERECHO INDIANO* IN THE ADMINISTRATION OF INSURGENT JUSTICE: THE ACTION OF THE ARIO'S COURT

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

Embajada de México en Ecuador (México)

jarefen@yahoo.com.mx

Resumen: Se examina el estado que guardó la administración de justicia en el periodo de la guerra por la independencia mexicana en la zona controlada por los insurgentes a partir del análisis del modelo de justicia propuesto por éstos y de los pocos expedientes que se conservan de la justicia insurgente administrada en diversos pueblos a través de la actuación del Supremo Tribunal de Ario. En ambos, la presencia del Derecho Indiano resulta evidente y continua, pero también se observa el deseo manifiesto de que la justicia cambie por una forma de administrarse moderna, donde la aplicación irrestricta de la ley sea el objetivo y, por ende, la sumisión de los jueces y el final de su arbitrio, la consecuencia esperada. La guerra ofreció las condiciones óptimas para que muy pronto se develase un conflicto que caracterizó buena parte de la historia del Derecho mexicano –y latinoamericano– del siglo XIX–.

Palabras clave: justicia, jueces, insurgencia, tradición indiana, legalidad, México.

Abstract: It examines the state of the justice administration, in the period of the Mexican War of Independence in the areas and townships controlled by the insurgents and is analyzed from the perspective of their own model of justice –namely the *Supremo Tribunal de Ario*– and the few surviving procedural records. In both, the presence of the Derecho Indiano is evident and continuous, but there was also a manifest desire to change to a modern form of justice administration, where the unstricted enforcement of the law was the objective, and, therefore, subjugating of the judiciary to it effectively ending their discretionary powers. The war offered optimal conditions to promptly unveil a conflict that characterized much of the history of 19th Mexican –and Latin American– law.

Keywords: justice, judiciary, insurgency, indian tradition, legality, Mexico.

Sumario: 1. Introducción todavía conmemorativa. 2. Seis aclaraciones indispensables. 3. Una fuente documental del Derecho indiano-insurgente. 4. Pervivencia de la tradición jurídica indiana.

1. Introducción todavía conmemorativa

Después de celebrarse los bicentenarios de la promulgación del Decreto constitucional de Apatzingán y del establecimiento del primer congreso mexicano, y a seis años de conmemorarse del bicentenario del inicio de la lucha por la independencia del nuevo Estado, el año 2015 se conmemoró otro bicentenario: el del establecimiento del primer tribunal insurgente en México; todos estos eventos estuvieron relacionados con la tierra natal de la mayoría de los próceres insurgentes que lucharon por establecer una nueva nación y un nuevo estado independientes del dominio español en lo que entonces se llamó la América Septentrional: el obispado de Michoacán. En efecto, si tomamos en cuenta que para los primeros años del siglo XIX el gentilicio de una persona se definía por consideraciones de tipo religioso podemos estar seguros que Hidalgo, Morelos, Allende, Rayón, Liceaga, Verduzco y tantos otros insurgentes de la fase inicial de nuestra independencia fueron michoacanos al haber nacido dentro de la entonces enorme diócesis de Michoacán. En ella no sólo encontramos la “cuna ideológica de la independencia”, sino también la económica, la estratégica, la militar y, lo que aquí nos importa, la jurídica. En efecto, la insurgencia no únicamente luchó y declaró la independencia sino que también propuso un débil régimen constitucional interino donde el poder quedaría dividido y la soberanía en manos del pueblo, y se preocupó por la justicia y por su correcta y más moderna administración. La justicia, este elemental reclamo humano de siempre y, a la vez, virtud sin la cual no se llega nunca a la felicidad pública.

Después de la *Constitución de Apatzingán*, la aportación insurgente a la historia del Derecho y de la justicia mexicanas consistió en el establecimiento de un tribunal considerado como *supremo* que se encargaría de ventilar las causas más relevantes y trascendentes por la calidad de los actores involucrados, los recursos de fuerza, de ciertos juicios de residencia, las deposiciones de ciertos funcionarios y “de las demás causas temporales, así criminales, como civiles; ya en segunda, ya en tercera instancia”¹. Sin embargo, no han sido muchos los juristas e historiadores que se han ocupado *ex profeso* de este tribunal. Si dejamos fuera a los constitucionalistas que se han ocupado de su establecimiento en algún pasaje de sus obras, o como parte de sus reflexiones en torno a la promulgación del texto constitucional de Apatzin-

¹ LUIS GONZÁLEZ. *Constitución de Apatzingán*, artículos 196 a 198, *El Congreso del Anáhuac*, México, Cámara de Senadores, 1963, p. 155.

gán, muy pocos investigadores han sido los que se han ocupado del tribunal previsto en su articulado, y menos aún quienes se han dedicado a estudiar la justicia impartida por los insurgentes o dentro de las zonas controladas por ellos en diversos momentos del levantamiento libertario entre 1810 y 1821. En efecto, ¿qué se sabe de la administración de la justicia cotidiana en las zonas insurreccionadas o del funcionamiento de los órganos tradicionales de administración de la misma? ¿Qué de los conflictos habidos en los ámbitos civil, criminal, eclesiástico y hacendario?, ¿de las apelaciones, recursos de fuerza y suplicaciones?, ¿de la aplicación por parte de los tribunales insurgentes de la propia constitución sancionada en Apatzingán? ¿Qué sabemos del asesoramiento prestado por parte de tenientes letrados, de abogados más o menos formados, o de la acción de tinterillos y *huizacheros*?, ¿de los conflictos jurisdiccionales entre distintos órganos que administraron la justicia?, ¿de la subsistencia de costumbres, prácticas y lenguajes procesales tradicionales?; en fin, ¿qué podemos saber acerca de la nueva relación entre justicia y ley surgida al amparo de las nuevas ideas jurídicas provenientes de un iusnaturalismo racionalista que no sólo dividió al poder sino que pretendió someter a todos los jueces al imperio de la ley? En pocas palabras, ¿qué se conoce de lo que se ha llamado el tránsito de una “justicia de jueces” a una justicia de leyes” dentro del movimiento insurgente? ² La respuesta no puede ser más desconsoladora: prácticamente nada.

Las contribuciones de Felipe Remolina Roqueñí³, Ernesto de la Torre Villar⁴, Víctor Gayol⁵, Manuel González Oropeza y Pedro A. López⁶ y, más re-

² MARTA LORENTE SARIÑENA (Coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007. (Cuadernos de Derecho Judicial VI)

³ FELIPE REMOLINA ROQUEÑÍ. *La Constitución de Apatzingán. Estudio histórico-jurídico*, Morelia, Gobierno del Estado de Michoacán, MCMLXV; *Vigencia y positividad en la Constitución de Apatzingán*. México, UNAM, 2014 (publicado por vez primera en 1971).

⁴ ERNESTO DE LA TORRE VILLAR. “La génesis del Poder Judicial en México”, *Estudios de Historia Jurídica*. México, UNAM, 1994, pp.257-292.

⁵ VÍCTOR GAYOL. *El nacimiento del Poder Judicial en México. Del Supremo Tribunal insurgente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1815-1825)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

⁶ El año 2009, para conmemorar los doscientos años del inicio de la lucha por la independencia de México y el primer centenario de la Revolución mexicana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó la obra *Amparos coloniales y del Supremo Tribunal de Justicia de la América Mexicana* que conforma el tomo I de la colección dedicada a *Las resoluciones judiciales que han forjado a México*. En ella fueron sintetizados y sistema-

cientemente, de Jaime Hernández Díaz⁷, o de Moisés Guzmán⁸, han servido para desbrozar aspectos sin duda importantes del Supremo Tribunal pero vinculados sobre todo a cuestiones formales o a la historia institucional o a la de las ideas, o a sus integrantes. Más trascendente y sin duda con mejores aportaciones documentales, el libro de la profesora michoacana María Teresa Martínez Peñaloza⁹ no se adentra, sin embargo, a la solución de ninguna de las interrogantes planteadas, tal vez porque, como ella mismo lo confesó, carecía de formación jurídica. De cualquier forma este último texto se ha convertido en el referente indispensable para partir hacia la obtención de las respuestas buscadas. Quien quiera responder a cualquiera de dichas preguntas deberá por fuerza partir de la lectura de este importante libro publicado precisamente hace treinta años e inexplicablemente olvidado por quienes nos hemos ocupado por los temas de la historia de la justicia¹⁰. Por estas razones pretendo aquí prescindir de aspectos relacionados con la vida el Tribunal de Ario que ya han sido explorados por los autores citados, aun sea superficialmente, para adentrarme, mediante la lectura de los expedientes que ha publicado la doctora Martínez Peñaloza, en el tema concreto de la administración de justicia y en los conflictos planteados ante aquél, así como en el que más me preocupa: la supervivencia del Derecho Indiano en el tránsito de una justicia no letrada hacia una justicia que es entendida como la realización (actualización) de la ley a un caso concreto, lo que supone el triunfo de jueces letrados, expertos concedores de la legislación aplicable al caso que será reclamada como el

tizados por Manuel González Oropeza y Pedro A. López Saucedo catorce casos ventilados ante el Supremo Tribunal; todos ellos, excepto uno cuyo original se conserva en la Universidad de Austin, provenientes del estudio citado de Remolina Roqueñí sobre la vigencia y positividad de la Constitución de Apatzingán, vid. nota 8, p. 37. No obstante los comentarios muy generales de ambos autores acerca de las materias, el origen y la localización de las causas ventiladas ante el Supremo u otras autoridades, no aportaron ninguna reflexión propiamente jurídica acerca del contenido de las mismas.

⁷ JAIME HERNÁNDEZ DÍAZ. “La división de poderes y la administración de justicia en el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana”, en ANA CAROLINA IBARRA, *et. al.*, *La insurgencia mexicana y la Constitución de Apatzingán 1808-1824*, México, UNAM, 2014, pp. 247-262.

⁸ MOISÉS GUZMÁN PÉREZ. “Historiografía sobre los ministros del Supremo Tribunal de Ario”. *Tzintzun. Revista de Estudios Históricos*, n. 64, julio-septiembre 2016.

⁹ MARÍA TERESA MARTÍNEZ PEÑALOZA. *Morelos y el poder judicial de la insurgencia mexicana*, Morelia, Gobierno del Estado de Michoacán, 1985.

¹⁰ Indispensable en este tema es la lectura de PAOLO PRODI. *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y Derecho*, (trad. Luciano Padilla López), Madrid, Katz editores, 2008.

supremo argumento y/o fundamento para solucionar el conflicto planteado¹¹. Es decir, dar un modesto paso para esclarecer el camino que llevó al triunfo de las ideas del Barón de Montesquieu acerca de la posición del legislador frente al juez, o lo que es lo mismo, al triunfo de la ley sobre la justicia, en detrimento de la tradición jurídica indiana donde la figura y la actividad del juez no estuvieron sometidas únicamente a la legislación, sino a una diversidad de fuentes que les permitieron la construcción de un verdadero *ordo iuris*. Para esto será preciso identificar el tipo de argumentación y precisar el modo de operación tanto del propio Tribunal como de los distintos actores involucrados dentro de su jurisdicción.

2. Seis aclaraciones indispensables

Resulta necesario hacer algunas precisiones previas muy generales. Primera: El establecimiento de un Supremo Tribunal de Justicia quedó plasmado, como se ha visto, en varios artículos de la Constitución de Apatzingán; específicamente, su artículo 44 dispuso que “Permanecerá el cuerpo de la soberanía del pueblo con el nombre de *Supremo Congreso Mexicano*. Se crearán además dos corporaciones, la una con el título de *Supremo Gobierno* y la otra con el de *Supremo Tribunal de Justicia*”. El nombre de este último proviene del artículo 259 de la Constitución de Cádiz. Su composición y funciones quedaron establecidas en los capítulos XIV y XV del texto constitucional insurgente que agrupan los artículos 181 a 204¹². Ya Anna Macías opinó que si bien “en la creación del Tribunal Supremo se advierte cierta influencia de la Constitución de Cádiz, en realidad todos los artículos referentes a las cortes y a la administración de la justicia tienen un carácter... provisional”, sin pretender intentar modificar de tajo el Derecho heredado de la Monarquía española¹³. Así, nos recuerda que el artículo 211 dispuso: “Mientras que

¹¹ También se han acercado al estudio de los expedientes que se conservan del *Supremo Tribunal*, como nos informa Moisés Guzmán, (*op. cit.*, p. 95, n. 2) Verónica Silsa Rangel Vargas, Francisco Ramos Quiroz, y José Herrera Peña en sus colaboraciones al libro *Supremo Tribunal de Justicia Ario 1815-2015* (Morelia, Secretaría de Cultura de Michoacán, 2015), coordinado por MARCO ANTONIO AGUILAR CORTÉS, PAULA CRISTINA SILVA TORRES y BISMARCK IZQUIERDO RODRÍGUEZ.

¹² *Cfr.* en GONZÁLEZ, *op. cit.* pp. 131 a 163.

¹³ ANNA MACÍAS. *Génesis del Gobierno Constitucional en México: 1808-1820*, (trad. María Elena Hope y Antonieta Sánchez Mejorada), México, Sep/Setentas, 1973, pp. 148 y 149.

la soberanía de la nación forma el cuerpo de leyes que han de sustituir a las antiguas, permanecerán éstas en todo su rigor, a excepción de las que por el presente y otros decretos anteriores se hayan derogado, y de las que adelante se deroguen.” Esta disposición es la única que integra el capítulo XVII titulado “De las leyes que se han de observar en la administración de justicia”, lo que a primera vista indica es que en adelante la administración de justicia se debería hacer teniendo en cuenta únicamente lo establecido por las leyes; pero también supone esta disposición la subsistencia –así sea provisional– de la legislación indiana, cuestiones ambas de la mayor gravedad e importancia para el objeto de esta ponencia. Segunda: El funcionamiento del Tribunal coexistió con la actividad judicial de las reales audiencias de México y de Guadalajara –a las que pretendió sustituir– en los territorios bajo dominio realista, donde la impartición de justicia continuó a través del funcionamiento de los tradicionales alcaldes, los diversos juzgados y tribunales de la Nueva España¹⁴, si bien es verdad que algunos habían sufrido el impacto de las reformas gaditanas no hacía mucho tiempo. En este sentido, el Supremo Tribunal debía conocer de la llamada justicia superior. Tercera: No menos importante resulta aceptar –como lo afirma y prueba Martínez Peñaloza– que si bien el establecimiento del Tribunal se llevó a cabo el martes 7 de marzo de 1815, tanto el licenciado José María Ponce de León, quien sería nombrado uno de sus primeros ministros, como el Congreso y el Supremo Gobierno realizaron, entre enero y esa fecha, actos vinculados con la administración de justicia cuyo conocimiento trasladarían más tarde a la responsabilidad del Supremo Tribunal¹⁵. Al radicarse en la población de Ario¹⁶, fue presidido por don José María Sánchez de Arriola e integrado por los ministros Ponce de León, Antonio de Castro y Mariano Tercero, con un secretario de lo civil, Pedro José Bermeo, y quizá el oficial mayor Juan Nepomuceno Marroquín¹⁷. No sufrió muchas alteraciones en su composición sino hasta que hubo de trasladarse a Tehuacán (Manuel Álvarez como secretario del crimen, Ignacio Rodríguez Calvo como secretario, un tal Martínez) donde Ponce de León lo presidía al momento de su disolución por órdenes del

¹⁴ Vid. JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ. *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, México, UNAM, 1980.

¹⁵ MARTÍNEZ PEÑALOZA, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

¹⁶ GAYOL, *op. cit.* p. 110, ha sabido subrayar la importancia geográfica de Ario para instalar ahí el Tribunal dado que contaba con Casas reales, cárcel, y con la presencia de un subdelegado.

¹⁷ Cfr. GUZMÁN PÉREZ, *op. cit.*, pp. 99-115

caudillo militar insurgente Manuel Mier y Terán el 15 de diciembre de 1815. Cuarta: Antes de abandonar tierras michoacanas los tres poderes, el Supremo Congreso dispuso el 6 de septiembre de ese año el establecimiento de una Junta Subalterna Gubernativa encargada del gobierno de las provincias abandonadas y a la que entre el 11 y el 16 de octubre le fueron trasferidas las causas y litigios no resueltos, todos ellos ventilados en tierra michoacana¹⁸. Son estas causas y litigios los que por fortuna se han conservado al haberse salvado el archivo de la Junta Subalterna. La inmensa mayoría de los documentos trascritos por Remolina y por Martínez Peñaloza provienen de la actividad llevada a cabo por esta Junta, habiéndose perdido hasta ahora otros papeles que pudieran dar cuenta de los trabajos del Supremo Tribunal antes y después de abandonar tierras michoacanas. Por lo mismo –quinta precisión– nada se sabe del funcionamiento del mismo una vez que transitó por las intendencias de México y de Puebla, lo que supone el valor inmenso que guardan los papeles conservados: son el mejor mirador para observar tanto la justicia insurgente como los conflictos suscitados en territorios insurgentes, y la supervivencia en ella y en ellos de la tradición jurídica indiana. Es posible suponer, entonces, que la justicia insurgente continuó impartiendo-se por un tiempo imposible de precisar tanto por parte del Supremo Tribunal fuera de Michoacán –de la cual nada sabemos– como en territorios insurgentes ubicados en Michoacán en manos de la Junta Subalterna, asentada primero en Uruapan y luego en Huetamo, Tlalchapa (donde tal vez Tribunal y Junta se separaron) y, finalmente en Taretan, donde el mariscal insurgente Juan Pablo Anaya la disolvió en enero de 1816¹⁹, siendo sustituida por la Junta de Jauijilla que sobrevivió hasta el año de 1819. Sexta y última: si bien el grueso de causas conocidas se refiere a hechos acaecidos en poblaciones ubicadas en la Intendencia de Michoacán (Ario, Puruarán, Huetamo, Santa Clara, Uruapan, Apatzingán, Huandacareo, Etúcuaro, Tancítaro, Huaniqueo, etc.) hay algunas que refiere a hechos suscitados en las intendencias de México (Zacualpa) o de Guanajuato (Pénjamo, Valle de Santiago) como en su momento ya lo advirtiera Martínez Peñaloza²⁰.

Es necesario reconocer aquí la afirmación de Víctor Gayol, inquieto por entender “la noción de justicia de los insurgentes”²¹, relativa a la pretensión

¹⁸ MARTÍNEZ PEÑALOZA, *op. cit.* p. 66.

¹⁹ DE LA TORRE, *op. cit.*, pp. 289-290.

²⁰ MARTÍNEZ PEÑALOZA, *op. cit.* p. 61.

²¹ GAYOL, *op. cit.* p. 101

de los insurgentes de modificar radicalmente la administración de justicia y su imposibilidad de realizarla por motivo de la guerra²², y la importancia de la respuesta que da a su propia interrogante:

¿Cómo concibieron entonces los insurgentes la administración de justicia? Una justicia común, igual para todos, sin distinciones y sin fueros especiales... Para que esta justicia fuese una realidad se necesitaba crear un tribunal superior que garantizara la administración de justicia en todos los niveles, que conociera de apelaciones y amparase a los litigantes contra los excesos de administración de las instancias inferiores²³.

Si bien este objetivo no se lograra, ni se ajustara al propósito planteado.

3. Una fuente documental del *Derecho indiano-insurgente*

Ahora bien, hechas las anteriores precisiones es oportuno referirse ahora al material documental que me permite reflexionar sobre el tema que nos interesa en esta ocasión. La masa documental que se ha conservado tanto en repositorios localizados en México y en los Estados Unidos ha sido trabajada primeramente por Remolina Roqueñí, y después y más extensamente por Martínez Peñaloza. El primero examinó diecinueve documentos relacionados directamente con solicitudes, causas o conflictos de tipo judicial mientras que la segunda treinta y siete²⁴. De los reproducidos por Remolina Roqueñí, tres no constan en la obra de la profesora michoacana²⁵. La inmensa mayoría de estos documentos proviene de la colección Hernández y Dávalos conservada en la Universidad de Texas y de la Colección Bustamante que guarda el Archivo Histórico del Instituto Nacional de Antropología e Historia; unos cuantos más provienen del Archivo General de la Nación. En cuanto a la materia jurídica tratada en cada uno de ellos, Felipe Remolina clasificó los que reprodujo en: asuntos relativos a la propiedad agraria, prestaciones de servicios, civiles y penales, según, obviamente, criterios y nomenclatura modernos aceptados también en su momento por Martínez

²² *Ídem*, p. 119

²³ *Ídem*, pp. 104 y 105.

²⁴ Números 28 a 56 y 73, 76, 78, 79, 84, 85, 88 y 89 de los documentos incluidos en la obra citada de Martínez Peñaloza.

²⁵ Los anexos dos, tres y once.

Peñaloza. Por desgracia, se trata, en su totalidad, de expedientes incompletos donde lo conservado fue la demanda y/o simples notas que incluyen peticiones diversas.

Un magnífico ejemplo –de un tema que por desgracia todavía es de actualidad en nuestra sociedad– es el siguiente: la demanda que interpuso, tal vez en Ario, María Francisca Pérez contra su esposo José Miguel Vargas por sevicia, veámoslo:

María Francisca Peres, vecina de este pueblo, en la mejor forma que haya lugar en derecho ante V.A. parezco y digo que hace poco más de un año contraí matrimonio con José Miguel Vargas, vecino del Paso Real y casi el mismo día que nos dimos las manos no sé lo que es un momento de gusto en su compañía pues la primera vez que me le dio fue con tanto extremo que tres meses estuve en cama. Luego que sané, mandó él por Juez de este lugar que me uniera a mi marido, cosa que hace [sic por hago] con la mayor repugnancia y con razón porque en lo más penoso del camino me colgó y me maltrató de suerte que se hace increíble; luego que llegué a la casa me ví hec[h]a un trozo, me encerró en un cuarto pasándose [sic por pasándome] muchos días sin comer y valiéndose aún de otro para que me azotara, últimamente me sacaron bien castigada: aunque para mi esposo hasta el último suplic[i]o no quedaría satisfecho pues así quiso hacerlo una noche que me juzgaba dormida, se levantó, tomó un puñal y yo que estaba a la desconfianza huí y me siguió hasta que un hombre me defendió.

Cierta, M.P.A. que no tiene este hombre el más leve motivo para tratarme así y si acaso V.A. hará se presente a este Supremo Tribunal, haciéndole saber que ni ahora ni nunca volveré a juntarme con él y, aunque es justo, no pido me mantenga como debía porque siempre he trabajado yo para hacerlo y antes, cuanto he adquirido ha jugado y embriagado, siendo suplico y noticia [sic por público y notorio] en este pueblo cuanto llevo dicho y a mas sé que lo p[r]obaré si fuere necesario,

Por tanto a V.A.S. suplico se sirva prober como pido y en que [re]cibiré merced y gracia. Juro no ser de malicia, etcétera.

Muy Poderoso Señor. A los pies de V.A.S.

María Francisca Peres²⁶.

A la cual recayó la orden del Tribunal de fecha 29 de abril de 1815 para que ocurriera el juez del Partido “para que le administre justicia” sobre el tema de las injurias, advirtiendo que si se intentaba acción de divorcio la

²⁶ Demanda de María Francisca Pérez ante el Supremo Tribunal de Justicia, Ario, s/f, MARTÍNEZ PEÑALOZA, *op. cit.*, pp. 325 y 326.

tendría que plantear ante el juez eclesiástico que correspondiera. Seis meses después, y estando ya en Huetamo, el Tribunal dispuso que este asunto se trasladase a la Junta Subalterna Gubernativa²⁷.

Dos o tres casos donde sí aparece lo que pudiera ser una sentencia definitiva constituyen la excepción²⁸. Uno exhibe la decisión tomada por los miembros de la Junta Subalterna, si bien el caso se había planteado antes al Supremo Tribunal:

En el pueblo de Ario a los cuatro días del mes de noviembre de mil ochocientos quince los S.S. Presidentes (sic) interino Teniente General D. Manuel Muñiz y vocales Lic. D. Ignacio Ayala y D. Domingo García Roxas que actualmente componen la Junta Subalterna por hallarse ausentes los S.S. D. José Pagola y Brigadier D. Felipe Carvajal, habiendo visto el expediente que se sigue de oficio contra el Teniente Coronel del Regimiento de Caballería ligera de Sta. María de los Lagos, actual Juez de los que forman el Tribunal de Residencia. Dijeron: que respecto a que el arresto del expresado Teniente Coronel D. Rafael Castro fue solo por vía de precaución por no estar todavía asegurado el Dr. Cos, y porque las expresiones que produjo en uso de la franqueza que concede nuestro sistema liberal, pudieron también entenderse por afecto a la personas y plan de dicho Dr. Cos, y a que en tales circunstancias, ninguna precaución es por demás, ni agravia a persona alguna, todo lo cual consta en el mismo informe del Soberano Gobierno que mandó al Supremo Tribunal de Justicia (y) constando ya que nada hubo de lo que se temía, y antes por el contrario, miraba por nuestra felicidad, y en concepto de que no era tan criminal el expresado Dr. Cos, agregándose el que antes de practicar su comisión la consultó con el Serenísimo Sr. Morelos quien le dijo que la practicara; en tal concepto se declara que no hubo causa formal ni cargos que hacerle, por lo que queda con sus mismos fueros, y conceptos que siempre se ha merecido, lo que se hará saber, y se avisará a S.A. el Tribunal de Residencia y firmaron ante mí de que doy fe.

Manuel Muñiz (rúbrica)
 Presidente interino
 Lic. Ignacio de Ayala (rúbrica)
 Domingo Roja (rúbrica)

²⁷ MARTÍNEZ PEÑALOZA, *op. cit.*, p. 328.

²⁸ Causa seguida al Teniente Coronel Rafael Castro del Regimiento de Caballería ligera de Sta. María de los Lagos, por habersele creído adicto a Cos cuando éste se separó del Gobierno Insurgente, en MARTÍNEZ PEÑALOZA, *op. cit.*, p. 211-225. Interpuesta primero ante el Supremo Congreso, la reenvió al Supremo Tribunal y éste, a la Junta Subalterna que la dictó.

Juan Nepomuceno Marroquín (rúbrica)
Secretario

(al margen) Se avisó por las Secretaría al S. Secretario del Tribunal de Residencia.

estando presente en esta Secretaría el Teniente Coronel Dn. Rafael Castro en su persona, que doy fe conozco, le hice saber la superior determinación que antecede de que quedó entendido y dijo, que está satisfecho de la bondad con que S.E. se ha designado reponer su honor por este Decreto, dando a S.E. las debidas gracias y firmó.

Rafael Castro (rúbrica)
Marroquín (rúbrica)²⁹.

El segundo caso es, sin embargo, una orden emitida en Puruarán el 5 de julio de 1815 por el Supremo Tribunal ante un caso de conflicto de jurisdicciones:

Diríjense órdenes al Juez Nacional del Pueblo de Huandacareo, y al Comandante de Armas de aquel Departamento Dn. Francisco Gil, a uno y otro para que cada uno en sus respectivas jurisdicciones se mantengan sin permitir que uno, ni otro se mezcle en lo que no les pertenezca³⁰.

4. Pervivencia de la tradición jurídica india

El origen, la naturaleza, y el propósito del Supremo Tribunal, no cabe duda, fue el de dar cabal cumplimiento al propósito moderno de dividir al poder, encomendándole específicamente a uno de los tres poderes establecidos en la Constitución la facultad de aplicar las leyes a los casos particulares, tal y como expresamente lo dispuso su artículo 12. Su antecedente inmediato lo encontramos en el *Reglamento del Congreso del Anáhuac* expedido por Morelos el 11 de septiembre de 1813 que estableció el Poder Judicial depositándolo, según el artículo 15, “en los tribunales actualmente existentes, cuidando no obstante se vaya presentando la ocasión de reformar el absurdo y compli-

²⁹ Acuerdos del Supremo Tribunal de Justicia, 5 de julio de 1815, en MARTÍNEZ PEÑA-LOZA, *op. cit.*, p. 223 y 225.

³⁰ Ídem, p. 276

cado sistema de los tribunales españoles” y en el “Tribunal de Reposición o Poder Judicial” que discutiría “las materias y sentencias... arreglándose a las leyes y consultando en las dudas la mente del legislador”³¹. Este objetivo, que coincide con los propósitos del Generalísimo de contar con un gobierno “que corrija los abusos y restablezca la autoridad de las leyes”³², sin embargo difiere en algo de no menor importancia de las intenciones expresadas por el propio Morelos a don Andrés Quintana Roo un día antes de la instalación del Congreso insurgente en Chilpancingo: “Quiero...que todo el que se queje con justicia, tenga un tribunal que lo escuche, lo ampare y lo defienda contra el fuerte y el arbitrario”³³. Deseo que sólo en parte e indirectamente se vio reflejado en los *Sentimientos de la Nación* pronunciados un día después el 14 de septiembre de 1813, donde la palabra justicia simplemente no aparece y sí, en cambio, la división de los poderes y el concepto ley o leyes³⁴. Considero que aquí se puede encontrar la explicación de un hecho que pudiera sorprender a primera vista a quien quisiera encontrar en las actividades del Supremo Tribunal y de la Junta Subalterna una actuación que obedezca al imperativo moderno de aplicar correctamente la ley como la mejor y prácticamente la única forma de realización de la justicia, alejándose de esta forma de la tradición judicial indiano-castellana. Para mi sorpresa no fue así. Algo que no han podido ver quienes se han acercado al estudio del Tribunal de Ario es que en muy pocas de las causas que ante él se ventilaron y que se han conservado se invocó o se aplicó la ley; vaya, ni siquiera se argumentó con base en ella, perpetuándose así aquella tradición que se quería superar. En dos ocasiones conocidas se hizo referencia expresa al texto constitucional y en la mayoría no se invocó la aplicación de la ley, ni la antigua ni la moderna, como forma de hacer justicia o de resolver la controversia planteada al Tribunal o a la Junta; en su lugar prevaleció la forma tradicional imperante durante siglos en la Nueva España y a la que se refiriera Morelos en su conversación con Quintana Roo: “que todo el que se queje con justicia, tenga un tribunal que lo escuche, lo ampare y lo defienda contra el fuerte y el arbitrario.” Ni las partes o interesados, ni el Tribunal o la Junta invocaron la ley ni pretendieron aplicarla. Si el deseo del artículo 211 de la Constitución era que en tanto los

³¹ En *El cauce alterno: el Reglamento del Congreso del Anáhuac y los Sentimientos de la Nación, Chilpancingo, 1813*, 2ª. ed., México, Archivo General de la Nación, INACIPE, 2013, pp. 33, 43 y 45.

³² Ídem, p. 27.

³³ Citado por GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 14.

³⁴ *Vid.* en ídem, pp. 89-91.

mexicanos formaran su propio cuerpo de leyes se mantuviera la vigencia de las antiguas “en todo su rigor” parece que ni siquiera esto constituyó la mayor preocupación de jueces, litigantes y autoridades involucradas dominadas por la peso de la tradición jurídica indiana. Ante el imperativo legal, el reclamo tradicional de justicia siguió prevaleciendo y... ifuncionando! Conforme a la vieja tradición del orden jurídico novohispano –aún vigente, no hay que olvidarlo– la sociedad no exigió la aplicación de la ley sino la realización de la justicia: los caminos para ello le resultaban todavía en cierta forma indiferentes: se apelaba a lo más elemental: la protección, el amparo, la defensa y la solución del problema; con los instrumentos que fuera y que, se entendía, debía conocer y utilizar el Supremo Tribunal, que para eso estaba: para hacer justicia. De aquí que la lectura de los expedientes conservados, y aun cuando algunos de ellos revele la innegable presencia de algún abogado o –lo más probable– de algún rábula, tinterillo o *huizachero* más o menos conocedor de las formulas y métodos procesales para exigir justicia, exhiba la permanencia de modos de resolución y de argumentación procesales pertenecientes a una tradición que se quería dejar atrás: sentido común, prudencia, reclamos elementales, instrumentación de la gracia y de la merced, amparo, referencias a otras jurisdicciones, etc., lo que no oculta el hecho, sorprendente, de que la palabra equidad tampoco se mencione en ellos, como tampoco se haga referencia a los usos y costumbres. Su más inmediata obligación: aplicar la ley a los casos concretos se vio rebasada por la realidad, yendo más allá o, mejor dicho, más acá de lo dispuesto por el texto constitucional, pareciéndose más en su funcionamiento a un juzgado de partido que a un Supremo Tribunal.

No obstante el imperio de la realidad, y siguiendo el curso iniciado con la publicación del *Decreto Constitucional* y con la orden del Supremo Gobierno del 28 de octubre de 1814 que conminó a los Intendentes a informar de las causas judiciales de sus distritos a un Supremo Tribunal todavía no establecido³⁵, y en la línea de la tradición institucional indiana, casi un año después el Supremo Gobierno al prescribir la instalación de la Junta Subalterna continuó insistiendo en que ejerciera facultades de administración superior de justicia, “en los grados que concedían las leyes a las Audiencias” en materia tanto civil como criminal³⁶, reiterando que los vocales de la Junta estaban obligados a observar “estrechísimamente la Constitución del Estado y demás leyes que se

³⁵ MARTÍNEZ PEÑALOZA, *op. cit.*, p. 135.

³⁶ Decreto de instalación de la Junta Subalterna para el gobierno de las Provincias del centro, norte y occidente del país, art. 32, en ídem, p. 363.

hayan publicado y publicaren...en los ramos de Gobierno, Hacienda, Justicia y Guerra”³⁷. Como afirmó Ernesto de la Torre, las disposiciones relativas a la administración de justicia por parte de esta Junta siguieron la influencia “de la legislación judicial española” y suponen, en consecuencia, la plena aceptación de la vigencia de la legislación indiana así fuera como supletoria³⁸.

El funcionamiento “irregular” e imprevisto del Supremo Tribunal insurgente obedeció, sin duda, a las circunstancias bélicas que lo rodearon: desde una geografía cambiante hasta la dolorosa crisis de unidad entre los insurgentes que por aquel tiempo sufrieron la aprehensión de Morelos y la consecuente necesidad de salir del territorio michoacano. Si bien se instaló en Ario, su funcionamiento fue itinerante, en ocasiones a salto de mata, por lo que su presencia fue aprovechada para pedir justicia por parte de los habitantes de las localidades por donde pasaba, con lo cual en muchas ocasiones funcionó como un tribunal local, a veces de primera instancia, otras como tribunal de apelación respecto de los jueces de partido. Esta especial situación dota al funcionamiento del Supremo Tribunal de una particular importancia para observar el tránsito de una justicia lega –recuérdese que entre los requisitos para ser miembro del mismo jamás se exigió la formación jurídica de sus miembros, excepto para sus dos fiscales que por fuerza debían ser “letrados” – a una justicia legal en una época de transición entre dos maneras diferentes de cultura jurídica: una llamada a prevalecer formalmente y otra renuente a desaparecer y a seguir reclamando la “justicia en concreto”, es decir, la que la inmensa mayoría de la gente reclama; la que funciona como medio idóneo para resolver conflictos. En este sentido, el Supremo Tribunal de Ario y la Junta Subalterna operaron más bien con una justicia de jueces si bien su propósito –establecido en la Constitución- era operar con una justicia de leyes. Creado por la ley para aplicar la ley, el tribunal insurgente hubo de separarse de su cometido original para resolver en justicia asuntos cuya solución casi nunca estuvo prevista por aquélla mediante el uso de argumentos y la invocación de fundamentos ajenos también a la misma. Al hacerlo, no hay duda, hizo realidad el deseo de Morelos manifestado a Quintana Roo: quienes acudieron a él buscaron ser oídos, amparados y defendidos contra el fuerte y el arbitrario. Pero, ¿qué otra cosa es hacer justicia?

La lectura detenida de las causas recogidas por Peñaloza y por Felipe Remolina arroja el uso de frases, apelaciones, instancias o situaciones, argu-

³⁷ Art. 44, ídem, p. 370.

³⁸ DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 287.

mentos, ausencias significativas de remisiones a la ley, prácticas, solicitudes, excepciones y súplicas propias de una justicia tradicional, no lega, dentro de la vigencia continuada del Derecho Indiano, más que de una justicia moderna sustentada en la aplicación de la ley, lo que también ocurrió pero con menor frecuencia. Fórmulas o menciones como: “conforme a las disposiciones del derecho”, “que les administre justicia”, “el derecho nos permita y más justicia haya”, “suplico haga como pido que es justicia”, “administre pronta y buena justicia”, “sentenciara lo justo”, “suplico se sirva hacer como pido que es justicia”, “defender la justa causa”, o “lo menos que debe ser en justicia”; invocaciones a un “Tribunal de sabios”, o al obedézcase pero no se cumpla –“Digo: que obedezco pero por ahora no puedo verificarlo”–; peticiones de algún fiscal para que “se guarde a los naturales el privilegio antiguo sin innovar en nada lo establecido”, o de las partes para que intervengan “jueces árbitros, arbitradores y amigables componedores”; peticiones para que “se me guarde justicia”, “se “oiga en justicia a ambas partes”, o se “mande hacer como pido en justicia”; referencias a “no está en justicia” o para que “tome providencia de justicia sobre las quejas que vierte el Justicia de Etúquaro contra sus subalternos”; invocaciones a la gracia o meras súplicas –“ocurre a la piedad de V.M.”, “ordene lo que juzgue convenir a mi derecho que en hacerlo recibiré gracia y merced”–; excepciones fundadas en la ignorancia judicial –“un asunto en que me parece no podía decidir”, “No niego que soy escaso de luces para cumplir con las obligaciones de Juez tanto por esto como por mi genio naturalmente compasivo”, o “soy incapaz de desempeñar el ministerio y las faltas en que incurra son de puro error, y por falta de las luces necesarias; pero de ningún modo de malicia”–, y el propio texto constitucional de Apatzingán que previó el funcionamiento de un Tribunal de Residencia distinto al Supremo Tribunal³⁹, ejemplifican y exhiben de forma contundente la perpetuación no sólo de un lenguaje, de ciertas fórmulas e instituciones si no también la debilidad que para entonces mostraba la ley para ordenar y regular la convivencia al interior de las poblaciones insurgentes. Sin embargo, ésa -e incluso la novel constitución- se habría pasado modestamente en otras fórmulas también utilizadas: “con respecto a ser inaudita y extraña en las leyes y en la práctica la solicitud de los suplicantes”, “este procedimiento es desviado de justicia, pues lo resisten nuestras Leyes”, “los militares no se mezclen en asuntos políticos ni el Juez en lo militar y que se abstengan de maltratar a los ciudadanos, quebrantando a cada paso la Soberana Constitución”. En esa situación, de-

³⁹ Artículos 212 a 231 del *Decreto Constitucional*, en GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp.157-160.

terminada por la disfuncionalidad del aparato judicial tradicional motivada por la guerra, obviamente, no faltaron desde luego las referencias al Derecho anterior -“aunque en tiempo de los europeos teníamos despacho para que se nos diera posesión nunca se verificó”-, ni a la prudencia: “en lo verbal avenga a las partes con la prudencia que tiene acreditada”, mera continuidad en la periferia del poder virreinal de una argumentación jurídica consagrada por el tiempo y por la realidad.

Como lo advirtiera Ernesto de la Torre, “El Supremo Tribunal, como órgano de administración de justicia, dadas las circunstancias en que pudo desarrollar su labor, funcionó como tribunal de primera instancia, no como determinaban los artículos 196 al 199 del Decreto Constitucional, principalmente este último”⁴⁰; y aunque lo intentó no le fue posible hacerlo de otra forma puesto que, como el propio De la Torre afirmó:

en los territorios ocupados por los insurgentes en donde regían sus autoridades y la población simpatizaba con ellos, era necesario ejercer justicia, ocuparse de las desavenencias de las personas, castigar faltas y delitos cometidos, mediar en la solución de problemas que afectaban tanto a los particulares como a las corporaciones⁴¹.

Ante esta necesidad, y como lo han señalado Moisés Guzmán Pérez y Eva Elizabeth Martínez Chávez:

Era evidente que la mayoría de los afectados ignoraban el procedimiento que debía seguirse en los juicios, es decir, iniciar el trámite a través de los Jueces inferiores para que éstos a su vez los hicieran llegar al Juez nacional y ellos los turnaran al Supremo Tribunal; pero también era indicativo de que la gente ‘tenía fe en la autoridad judicial’. En otras ocasiones, las personas estaban conscientes de ello, pero aun así decidían dirigir sus peticiones al ‘presidente y Ministros de justicia’ porque la demanda que hacían iba dirigida contra personas ‘poderosas’, de gran influjo⁴².

En esta tarea, y en contra de la opinión de Martínez Peñaloza, poco pudo hacer para respetar las debidas competencias entre las distintas instancias

⁴⁰ DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 280

⁴¹ Ídem, p. 277

⁴² MOISÉS GUZMÁN PÉREZ Y EVA ELIZABETH MARTÍNEZ CHÁVEZ. *José María Sánchez de Arriola: el juez insurgente*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 55

procesales. Es falso, pues, afirmar que “el Supremo Tribunal de Justicia se apegó irrestrictamente a la ley en sus resoluciones, y generó de este modo una confianza popular nunca antes vista”⁴³, más bien al contrario, al no hacerlo mantuvo la confianza en el Derecho, en la justicia, en la prudencia, en la gracia, y en viejas instituciones indianas que hasta entonces habían sido invocadas con relativo éxito por los habitantes de un extenso rincón ciertamente olvidado del inmenso obispado de Michoacán.

Sustituido el Supremo Tribunal por la Junta Subalterna, la Junta de Jaujilla continuó administrando este tipo de justicia como lo demuestran los casos de la india Juana María del pueblo de San Francisco Acachuen que se presentó ante dicha Junta para demandar criminalmente al indio José Francisco. La Junta ordenó su aprehensión y su posterior remisión a la fortaleza de Jaujilla⁴⁴. Otros casos relacionados con litigios agrarios continuaron ventilándose ante ella en fechas diversas: también aquí encontramos la presencia obligatoria de asesores letrados, el deber de comparecer para “administrar justicia”, recusaciones y un uso del lenguaje jurídico preciso y formal: “devuélvanse para que, previa citación de las partes y aunque lo recusen, consulte con el Sor. Lic. D. José Ma. Yzasaga, concluyendo el juicio en primera instancia y admitiendo las partes la apelación que interpusieran”⁴⁵. Como se ha visto, finalmente también este último órgano del gobierno independentista desapareció en 1819 y con él toda posibilidad para la justicia insurgente, no así para la vigencia del Derecho Indiano que pudo mantenerse vivo todavía hasta el triunfo de la codificación moderna.

⁴³ Ario de Rosales, *Michoacán. Sede histórica del Primer Supremo Tribunal de Justicia de la América Mexicana*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 22.

⁴⁴ MARTÍNEZ PEÑALOZA, *op. cit.*, p. 435.

⁴⁵ Ídem, p. 436

SOBRE ORIGENS, CONTINUIDADES E CRIAÇÕES: A POSSE DA
LIBERDADE NOS DECISIONISTAS PORTUGUESES (SÉCS. XVI-XVIII)
E NO DIREITO DA ESCRAVIDÃO (SÉC. XIX)

ON ORIGINS, CONTINUITIES, AND CREATIONS: POSSESSION OF
FREEDOM AMONGST PORTUGUESE “DECISIONISTAS” (XVI-XVIII
CENTURIES) AND IN SLAVERY LAW (19th CENTURY)

MARIANA ARMOND DIAS PAES

*Universidade de São Paulo/Max-Planck-Institut für europäische
Rechtsgeschichte (Brasil/Alemanha)*

mdiaspaes@gmail.com

Resumo: O presente artigo argumenta que a existência do instituto jurídico da posse da liberdade, no Brasil do século XIX, não indica uma continuidade em relação ao direito do período colonial. Para tanto, será analisada a regulamentação da posse de estado – e, mais especificamente, da posse da liberdade – em normas do direito romano e do direito comum europeu, além da literatura jurídica produzida em Portugal entre os séculos XVI e XVIII. Em seguida, é descrito como o direito do Brasil independente regulamentava a aquisição da liberdade pelo exercício de atos possessórios e pela prescrição.

Palavras-chave: posse da liberdade, posse de estado, prescrição, escravidão, Brasil, Portugal.

Abstract: In this article, I argue that the existence of a legal institution – “possession of freedom” – in 19th century Brazil, does not indicate a continuity with the law of the colonial period. In order to do so, I analyze the regulation of “possession of status” – and, more specifically, “possession of freedom” – in Roman law, European *ius commune*, and legal literature produced in Portugal between the 16th and 18th centuries. In addition, I describe how the law of slavery in independent Brazil regulated the acquisition of freedom by the exercise of possessory acts and by prescription.

Keywords: possession of freedom, possession of state, prescription, slavery, Brazil, Portugal.

Sumário: 1. Introdução. 2. A posse da liberdade no Brasil do século XIX. 3. Posse da liberdade e posse de estado. 4. A posse da liberdade no direito português do período colonial. 5. Especificidades da posse da liberdade no Brasil do século XIX. 6. Conclusão.

1. Introdução¹

O Brasil foi o último país da América a abolir a escravidão, em 1888. Porém, desde a década de 1820, era uma monarquia constitucional, fundada em princípios liberais. Durante o século XIX, o Brasil foi um país, ao mesmo tempo, liberal e escravista. Mais do que isso: entre a proclamação da independência (1822) e a abolição efetiva do tráfico negreiro transatlântico (1856) –em 34 anos–, foram traficados, para o Brasil, quase a metade da quantidade de escravos africanos (1.074.474) que havia sido importada durante todo o período colonial (2.468.048). A sustentação de um regime político e econômico escravista não teria sido possível sem uma arquitetura jurídica e política construída e operada pelo Estado brasileiro e por sua burocracia².

¹ Agradeço à Comissão Organizadora do *XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* pelo convite para participar do evento e para publicar este trabalho. Agradeço, também, aos participantes do congresso pelos comentários e sugestões recebidos durante minha apresentação, em especial, os feitos por María Angélica Corva e Carlos Garriga. Uma versão inicial deste texto foi apresentada no *Research Colloquium* do *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*. Agradeço, igualmente, aos participantes desse evento pelos comentários e sugestões recebidos naquela ocasião, em especial, a Max Deardorff. A Natalie Cobo, agradeço pela imensa ajuda com os textos em latim que consultei para esta pesquisa. Carmen Alveal e Jeferson Mariano Silva fizeram valiosos comentários a versões iniciais deste texto. Agradeço também a Sueann Caulfield, Beatriz Mamigonian e Rebecca Scott, com quem debati o tema da posse da liberdade em diferentes ocasiões. Por fim, agradeço a Gustavo César Machado Cabral e aos meus colegas do *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* por me ajudarem com minhas dúvidas a respeito do direito do período colonial.

² Legalmente, o tráfico transatlântico de escravos foi abolido, no Brasil, em 1831 e, novamente, em 1850. Contudo, o último desembarque ocorreu em 1856. Os dados sobre o tráfico negreiro foram obtidos no Banco de Dados do Tráfico Transatlântico de Escravos. Disponível em [<http://www.slavevoyages.org/>], acesso em 13 de janeiro de 2017. Sobre o papel do Estado na sustentação do regime escravista, no tráfico ilegal e em formas ilegais de escravização, ver, por exemplo, LUIZ FELIPE DE ALENCASTRO, “O pecado original da sociedade e da ordem jurídica brasileira”, *Novos Estudos CEBRAP*, n° 87, 2010, pp. 5-11; SIDNEY CHALHOUB, *A força da escravidão*, São Paulo, Companhia das Letras, 2012; BEATRIZ MAMIGONIAN, “O Estado Nacional e a instabilidade da propriedade escrava”, *Almanack*, n° 2, 2011, pp. 20-37; TÂMIS PARRON, *A política da escravidão no Império do Brasil (1826-1865)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011, RICARDO SALLES, *E o vale era o escravo: Vassouras, século XIX. : senhores e escravos no coração do império*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008. Sobre a relação intrínseca entre capitalismo e a escravidão oitocentista, ver EDWARD BAPTIST, *The Half Has Never Been Told: Slavery and the Making of America Capitalism*, New York, Basic Books, 2014; WALTER JOHNSON, *River of Dark Dreams*, Cambridge, Harvard University Press, 2013; RAFAEL

Considerando o contexto histórico brasileiro do século XIX –de construção de um estado independente, sustentado em uma monarquia constitucional e em uma economia escravista–, seria simplista considerar que a regulamentação jurídica da escravidão, no Brasil Império, era um resquício incômodo do período colonial. Longe disso, o que as mais recentes pesquisas sobre a história do direito da escravidão mostram é que, ao longo do século XIX, o arcabouço jurídico e a prática judicial brasileiros deram novos contornos à escravidão enquanto instituição. Práticas e regulamentações jurídicas presentes durante a colônia foram ressignificadas pelos sujeitos históricos durante o império, ganhando contornos que respondiam à especificidade da sociedade brasileira daquele período.

Neste trabalho, analiso um exemplo desse fenômeno de ressignificação do direito da escravidão ao longo do século XIX: o instituto jurídico da posse da liberdade.

2. A posse da liberdade no Brasil do século XIX

Já há algumas décadas, a historiografia brasileira tem dado atenção à regulamentação jurídica da escravidão brasileira e às estratégias jurídicas dos escravos na persecução da liberdade ou de melhores condições de vida (evitar vendas para outras províncias, garantir a formação de um pecúlio, demandar o fim de castigos abusivos, etc.)³. Nos últimos anos, contudo, os historiadores se atentaram para o fato de que o argumento da “posse” exercia um papel im-

MARQUESE e DALE TOMICH, “O Vale do Paraíba escravista e a formação do mercado mundial do café no século XIX”, em MARIANA MUAZE e RICARDO SALLES (organizadores), *O Vale do Paraíba e o Império do Brasil nos quadros da Segunda Escravidão*, Rio de Janeiro, 7 Letras, 2015, pp. 21-56.

³ Por exemplo, ELCIENE AZEVEDO, *O direito dos escravos*, Campinas, Editora da Unicamp, 2010; SIDNEY CHALHOUB, *Visões da liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990; KEILA GRINBERG, *O fiador dos brasileiros*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002; SILVIA LARA, *Campos da violência*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988; BEATRIZ MAMIGONIAN, *To be a liberated african in Brazil*, tese de doutorado, Waterloo, University of Waterloo, 2002; HEBE MATTOS, *Das cores do silêncio*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1998; JOSELI MENDONÇA, *Entre a mão e os anéis*, Campinas, Editora da Unicamp, 2008; FERNANDA PINHEIRO, “Transformações de uma prática contenciosa”, *Locus*, v. 17, 2011, pp. 253-271; WALDOMIRO LOURENÇO DA SILVA JÚNIOR, *Entre a escrita e a prática: direito e escravidão no Brasil e em Cuba (1760-1871)*, tese de doutorado, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2015.

portante na comprovação de um estatuto jurídico, fosse ele de livre, escravo, africano livre, *statu liber*, escravo em condomínio, etc.⁴

Em 1871, por exemplo, Clelia Leopoldina de Oliveira ajuizou um processo judicial contra sua suposta escrava Brasília. Nessa “ação de escravidão”, Clelia alegou que Brasília tinha obtido uma decisão judicial favorável de manutenção na sua liberdade. Porém, essa sentença seria injusta e deveria ser desfeita, declarando-se judicialmente a condição de escrava de Brasília. Contra as alegações de Clelia, o advogado de Brasília mobilizou um argumento muito recorrente no Brasil do século XIX: a posse da liberdade⁵.

O advogado de Brasília argumentou que ela estava em posse de sua liberdade, porque: a) Brasília veio, com Clelia, da Bahia para o Rio de Janeiro, em um barco inglês, utilizando passaporte de pessoa livre; b) no Rio de Janeiro, sempre foi considerada como livre, o que poderia ser confirmado pelos Inspetores de Quarteirão; e c) Brasília vivia sobre si e pagava seus próprios alugueis⁶. Ou seja, o comportamento de Brasília como uma pessoa livre serviria como prova de seu estatuto jurídico de liberta.

Assim como Brasília e seu advogado, muitas outras pessoas utilizaram o argumento da posse da liberdade nos tribunais brasileiros do século XIX. Essas pessoas, frequentemente, viviam “sós” (sem a presença de um senhor) e gozavam de relativo grau de autonomia e liberdade de locomoção. Era o que comumente se chamava “viver sobre si”⁷. Esse “viver sobre si”, chegando aos tribunais, era traduzido em um significado jurídico: a noção de posse da liberdade.

Na segunda metade do século XIX, esses argumentos jurídicos que invocavam a posse da liberdade se fundavam na teoria possessória, uma teoria

⁴ MARIANA ARMOND DIAS PAES, “O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista”, *Estudos Históricos*, v. 29, n° 58, 2016, pp. 339-360; AISNARA PEREIRA DÍAZ e MARÍA DE LOS ÁNGELES MERIÑO FUENTES, *Estrategias de libertad: un acercamiento a las acciones legales de los esclavos en Cuba (1762-1872)*, t. 2, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2015, pp. 60-100; REBECCA SCOTT, “Paper Thin: Freedom and Re-enslavement in the Diaspora of the Haitian Revolution”, *Law and History Review*, v. 29, no 4, 2011, pp. 1061-1087; REBECCA SCOTT, “Social Facts, Legal Fictions, and the Attribution of Slave Status: The Puzzle of Prescription”, *Law and History Review*, v. 35, no 1, 2017, pp. 1-22.

⁵ Apelação cível sobre liberdade de escravos, 1871, ARQUIVO EDGARD LEUENROTH, fundo Relação do Rio de Janeiro, série Apelação Cível, processo n. 178, microfilme RRJ mr 054.

⁶ *Idem*.

⁷ Já há alguns anos, a historiografia brasileira se ocupa do significado social do viver sobre si. Ver, por exemplo, CHALHOUB, *Visões da liberdade*.

ligada aos direitos reais (direito das coisas). De acordo com a doutrina oitocentista, coisa era tudo o que pertencia ao patrimônio de alguém. As coisas poderiam ser corpóreas ou incorpóreas. Os direitos eram considerados coisas incorpóreas. Como a liberdade era um direito, ela também era uma coisa incorpórea. Consequentemente, a liberdade, assim como as outras coisas, podia ser objeto de posse. O domínio, por sua vez, poderia ser adquirido pelo exercício da posse sobre alguma coisa, por um determinado período de tempo (prazo prescricional). Nesse sentido, o domínio sobre a liberdade também poderia ser adquirido através do exercício de atos possessórios. No caso de direitos, o exercício de atos possessórios ocorria pelo exercício do próprio direito: se uma pessoa exercia a liberdade, se se portava como livre e era por todos reconhecida como tal, essa pessoa gozava da posse de sua liberdade e, depois de um certo período, poderia adquirir o domínio dessa liberdade, ou, melhor dizendo, poderia adquirir o estatuto jurídico de livre⁸.

Esses juristas também consideravam que os requisitos para a aquisição de uma coisa corpórea ou incorpórea por posse eram: boa-fé, continuidade, ausência de contestação (posse mansa e pacífica), ausência de interrupção, publicidade, notoriedade e inequívocidade. Assim, as pessoas que procuravam obter o reconhecimento judicial de seu estatuto jurídico de livre ou liberto, no Brasil oitocentista, além de precisarem comprovar que “viviam como livres” –que exerciam a posse de sua liberdade–, deveriam também

⁸ JOSÉ FERREIRA BORGES, *Dicionário jurídico-comercial*, Porto, Tipografia de Sebastião José Pereira, 1856, pp. 310-322; MANUEL BORGES CARNEIRO, *Direito civil de Portugal*, t. 4, Lisboa, Tipografia de Antonio José da Rocha, 1851, pp. 37-40; PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE DOS REIS, *Instituições de direito civil português*, livro 3, Coimbra, Typis Academicis, 1815, pp. 56-75, [Tradução disponível em www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1077.pdf]; AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876; LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de direito civil brasileiro*, t. 1, Pernambuco, Tipografia da Viúva Roma & Filhos, 1851, pp. 117-141; LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de direito civil brasileiro*, t. 1, Recife, Tipografia Universal, 1857, pp. 164-194; LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de direito civil brasileiro*, t. 1, Recife, Tipografia Universal, 1861, pp. 198-317; AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A escravidão no Brasil*, Rio de Janeiro, Tipografia Nacional, 1866; ANTONIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de direito civil brasileiro*, t. 2, Rio de Janeiro, Tipografia Universal de Laemmert, 1865, pp. 167-168; MANUEL COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, t. 1, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848, pp. 220-221, 341-347; ANTONIO DE LIZ TEIXEIRA, *Curso de direito civil português*, t. 2, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1845, pp. 38-42, 109-144; JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Digesto português*, t. 1, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1835, pp. 91-117, 211-219.

convencer o juiz de que o exercício dessa posse cumpria os requisitos gerais que a teoria possessória estabelecia para a aquisição do domínio. Em outras palavras, esses “libertandos” tinham que provar que exerciam a posse de sua liberdade por muitos anos, que tinham o reconhecimento da comunidade na qual viviam, que acreditavam serem livres (boa-fé) e que nunca antes tinham sido perturbados no exercício de sua liberdade⁹.

No caso de Brasília, o seu advogado procurou comprovar: *a*) a boa-fé, afirmando que ela acreditava ser livre, pois tinha viajado da Bahia até o Rio de Janeiro com passaporte de pessoa livre; *b*) a posse contínua, mansa, pacífica e ininterrupta, pelo fato de “viver sobre si” desde que tinha chegado ao Rio de Janeiro; e *c*) a posse pública, notória e inequívoca, com o argumento de que todos em sua comunidade acreditavam ser ela pessoa livre, inclusive, os Inspetores de Quarteirão.

O advogado de Brasília mencionou, ao longo do processo, entre outros, um autor contemporâneo seu –o jurista alemão Friedrich Carl von Savigny– e um jurista dos séculos II e III –Ulpiano–. Essas referências específicas, no entanto, não eram a regra em procedimentos judiciais de definição de estatuto jurídico nos quais era suscitado o argumento da posse. A análise desse tipo de procedimento mostra que, ao longo do século XIX, diversos dispositivos normativos, citações doutrinárias e jurisprudenciais eram mobilizados na sustentação desses argumentos. Os advogados e juízes envolvidos nesses casos faziam referências a normas do direito romano, passando pelo período colonial e por regulamentações mais recentes do direito europeu oitocentista. Isso pode mostrar que, mais do que um dispositivo normativo específico, o que fundamentava o argumento da posse da liberdade era uma compreensão compartilhada a respeito de como um estatuto deveria ser determinado e judicialmente reconhecido. Nas próximas seções, descrevo alguns possíveis antecedentes da posse da liberdade e, em seguida, passo para uma análise mais detida da regulamentação desse instituto jurídico durante o período colonial português.

3. Posse da liberdade e posse de estado

A ideia de que a posse era um elemento importante no reconhecimento jurídico da liberdade não foi uma exclusividade do Brasil do século XIX. Essa noção estava presente em, pelo menos, dois dispositivos do direito romano

⁹ *Idem.*

justinianeu¹⁰. O primeiro era o item 10, da seção 12 (*De liberali causa*), do livro 40, do *Digesto*:

Quando dissemos que a parte provou que ela estava em um estado de liberdade, não pretendemos dizer que ela provou que ela era verdadeiramente livre, mas que ela estava, sem fraude, em posse do estado de liberdade. Entretanto, o que se deve entender quando se diz que a parte estava sem fraude em um estado de liberdade? Porque se se reporta a Julien, ele pensa que todos aqueles que se creem livres estavam sem fraude no estado de liberdade, desde que eles tenham praticado atos de pessoas livres, embora eles sejam realmente escravos. Varus, ao contrário, pensa que um homem que sabe que ele é verdadeiramente livre, e que foge de seu pretendido senhor, não se supõe estar, sem fraude, no estado de liberdade; que, no entanto, desde que ele tenha cessado de se esconder como escravo fugitivo, e que tenha começado a aparecer em público como um homem livre, ele começa a ser reputado como estando sem fraude no estado de liberdade. Porque ele alega que aquele que sabe ser livre, e que se conduz publicamente como um escravo fugitivo, deve ser reputado como sendo da condição de escravo, simplesmente porque ele se faz passar por um escravo fugitivo¹¹.

Essa norma regulava a boa-fé nos casos de posse da liberdade. Tendo em vista sua localização no *Digesto*, pode-se, ainda, levantar a hipótese de que ela tinha efeitos eminentemente processuais. Ela fazia parte do título *De liberali causa*, que regulava as ações judiciais em prol da liberdade dos escravos. De acordo com Alan Watson, no direito romano, o escravo poderia figurar em juízo para pleitear sua liberdade com base em uma ficção jurídica. Formalmente, os escravos estavam sujeitos à *captis diminutio maxima* e, portanto, não poderiam gozar de capacidade processual. Por isso, para requerer judicialmente sua liberdade tinham que alegar que eram uma pessoa livre, ilegalmente escravizada¹².

¹⁰ Quando juristas portugueses, entre os séculos XVI e XVIII, e brasileiros, no século XIX, faziam referência ao “direito romano”, eles estavam, na verdade, citando o *Corpus iuris civilis*. O *Corpus iuris civilis* foi o nome dado, no século XVI, a uma compilação de leis feita pelo imperador Justiniano, em meados do século VI. Ele era composto pelo *Digesto* ou *Pandectas* (resumo da legislação), pelo *Codex* (legislação imperial), pelas *Institutas* (manual de introdução) e pelas *Novelas* (compilação póstuma da legislação promulgada por Justiniano).

¹¹ (Tradução própria). HULOT, *Les cinquante livres du Digeste*, t. 6, Paris, Rondonneau, 1803, p. 238.

¹² ALAN WATSON, *Roman Slave Law*, Baltimore, John Hopkins University Press,

Assim, por estar localizada no título que tratava de procedimentos judiciais para se pleitear a liberdade, é possível supor que a posse da liberdade, no preceito transcrito acima, dizia respeito a maneiras de se construir a ficção jurídica necessária ao ajuizamento de uma ação de liberdade. Já que, para se iniciar o processo judicial, a parte tinha que argumentar ser pessoa livre ilegalmente escravizada, a posse seria uma maneira de corroborar esse estado de liberdade hábil a possibilitar o ajuizamento.

Mais citado pelos juristas portugueses dos séculos XVI ao XVIII, ao tratarem da posse da liberdade, foi o título XXII, do livro VII, do *Codex*¹³.

[...] A posse da liberdade, iniciada com boa-fé, pode ser confirmada pela prescrição; e é com justa razão, por causa do favor que é devido à liberdade, que se decidiu que aqueles que tenham estado, com boa-fé, em posse da liberdade, por vinte anos, podem opor a prescrição contra aqueles que contestem seu estado, e se considerar, com segurança, por livres e cidadãos Romanos. [...] ¹⁴

Essa norma determinava que aqueles que estivessem em posse de sua liberdade, com boa-fé, por vinte anos, poderiam opor o argumento da prescrição contra aqueles que contestassem seu estado de livre. Isso significa que, caso alguém que estivesse em posse de sua liberdade a tivesse judicialmente contestada, poderia alegar a prescrição e a ação judicial seria extinta. Portanto, assim como no caso da norma do *Digesto* analisada, o dispositivo do *Codex* parece ter um caráter eminentemente processual, na medida em que seu efeito mais imediato seria a interrupção de um procedimento judicial que estivesse contestando o estado de livre de determinada pessoa¹⁵.

A aquisição de um estatuto jurídico por meio do exercício de atos possessórios ganhou contornos mais amplos durante o período medieval¹⁶.

1987, pp. 24-25. A regulamentação da capacidade processual dos escravos, no Brasil imperial, estava fundada em outra lógica jurídica, completamente diferente daquela descrita por Watson para o direito romano. Ver MARIANA ARMOND DIAS PAES, *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)*, dissertação de mestrado, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2014, pp. 49-85.

¹³ Os argumentos dos juristas portugueses serão analisados em maior detalhe na próxima seção.

¹⁴ (Tradução própria). P. A. TISSOT, *Les douze livres du Code de l'Empereur Justinien*, Metz, Behmer, 1807, t. 3, pp. 204-205.

¹⁵ Sobre a posse de direitos durante os períodos romano e medieval, ver EMANUELE CONTE, VINCENZO MANNINO e PAOLO MARIA VECCHI, *Uso, tempo, possesso dei diritti: una ricerca storica e di diritto positivo*, Torino, G. Giappichelli, 1999.

¹⁶ EMANUELE CONTE, *Servi medievali*, Roma, Viella, 1996. Para os “lugares” do di-

De acordo com António Manuel Hespanha, entre 1550 e 1750, o “direito das pessoas” era estruturado a partir da noção de “estado”. O estado era uma situação jurídica da qual decorriam direitos e deveres. De acordo com os juristas do período, o estado era uma situação objetiva, derivada da ordem do mundo e da natureza das coisas, ele não dependia da vontade de indivíduos¹⁷.

Assim como, nesse período, as pessoas jurídicas não dependiam, para sua existência, de uma materialidade física, o mesmo ocorria com as coisas em seu sentido jurídico. No direito comum¹⁸, as coisas poderiam englobar, além de objetos materiais, direitos, contratos e obrigações. Portanto, havia a possibilidade de existência de direitos reais sobre direitos.

Em todo o caso, este universo de direitos relativos a coisas era atraído pela regulação e proteção atribuídas pelo direito ao domínio das coisas físicas, nomeadamente da terra. Por isso, há uma tendência para estender os meios de proteção da propriedade (e posse) sobre coisas físicas às coisas imateriais. Isto acontecia com a reivindicação, como pretensão de declaração geral de um direito ou estatuto, sucessivamente estendida à proteção de direitos simbólicos, como os estados de filho, de livre (*vindicatio libertatis*), de senhor direto da terra (*vindicatio colonum*), de nobre; à jurisdição, à precedência social, como se tudo isto fossem coisas materiais *in patrimonio*¹⁹.

Nesse contexto de centralidade de situações em que se preservava o uso efetivo das coisas, o “domínio” adquiria um caráter de “faculdade de uso” das coisas. Como afirma Hespanha: “Rigorosamente, o domínio, como modelo de relação do homem com coisas não tinha como objeto a coisa, mas uma sua utilidade”²⁰.

reito comum sobre posse de direitos, ver também HELMUT COING, *Derecho privado europeo*, t. 1, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, pp. 433-441.

¹⁷ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Como os juristas viam o mundo (1550-1750)*, Lisboa, António Manuel Hespanha, 2015.

¹⁸ O direito comum europeu (*ius commune*) era a cultura jurídica, de caráter marcadamente doutrinário, que se propôs a interpretar os textos jurídicos do direito romano justinianeu. O direito comum esteve presente, em território europeu, desde aproximadamente o final do século XI até os séculos XVII e XVIII. WIM DECOCK, *Theologians and Contract Law: the moral transformations of the ius commune (ca. 1500-1650)*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 30-31.

¹⁹ HESPANHA, *Como os juristas viam o mundo*, p. 309.

²⁰ *Op. cit.* p. 314. Essa concepção de “domínio” expressa uma relação do homem com as coisas de um modo radicalmente diferente daquele que, oriundo de premissas liberais, se consolida ao longo do século XIX. O “modelo proprietário” liberal transforma o “domínio”

Outra característica do direito comum foi ter alargado de maneira considerável a proteção da posse em relação ao direito romano, que a concedia apenas aos proprietários e usufrutuários. Titulares de outros direitos também passaram a poder proteger sua posse por meio de remédios possessórios (*interdicta*). Assim, o direito comum defendia, de maneira enérgica, as situações de uso das coisas pelo seu detentor estável e contínuo, não importando se a coisa a ser protegida era material ou imaterial (casos em que incidia o instituto da *quasi possessio*). É importante ressaltar, no entanto, que essa defesa da posse tinha como objetivo primordial a conservação de uma situação estabelecida e reconhecida no interior de uma comunidade, não a proteção de um direito individual, particular²¹.

Assim como a posse, a prescrição também poderia incidir sobre objetos materiais ou sobre direitos. Ela poderia ser aquisitiva, gerando a titularidade sobre a coisa, ou extintiva, levando à extinção de direitos e prerrogativas sobre uma coisa. Com a prescrição, os titulares de direitos negligentes, que haviam deixado de exercê-los sobre as coisas, eram punidos e se consolidava a situação previamente existente. No direito comum, a prescrição requeria boa-fé, justo título, lapso temporal e posse não viciosa. O justo título era dispensável na prescrição de direitos incorpóreos. Especificamente em relação ao direito português, Hespanha ressalta que, por influência do direito canônico, a boa-fé era indispensável em todas as situações prescricionais, sem exceção²².

Nesse contexto, o exercício continuado, pacífico e em boa-fé da liberdade poderia gerar o reconhecimento judicial de um estado de liberdade e sua aquisição por meio de prescrição.

A segunda consideração é acerca do valor que as aparências ganham numa sociedade, como esta, desprovida de processos muito eficientes de averiguar e garantir a natureza das coisas. Nomeadamente, faltavam registros públicos a que se pudesse recorrer com facilidade. Nesta situação, tudo o que se sabia acerca das pessoas, das situações e das coisas decorria de aparências sociais compartilhadas. Daí a importância de situações de facto que fossem aceites pelo consenso de todos. Era por isso que o facto material da posse pacífica e pública constituía a forma excelente de legitimar situações como

em “direito de propriedade”, fundando-o na afirmação de uma vontade subjetiva sobre objetos. No caso português, Hespanha identifica os primeiros traços desse “modelo proprietário” na obra de Pascoal José de Melo Freire dos Reis, na segunda metade do século XVIII. *Op. cit.* pp. 316-319.

²¹ *Op. cit.* pp. 309-310, 352-360.

²² *Op. cit.* pp. 367-375.

a titularidade de uma coisa (“posse”) ou de um estatuto social (“posse de estado”). Isto era consistente com uma imagem então corrente que identificava a aparência com a essência, a forma com a matéria, a tradição com a natureza, o significante com o significado, o nome com a coisa ou com a pessoa. A verdade –ou seja, a correspondência entre o que as coisas pareciam ser e aquilo que elas eram– tinha, assim, uma marca ontológica; tinha a ver com o modo como o mundo era. Para além de ser um fator central da ordem estabelecida²³.

A abrangência da posse de estado era relativamente ampla, durante o período medieval, e extrapolava a questão da posse da liberdade. A posse também teve um papel importante na definição do estatuto jurídico dos servos, por exemplo. Alguns séculos antes do período tratado por Hespanha, houve um intenso debate entre os juristas do direito comum sobre a possibilidade de aquisição de coisas incorpóreas por prescrição. Nesse debate, o direito canônico teve muita influência, uma vez que reforçava a lógica possessória, ampliando as possibilidades de aquisição por posse e prescrição. Essas discussões doutrinárias também tiveram reflexos no âmbito processual. A dúvida era: em questões de *quasi possessio* de direitos, o instrumento processual adequado seriam as ações reais ou as pessoais?²⁴

Também a pesquisa de Max Deardoff mostra que o exercício de uma condição social –a de cristão velho– poderia gerar o reconhecimento judicial do estatuto jurídico de cristão velho. A análise de procedimentos judiciais de “licença para portar armas” e “licenças de residência” empreendida pelo autor indicou que muitos solicitantes pleiteavam o estatuto jurídico de cristãos velhos com base no exercício continuado da fé cristã. Eles também argumentavam que já estavam integrados na comunidade dos cristãos velhos, que sua condição social era reconhecida pela comunidade na qual estavam inseridos. Além disso, se comportavam como cristãos velhos, falavam como eles (predominantemente o espanhol) e se vestiam como tal. Isto é, na Granada do século XVI, alguém poderia obter o reconhecimento judicial do estatuto jurídico de cristão velho se tivesse exercido posse dessa condição por muitos anos²⁵.

²³ *Op. cit.* p. 653.

²⁴ CONTE, *op. cit.*

²⁵ MAX DEARDORFF, “Las personas... se conocen por las señales que tienen’: Converts from Islam and Christian Citizenship in Sixteenth Century Granada”, comunicação apresentada no *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, em 16 de fevereiro de 2016.

A aquisição da liberdade por posse e prescrição também estava prevista nas *Siete Partidas* (século XIII). A lei XXIII, do título 29, da terceira Partida, determinava que:

Por quanto tempo pode o servo ganhar liberdade

Andando algum servo por livre dez anos, estando na terra seu senhor, ou vinte anos, sendo em outra parte; que não se mova pleito por razão da servidão que se tenha sobre ele; se o servo tiver boa-fé, cuidando que era livre, desde adiante não o pode demandar o senhor nem nenhum outro; e, se o demandar, pode se amparar por esse tempo e ser livre por ele. Mas, se houver má-fé, sabendo que era servo e andou fugido, então não se pode amparar por este tempo, fora se fosse em terra de mouros; mas, se andou como por livre trinta anos, desde adiante não pode demandar por servo, ainda que tenha andado fugido de má-fé em terra de cristãos²⁶.

E também a lei VII, do título 22, da quarta Partida:

De que maneira por tempo pode o servo ganhar a liberdade

Andando por si o servo de alguém por dez anos, tendo boa-fé e cuidando que era livre, naquela terra onde morasse seu senhor, ou vinte, em outra terra, ainda que não o visse seu senhor, faz-se livre portanto; mas, se não houvesse boa-fé e, sabendo que era servo, andou fugido vinte anos, não será, portanto, livre; antes, se o encontrar seu senhor, o pode tornar à servidão. Mas, se por ventura trinta anos passe andando assim, desde adiante fica por livre, e não há nenhum direito nele aquele que era seu senhor; e isto se entende se andou fugido em terra de cristãos: mas se fosse em terra de mouros, quanto quer que more lá, fica por livre, assim bem como o cristão que é cativo em terra de mouros, e pode fugir e vir a terra de cristãos²⁷.

Como se observa, as *Siete Partidas* previam a possibilidade de se adquirir a liberdade pelo transcurso de tempo – prescrição –, desde que o servo estivesse de boa-fé, ou seja, desde que acreditasse ser livre. Nas *Siete Partidas*, “siervo” é uma castelhanização da palavra latina “servus”, que, em latim, significava “escravo”²⁸.

²⁶ (Tradução própria). *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, t. 2, Madrid, Imprenta Real, 1807, pp. 744-745.

²⁷ (Tradução própria). *Op. cit.*, t. 3, p. 124.

²⁸ Em latim, “servus” significa “escravo” e “famulus” significa “servo”. Pode-se concluir que a palavra “siervo”, nas *Siete Partidas*, significa “escravo” em razão da definição de “servidumbre” que se encontra na lei I, do título XXI, da quarta Partida. De acordo com

Esses dispositivos das *Siete Partidas* foram invocados em diversas jurisdições escravistas do continente americano. Rebecca Scott, por exemplo, relata o caso de Adélaïde Métayer que, após ter sido libertada pela abolição geral da escravidão em Saint-Domingue, em 1794, sofreu uma tentativa judicial de reescravização, na Louisiana, em 1810. Após longos procedimentos judiciais, e depois de ter tido seu filho leiloado como escravo, Adélaïde conseguiu uma sentença favorável à sua liberdade na Suprema Corte da Louisiana. Nessa decisão, o juiz Pierre Derbigny argumentou que, naquele ano de 1818, o direito espanhol ainda estaria parcialmente em vigor na Louisiana. O *Digest of the Civil Laws*, de 1808, apesar de conter diversas disposições sobre escravidão, era lacunar a respeito do tema da prescrição da liberdade. Por isso, o juiz Derbigny considerou que, nesse tema, ainda estariam vigentes as *Siete Partidas* e, portanto, a posse de Adélaïde em sua liberdade, de boa-fé, desde 1794, deveria ser judicialmente reconhecida²⁹. Mais tarde, o *Civil Code of the State of Louisiana*, de 1825, que explicitamente citava as *Siete Partidas* como fonte, restringiu a possibilidade de aquisição da liberdade por prescrição, tornando-a de caráter exclusivamente extintivo do direito de ação do suposto senhor, não mais declaratório da liberdade³⁰.

Também em Cuba a posse da liberdade, com base nos dispositivos das *Siete Partidas*, foi mobilizada por aqueles que procuravam evitar tentativas judiciais de escravização e reescravização. Aisnara Perera Díaz e María de los Ángeles Meriño Fuentes analisaram 314 processos judiciais de definição de estatuto jurídico de escravidão ou liberdade, que tramitaram em La Habana e Santiago de Cuba, entre 1762 e 1872. Desses, 20% foram classificados, pelas autoras, como processos de “amparo, posesión y prescripción”. Esses processos englobavam as seguintes possibilidades: pessoas que afirmavam terem

esse dispositivo, servidão era a redução de homens naturalmente livres, ao senhorio de outra pessoa, em razão das guerras que se faziam contra os “inimigos da fé”, em razão do parentesco filial com “servas” ou em razão de quando alguém é livre e se vende. Uma possível ambiguidade da palavra “siervo”, nas *Siete Partidas*, desapareceu na tradução empreendida por Moreau Lislet e Henry Carleton na Louisiana escravista. Nesse texto, “siervo” foi traduzido como “slave”. Rebecca Scott ressalta, ainda, que, na tradução publicada na Louisiana estava escrito: “In what manner a slave may acquire his freedom by prescription”, apesar da palavra “prescription (prescripción)” não estar originalmente presente nessa norma das *Siete Partidas*. MOREAU LISLET; HENRY CARLETON, *The Laws of Las Siete Partidas, which are still in force in the State*, New Orleans, James Mc-Karher, 1820. SCOTT, “Social Facts, Legal Fictions, and the Attribution of Slave Status”.

²⁹ SCOTT, “Paper Thin”.

³⁰ SCOTT, “Social Facts, Legal Fictions, and the Attribution of Slave Status”.

nascido livres, mas eram reclamadas ou mantidas como escravas (*amparo*); pessoas que tinham conseguido a liberdade, mas estavam encontrando obstáculos para desfrutá-la (*posesión*); e pessoas que argumentavam que seus senhores não exerciam seus direitos ou não cumpriam suas obrigações há muito tempo (*prescripción*)³¹.

Assim, as normas que guardavam relação com regulamentações do direito romano foram ressignificadas, pelos sujeitos históricos, ao longo dos séculos e em diferentes jurisdições, adquirindo novos contornos e possibilitando a aquisição de estados por meio do exercício de atos possessórios. O mesmo aconteceu no direito português durante o período colonial.

4. A posse da liberdade no direito português do período colonial

A partir do século XV, Portugal iniciou sua expansão ultramarina e, ao longo dos séculos, a realidade colonial, marcada pela utilização extensiva da mão-de-obra escrava, colocou novas questões aos juristas portugueses. A possibilidade de aquisição da liberdade por meio do exercício continuado da posse foi um dos temas que adquiriu contornos próprios no contexto colonialista.

Ao contrário do que ocorria nas *Siete Partidas*, as *Ordenações Filipinas* (doravante, *Ordenações*) não continham menção expressa à possibilidade de aquisição da liberdade por posse. Contudo, a discussão sobre a posse da liberdade não estava ausente da doutrina e da jurisprudência do período e pode ser encontrada, em livros jurídicos portugueses, desde, pelo menos, o século XVI³².

³¹ PERERA DÍAZ e MERIÑO FUENTES, *Estrategias de libertad*, tomo 1, p. 349; *Op. cit.*, t. 2, pp. 60-100.

³² Em 1870, o jurista brasileiro Cândido Mendes de Almeida publicou uma edição comentada das *Ordenações Filipinas*. No primeiro volume, antes do texto normativo propriamente dito, ele incluiu uma lista de “Tratadistas e praxistas”, que publicaram entre os séculos XVI e XIX, em Portugal e no Brasil. No total, foram elencados 162 autores. O autor não indicou o critério de seleção dos livros que seriam incluídos na lista. De qualquer modo, ela pode ser considerada como representativa dos livros jurídicos que circulavam em território brasileiro no século XIX. Para esta seção, foram analisados os livros presentes na lista elaborada por Almeida, publicados nos séculos XVI, XVII e XVIII, e que estavam disponíveis na biblioteca do *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*. Ao longo da seção, são referenciados os livros que continham temas pertinentes a este trabalho. CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código filipino*, v. 1, Rio de Janeiro, Tipografia do Instituto Filomático, 1870, pp. XLVII-LIII. Para uma análise da literatura

Em seu *Practicarum observationum, sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae* (1602-1604), Jorge de Cabedo apresentou uma decisão da Casa de Suplicação de Lisboa segundo a qual, em uma situação em que o senhor tivesse por hábito deixar o seu escravo abandonado, o escravo se tornaria livre se ele “se ocupar” e “se gerir” como livre. Porém, em caso de dúvida, não se presumiria que o escravo tivesse sido abandonado por seu senhor, porque não se presumia que alguém lançasse fora o que é seu³³.

Já em 1621, o jurista Gabriel Pereira de Castro, em suas *Decisiones Supremi eminentissimique Senatus Portugaliae*, tratou de uma decisão da Casa de Suplicação que reconhecia a possibilidade de um escravo adquirir sua liberdade por prescrição. Essa decisão estava baseada no título 79, do livro quarto, das *Ordenações*. Esse título, no entanto, tratava das prescrições em geral, sem menção específica ao caso da liberdade. Assim, mesmo que as *Ordenações* não previssem explicitamente a possibilidade de aquisição da liberdade pelo seu exercício continuado, a doutrina e a jurisprudência faziam uma interpretação extensiva de seus dispositivos normativos e admitiam essa possibilidade³⁴.

Também sobre o tema da posse da liberdade, Melchior Phaebo transcreveu, em *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae* (1616-1625), um aresto da Casa de Suplicação de Lisboa (Aresto XXXV)³⁵, de 1582, que determinava:

jurídica produzida pelos decisionistas portugueses, alguns deles analisados neste artigo, ver GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL, *Os decisionistas portugueses entre o direito comum e o direito pátrio*, tese de doutorado, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2013. E também: HESPANHA, *Como os juristas viam o mundo*.

³³ JORGE DE CABEDO, *Practicarum observationum, sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*, Antuérpia, Joannem Baptistam verdussen, 1734, decisio CLXXXVI, pp. 168-169.

³⁴ ALMEIDA, *op. cit.*, v. 4, pp. 896-900. GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, *Decisiones Supremi eminentissimique Senatus Portugaliae*, Coimbra, Tipografia Vidu ae Antonij Simoens, 1720, pp. 34-38.

³⁵ Arestos eram extratos da parte dispositiva de decisões da Casa de Suplicação, nos quais se resumia o que tinha sido decidido em um caso concreto. No índice presente no final de seu livro, Phaebo apresentou dois arestos sobre o tema. O suposto Aresto 39, determinaria: “Liberdade adquire o escravo que se tratou como livre por espaço de vinte anos, e pelo contrário o livre tratado como escravo não prescreve por tempo algum para ficar cativo”. Contudo, como descrito nesta seção, esse não era o Aresto 39, mas o Aresto 35. Como Aresto 35, o autor descreveu, no índice: “Liberdade adquire o escravo, a quem o Senhor em atos públicos, chama filho, e o trata como tal, ou se por enfermo, e inútil o deixou por derrelito, no qual se não conserva o direito do patronado”. Esse Aresto, no entanto, não foi encontrado no corpo do texto. MELCHIOR PHAEBO, *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae*, t. 2, Lisboa, Tipografia Ferreiriana, 1737, p. 539.

... sobre a matéria de liberdade, se duvidou, se estando em posse de livre por vinte anos, por espaço deste tempo se haveria, e teria por livre, foi julgado in Senatu que bastava esta posse de vinte anos, para mais se não poder tratar de seu estado, na causa de Pedro Simões morador em Villa Verde contra Beatís Ribeyra³⁶.

Portanto, para a aquisição da liberdade por prescrição, bastava a posse de livre por vinte anos. Ademais, o aresto ressaltava que um homem livre, por outro lado, nunca seria considerado escravo pelo decurso de um lapso temporal prescricional. Para fundamentar essa decisão, diversos dispositivos do *ius commune* europeu foram citados, inclusive, textos de autores também encontrados por Conte³⁷ em questões envolvendo o estatuto dos servos. Outro ponto importante é que o dito aresto estava baseado no parágrafo 7^o, do título 63, do livro quarto, das *Ordenações*. Esse era o dispositivo que estabelecia a possibilidade de revogação da alforria por ingratidão. Nele, também não havia nenhuma menção expressa à possibilidade de aquisição da liberdade por exercício de sua posse³⁸.

Já em seu *Decisiones Supremi Senatus Iustitiae Lusitaniae* (1660), Antonio de Sousa de Macedo apresentou uma sentença (*Decisio XL – Quomodo servus gerendo se liberum acquirat libertatem?*) da Casa de Suplicação, no caso de Blasij da Costa (libertando) contra Dona Antonia Pereira. De acordo com essa decisão, o escravo que vivesse em liberdade por vinte anos, de boa-fé e sem interrupções, teria essa liberdade adquirida por prescrição. Nesses casos, bastaria a prescrição para a aquisição da liberdade, não seria necessário outro título. No caso em questão, o domínio sobre o réu não havia sido exercido ou reclamado por mais de trinta anos, sendo que o réu se comportava como livre, exercendo a mercancia. Restava investigar se, no caso, havia boa-fé. No entanto, de acordo com a doutrina, a boa-fé era requisito necessário para se reconhecer a aquisição da liberdade por prescrição em situações de lapso temporal menor do que trinta anos. Assim, no caso em questão, como já havia transcorrido mais de trinta anos, a comprovação da boa-fé não era necessária: poderia haver prescrição mesmo de “injusta causa”. Foi também ressaltado que, quando o domínio não fosse exercido por longo tempo, o escravo era tido como derrelito, abandonado³⁹.

³⁶ *Op. cit.*, t. 2, p. 433.

³⁷ CONTE, *op. cit.*

³⁸ ALMEIDA, *op. cit.*, v. 4, pp. 863-867.

³⁹ ANTONIO DE SOUSA MACEDO, *Decisiones Supremi Senatus Iustitiae Lusitaniae*,

Ao transcrever essa decisão, Macedo destacou os dispositivos aos quais ela pretendia fornecer uma interpretação: *Codex de longi temporis praescriptione, quae pro libertate et non adversus libertatem opponitur*; e o título 92, do livro quarto, das *Ordenações*. O primeiro dispositivo, do *Codex*, é o mesmo que foi tratado na seção anterior, sobre a aquisição da liberdade após um lapso temporal de vinte anos. A menção a essa norma, para tratar da aquisição da liberdade por prescrição, é bastante recorrente na literatura jurídica portuguesa dos séculos XVII e XVIII. Já o dispositivo das *Ordenações*⁴⁰ mencionado pela decisão transcrita por Macedo trata da sucessão dos “peões”. Novamente, não há menção expressa ao tema da aquisição da liberdade por prescrição. Contudo, como a decisão tem como objetivo interpretar essa norma, podemos levantar a hipótese de que o caso em questão foi originado de um litígio surgido em uma situação de sucessão. De fato, também no Brasil oitocentista, a sucessão testamentária era uma das principais causas desencadeadoras de processos judiciais de definição de estatuto jurídico. Provavelmente, Blasij, o libertando do caso analisado, vivia como livre há mais de trinta anos, com o consentimento de seu senhor, que talvez lhe tenha concedido uma liberdade de modo tácito ou verbal. No entanto, com a morte desse senhor, a condição social de livre de Blasij pode ter sido contestada pelos herdeiros.

Também o jurista Bento Pereira, em seu *Promptuarium juridicum* (1690), afirmou a possibilidade de aquisição da liberdade por posse.

Sobre a matéria da liberdade se duvidou, se estando em posse de livre por vinte anos bastava esse espaço de tempo para se haver, e ter por livre a pessoa? Foi julgado in senatu, que bastava essa posse de vinte anos, para mais senão poder tratar de seu estado⁴¹.

E acrescentou que um homem livre não se tornaria escravo por prescrição. Tal possibilidade de aquisição da liberdade por prescrição seria decorrente de uma interpretação do título 63, do livro quarto, das *Ordenações*. Porém, tampouco esse título das *Ordenações*, como já afirmado, fazia menção

Lisboa, Ioannis A Costa, 1677, pp. 110-111. O fato de que a ausência do exercício do domínio faz com que o escravo seja considerado como derrelito também é reafirmado na Decisão XXXIV, que trata dos cativos de guerra. MACEDO, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁰ ALMEIDA, *op. cit.*, v. 4, pp. 939-942.

⁴¹ BENTO PEREIRA, *Promptuarium juridicum*, Évora, Tipografia Acadêmica, 1690, p. 293.

explícita à aquisição da liberdade por posse. Ele tratava dos modos de revogação da alforria por ingratidão⁴².

Como defendido por esses autores, um dos requisitos essenciais para a aquisição da liberdade por prescrição era a presença de boa-fé. A fuga impedia que se constituísse a boa-fé. Nesse sentido, um escravo fugitivo não poderia, em teoria, adquirir sua liberdade por prescrição. Essa norma foi apontada por Feliciano da Cunha França, em seu *Additiones sive annotationes ad Emmanuelis Mendes de Castro Praticam Lusitanam* (1755), para quem o escravo fugitivo em nenhum tempo usucapia⁴³.

Esses juristas estavam, portanto, mobilizando uma ampla gama de dispositivos do direito comum europeu e empreendendo interpretações extensivas do texto das *Ordenações* para fundamentar a possibilidade de aquisição do estado de livre por meio do exercício de atos possessórios, durante um determinado período de tempo, em boa-fé e de maneira contínua, pública e sem contestação. Esses procedimentos eram adotados no âmbito doutrinário e jurisprudencial uma vez que não havia legislação específica sobre o assunto.

No território colonial, a ideia de que o exercício continuado da liberdade gerava a aquisição do estatuto jurídico de livre ou de liberto estava fortemente presente. Por exemplo, em 1682, depois da guerra contra o quilombo de Palmares, a coroa portuguesa expediu um Alvará para regulamentar a situação dos escravos que aí viviam. Uma das determinações desse Alvará era de que:

Estando de fato livre o que por direito deve ser escravo, poderá ser demandado pelo senhor por tempo de cinco anos somente, contados do dia em que foi tornado à minha obediência, no fim do qual tempo se entenderá prescrita a dita ação, por não ser conveniente ao governo político do dito meu Estado do Brasil que por mais do dito tempo seja incerta a liberdade nos que possuem, não devendo o descuido ou negligência, fora dele, aproveitar aos senhores⁴⁴.

O Alvará determinava, então, que os senhores teriam cinco anos para reclamar judicialmente seus escravos que tinham fugido para Palmares. Se tra-

⁴² ALMEIDA, *op. cit.*, v. 4, pp. 863-867. BENTO PEREIRA, *op. cit.*, pp. 293-294.

⁴³ FELICIANO DA CUNHA FRANÇA, *Additiones aureaeque illustrationes, ad quinque Libros Secundae Partis Practicae Lusitanae*, Lisboa, Tipografia Josephi da Costa Coimbra, 1755, p. 164.

⁴⁴ SILVIA HUNOLD LARA, “Legislação sobre africanos na América Portuguesa”, em JOSÉ ANDRÉS-GALLEGO (editor), *Nuevas aportaciones a la historia jurídica de Iberoamérica*, [CDROM], Madrid, Fundación Histórica Tavera, 2000, p. 187.

tava, portanto, de uma hipótese de prescrição extintiva, que impedia o ajuizamento de ação de escravidão pelos supostos senhores. Depois desse prazo, o escravo teria sua liberdade declarada e resguardada pelo Estado. O motivo: a posse continuada da liberdade gerava o estatuto jurídico de livre e isso era necessário para se evitar a incerteza sobre o estado das pessoas. Essa decisão, portanto, estava dentro da lógica exposta por Hespanha: a aquisição de um estatuto por meio da posse de estado estava mais relacionada à necessidade de se garantir situações sociais persistentes do que à garantia de direitos individuais.

Durante o período colonial, a posse da liberdade foi também invocada em procedimentos judiciais, especialmente no território americano. Em pesquisa realizada em processos judiciais que tramitaram em tribunais de Mariana e Lisboa, entre 1720 e 1819, Fernanda Pinheiro identificou que, em Mariana, o argumento da posse da liberdade era defendido por advogados com relativa frequência. Nos processos lisboetas que a autora analisou, os argumentos a favor da liberdade não estavam vinculados à posse, mas a outros dispositivos normativos. Já em Mariana, os “escravos coartados” viviam “sobre si” e, muitos deles, quando se sentiam ameaçados no uso de sua liberdade, recorriam ao judiciário, mobilizando o argumento da posse da liberdade⁴⁵.

Ainda não existe uma bibliografia consolidada sobre o tema da aquisição da liberdade por posse no território português. No entanto, os dados apresentados por Pinheiro e a pesquisa aqui empreendida na legislação e na doutrina jurídica produzidas entre 1500 e 1822 indicam duas conclusões preliminares. Primeiramente, no território do reino, a aquisição de um estatuto jurídico por meio do exercício continuado da posse era uma possibilidade real, reconhecida pela doutrina e pelos tribunais. Esse reconhecimento era feito, sobretudo, com base no direito comum europeu e, por vezes, em interpretações extensivas de dispositivos das *Ordenações*.

Em segundo lugar, pode-se levantar a hipótese de que a posse da liberdade tenha adquirido um significado próprio no contexto escravista do território colonial americano. Em determinadas regiões, como Mariana –importante centro minerador do século XVIII–, a estrutura social possibilitava a existência de escravos que “vivam sobre si”⁴⁶, o que facilitava

⁴⁵ FERNANDA PINHEIRO, *Em defesa da liberdade: libertos e livres de cor nos tribunais do Antigo Regime português (1720-1819)*, tese de doutorado, Campinas, Universidade Estadual de Campinas, 2013.

⁴⁶ Ver, por exemplo, EDUARDO FRANÇA PAIVA, *Escravos e libertos nas Minas Gerais do século XVIII: estratégias e resistência através dos testamentos*, São Paulo, Annablume, 2009.

um posterior reconhecimento judicial do estatuto jurídico de livres. Daí a presença mais recorrente do argumento da posse do que em processos que tramitaram no reino.

5. Especificidades da posse da liberdade no Brasil do século XIX

A análise da regulamentação da posse de estado e da posse da liberdade no direito romano e nos decisionistas portugueses do período colonial mostra que diferentes dispositivos normativos eram, em diferentes contextos, reapropriados e ressignificados pelos sujeitos históricos, que alargavam, adaptavam ou restringiam seu significado, de acordo com as concepções de direito mais gerais hegemônicas em um dado ambiente e com a realidade social à qual aquele ordenamento tinha que responder. Esse processo fica bastante claro no Brasil do século XIX e é nesse sentido que é um tanto simplificador considerar, como resquício do direito português colonial, a possibilidade de se adquirir a liberdade por prescrição no Brasil oitocentista.

No Brasil Império, a posse da liberdade adquiriu, por exemplo, especificidade processual. Durante todo o século XIX a posse da liberdade era um argumento presente em diferentes tipos de procedimentos judiciais. Em alguns desses procedimentos, ela aparecia como o próprio fundamento do direito de ser judicialmente declarado como livre: era a hipótese de aquisição por prescrição, tratada neste trabalho. Em outros, a posse não era o fundamento do direito de liberdade –que teria sido adquirido por outro título, como, por exemplo, testamento– mas poderia funcionar como meio de prova desse direito ou como um reforço argumentativo mobilizado pelo defensor do libertando⁴⁷.

O que aconteceu, aproximadamente na década de 1840, é que a posse como fundamento de um direito de liberdade passou a ser mobilizada em um procedimento específico: as ações de manutenção de liberdade. Apesar de a posse da liberdade ser um argumento recorrente em ações de definição de estatuto jurídico desde o período colonial, como mostrou Pinheiro, nessa época, ela não era alegada em procedimento próprio, mas em “libelos”, que eram os mais usuais processos ordinários de direito civil. As ações de manutenção, por sua vez, por se tratarem de uma espécie de ação possessória,

⁴⁷ DIAS PAES, *Sujeitos da história, sujeitos de direitos*, pp. 140-169; DIAS PAES, “O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista”, pp. 339-360.

seguiam um procedimento mais próximo do sumário, sem todas as etapas dos ordinários⁴⁸.

Nas obras dos decisionistas portugueses do período colonial, tampouco há menção a uma ação possessória para a proteção da posse da liberdade. Gregorio Martins Caminha, por exemplo, em seu *Tratado da forma dos libelos* (1549), elenca três tipos de procedimentos para se discutir judicialmente o estatuto jurídico de livre ou de escravo: “libelo na ação em que algum pretende que o outro seja seu escravo”; “libelo na ação em que o escravo pretende ser livre” e “libelo em que um pretende que outro seja seu liberto”. O autor apresenta a forma que o libelo – uma peça processual que cumpria a função de petição inicial – deveria apresentar em cada uma dessas ações⁴⁹.

Libelo na ação em que algum pretende que outro seja seu escravo

Diz ff. contra ff. que se compr.

Provará, que sendo o R. escravo dele A. e havendo de servir como tal, e estado em posse, ou quase disso, em todas as coisas em que os escravos costumam servir a seus senhores, se foi, e ausentou de casa dele A. dizendo, e gabando-se que é forro, e livre, e não quis tornar a servi-lo, nem dar-lhe obediência que os tais escravos devem a seus senhores.

Provará que de todo o sobredito é pública voz, e fama.

Pet. admitti, e declare VM a ele A. por senhor do R. e como tal seu escravo pertencer-lhe jure dominii, vel quase, obrigando-o a que o torne a servir em tudo aquilo que os escravos costumam servir a seus senhores.

Et ita per omni meliori modo juris. Cum expens.

Libelo na ação em que o escravo pretende ser livre

Diz como Autor ff contra ff. que se cumpr.

Provará, que sendo ele Autor como é homem livre, sem dever servidão a pessoa alguma, e estando em posse, ou quase, de sua liberdade, o Réu sem título nem causa o anda inquietando, e perturbando em sua liberdade, gabando-se que é seu escravo, e que lhe deve servidão, sendo a verdade em contrário.

Provará, que de todo o sobredito é pública voz, e fama.

Pet. admitti, e provado o necessário o declare VM por livre, e não sujeito, nem dever servidão ao R nem a outra pessoa alguma, mandando o R, que o não inquiete, nem perturbe em sua liberdade.

Quod pet. omni meliori modo juris. Cum custas⁵⁰.

⁴⁸ DIAS PAES, *Sujeitos da história, sujeitos de direitos*, pp. 140-169; DIAS PAES, “O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista”, pp. 339-360; PINHEIRO, *Em defesa da liberdade*, pp. 285-300.

⁴⁹ GREGORIO MARTINS CAMINHA, *Tratado da forma dos libelos*, Lisboa, Francisco de Sousa e Antonio Leite Pereira, 1658, pp. 229-230.

⁵⁰ CAMINHA, *op. cit.*, pp. 229-230.

Os libelos de declaração do estado de escravidão e de liberdade, portanto, apresentavam a posse como um elemento estruturante. No entanto, não eram procedimentos específicos para se discutir a aquisição da liberdade por prescrição. Eram processos que podiam ser ajuizados com base em outros fundamentos.

No Brasil, a partir da década de 1840, toma-se uma ação geralmente usada para a proteção da posse de bens materiais, principalmente, propriedade imóvel – as ações de manutenção de posse – e cria-se uma “espécie” dessas ações a ser aplicada aos casos de posse da liberdade: as ações de manutenção de liberdade. Os ritos seguidos por essas ações nos tribunais brasileiros foram adquirindo, ao longo das décadas, um contorno próprio e congruente com aquele que era próprio das ações de manutenção de posse em geral, afastando-se, assim, do rito ordinário seguido pelas outras ações de definição de estatuto jurídico⁵¹.

A especialização processual mudou, de maneira decisiva, o modo como era estruturada a relação processual entre as partes, o tipo de argumentos que deveriam ser mobilizados e a prova que seria produzida. Como ressalta Hespanha, “no libelo, não se tinha que indicar o nome da ação, mas apenas expressar o que se pedia (pedido) e com que fundamento (causa de pedir)”. Já nas ações de manutenção, havia uma estrutura mais rígida dos procedimentos que deveriam ser tomados e uma seleção do tipo de argumentação que era considerada aceitável e, principalmente, do tipo de prova que deveria ser produzida para se garantir a possibilidade de sucesso naquele tipo de ação⁵².

Essa especificação dos procedimentos de manutenção de liberdade para tratar da posse da liberdade, a partir da década de 1840, tem relação intrínseca com o contexto histórico brasileiro do período. Keila Grinberg, por exemplo, argumenta que o aumento verificado no número de proposições desse tipo de ação, na década de 1860, pode ser explicado pela relativa perda de legitimidade de certas práticas escravistas nesses anos. A esse quadro, pode-se acrescentar a inserção dessa especificação em um quadro mais amplo de reformas jurídicas que a burocracia imperial vinha promovendo com o objetivo de tornar o ordenamento jurídico mais “seguro”, “moderno” e “sistemático”⁵³.

⁵¹ DIAS PAES, “O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista”.

⁵² ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “Dificuldades de uma história não tradicionalista da tradição do direito privado”, em RICARDO MARCELO FONSECA e GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA (organizadores), *História do direito privado: olhares diacrônicos*, Belo Horizonte, Arraes, 2015, p. 3.

⁵³ DIAS PAES, “O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista”;

A especificidade do procedimento gerou uma necessidade de que seu rito fosse também determinado. Essa determinação do rito ocorreu, ao longo das décadas, em uma dinâmica que envolvia partes em litígio, escritvães, juízes e debates doutrinários⁵⁴. Em linhas gerais, as principais disputas giravam em torno da legitimidade ativa para propor ações de manutenção de liberdade e do caráter definitivo ou não desse tipo de ação. No caso da legitimidade ativa, grande número de juristas defendia que, para ajuizar ações de manutenção de liberdade, a parte autora deveria já estar em posse da liberdade. Se a parte autora estivesse, no momento da propositura da ação, sendo mantida em escravidão, ainda que ilegal, as ações de manutenção não seriam o remédio competente. Deveria se ajuizar um procedimento ordinário como, por exemplo, uma ação de liberdade. Sobre o caráter não definitivo, havia um importante número de juristas que defendia que a posse da liberdade declarada em ações de manutenção de liberdade poderia estar sujeita a contestação por meio do ajuizamento de ações de escravidão. Isso porque as ações de manutenção, por serem um procedimento sumário, teriam um caráter de proteção provisória e urgente da posse, não sendo as ações adequadas para se discutir o domínio, a titularidade do direito de propriedade sobre uma pessoa. Isso deveria ser feito ao longo de um processo ordinário.

Assim, no cotidiano judiciário brasileiro, o caráter da posse da liberdade seria novamente reconfigurado. No que diz respeito à legitimidade processual, os juristas reforçaram o caráter de remédio possessório das ações de manutenção de liberdade, reafirmando que a posse da liberdade no momento da propositura da ação era um elemento essencial para se iniciar o procedimento⁵⁵. Essa exigência reforçava o caráter desse tipo de ação como um remédio possessório, não uma ação pessoal de definição de estatuto jurídico. Além disso, em relação ao que era praticado anteriormente, era um posicionamento que prejudicava os que estavam pleiteando sua liberdade. Nas primeiras décadas do Brasil independente, quando não havia ritos processuais tão especializados, a exigência de o autor estar na posse da liberdade não existia. Qualquer um poderia iniciar um processo judicial, que seria denominado “libelo”, “libelo de liberdade”, “ação de liberdade” ou qualquer outro nome de caráter generalizante. Assim, na medida em que se exigia a posse da liberdade

KEILA GRINBERG, “Re-enslavement, Rights and Justice in Nineteenth Century Brazil”, *Translating the Americas*, v. 1, 2013, pp. 156-159.

⁵⁴ DIAS PAES, “O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista”.

⁵⁵ DIAS PAES, “O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista”.

no momento da propositura da ação, se excluía uma considerável parcela da população escravizada da possibilidade de mobilizar os instrumentos céleres típicos dos remédios possessórios.

Também a defesa de que a declaração da posse em ações de manutenção de liberdade não teria um caráter definitivo atuava contra aqueles que estavam sofrendo tentativas de escravização ou reescravização. Nas primeiras décadas do século XIX, quando os procedimentos não estavam estruturados em ritos tão rígidos, poder-se-ia obter uma declaração de liberdade pelo exercício da posse e essa decisão ter caráter definitivo, não podendo mais ser judicialmente contestada⁵⁶. No entanto, no momento em que se diz que as ações de manutenção de liberdade eram exclusivamente um procedimento de urgência, de proteção momentânea da posse, abria-se o flanco para que o libertando tivesse seu estatuto novamente contestado judicialmente, dessa vez por meio de uma ação de escravidão, por exemplo. Além disso, reforçar o caráter provisório da declaração da posse, subjugando-o a uma discussão sobre o domínio, evidencia a centralidade que a propriedade enquanto direito, devidamente titulada e individualizada, foi ganhando ao longo do século XIX. Elucidativa desse quadro foi a sentença do juiz de direito de Pelotas na ação de manutenção ajuizada por Pedro:

Intenta-se, e se subentende intentado o remédio da manutenção sumário, ou ordinário, quando o agravante, alegando a sua posse, e a turbação nela pelo adversário, pretende que, justificada ela, seja por sentença definitiva mantenido na mesma enquanto não for convencido por ação ordinária sobre a causa da propriedade; e que se cominem penas ao adversário para que mais o não perturbe na posse, enquanto não for assim convencido na causa da propriedade⁵⁷.

Afirmar o caráter de ação real das manutenções de liberdade –tanto exigindo-se a posse para a configuração da legitimidade ativa, quanto reafirmado seu caráter não definitivo– ia de encontro ao veiculado pelos juristas portugueses do período colonial, que consideravam ações de definição de estatuto jurídico como eminentemente pessoais. Como afirmou Pascoal José de Melo Freire dos Reis, em seu *Institutiones iuris civilis lusitani* (1789):

⁵⁶ DIAS PAES, “O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista”.

⁵⁷ *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*, v. 10, Rio de Janeiro, Tipografia teatral e comercial, 1876, pp. 105-106.

Como se chamam ações prejudiciais aquelas que derivam do direito das pessoas e tratam do estado destas e como este estado é tríplice, de liberdade, de cidadania, e de família, segue-se que as ações prejudiciais são concedidas para proteger e reivindicar os direitos de liberdade, cidadania, e família. Cabem nestas ações: I) a causa de liberdade entre senhor e servo, por todo o tit. De liberali causa do Digesto [...] As ações prejudiciais intentam-se ou para afirmar, ou para negar um estado, pois nelas o seu autor ou afirma o seu estado contra aquele que o nega, ou o defende do ataque doutro, sendo, por isso, a exemplo da ação confessória e negatória, ou afirmativas ou negativas. O fundamento destas ações não é um direito in re (sobre a coisa), ou ad rem (em relação à coisa), mas o estado e qualidade da pessoa⁵⁸.

Outro ponto de divergência entre o defendido pelos decisionistas portugueses e o que era praticado no contexto brasileiro oitocentista dizia respeito à possibilidade de escravos fugidos adquirirem a liberdade por prescrição. Como explicitado na seção anterior, para os decisionistas portugueses, a boa-fé era um requisito necessário para a aquisição da liberdade por prescrição. Boa-fé, nesse contexto, significava crer-se de fato livre. Um escravo fugido sabia que não era livre e, portanto, estava agindo de má-fé. No entanto, em 1879, a *Gazeta Jurídica* veiculou uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) com a seguinte ementa:

Contra o senhor do escravo fugido por mais de cinco anos corre prescrição, ainda que o senhor haja feito toda a diligência para a captura do mesmo, e exercido atos de domínio como, dando o mesmo escravo às matrículas especial e geral, com a declaração de estar – *fugido*⁵⁹.

A decisão do STJ, nesse caso, fundamentava-se no Alvará de 10 de março de 1682, o mesmo que analisei na seção anterior e que dizia respeito ao quilombo de Palmares. A Redação da *Gazeta Jurídica*, no entanto, se posicionou de maneira peremptoriamente contrária ao acórdão do tribunal:

Não sabemos até onde pode ir a Jurisprudência do Supremo Tribunal em casos iguais ao que aqui foi ventilado; porque importa em nada menos que

⁵⁸ MELO FREIRE DOS REIS, *Instituições de direito civil português*, livro 4, pp. 111-112.

⁵⁹ *Gazeta jurídica: revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação*, v. 24, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1879, p. 212. Sobre o papel das ementas de decisões judiciais em periódicos jurídicos brasileiros oitocentistas, ver DIAS PAES, *Sujeitos da história, sujeitos de direitos*, pp. 158-159.

na condenação do senhor sem culpa sua ou perda da sua propriedade contra o tão conhecido e racional *res ubicumque est suo dominio est*.

A que propósito vem aqui a *prescrição* do Alvará de 10 de Março? Porventura essa disposição veio transtornar os princípios invioláveis e reguladores da propriedade, e pregar a *prescrição ex-officio* sem ser alegada nem provada? E depois, quando até fosse esse o benéfico pensamento do legislador por exceção e em favor da liberdade, pode a *prescrição* vingar contra a diligência contínua do senhor em haver a sua propriedade escravo?

Pois os atos do senhor, entre eles o de dar à matrícula o escravo, não interromperá essa *prescrição não alegada* nem provada?⁶⁰

Nesse sentido, a decisão do STJ estava ressignificando a *prescrição* quinquenal presente em uma norma do período colonial, estendendo a possibilidade de se adquirir a liberdade por *prescrição* também aos escravos fugidos. A utilização desse alvará já tinha sido feita, pelo STJ, em uma decisão de 1862, que determinou que Rosalina Fernandes de Almeida e seus filhos deveriam “haver-se por livre”, pois já estavam em posse de sua liberdade há mais de cinco anos. Nesse mesmo acordão, os juízes justificaram a utilização de uma norma do período colonial nos seguintes termos:

E, conquanto este Alvará fosse expedido em circunstâncias especiais, são todavia genéricas as razões de conveniência pública exaradas no mesmo parágrafo, e em tudo se conforma com o espírito cristão e humanitário com que a legislação que nos rege, e repetidos atos do Governo Supremo tem providenciado em bem dos miseráveis (como a lei os intitula) sujeitos à condição de escravos⁶¹.

De acordo com levantamento efetuado por Grinberg⁶², após a decisão do STJ, em 1862, o Alvará de 10 de março de 1682 foi mencionado em 15 processos de manutenção de liberdade, que tramitaram perante o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (TRRJ). Antes da decisão do STJ, apenas um

⁶⁰ *Gazeta jurídica*, v. 24, pp. 212-213.

⁶¹ *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, tomo II, nº 1, Rio de Janeiro, Tipografia de Quirino e Irmão, 183, p. 22.

⁶² GRINBERG, “Re-enslavement, Rights and Justice in Nineteenth Century Brazil”, p. 154. Ressalto que o conceito de “ação de manutenção de liberdade” utilizado por Grinberg não é o mesmo que adoto neste artigo. Sobre o conceito adotado em minhas pesquisas, ver DIAS PAES, “O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista”, pp. 346-348. Sobre a *prescrição* quinquenal extintiva do direito de ação de supostos senhores na doutrina jurídica oitocentista, ver DIAS PAES, *Sujeitos da história, sujeitos de direitos*, pp. 160-167.

processo do TRRJ mencionou o referido alvará. Diante desse quadro, o acórdão do tribunal parece ter sido definitivo para o “renascimento” da norma da prescrição quinquenal da liberdade. Antes da década de 1860, não havia uma definição clara, entre os juristas brasileiros, de qual seria o tempo necessário de exercício da posse da liberdade. Apesar de os decisionistas portugueses dos séculos XVI ao XVIII explicitamente considerarem que o prazo prescricional era de vinte anos, em processos judiciais brasileiros do século XIX, o tempo não era discutido de maneira detalhada. Nessas ações, eram, do contrário, invocadas expressões imprecisas como “há muito tempo” e “por muitos anos”.

6. Conclusão

Como procurei mostrar ao longo deste artigo, a existência da possibilidade de aquisição da liberdade, por meio do exercício de atos possessórios, no Brasil do século XIX, não é prova de uma suposta continuidade entre institutos jurídicos que poderiam ter sua origem traçada a um longínquo direito romano.

Embora a previsão de que a posse da liberdade pudesse gerar efeitos prescricionais já existisse no direito romano justiniano, a análise das normas em que esses institutos estavam previstos permite levantar a hipótese de que elas tinham um caráter processual, especialmente se forem considerados sua localização no *Corpus iuris civilis*, a maneira como elas estavam redigidas e o contexto mais amplo do direito romano⁶³ no qual elas estavam inseridas.

Ao longo do período medieval, a doutrina do direito comum e as decisões judiciais foram ressignificando a ideia da posse de estado, alargando-a de maneira que ela abrangesse uma vasta gama de estados jurídicos e sociais: servos, cristãos velhos, escravos, dentre outros. Esse movimento não deve ser interpretado como uma “evolução” da previsão eminentemente processual do direito romano, mas como uma criação resultante do processo em que os juristas do direito comum procuravam responder a uma ordem social e jurídica que, à diferença do passado, primava pela manutenção de situações sociais coletivas estáveis no tempo.

As normas produzidas nesse contexto europeu foram, novamente, reapropriadas e recriadas no continente americano. Tanto na Louisiana, como em Cuba e no Brasil, dispositivos das *Siete Partidas*, das *Ordenações* e textos

⁶³ Sobre o caráter restrito da posse de direitos no período romano, ver CONTE, MANNINO e VECCHI, *Uso, tempo, possesso dei diritti*.

doutrinários ganharam novos contornos no seio de sociedades escravistas. Fatores como a disponibilidade de mão-de-obra escrava e a maneira como determinados núcleos urbanos estavam estruturados parecem ter sido decisivos para o contorno jurídico que a posse da liberdade adquiriu nessas sociedades como meio para a consecução da alforria.

No caso do Brasil do século XIX, a posse da liberdade adquiriu um caráter claramente declaratório –que extrapolava a alegação, de natureza processual, da prescrição com o fim de se extinguir uma ação contrária à liberdade– e passou a ser tratada em um procedimento específico: as ações de manutenção da liberdade. Essa especialização processual gerou a necessidade de definição de um rito próprio para essas ações. A construção desse rito processual não atendeu somente às novas teorias do direito processual, mas tinha relações estreitas com a realidade social escravista brasileira e a ela respondia gerando formalidades que, muitas vezes, dificultavam o acesso ao judiciário para pessoas escravizadas ou em risco de escravização.

Nesse sentido, a possibilidade de se adquirir a liberdade por posse, no Brasil do século XIX, não significou uma continuidade em relação ao direito do período colonial. As mudanças que o instituto jurídico da posse de estado –e, mais especificamente, da posse da liberdade– sofreu ao longo dos séculos, nos mais diversos contextos, alteraram pontos centrais desse instituto, a ponto de impossibilitar uma narrativa de continuidade. A manutenção de um mesmo “nome” ao longo do tempo não é garantia de que se trata do mesmo instituto jurídico. O direito é um fenômeno histórico e, como tal, não atravessa séculos e oceanos, mantendo intacto um suposto núcleo de significado. O direito, pelo contrário, é construído cotidianamente em cada contexto e em cada sociedade.

PRESENCIA DEL DERECHO INDIANO EN LA ORGANIZACIÓN
POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA DEL RÍO DE LA PLATA LUEGO DE 1810

PRESENCE OF DERECHO INDIANO IN THE POLITICAL AND
ADMINISTRATIVE ORGANIZATION OF THE RIO DE LA PLATA
AFTER 1810

JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO
Universidad de Buenos Aires
josediazcouselo@hotmail.com

Resumen: El Derecho indiano estuvo presente en el largo proceso de la organización política y administrativa de los territorios de las Provincias Unidas de Sudamérica luego de su emancipación de España, como hemos señalado en otras oportunidades. Desde esta perspectiva, en esta ponencia demostraré su larga vida en dos importantes instituciones: la residencia y la justicia mercantil como integrante de la organización judicial patria, luego de 1810.

Palabras clave: emancipación, Río de la Plata, organización política y administrativa, presencia del Derecho indiano, juicio de residencia, justicia mercantil.

Abstract: The Derecho Indiano was present throughout the long process of political and administrative organization of the territories of the *Provincias Unidas de Sudamérica* after their emancipation from Spain, as we have pointed out before. From this perspective, I will demonstrate in this paper its long life in two important institutions: the trial residencia and the mercantile justice being part of the organization of the Rio de la Plata 's judicial system, after 1810.

Keywords: emancipation, Río de la Plata, political and administrative organization, presence of Derecho Indiano, residencia trial, mercantile justice.

Sumario: 1. Introducción. 2. La residencia en la primera época revolucionaria. 3. La residencia en el derecho público provincial. 4. Se alejan de la institución indiana en el orden provincial. 5. La justicia mercantil. 6. Epílogo.

Abreviaturas: D. C. A. = MARIA LAURA SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos Constitucionales Argentinos*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994. En las transcripciones documentales se ha modernizado la ortografía y cuando fue necesario, la sintaxis para facilitar su comprensión. A. C. A. = EMILIO RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, 7 volúmenes, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, 1937-1939.

1. Introducción

El 25 de mayo de 1810, al asumir sus funciones la Junta Provisoria Gubernativa en reemplazo del Virrey, sus integrantes prestaron juramento de “guardar puntualmente las leyes del Reino”, lo que reiteraron el 26 en la proclama donde señalan entre otras intenciones la de “proveer, por todos los medios posibles, [...] la observancia de las leyes que nos rigen”¹.

Como advertimos en otras oportunidades no participamos de la corriente que considera derecho indiano solo al conjunto de las normas dadas específicamente para el Nuevo Mundo, pues estimamos como tal a la totalidad del ordenamiento o sistema jurídico que rigió en las Indias. En este sentido vamos a referirnos al que entendemos que está presente en la organización política y administrativa del Río de la Plata, coincidiendo en esto con el profesor Tau Anzoátegui².

Que la emancipación política no implicó la inmediata desaparición del derecho indiano, pues continuó vigente en todo lo no derogado parcialmente o modificado, abrogado o subrogado por los gobiernos patrios, es un hecho tan conocido que no es necesario detenernos en ello. En síntesis, el movimiento de 1810 no produce una tajante transformación en la organización política administrativa, pues el derecho patrio receptó muchas de las instituciones propias del régimen implantado por España en América, y los cambios fueron lentos y recién comienzan a acelerarse en la República Argentina luego de la Constitución de 1853³.

El Congreso General que se reunió en Tucumán y declaró la Independencia, instalado después en Buenos Aires, sanciona el Reglamento Provisorio de 1817 para las Provincias Unidas de Sudamérica que determinó:

¹ El acta de instalación de la Junta y la Proclama de la Junta Provisional Gubernativa de la Capital del Río de la Plata, a los habitantes de ella y de las provincias de su superior mando, en *D. C. A.*, pp. 1845-1848.

² VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos Horizontes en el Estudio Histórico del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, pp. 27-39.

³ JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “La tradición indiana y la formación del derecho argentino”, en *Temas de historia argentina y americana*, n° 7, Buenos Aires, Centro de Historia Argentina y Americana de la Facultad de Filosofía y Letras, Pontificia Universidad Católica Argentina, julio-diciembre de 2005, pp. 43-53.

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 diez⁴.

El derecho heredado ahora es adoptado, según Somellera⁵. La Constitución de 1819 insistió sobre la cuestión, al disponer que continuaran “observándose las leyes, estatutos y reglamentos que hasta ahora nos rigen, en lo que no hayan sido alterados, ni digan contradicción con la Constitución presente, hasta que reciban de la Legislatura las variaciones o reformas que estime convenientes”⁶, pues si bien ella fracasó en cuanto a su eficacia, nos señala cual era el pensamiento de los diputados.

Pero el Reglamento de 1817, admitido por todas las provincias, mantuvo su vigencia y eficacia más allá de la Constitución Nacional de 1853 y la norma transcrita se refiere a todo el derecho, comprendiendo en consecuencia al que se relaciona con la organización política y administrativa de los nuevos territorios.

Lo dispuesto por el Reglamento de 1817, con iguales o similares términos, formará parte del derecho público de las distintas provincias, que se van formando como consecuencia de la división de las tres gobernaciones intendencias existentes en 1810 y que en definitiva formarán el territorio de las Provincias Unidas de Sudamérica, luego de las disgregaciones que sufrió el Virreinato del Río de la Plata. Cuando se declaran autónomas mantienen el derecho español de acuerdo a lo dispuesto por ese Reglamento e incluso la mayoría lo consignan en los textos que sancionan para su organización política administrativa, bajo el rótulo de constitución, código constitucional, reglamento o estatuto, comenzando a hacerlo la provincia de Santa Fe en 1819.

⁴ D. C. A., p. 2263, Sección II, capítulo único, art. 2.

⁵ PEDRO SOMELLERA, *Principios de Derecho Civil dictados en la Universidad de Buenos Aires por...* [curso del año 1924], Buenos Aires, 1824, párrafo 1º del Discurso preliminar.

⁶ A. C. A., t. VI 2ª parte, p. 719, Constitución de las Provincias Unidas de Sud-América, abril 22 de 1819 (art. CXXXV).

Lo establecen expresamente los textos constitucionales de las provincias de Catamarca (1823)⁷, de Córdoba (1821)⁸ y (1847)⁹, de Corrientes (1821)¹⁰, (1824)¹¹ y (1838)¹², de Entre Ríos (1822)¹³; de Jujuy (1835), (1839) y (1851)¹⁴; de Salta y Jujuy (1821)¹⁵; de Santa Fe (1819)¹⁶ y (1841)¹⁷ y de Tucumán (1820)¹⁸.

Entre los proyectos que quedaron como tales, señalamos los elaborados para Buenos Aires (1833)¹⁹, los Pueblos de Cuyo (Mendoza, San Juan y San Luis) (1821)²⁰; Corrientes (1847)²¹; Salta (1821-1825?)²²; y Tucumán (1834)²³

⁷ D. C. A., p. 669, *Reglamento Constitucional de la Nueva Provincia de Catamarca*, art. 106: “Decidirá el Juez de Alzadas, como todos los subalternos primeramente por las leyes de este código: después por los reglamentos que se diesen: en el vacío de éstos por las disposiciones del Congreso General: en las del Congreso por las de la Asamblea y así descendiendo, según las épocas hasta el orden prescripto respecto a las leyes del antiguo Gobierno que se observarán en lo que no estén revocadas”. D. C. A., p. 667: remite expresamente a la Ordenanza de Intendentes y las Ordenanzas Militares (Arts. 83 y 85).

⁸ Ídem, p. 711, *Reglamento Provisorio*, Sección 6^a, capítulo 12, art. 3: “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 Sud-América, ni con este Reglamento y demás disposiciones que no sean contrarias a él, libradas por el Gobierno general de las provincias, desde veinte y cinco de Mayo de mil ochocientos diez”.

⁹ Ídem, p. 746, *Código Constitucional Provisorio*, Sección 6^a, capítulo 12, art. 3^o: “Quedan en todo su valor, fuerza y vigencia 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 Sud América, ni con este Código, y demás disposiciones del Poder Ejecutivo de la Provincia”.

¹⁰ Ídem, p. 787, *Estatuto Provisorio Constitucional*, Sección 5^o, art. 2^o: “La administración de Justicia se arreglará a las leyes de los correspondientes cuerpos legislativos en todo lo que no sea concerniente a la Independencia nacional”.

¹¹ Ídem, p. 804, *Constitución Política*, Sección 7^o, art. 15: “La administración de justicia, y la forma pública de los juicios se arreglarán a las leyes de los cuerpos legislativos”.

¹² Ídem, p. 830, *Constitución de la Provincia*, Sección 8^a, capítulo I, art. único: “Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta ahora han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a la presente Constitución ni a las leyes que expidiese el Poder Legislativo”.

¹³ Ídem, p. 925, *Estatuto Provisorio Constitucional*, Sección 14, art. 124: “Continuarán observándose las leyes generales, porque hasta ahora se ha regido la administración, en lo que no hayan sido alteradas, ni digan contradicción al presente estatuto, hasta que sucesivamente sean variadas, o reformadas por la legislatura”. Ídem, p. 920, remite expresamente las ordenanzas militares (art. 81).

¹⁴ Ídem, pp. 975, 987 y 999, *Estatuto Provisorio* (art. 69), *Estatuto Provincial* (art. 65) y *Estatuto Provisorio* (art. 61), respectivamente, los cuales tienen el mismo texto: “Quedan derogadas todas las Leyes que directa o indirectamente se opongan a este estatuto, y a los decretos y Leyes que expida la Junta General de la Provincia”.

¹⁵ Ídem, p. 1100, *Constitución de Salta y Jujuy*, art. 3º: “Que a la representación Provincial corresponden las atribuciones siguientes: inc. 1ª Vigilar el cumplimiento de las presentes reglas y las establecidas por el último congreso en el Reglamento Provisorio [1817] y Constitución del Estado [1821], en todo lo que fueren adaptables para el régimen de esta Provincia y celar especialmente el lleno de ellas en cuanto a los Derechos de seguridad; propiedad y demás que en uno y otro se expresan como los primeros del hombre”; 2ª “Declarar las dudas que ocurrieren relativas a la inteligencia de estas reglas; y la adaptabilidad, o no de las del Reglamento, y Constitución”.

¹⁶ Ídem, p. 1234, *Estatuto Provisorio*, art. 59: “Quedan en vigor todas las leyes, disposiciones y prácticas que hayan regido la Administración, en cuanto no estén en oposición al presente Estatuto”.

¹⁷ Ídem, p. 1250, *Constitución de la Provincia*, Art. 103: “Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución, ni a los decretos y leyes que expida el Poder Ejecutivo de la Provincia”.

¹⁸ Ídem, p. 1331, *Constitución para la Provincia*, Sección 4ª, capítulo segundo, art. 21: “Siguen en su observancia las Leyes, Estatutos, y Reglamentos que hasta ahora han regido en lo que no hayan sido alteradas, ni digan contradicción con esta Constitución hasta que la legislatura varíe o reforme lo que crea conveniente”.

¹⁹ Ídem, p. 626, Proyecto de *Constitución*, art. CXXXI: “Continuarán observándose las leyes, estatutos y reglamentos que hasta ahora rigen, en lo que no hayan sido alterados por leyes o disposiciones patrias, ni digan contradicción con la presente Constitución, hasta que reciban de la Legislatura las variaciones o reformas que estime convenientes”. Ídem, p. 648: el texto de esta norma es igual al art. 130 del Constitución sancionada para la Provincia el 11 de abril de 1854.

²⁰ Ídem, p. 1077, *Reglamento Provisional*, Capítulo Final, artículo 2º: “Se observaran todas las disposiciones y Reglamentos que han estado en práctica hasta hoy, en cuanto no se opongan al presente, mientras el Cuerpo Legislativo no lo suprima o reforme”.

²¹ Ídem, p. 859, *Proyecto de Constitución Política*, Sección 9ª, art. 170: “Continuarán observándose las Leyes, Estatutos y Reglamentos que hasta ahora rigen, en lo que no hayan sido alteradas por Leyes o disposiciones Patrias, ni digan contradicción con la presente Constitución, hasta que reciban de las Legislaturas las variaciones o reformas que estimen convenientes”. Ídem, p. 836: La Comisión de Negocios Constitucionales al Honorable Congreso General Constituyente de la Provincia, funda la necesidad de este artículo en que “careciendo la Provincia, hasta el día, de códigos legales que le sean privativos, es indispensable seguir valorando los que nos rigen hasta el presente”.

²² Ídem, p. 1135, *Proyecto de Constitución*, art. 247: “Continuarán observándose las leyes, estatutos y reglamentos, que hasta ahora rigen, en lo que no hayan sido alterados ni estén en oposición con la presente constitución. Hasta que el congreso disponga otra cosa”.

²³ Ídem, p. 1346, *Proyecto de Constitución*, Sección octava, art. 108: “Continuarán observándose las leyes, estatutos y reglamentos que hasta ahora rigen, en lo que no hayan sido alterados por leyes y disposiciones patrias, ni digan contradicción con la presente constitución, hasta que reciban de las legislaturas las variaciones o reformas que estimen convenientes”.

Consecuente con esa posición en la etapa previa a la Constitución de la Nación (1853), las provincias receptan en sus textos constitucionales o en su legislación importantes instituciones españolas vigentes en las Indias. En esta ponencia nos ocuparemos, dado el tiempo que se dispone para exponer, de dos instituciones que perduraron largo tiempo, que son el juicio de residencia y la justicia consular en las que detecta la presencia del Derecho indiano, en la segunda con más intensidad que en la primera.

2. La residencia en la primera época revolucionaria

A mediados del siglo XVIII, el juicio de residencia había perdido su prestigio, entre otras cuestiones por la crítica interesada de altos funcionarios, con la intención de hacer desaparecer la institución que dificultaba el desarrollo de su conducta deshonesta, como también por críticas fundadas en el alto costo que ocasionaba, los enconos que producía y la facilidad con que se violaban sus preceptos, lo que fue analizado por el maestro Mariluz Urquijo²⁴.

A partir de 1810 “se procura modificar los antiguos organismos administrativos y judiciales y a reformar la legislación, especialmente en materia de derecho público, para ajustarla a los métodos e ideales políticos del nuevo equipo gobernante”²⁵. Ese proceso lleva a la supresión del juicio de residencia en el ámbito nacional con la Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América del 22 de abril de 1819, aunque antes habían existido tentativas tendientes para mantener la institución como para eliminarla.

En 1812 se suprimió la Real Audiencia, siendo reemplazada por la Cámara de Apelaciones y el 23 de enero de ese año se sanciona el Reglamento de Institución y Administración de Justicia del Gobierno Superior Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata, que establecía “que todo ciudadano que llegue a tener administración pública de cualquier especie estará sujeto al juicio de residencia”, pero a pesar de la generalidad que anuncia, solo se ocupa de los miembros de la administración de justicia, es decir a los jueces ordinarios de primera, segunda y tercer instancia y a los miembros de la Cámara de Apelaciones, estableciendo plazos diferentes para el juicio según

²⁴ Ver JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, “Los juicios de residencia en el Derecho Patrio”, *Apartado de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1953, pp. 3-4.

²⁵ Ídem, p. 4.

fuera su jerarquía y agregaba a ellos sometiéndolos al juicio a los jueces árbitros y consulares. Los síndicos procuradores de los cabildos tenían a su cargo reclamar la residencia de cualquier juez que hubiera dado mérito a ella²⁶.

En 1812 en el proyecto de modificaciones a la Ordenanza de Intendentes, cuya elaboración se encomendó a Damián de Castro, se mantiene la institución, estableciendo que los intendentes y sus asesores serían residenciados por un tribunal colegiado formado por uno de los alcaldes ordinarios y dos regidores del ayuntamiento de la capital del distrito, sacados a suerte en un acto fiscalizado por el nuevo intendente. Aun cuando los jueces cesaran como capitulares debían continuar sustanciando el juicio hasta su terminación. Los tenientes gobernadores que actuaban en las ciudades menores de cada distrito en calidad de subdelegados de los intendentes, eran residenciados por éstos sin necesidad de especial comisión, al cesar o ser relevados de sus cargos. Los recursos de apelación se otorgaban al solo efecto devolutivo ante la Cámara de Apelaciones²⁷. Si bien ésta proyectada reforma no se concretó, es una manifestación de la presencia que tenía el juicio de residencia, al querer mantener la institución, aunque modificando quienes serían los residenciadores.

Con la Asamblea del año XIII se afirma una posición ideológica diferente, pues ahora “el nuevo soberano es el pueblo y el legislativo ejerce su representación”. De acuerdo con ello se expresa que uno de sus objetivos indicado por la voluntad de los pueblos, es la residencia de quienes dirigieron el gobierno desde 1810, cuya conducta debe ser juzgada por sus representantes, en quienes depositó el pueblo su autoridad²⁸. El *Redactor de la Asamblea* del 9 de marzo de 1813, fecha del decreto que establece esa residencia, consigna:

Discutido el punto sobre la autoridad que debe conocer las causas de Estado, en que se hallan comprendidos los individuos que han gobernado las provincias en el superior gobierno de la capital; acordó esta Asamblea general que la residencia, y demás causas que deban formarse a los individuos indicados, sean del privativo conocimiento de la Asamblea Constituyente²⁹.

²⁶ D. C. A., pp. 1936, 1941-1942: arts. 20, 47, 51 a 55.

²⁷ JULIO CÉSAR GONZÁLEZ, *La proyectada modificación a la Real Ordenanza de Intendentes en el año 1812*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Publicaciones del Instituto de Investigaciones Históricas, n° LXXXII, Jacobo Peuser Ltda., 1942, Apéndice 1, pp. X y XVI: arts. 27, 42, 43, 44.

²⁸ A. C. A., t. I, p. 21.

²⁹ *Ibidem*.

Para dar cumplimiento a lo resuelto, la Asamblea creó una comisión formada por siete de sus miembros con facultad de sustanciar el proceso y sentenciar en último grado³⁰. Como dice Mariluz Urquijo las características esenciales de esa Comisión, eran ser un tribunal colegiado de instancia única, con competencia limitada a quienes hubieran ejercido el poder directivo de las Provincias Unidas y la labor se encomendaba a un cuerpo no judicial³¹.

El 27 de marzo la Asamblea dictó el Reglamento que debía observar la Comisión designada para esta residencia, que consta de 16 artículos³². Ricardo Levene comentando este ordenamiento, dijo con acierto, que esa Comisión constituía al mismo tiempo un juzgado de residencia y un tribunal revolucionario³³. En efecto, se había creado con fines políticos, pues como dice la profesora Seghesso de López Aragón solo sustanció 35 residencias y en ellas campeó el móvil político: castigar a los promotores de las jornadas del 5 y 6 de abril de 1811, pues “después de un proceso extraño, con ciertas anomalías, solo se sentenció al destierro a Cornelio Saavedra y a Joaquín Campana”³⁴.

El 5 de mayo de 1815 la Junta de Observación formó el Estatuto provisional para la dirección y administración del Estado, por el cual abolió expresamente el Reglamento de Administración de Justicia de 1812 y no estableció el juicio de residencia. Designada una Comisión revisora del mismo en marzo de 1816, aconsejó algunas reformas y la inclusión del juicio de residencia del Director del Estado. Elevado el proyecto elaborado al Congreso reunido en Tucumán para su estudio y sanción definitiva, fue aprobado con algunas modificaciones en noviembre de 1816 como Estatuto Provisorio dado por la Junta de Observación. El texto establecía que:

Todo funcionario público de gobierno, incluso el Director Supremo del estado y sus Secretarios, estará sujeto a juicio de residencia, concluido que sea el término de su oficio: el Director y sus Secretarios ante el Congreso; y los

³⁰ Ídem, p. 23.

³¹ MARILUZ URQUIJO, *op. cit.*, p. 8.

³² A. C. A., t. I, p. 30.

³³ RICARDO LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, tomo 4, Buenos Aires, Editorial Kraf, 1948, p. 330.

³⁴ MARIA CRISTINA DE LÓPEZ ARAGÓN, “El juicio de residencia en el derecho patrio provincial”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 13, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1985, p. 277. Ver MARILUZ URQUIJO, *op. cit.*, pp. 8-11. A. C. A., t. I, pp. 89-91.

demás empleados ante los jueces que aquél nombrase; teniendo los residenciados abierto el juicio por el término de cuatro meses³⁵.

El Estatuto no fue promulgado por el Director, quien le hizo varias observaciones y lo devolvió al Congreso. Habiéndose éste trasladado de Tucumán a Buenos Aires, sancionó en 1817 el Reglamento Provisorio, en el cual insiste en incorporar la norma trascripta precedentemente, incluyéndola en el capítulo final como providencia general IX, agregándole a continuación de la locución “el término de cuatro meses” lo siguiente: “pasado el cual quedarán libres de él” [los residenciados].

El 22 de abril de 1819 se sancionó la primer Constitución de las Provincias Unidas. Si bien tuvo una vida efímera, como consecuencia de los trastornos del año veinte, con ella se suprimió y sustituyó el juicio de residencia, por el denominado juicio político, en el cual la Cámara de Representantes tenía

el derecho privativo de acusar de oficio, o a instancia de cualquier ciudadano a los miembros de los tres Grandes Poderes, a los Ministros de Estado, enviados a las cortes extranjeras, Arzobispos y Obispos, Generales de los Ejércitos, Gobernadores y Jueces Superiores de las provincias, y demás empleados de no menor rango a los nombrados: por los delitos de traición, concusión, malversación de los fondos públicos, infracción de la Constitución, u otros que según las leyes merezcan pena de muerte o infamia³⁶.

En el capítulo correspondiente al Senado se expresaba que a ese cuerpo le correspondía “juzgar en juicio político a los acusados de la Sala de Representantes”, agregando que “la concurrencia de las dos terceras partes de sufragios harán sentencia contra el acusado, únicamente al efecto de separarlo del empleo o declararlo inhábil para obtener otro” [empleo] y concluye que “la parte convencida quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a la ley”³⁷.

Destacamos este cambio del juicio de residencia por el político por el Congreso General en 1819, por ser el antecedente del sistema que con distinta redacción, con diferencia en cuanto a los funcionarios sujetos a él y con variantes procedimentales, van a establecer las constituciones nacionales de 1826 y 1853, como también las constituciones provinciales que lo adoptaron.

³⁵ A. C. A., t. 6, 2ª parte, p. 658, providencia general n° 9.

³⁶ Ídem, p. 715: art. VIII.

³⁷ Ibídem, arts. XVIII, XIX y XX.

Con algunas diferencias que no afectan su sustancia, es la forma de control creado por la Constitución de los Estados Unidos del Norte, de donde lo tomaron las nuestras.

3. La residencia en el derecho público provincial

Como la Constitución de 1819 careció de eficacia, continuó la vigencia del juicio de residencia establecido por el Estatuto de 1817, en cuanto no fuera derogado o sustituido por otra forma de control. Después de la crisis denominada del año 20, que comienza a exteriorizarse el año anterior, al no existir un gobierno nacional, las provincias para establecer la responsabilidad política y administrativa de los agentes del gobierno local adoptan distintos sistemas. Unas mantienen la institución hispana del juicio de residencia, tácitamente por la subsistencia del ordenamiento heredado que proclaman, o bien haciendo referencia expresa al mismo en sus textos constitucionales e introduciéndole en algunos casos modificaciones en cuanto a quienes están sujetos al mismo y al procedimiento; otras adoptan el denominado juicio político, ajustándolo en distinta medida al modelo dado por la Constitución de 1819, o lo substituyen con una rendición de cuentas, especialmente con relación a los gobernadores al concluir su mandato.

Consideraremos como *juicios de residencia* a los procedimientos normales incoados contra los funcionarios para investigar, al término de su actuación, las irregularidades que pudieran haber cometido, o bien dentro de periodos determinados si se trata de oficios perpetuos o permanentes³⁸, sin tener en cuenta las diferencias que establecen los textos provinciales en cuanto ellas no alteren su sustancia. El principal estatuto jurídico por el cual se regían estos juicios en los albores de nuestra independencia era la real Cédula del 24 de agosto de 1799, que “si bien conserva la estructura esencial dada a los juicios de residencia por los Reyes Católicos en el año 1500, introdujo algunas reformas de importancia”³⁹.

Entendemos con la denominación juicio político a la investigación que de oficio o a requerimiento de parte, en cualquier tiempo, se considera la conducta de un funcionario que puede constituir un delito, para suspenderlo o destituirlo.

³⁸ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, t. I, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1966, p. 147.

³⁹ MARILUZ URQUIJO, *op. cit.*, p. 4.

Muchas veces la locución empleada en los textos no aclara la cuestión, pues en la época que consideramos los políticos, aun siendo hombres dedicados al derecho, no se preocupaban en definir las palabras que utilizaban, sobre todo aquellas relacionadas con la Ciencia Política que estaba todavía en formación, a lo que debe agregarse la escasez de letrados en algunas provincias, lo que determinó la dificultad de constituir en el periodo una adecuada justicia letrada en todo el ámbito de la Nación.

En nuestra opinión establecen expresamente el juicio de residencia las provincias de Catamarca, Córdoba, Corrientes, San Juan, y San Luis, mientras que otras actuaron de acuerdo al Reglamento Provisorio de 1817, para dar curso al mismo o rechazar el pedido de su instrucción, como por ejemplo la Provincia de Mendoza.

Siguiendo el orden alfabético pasaremos revista a la pervivencia del juicio de residencia en los textos constitucionales de las provincias y en aquellos proyectos que no recibieron sanción.

1. CATAMARCA. El Reglamento Constitucional de la Nueva Provincia de Catamarca (1823), instituye un sistema de doble control, pues establece el juicio de residencia para todos los empleados públicos y adopta el juicio político con relación al gobernador intendente y demás poderes. De dos en dos años a contar del día de la publicación de ese Reglamento debía abrirse “un juicio general de residencia para todos los empleados, que hubiera habido en ese periodo”, el que duraría cuatro meses perentorios y lo harán tres miembros del Poder Legislativo o Asamblea Provincial, “que se sacarán a suerte, incluyendo todos sus nombres en otras tantas cédulas en un cántaro”, del que sacarán tres por un niño de ocho años abajo⁴⁰.

Pero la Asamblea puede en cualquier tiempo instruir el juicio, de oficio o por queja de parte, para considerar la “conducta política del Gobernador Intendente y demás poderes sobre el delito de traición u otros que, según las leyes merezcan pena de muerte, o infamia y dictar las providencias, que sean convenientes para su separación y castigo”. También a la Asamblea le “toca cada bienio recibir del gobernador saliente, la cuenta general de las rentas públicas, examinarlas y juzgarla, sin perjuicio de las particulares que se le quieran tomar”⁴¹.

⁴⁰ *D. C. A.*, p. 673: Providencias varias, art. 6°.

⁴¹ *Ídem*, pp. 664-665: arts. 56 y 65.

2. CÓRDOBA. Como ya se señaló, tanto el Reglamento Provisorio de 1821 como el Código Constitucional de 1847, sancionados por la Asamblea Provincial y la Junta de Representantes, respectivamente, dejaron en vigencia el derecho español, que no estuviera en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de Sud-América. El primero aclaraba que tampoco debía ser contrario al Reglamento y demás disposiciones que no se opongan a él, libradas por el gobierno general de las provincias desde el 25 de mayo de 1810. Con las mismas limitaciones quedó vigente esa legislación española después de 1847, con el agregado de que tampoco debía estar en contradicción con el Código Constitucional y “demás disposiciones del Poder Ejecutivo de la Provincia”. Ninguna norma de esos ordenamientos deroga el juicio de residencia, sino que por el contrario el de 1821, establecía que la duración de los magistrados judiciales, “será la de su buena comportación, y estarán sujetos a residencia cada cuatro años o antes si lo exigiere la justicia”. También especificaba que el “soborno o cohecho y la prevaricación de los magistrados produce acción popular contra los que lo cometen”⁴².

3. CORRIENTES. En esta provincia tuvo una larga vida la institución. Su Reglamento Provisorio Constitucional del 11 de diciembre de 1821, determinaba que el gobernador quedaba sujeto al juicio de residencia en los mismos términos que los alcaldes ordinarios y el cuerpo municipal. El nombramiento del juez para el primero era de competencia exclusiva del Congreso provincial y para los segundos del gobernador⁴³.

La Constitución Política del 15 de septiembre de 1824, suprime el cuerpo municipal, estableciendo que la primera instancia del Poder Judicial será ejercida por dos alcaldes y un alcalde mayor entenderá en los recursos de apelación, nulidad o injusticia, todos ellos designados anualmente por el gobernador y sometidos al juicio de residencia en el perentorio término de treinta días, correspondiendo a aquél el nombramiento de los jueces. Este texto mantenía la residencia del gobernador y al Congreso General (integrado por dos representantes de la capital y uno por cada departamento) correspondía nombrar a los jueces de residencia y al Congreso Permanente (formado por cinco representantes designados por el Congreso General, elegidos entre sus integrantes) le incumbía examinar las causas de residencia de los Gober-

⁴² *D. C. A.*, p. 720, Sección séptima, cap. 18, art. 10 y 11. Ver notas 8 y 9.

⁴³ *Ídem*, pp. 785 y 787, Sección cuarta, arts. 16 y 17; sección quinta, arts. 4°, 5° y 6°.

nadores, confirmando, revocando, o moderando las sentencias que hubiesen pronunciado los jueces nombrados por el Congreso General⁴⁴.

La nueva Constitución que se sanciona para Corrientes el 14 de agosto de 1838, establece la competencia de la Sala de Representantes para juzgar en juicio político a sus miembros, a los ministros secretarios del Poder Ejecutivo y a los integrantes del Poder Judicial, por infracción a la Constitución y leyes orgánicas al solo objeto de separarlos en el caso de delito y someterlos, después como particulares, a los jueces competentes y también le corresponde al Legislativo nombrar juez de residencia a los gobernadores. Por lo cual mantiene la residencia únicamente al titular del Poder Ejecutivo y adopta el sistema de la constitución norteamericana para los demás funcionarios que hemos señalado. Si el Congreso General estaba reunido al terminar el juicio al gobernador, que debe tramitarse en sesenta días, le corresponde examinar la causa de residencia confirmando o modificando la sentencia del juez, pero hallándose en receso debe hacerlo la Comisión permanente con las mismas facultades⁴⁵.

En 1847 se redacta un proyecto de Constitución para Corrientes, que no llegó a aprobarse, pero lo señalamos pues en él se mantiene el juicio de residencia, correspondiendo al Congreso General nombrar una comisión para instruir el pertinente al gobernador y su ministro, compuesta por tres jueces civiles que la ley señale, juicio que se celebra al concluir el ejercicio de sus funciones, cuya duración será por el término de sesenta días, desde su publicación. Por su parte atañe al gobernador nombrar los jueces de residencia para los otros funcionarios sujetos a ella por la Constitución y examinar las causas, confirmando, revocando o adicionando las sentencias pronunciadas por los jueces residenciadores⁴⁶.

4. SAN JUAN. La Constitución de esta provincia, se formó mediante leyes fundamentales o constituyentes producidas entre 1820 y 1825, que con pequeñas modificaciones posteriores, rigieron hasta 1856⁴⁷.

La ley del 14 de junio de 1824 que organiza el Poder Judicial, establece que la Corte Suprema que crea “conocerá y juzgará en la residencia de em-

⁴⁴ Ídem, pp. 798, 801-802 y 804, sec. 4^a, art. 14; sec. 6^a, art. 13; sec. 7^a, arts. 1, 2, 16 y 17.

⁴⁵ Ídem, pp. 821 y 823, sección 5^a, cap. III, art. 8^o n^o 5; cap. IV, arts. 14, 17, 18 y 19.

⁴⁶ Ídem, pp. 847, 853-855, arts. 72, 117, 133 y 139.

⁴⁷ SUSANA T. RAMELLA DE JEFFERIES, “Atribuciones del Poder Ejecutivo Provincial en los comienzos constitucionales de San Juan (1820-1856)”, *Revista de Historia del Derecho*, n^o 13, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1985, p.130-131.

pleados públicos con arreglo a las leyes que determinen su responsabilidad, y según el modo y forma con que deba procederse en la residencia de aquellos que queden sujetos a este juicio por la constitución”⁴⁸. Recién la ley del 2 de abril de 1832, estableció que el gobernador al terminar su mandato quedaba sometido al juicio de residencia durante el término de un mes, que debía instruirlo la Sala de Representantes, y no en este caso la Corte Suprema⁴⁹.

5. SAN LUIS. El Reglamento Provisorio de 1832 establece con relación al gobernador que al concluir el tiempo de su mandato y haberse elegido el sucesor, nombrará la provincia una comisión compuesta de siete individuos “de los de más probidad, y justicia, y conocida adhesión a la causa [de la federación] para que residencien al Gobernador saliente de su administración, cualquiera que haya sido, y a la que ocurrirán los agraviados (si los hubiere) los de la ciudad en el término de quince días, y los de la campaña en el de veinte”⁵⁰.

6. TUCUMÁN. Los textos constitucionales de 1820⁵¹ y de 1852⁵² en nuestra opinión establecen el juicio político, pero el proyecto de 1834, si bien señala entre la competencia del Congreso de Representantes la de residenciar el procedimiento que establece es el del juicio político⁵³.

⁴⁸ *D. C. A.*, p. 1169, cap.5º, art. 1º.

⁴⁹ RAMELLA DE JEFFERIES, *op. cit.*, p. 163.

⁵⁰ *D. C. A.*, p. 1201.

⁵¹ *D. C. A.*, p. 1316, Sección 2ª, cap. 1º, art. 4: “Cualquiera de los Diputados, así como cualquiera de los Ciudadanos tiene el derecho de acusar ante el Congreso, o denunciar a los ministros de los tres poderes, a los ministros del estado, Gobernadores, Jueces superiores de la Provincia, y demás empleados cualquiera sea su fuero, por los delitos de traición, concusión, infracción de constitución, y otros que según las Leyes merezcan pena capital, o infamia”. Ídem, p. 1317, Sección 2ª, cap. 3º, art. 1º: “Al Congreso corresponde juzgar en juicio público a los acusados, y la mayoría de sufragios hará sentencia contra ellos únicamente a efecto de separarlos del empleo, o declararlos inhábiles para obtener otros”.

⁵² Ídem, p. 1354, art. 11: “Corresponde también al Cuerpo Legislativo juzgar al Gobernador y Ministro por los actos gubernativos. Una ley especial determinará el modo de proceder en esta materia”.

⁵³ Ídem, p. 1336, art. 17 “Es de competencia del congreso de Representantes: [...] 2º El derecho exclusivo de residenciar al Gobernador de la provincia y a sus ministros, a sus miembros y a los del Superior Tribunal de Justicia por delitos de traición, concusión, malversación o dilapidación del Erario público, violación de la constitución, principalmente con respecto a los derechos primarios de los ciudadanos, u otro crimen que merezca pena infamante o de muerte, habiendo primero tomado conocimiento de ello a petición de parte, y de alguno o algunos de sus miembros, y declarado haber lugar a formación de causa”.

Es interesante destacar que la Sala de Representantes de esta provincia en 1829, consideró un proyecto del Poder Ejecutivo que, introduciéndole algunas modificaciones, convirtió en ley en la sesión del 9 de abril de ese año. Establece entre las atribuciones del Gobierno “llamar a juicio de residencia a los empleados que administran fondos públicos y pronunciar sentencia definitiva”. Para instruir y expedirse en estos juicios el Poder Ejecutivo debe nombrar “comisiones especiales que examinen las cuentas presentadas por dichos empleados e inspeccionen los libros de su manejo y oyendo previamente el dictamen del Fiscal de Hacienda”. Asimismo, establece que en esos juicios “se procederá con arreglo al mérito que suministren los cargos que del examen resulten contra los empleados”, los que “deberán salvarlos en el preciso término de veinte días contados desde la notificación y prorrogables a juicio del Gobierno según el mérito de las causas”. Con la contestación del empleado se debía dar vista al Fiscal y con su dictamen pronunciaba sentencia definitiva el Gobierno⁵⁴. Se estaría ante un caso de residencia de agentes de la administración pública permanentes.

7. MENDOZA. Si bien no existe un texto constitucional que se refiera a la cuestión, de la investigación efectuada por la profesora Seghesso de López Aragón en el Archivo Histórico de la Provincia de Mendoza, surge que la presencia de la residencia “es algo que se advierte prácticamente desde la revolución de mayo hasta 1852” y de acuerdo con los casos que considera se funda ello en la aplicación del Reglamento Provisorio de 1817⁵⁵.

8. PUEBLOS DE CUYO. Después de la disgregación producida en enero de 1820, el primer intento de unidad fue crear la República de Cuyo integrada por las provincias de Mendoza, San Juan y San Luis, iniciativa que fracasó pero de la cual nos queda el proyecto de un Reglamento Provisional de Gobierno para los pueblos de Cuyo de mayo de 1821, en el que se establece que “Todos los empleados incluso los que ejercen los tres altos poderes, concluido el tiempo de sus cargos, se sujetaran al juicio de residencia, en el modo y la forma que designe la Legislatura”⁵⁶. Como hemos visto las provincias de San

⁵⁴ *Actas de la Sala de Representantes (1823 hasta 1852)*, Tucumán, Archivo Histórico de la Provincia de Tucumán, 1917, t. I, pp. 425-426.

⁵⁵ Ver sobre el tema SEGHESSO DE LÓPEZ ARAGÓN, *op. cit.*, pp. 297-305; de la misma profesora *Historia Constitucional de Mendoza*, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1997, pp. 127-144.

⁵⁶ *D. C. A.*, p. 1078, Capítulo Final, Artículos Generales, Art. 3°. Ver EDMUNDO CO-

Juan y San Luis establecieron el juicio de residencia y la de Mendoza para ello se siguió el Estatuto de 1817.

4. Se alejan de la institución indiana en el orden provincial

En nuestra opinión se apartan de la institución indiana y se inclinan por el sistema norteamericano, el Proyecto de Constitución para Buenos Aires (1833)⁵⁷, el Estatuto Provisorio Constitucional de la Provincia de Entre Ríos (1822)⁵⁸, los Estatutos de Jujuy sancionados luego de su separación de Salta (1835, 1839, 1851)⁵⁹, Constitución de Salta-Jujuy (1821)⁶⁰ y proyecto de Constitución para Santiago del Estero (1835)⁶¹. Tanto el Estatuto Provisorio (1819)

RREAS, Mendoza (1822-1862), en *Historia de la Nación Argentina*, 3ª edición, volumen X, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia-El Ateneo, 1962, p. 78.

⁵⁷ Ídem, p. 614, art. XXI: “Es de competencia de la Cámara de representantes: [...] 2º el derecho exclusivo de acusar ante el senado al Gobernador de la Provincia y sus Ministros, a los miembros de ambas Cámaras, a los del Superior Tribunal de Justicia, por delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución, principalmente a los derechos primarios de los ciudadanos u otros crímenes que merezcan pena infamante o de muerte, habiendo primero tomado conocimiento de ellos a petición de parte que los denuncie, o de algunos de sus miembros, declarando haber lugar a la formación de causa. Ídem, p. 615, art. XXXII: “Es atribución del Senado juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Representantes, y la concurrencia de dos terceras partes de sufragios hará sentencia contra el acusado, al solo efecto de separarlo del empleo”.

⁵⁸ Ídem, p. 915, art. 33: “El Congreso puede tomar en consideración de oficio, o a queja de parte en cualquier tiempo, la conducta política del gobernador sobre los delitos de traición, malversación de fondos públicos, infracción de constitución, u otros que según las leyes merezcan pena de muerte, o infamia; y dictar las providencias, que crea convenientes para su separación, y castigo”.

⁵⁹ Ídem, pp. 966, 979 y 991, arts. 20 inc. 9º, 20 inc. 7º y 21 inc. 7º, respectivamente: “Compete a la Junta Provincial legislar: [...] “Decretar la suspensión, y hacer la deposición del primer Magistrado contra quien hubiere queja de responsabilidad, siendo el oído, y dándole lugar a la defensa”. El mismo texto en los tres Reglamentos.

⁶⁰ Ídem, p. 1100, art. 3º: “Que a la representación Provincial corresponden las atribuciones siguientes: [...] inc. 3º: “Declarar el cese del Gobernante, y Asesor Secretario que deberá tener conforme a lo prevenido en el reglamento provisorio en los casos que a juicio de la Junta se les justifique incursos en alguno de los crímenes de traición, infracción de la Constitución, Leyes establecidas por esta representación, mala versación de los fondos públicos, concusión, o otros que merezcan pena de muerte o infamia según las Leyes”

⁶¹ Ídem, p. 1293-1294, art. 66: “El Gobernador es responsable por todos los actos de su administración, y puede ser sujetado a un juicio público por cualquier ciudadano ante la

como la Constitución de la Provincia de Santa Fe (1841), nada dicen sobre la residencia ni el juicio político y no tenemos noticia sobre el tema con relación a la provincia de La Rioja. Los textos constitucionales de Santa Fe indicados, únicamente establecen la obligación de rendir cuentas los gobernadores al concluir su mandato⁶², lo que también imponen los de otras provincias que establecen el juicio político, como la de Entre Ríos, pero es un tema que no guarda relación con la cuestión estudiada.

5. La justicia mercantil

Nos limitaremos a considerar a la justicia mercantil patria, como integrante de la organización judicial del Nuevo Estado y en especial de las provincias, cuyo accionar con relación a esta materia se apoyó fundamentalmente en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y en la Cédula Ereccional del Consulado de Buenos Aires de 1794, institución que tenía diputaciones en el interior, correspondiendo al Virrey, a propuesta de aquel establecerlas en los lugares que se estimara más convenientes⁶³, pudiendo en los demás pueblos suplir al Consulado y a sus diputados, “los jueces ordinarios a quienes ocurran los demandantes, si así les convinieren”.

Los diputados debían dictar las sentencias acompañados por dos comerciantes y siendo la cuantía del pleito superior a mil pesos, eran apelables ante la Alzada de Buenos Aires y así continuó siéndolo después de la Revolución de Mayo, hasta que una ley del Congreso Nacional aprobada el 4 de octubre de 1819, dispuso que las apelaciones en las provincias donde no residen las Cámaras de Justicia, en juicios cuya cuantía no exceda de dos mil pesos se determinarán por la Alzada de cada provincia según las Ordenanzas de Comercio, y en la forma que prescribe la Cédula Ereccional de 1794. Cuando el pleito supere esa cantidad “quedará a discreción del que se sienta agraviado

Sala de Representantes, pero no puede sufrir pena corporal o infamante sino por disposición del Congreso Nacional”; art. 70: “En los casos de responsabilidad, el Ministro no quedará exento de ella por la concurrencia de la firma, o consentimiento del Gobernador”; art. 73: “Lo dicho en el Artículo 66, respecto del Gobernador, entiéndase igualmente respecto del Ministro Secretario”.

⁶² Ver Ídem, p. 1229, art. 17; p. 1238, art. 14 y p. 1247, arts. 85 y 86.

⁶³ *Real Cédula de Erección del Consulado de Buenos Aires expedida en Aranjuez a XXX de enero de MDCCXCIV*, Madrid, Oficina de Don Benito Cano, MDCCXCIV, art. X, p. 7.

llevar el recurso de apelación al Juzgado de Alzadas de la Cámara territorial respectiva” (Buenos Aires o Charcas)⁶⁴.

El alejamiento institucional entre Buenos Aires y las demás provincias hizo crisis el año 20 y cada una fue organizando su jurisdicción mercantil, pues el tribunal porteño pasó a conocer solamente en las causas locales. Un decreto del 1º de julio de 1822 estableció para el ámbito de Buenos Aires, que “ínterin se pueda llegar a la sanción del código [...] la alzada de comercio estará a cargo de uno de los miembros del Tribunal de Justicia”⁶⁵.

“A partir de entonces las provincias comenzaron a transformar las antiguas diputaciones consulares en tribunales de comercio, a la par que organizaban todo el sistema local de administración de justicia”⁶⁶. En esa transición aparece la presencia del derecho indiano, tanto en los textos constitucionales como en los reglamentos de administración de justicia, mediante los cuales se establece y organiza una justicia mercantil en las provincias. De las diputaciones creadas en 1794 por el virrey Arredondo, solo estaban en el territorio del Virreinato que conformó el de la República Argentina las ubicadas en las ciudades de Córdoba, Corrientes, Jujuy, Mendoza, Salta, Santa Fe, Santiago del Estero, San Juan y Tucumán⁶⁷.

Las disposiciones de la Cédula de Erección del Consulado de Buenos Aires, que fue creado con jurisdicción en todo el Virreinato del Río de la Plata y de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 continuaron aplicándose aunque con algunas variantes de acuerdo con las necesidades de cada provincia. Como demostró el profesor Abásolo “hasta bien entrado el siglo XIX los abogados hispanoamericanos recurrieron en sus juicios a las Ordenanzas de Bilbao de 1737”⁶⁸. En la de provincia de Buenos Aires hasta la vigencia de

⁶⁴ JULIO CESAR GUILLAMONDEGUI, “Notas para el estudio de la Justicia mercantil patria en las provincias argentinas”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 20, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1969, pp. 117-118. Ver *Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*, reimpresión facsimilar dirigida por la Junta de Historia y Numismática Americana, t. V (años 1817-1819), Buenos Aires, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, p. 772.

⁶⁵ GUILLAMONDEGUI, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ *Documentos para la Historia Argentina*, tomo VII, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 1936, p. 55.

⁶⁸ EZEQUIEL ABÁSULO, “El código de comercio español de 1829 en los debates y prácticas jurídicas del extremo sur de América”, *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo LXXVIII-LXXIX, Madrid, Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado, 2008-2009, p. 448.

su Código de comercio de 1859, aunque el Tribunal del Consulado continuó funcionando hasta 1862, en que se crean los juzgados letrados, y en las demás provincias hasta la vigencia del Código de la Nación de 1862, que comenzó a regir a los seis meses de su promulgación, fecha que se cumplió el 20 de marzo de 1863, con algunas excepciones, pues no todas observaron esa fecha y algunas habían adoptado, aunque tardíamente, el Código de comercio español del 30 de mayo de 1829.

Este Código peninsular tuvo vigencia en las provincias de *Mendoza* en 1845; *Corrientes* agosto de 1842 primero por poco más de un año, pues se suspendió su aplicación en octubre de 1843 y luego la volvió a tenerla en 1855 y se reiteró en 1862; *Córdoba* en 1857, *San Juan* en 1862 y *Salta* en 1852, aunque en esta última con carácter supletorio del derecho vigente. El libro quinto de ese Código trata de la organización de los tribunales de comercio, su competencia y los procedimientos judiciales y remite en cuanto al procedimiento en las causas de comercio, a lo que prescriba el Código de enjuiciamiento y mientras tanto a una ley provisional que se promulgará sobre la materia (art. 1219), por lo cual Mendoza en 1845 y San Juan en 1862 hicieron suya la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio española de 24 de julio de 1830⁶⁹. Abelardo Levaggi sostiene que incluso estas provincias lo aplicaron antes de la sanción de las leyes respectivas “por decisión de los jueces, a título de doctrina, unas veces citándolo expresamente, y otras sin mencionarlo”. Afirma que el que el Código español “integró el ordenamiento jurídico de casi todas, sino de todas las provincias, hasta la sanción del Código nacional en 1862”⁷⁰.

Esto coincide con lo sostenido por Mario Carlos Vivas quien considera que esa situación “se debió indudablemente a la necesidad de tener una legislación actualizada en materia comercial y también porque —en su época— esta obra jurídica fue una de las mejores; o sea, que aparte de querer reemplazar un sistema de leyes anticuado, se agregaba la importancia que, en sí, poseía el Código de 1829”, pero agregando que en general se sostiene, que en las provincias en que se dispuso su aplicación por ley fueron Mendoza, Corrientes y San Juan. De acuerdo con lo sostenido por estos autores la aplicación de este código fue amplia, pues se hizo al margen de lo dispuesto por la legislación.

⁶⁹ Ver arts. 1178-1219, en *Código de Comercio, decretado, sancionado y promulgado en 30 de mayo de 1829*. Edición Oficial de Orden del Rey Nuestro Señor, pp. 320-330. ABÁSOLO, *op. cit.*, p. 456.

⁷⁰ ABELARDO LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 192-193.

En este estudio se seguirá a esta última, pues la realidad es difícil de determinar, por falta de fuentes y ella no siempre se ajustó a las fuentes formales, sino que muchas veces estuvo divorciada de ellas.

1. CÓRDOBA. Su *Reglamento Provisorio* de 1821 dispone que mientras no se verifique el establecimiento del Tribunal del Consulado de que trata el artículo 2º de la Cédula ereccional del 30 de enero de 1794 para el Virreinato de Buenos Aires, los asuntos mercantiles se expedirán por un juez de comercio, con arreglo a esa cédula, en cuanto no se oponga a los artículos de ese reglamento⁷¹. Pasó más de un cuarto de siglo, cuando este texto se lo reemplaza por el *Código constitucional provisorio de 1847* que mantiene esa influencia del derecho indiano, pues dispone que en lo mercantil se erigirá un tribunal de comercio, que estará compuesto de un prior, dos cónsules y dos tenientes que reemplazarán la falta de los anteriores en los casos de impedimento. Establece que la elección de este tribunal se verificará el 5 de enero de cada bienio, en conformidad a lo dispuesto por la cédula de 1794. En cuanto al derecho aplicable para la sustanciación y decisión de los juicios debía estarse a lo dispuesto por la cédula ereccional citada y ordenanzas mercantiles de Bilbao, vigentes⁷³.

La ley del 13 de octubre de 1857 dispuso la adopción del *Código de Comercio español de 1829* para el conocimiento y decisión de las cuestiones sobre negocios mercantiles con preferencia a las Ordenanzas de Bilbao, en cuanto las disposiciones del mismo no se opusieran a nuestras leyes patrias, y mientras tanto la Nación se da el código sobre la materia. Asimismo deroga expresamente todas las leyes contrarias a lo dispuesto por ella⁷⁴.

2. CORRIENTES. Esta provincia posee en la época estudiada una variada legislación con relación a la justicia mercantil, en la que está presente siempre el Derecho indiano. En su temprano *Reglamento provisorio constitucional de 1821* se limitó a “instituir una justicia municipal y nada más, dejando la primera instancia a cargo del Alcalde ordinario, como en

⁷¹ Ver MARIO CARLOS VIVAS, “El Código español de 1829 y su vigencia en Córdoba”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 8, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones del Derecho, 1980, p. 458-461.

⁷² D. C. A., p. 730: cap. 25, art. 1º del Reglamento Provisorio.

⁷³ Idem, p. 755: Sec. 6ª, cap. XVII, arts. 20, 21 y 24 del Código.

⁷⁴ Arts. 5º, 6º y 7º. Ver VIVAS, op. cit., pp. 457-471. El texto completo de la ley está transcrito en la p. 466.

el régimen colonial, y poniendo la segunda instancia a cargo del Cabildo”, justicia lega cuya jurisdicción se extendía incluso a los asuntos mercantiles que pudieran producirse. Su actuación debía ajustarse “a las leyes de los correspondientes cuerpos legislativos en todo lo que no sea concerniente a la independencia nacional” que son los del periodo indiano, que mantenían su vigencia⁷⁶.

La *Constitución Política* de 1824 suprime el cuerpo Municipal desde el 1º de enero del año siguiente y establece que el “Poder Judicial” será ejercido por dos alcaldes de primera instancia y un alcalde mayor quien entendía en los recursos de apelación, nulidad o injusticia, nombrados los tres anualmente por el Poder Ejecutivo y que el Congreso debía confirmar. Todos ellos tenían competencia para entender en los pleitos mercantiles⁷⁷, ajustada a las “leyes de los cuerpos legislativos”, que eran los establecidos en 1794. Por su parte la Constitución de la Provincia de 1838 determina claramente que la administración de justicia y la forma pública de los juicios “se arreglará a las leyes y ordenanzas de los códigos admitidos en el país en cuanto no se opongan a los dispuesto en la presente Constitución”, que son las que vienen de la época indiana y entre ellos se encuentra la “Ordenanza de Comercio”, a las que agrega “las leyes sancionadas por el Poder Legislativo de la Provincia”. Mantiene una estructura judicial similar a la anterior, con el agregado de un Supremo Tribunal de Justicia⁷⁸.

El *Reglamento Provisorio de Administración de Justicia del 2 de agosto de 1842*, determina que los alcaldes se titularán en adelante jueces de primera instancia; debiendo ser uno privativamente del crimen y el otro de lo civil y comercial, ambos con sede en la Capital. Prescribe que las causas mercantiles se sustanciaran en la misma forma que las civiles, derogando las leyes que establecían colegas para sentenciarlas y declaró vigente el último código de comercio español de mayo de 1829, en cuanto no se opusiera a esa ley⁷⁹, lo que suspendió el Congreso General el 5 de octubre del año siguiente⁸⁰.

⁷⁵ MANUEL IBAÑEZ FRONCHAM, *La organización judicial argentina (ensayo histórico)*, La Plata, Impresor E. Bolentini, 1938, p. 111.

⁷⁶ D. C. A., pp. 786-787, Sección 5ª, arts. 1 y 2, pp. 786-787. ABELARDO LEVAGGI, *Orígenes de la Codificación Argentina: los reglamentos de administración de justicia*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1995, p. 181.

⁷⁷ D. C. A., pp. 802-804, Sec. 7a. arts. 1, 2, 3, 13 y 15.

⁷⁸ Idem, pp. 828-829, sec. 7ª, cap. único, arts. 1º, 4º y 5º; Sec. 8ª.

⁷⁹ LEVAGGI, *Orígenes...*, *op cit.* pp. 202-203.

⁸⁰ Ídem, p. 190-191.

El posterior *Reglamento de Administración de Justicia del 6 de julio de 1847* establece dos jueces en lo civil y comercial, uno en la ciudad capital y otro en la villa de Goya y determina que “en las causas mercantiles y de hacienda observarán las leyes patrias, Ordenanza de Bilbao, código de comercio español de mayo de 1829, el de Indias, de la Recopilación y Partidas en cuanto no se opongan a la presente ley”. Agrega que las causas las resolvía el juez de primera instancia en lo civil y comercial, asociado de dos comerciantes, que eran sorteados de una lista de veinte que se publicaba oportunamente⁸¹.

Por el siguiente *Reglamento de Administración de Justicia del 5 de mayo de 1849*, la jurisdicción mercantil se aparta absolutamente de los juzgados de primera instancia de la Capital y de la villa de Goya, pues éstos van a conocer únicamente en lo civil, y establece la justicia de primera instancia mercantil, que desempeñará como juez anualmente un comerciante, acompañado de dos colegas. A este juzgado se lo reviste de todas las atribuciones que designa ese Reglamento y las que corresponden al tribunal consular por las Ordenanzas de Bilbao, en cuanto no se opongan a las primeras y sean aplicables a ese juzgado según la actualidad de la provincia⁸². Además su art. 398 dispone que todos los tribunales que organiza ese Reglamento, para sus decisiones y para los procedimientos que no determinaba, aplicarán las leyes patrias vigentes y los códigos españoles que han regido antes de ahora, excepto el código promulgado en 1829, “advirtiendo que ninguna ley sancionada, ni cédulas expedidas por las autoridades reales de España después del 25 de mayo de 1810, se podrá citar y aducirse en esta provincia en apoyo de ningún derecho social ni trámite judicial”⁸³.

Posteriormente, una ley del 23 de febrero de 1855, suspendió la vigencia de las Ordenanzas de Bilbao, supliéndolas por el código español de 1829, “con carácter interino hasta que se sancionase el que deberá dictar la Nación y en todo lo que no se opusiera al Reglamento de Justicia de 1849, cuyo artículo 398 se derogaba”⁸⁴.

Finalmente el Reglamento de Administración de Justicia de 1862 establece que en materia comercial se seguirá el siguiente orden: 1º El código de comercio del 1829 y la ley de enjuiciamiento del año 30 que se adjunta a él; 2º Las Ordenanzas de Bilbao; 3º Las leyes generales mientras el Congreso no

⁸¹ Ídem, pp. 208 y 211, arts. 19, 23, 58, 59 y 60.

⁸² Ídem, p. 220, arts. 68, 69, 70 y 72.

⁸³ Ídem, p. 243, art. 398.

⁸⁴ GUILLAMONDEGUI, *op. cit.*, p. 121, que toma como fuente a HERNÁN F. GÓMEZ, *Instituciones de la Provincia de Corrientes*, Buenos Aires, J. Lajouane y Cía., 1922, p. 311.

legisle sobre la materia. Además suprime el tribunal de comercio de la ciudad de Goya, por lo cual a partir de entonces, todos los asuntos del fuero mercantil de la provincia se conocerán y decidirán por el Consulado de Comercio de la ciudad de Corrientes, capital provincial, salvo aquellos que por su monto sean de competencia de los jueces de paz o pedáneos⁸⁵.

3. MENDOZA. En la Ciudad de Mendoza, que será la capital de la provincia homónima se estableció una Diputación de Comercio que funcionó durante los últimos años del periodo hispánico y se mantuvo hasta la crisis del año 20, existiendo en la década siguiente un juez de comercio⁸⁶.

El gobernador Videla estableció un *Tribunal Consular* por decreto del 29 de septiembre de 1830, que la Legislatura ratificó por ley el siguiente 9 de diciembre, que debía regirse por la cédula ereccional expedida para “el antiguo Virreinato del Río de la plata”, observando las Ordenanzas de Bilbao y las reales órdenes adicionales de 1º de octubre de 1816, 10 de mayo de 1817 y 4 de setiembre de 1818. En las apelaciones entendería uno de los camaristas, “en los mismos términos que por las Ordenanzas se hacían ante el Corregidor y colegas de Bilbao”. Lo resuelto por el camarista y colegas, “se llevará ante el presidente de la Ilustrísima Cámara y colegas, con arreglo a lo prescripto en las expresadas ordenanzas”⁸⁷. Sostienen las investigadoras Bistué y Conte de Fornés, que este Tribunal Consular no quedó conformado, por lo menos en forma permanente y que existía un juez de comercio, elegido por los mismos comerciantes, actuando con el procedimiento establecido para las diputaciones por la cédula de 1794, pues si no se avenían las partes, cada una proponía dos colegas y el juez elegía uno de cada una.⁸⁸

El *Reglamento de Administración de Justicia de la Provincia de Mendoza 1834*, no introduce mayores modificaciones a las disposiciones señaladas y determinó que el juez de comercio y dos colegas, conocerían como hasta ese momento, en todos los negocios y pleitos que ocurran entre comerciantes ma-

⁸⁵ LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, pp. 244 y 247: art. 1º, inc. 10 y 28.

⁸⁶ NOEMI DEL CARMEN BISTUÉ Y BEATRIZ CONTE DE FORNÉS, “La administración de justicia mercantil en Mendoza entre 1830 y 1870”, *Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, nº 27, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Buenos Aires, 1990, pp. 57-60.

⁸⁷ Ídem. En este estudio las autoras transcriben íntegramente las leyes, decretos y reglamentos que mencionamos.

⁸⁸ Ídem, p. 60.

tricolados, siempre que fueren sobre negocios de comercio. En cuanto al modo de conocer dispone que se ajustara a lo dispuesto en la cédula ereccional del Consulado de Buenos Aires, y en las resoluciones a las Ordenanzas de Bilbao y demás leyes vigentes en los casos no determinados por esas ordenanzas⁸⁹.

La ley del 7 de noviembre de 1845 *reorganiza el Juzgado de Comercio, que lo sustituye por el antiguo Consulado*, pues el tribunal se compondrá de un juez que debe ser comerciante y dos colegas permanentes designados anualmente todos a pluralidad del gremio, nombrándose también dos suplentes de los colegas. El Tribunal se regirá para la sustanciación y resolución de los asuntos de su competencia por el código de comercio español de 1829 y la ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio española de 1830. “En los casos de que ese código como la ley expresada no provean, se arreglarán a la cédula ereccional del Consulado de Buenos Aires, y las leyes y disposiciones de nuestros códigos vigentes”⁹⁰.

El Reglamento de 1860 nada modifica pues establece que para el Juzgado de Comercio regirá la ley del 7 de noviembre de 1845⁹¹. En 1863 se pone en vigencia el código de comercio redactado por los doctores Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo para la provincia de Buenos Aires y declarado nacional por ley del Congreso de 15 de octubre de 1862.

4. ENTRE RIOS. Los jueces diputados de comercio seguían administrando justicia durante la organización establecida por el *Estatuto Provisorio Constitucional* del 4 de marzo de 1822, hasta que por ley del 6 de marzo de 1823 se crean los juzgados de comercio, con asiento en las ciudades de Paraná y Concepción del Uruguay⁹². Según Levaggi la ley no dio los resultados esperados y fue derogada por otra del 19 de enero de 1830⁹³, volviendo a actuar los diputados.

Por una ley del 5 de abril de 1836, se establece que “los diputados de comercio que hoy existen se denominarán en adelante jueces y en sus resoluciones se ajustarán a la cédula de creación del Consulado de Buenos Aires del año 1794 y a las ordenanzas de creación de Bilbao”. Estos jueces serían nombrados por los comerciantes matriculados reunidos en Asamblea el 7 de enero de cada año y el tribunal de alzada de comercio se integraba con uno de

⁸⁹ D. C. A., p. 1061, capítulo IX, arts. 58 y 59.

⁹⁰ BISTUÉ Y CONTE DE FORNÉS, *op. cit.*, pp. 61-62, 1º y 2º.

⁹¹ Ídem, art. 90, p. 62.

⁹² GUILLAMONDEGUI, *op. cit.*, p. 121.

⁹³ LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, p. 264.

los jueces del Superior Tribunal y dos comerciantes nombrados por el mismo, elegidos de los que propongan las partes en cada juicio⁹⁴.

El Reglamento de Administración de Justicia del 13 de abril de 1849, establece que habrá un juez de comercio en la capital de la provincia, el que tendrá jueces delegados en los pueblos que tengan puertos habilitados. Determina que la sustanciación de las causas mercantiles en todos grados e instancias, así como en sus términos y recursos tanto ordinarios como extraordinarios es igual a los jueces civiles, “sin más diferencia que la que por las Ordenanzas Mercantiles corresponde a la naturaleza de la cuestión que se ventile”⁹⁵. El procedimiento, terminado el juicio de concordia ante el juez de paz, pasaba a entender en los de mayor cuantía el juez de comercio y sus delegados, y llegada la causa al estado de sentencia, cada parte era intimada a nombrar dos individuos del comercio para colegas, el juez debía elegir entre los propuestos por cada litigante, a quienes pasaría las actuaciones para su estudio y cumplido ello se reunirían los tres para dictar sentencia. Es importante destacar que se mantiene el principio fundamental de la justicia consular al establecer que “el juez de comercio y sus delegados no admitirán en sus juzgados escrito alguno con forma de abogado, guardando en lo demás lo prevenido en el orden de tramitación de los juicios” y que “en las causas de comercio no se harán asesorar por abogados, sujetándose los jueces a la buena fe en su determinación sobre lo que estriba la base del comercio”⁹⁶. De la sentencia del juez de comercio había “apelación” ante el mismo juez, nombrándose otros colegas y de las de los jueces delegados ante el juez de comercio, cuya sentencia hacía cosa juzgada si era confirmatoria, en caso contrario se recurría ante el mismo juez quien la revisaba con otros colegas.

5. SANTA FE. El *Estatuto Provisorio de 1819* de esta Provincia, no hace referencia a la justicia mercantil, limitándose a establecer que la administración de justicia continuará en lo sucesivo en el mismo orden guardado hasta el presente, según el cual correspondía la primera instancia el alcalde ordinario y la última el gobernador tanto en materias civiles como penales⁹⁷. Por ley del 25 de febrero de 1826, se resolvió crear un tribunal de alzada compuesto de tres ciudadanos amovibles por el Gobierno, con competencia para entender en segunda instancia en todos los pleitos seguidos por escrito⁹⁸.

⁹⁴ IBAÑEZ FRONCHAM, *op. cit.*, p. 109; GUILLAMONDEGUI, *op. cit.*, 122.

⁹⁵ LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, pp. 295, 300-301.

⁹⁶ GUILLAMONDEGUI, *op. cit.*, p. 123; LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, 300-301.

⁹⁷ Cf. IBAÑEZ FROCHAM, *ob. cit.*, p. 102. LEVAGGI, *Orígenes...op. cit.*, 624, 614-615.

⁹⁸ LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, p. 615.

En cambio, el Reglamento de Justicia sancionado por la Junta de Representantes el 24 de enero de 1833 instituye un juez para la administración de justicia en el ramo mercantil, que debía ser un comerciante y permanecía un año en la función con jurisdicción en toda la provincia y debía actuar de acuerdo con las leyes de la materia⁹⁹, que fundamentalmente eran las indianas. La Constitución del 17 de julio de 1841 ratifica ese Reglamento (art. 59) y la situación se mantiene hasta que el gobernador, al organizar administrativa y judicialmente el pueblo de Rosario en agosto de 1854, haciendo uso de las facultades concedidas por la Sala de Representantes el 30 de julio de ese año, crea el Tribunal de Comercio del Rosario constituido por un prior y dos cónsules elegidos por los comerciantes, que entendemos entró a funcionar a partir del año siguiente. Dispone “que las Ordenanzas de Bilbao sea el Código por el cual ese Consulado deberá arreglar su procedimiento en todo lo que no se oponga a la Constitución política y leyes nacionales y de la provincia”.

El sistema se mantiene hasta 1855 año, en que una ley del 12 de marzo, “restituye un Tribunal de Comercio” a la Ciudad de Santa Fe, capital de la Provincia, bajo los mismos términos y las mismas bases del establecido para la ciudad de Rosario. Tres días más tarde se creaba el Juzgado de Alzada, que va a ser desempeñado por “un letrado recibido [sic]”, quien conocerá en grado de apelación súplicas de las sentencias definitivas o interlocutorias que traigan gravamen irreparable expedidas por los juzgados de primera instancia o por los Tribunales de Comercio” [eran dos]. Se abolía por la misma disposición el recurso de segunda suplicación, limitándose la instancia al Juzgado de Alzada¹⁰⁰. La ley del 18 de diciembre de 1855 dispuso que en los juicios mercantiles en grado de apelación, llegada la causa a estado de sentencia, el juez de alzadas ordenara a los litigantes que nombren dos individuos del comercio y elegirá uno de los propuestos por cada parte para colegas¹⁰¹.

La Asamblea Constituyente el 22 de agosto de 1855, mediante una ley dispone que los Tribunales de Comercio establecidos en la provincia puedan

⁹⁹ LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, pp. 617 y 628; IBÁÑEZ FROCHAN, *op. cit.*, pp. 103-104; GUILLAMONDEGUI, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁰ OSCAR LUIS ENSINCK y MANUEL T. MARULL, “La Sociedades por Acciones en Rosario (1852-1862)”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, n° 22, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1971, p. 32; GUILLAMONDEGUI, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰¹ Ver LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, p. 630. Reglamento para la Cámara Eventual de Justicia y el Tribunal de Alzadas, art. 9.

adoptar el código de comercio español, promulgado el 30 de marzo de 1829, de ser necesario por deficiencias de las Ordenanzas de Bilbao, es decir en subsidio o en forma supletoria.

El Reglamento de Justicia del 23 de enero de 1861, determina que el Tribunal de Comercio de cada Circunscripción Judicial (Capital y Rosario), será ejercido por un prior y dos cónsules y declara ley de la provincia al Código de Comercio promulgado en Buenos Aires el 8 de octubre de 1959, de acuerdo al cual deberán proceder los Tribunales de Comercio de la Provincia, el que a su vez por ley de septiembre de 1862 fue declarado Código vigente en toda la Nación¹⁰².

6. SALTA. En la ciudad de Salta, capital de la provincia homónima, se había establecido una diputación del Consulado de Buenos Aires que hemos señalado y su último diputado fue don Angel Lener, quien el 12 de junio de 1823, reunió a los más fuertes comerciantes del lugar, para tratar un proyecto que debía ser elevado a la Junta de Representantes, por el cual se proponía la creación de un Tribunal de Comercio, la que finalmente por ley del 20 de noviembre de 1924 estableció su creación “para que con arreglo a las leyes generales y a las contenidas en las Ordenanzas de Bilbao y Cédula Ereccional del Consulado de Buenos Aires”, administre justicia en los negocios relativos a este ramo y cumpla demás funciones del instituto. El tribunal se integraría con un presidente y dos vocales, electos por la Junta General de Comerciantes convocada por el gobierno, que conocería privativamente de las diferencias entre comerciantes, sus factores y todos los otros que indican las Ordenanzas de Bilbao¹⁰³.

En 9 de marzo de 1826 la Cámara de Justicia aprobó el Reglamento Económico que establecía que en el acto eleccionario, que debía realizarse durante la última semana de cada año, se elegirían también tres suplentes o tenientes que sustituirían al prior y a los cónsules cuando estos estaban ausentes o se excusaban por causa legítima y probada. Además no se podía admitir demanda sin proponer primero conciliación a las partes, de acuerdo a lo mandado por el Reglamento de Administración de Justicia, siguiendo en

¹⁰² ENSINCK y MARULL, *op. cit.*, pp. 32-34. LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, pp. 636-637.

¹⁰³ GUILLAMONDEGUI, *op. cit.*, p. 131; LUISA A. MILLER ASTRADA, “El tribunal de Comercio de Salta (1824-1830)”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 5, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1977, pp. 128-131; MILLER ASTRADA, “La Justicia mercantil en Salta (1825-1857)”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 7, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1980, pp. 267-292.

esto lo dispuesto por el Reglamento Provisorio de 1817¹⁰⁴. En Salta a fines de 1828, existe una Alzada de Comercio y un Tribunal de Comercio¹⁰⁵.

En 1840 la primera instancia del fuero mercantil tiene sus sedes en las ciudades de Salta y Orán, estando a cargo de comerciantes elegidos anualmente en asamblea de mercaderes y la Alzada de Comercio a cargo del Juez de Alzada de la Provincia, asociado a dos colegas que nombrará y tendrán voto igual que él. Si corresponde intervenir por súplica u otro recurso extraordinario, la Cámara de Justicia conocerá en el juicio pero integrada con dos colegas nombrados en terna por las partes, que tendrán también igual voto que los camaristas¹⁰⁶.

Se llega así hasta el periodo constitucional y conforme a la Constitución de la Provincia de 1855, existirá un Tribunal Mercantil. El Reglamento de Administración de Justicia del 11 de febrero de 1857, dispone que “en los juicios de comercio, atendiendo a la deficiencia de las leyes vigentes y hasta que se sancione el Código de la Nación correspondiente a este ramo”, se observará el Código de Comercio español de 1829 “en lo que no se halle indispuerto por la Cédula Ereccional del Consulado de Buenos Aires y Ordenanzas de Bilbao”, es decir con carácter supletorio. En 1864 comienza la vigencia en la provincia el Código de Comercio argentino¹⁰⁷

7. TUCUMÁN. En esta provincia el *Reglamento de Administración de Justicia* del 12 de enero de 1842 estableció un juez de comercio a cargo de la primera instancia mercantil con el título de cónsul, designado anualmente por los comerciantes de la ciudad reunidos en una junta convocada con ese fin. Los *Reglamentos de Justicia* dados el 18 de diciembre de 1845 y el 2 de enero de 1851, mantienen la organización judicial en materia mercantil, agregando el último de ellos la obligación de los comerciantes electos de aceptar el cargo. Esto fue confirmado por el Estatuto Provincial de 1852 al manifestar que el Poder Judicial reside en los jueces que establece el actual Reglamento de Justicia y “su duración en la magistratura y sus funciones serán las que expresa el mismo y las leyes generales”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ MILLER ASTRADA, “La Justicia...” *op. cit.*, pp. 269-276.

¹⁰⁵ GUILLAMONDEGUI, *op. cit.*, p. 132; IBAÑEZ FROCHAM, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰⁶ IBAÑEZ FRONCHAM, *op. cit.*, p. 35. GUILLAMENDEGUI, *op. cit.*, p. 132.

¹⁰⁷ LEVAGGI, *Orígenes...*, *op.cit.* p. 468.

¹⁰⁸ D. C. A., pp. 1359-1360. GUILLAMONDEGUI, *op. cit.*, p. 133; LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, pp. 702.

Un nuevo *Reglamento de Justicia* en 1860, estableció un Consulado de Comercio compuesto de un prior y dos cónsules, primero y segundo, con sus respectivos tenientes. Determina también el concepto de acto de comercio expresando que es todo convenio por el cual se compra, o alquila una cosa mueble o semoviente con el objeto de venderla o alquilar el uso de ella, ya sea en el mismo estado que se adquirió o dándole otra forma; como todo documento o acto que por la Ordenanza de Bilbao sea reputado comercial, lo que demuestra la presencia que mantiene ese cuerpo de Derecho mercantil medio siglo después de la Revolución. Este Reglamento exime expresamente del patrocinio letrado las intervenciones ante ese tribunal y dispone que arreglará el conocimiento y decisión de las causas que le corresponden, de acuerdo con las Constituciones General y Provincial; las leyes nacionales y provinciales; según el orden que establece la real Cédula de erección del Consulado de Buenos Aires; por el Ordenamiento de Alcalá, el Código de las Partidas, por el Fuero Real, Fuero Juzgo y Fuero Viejo de Castilla, sin que sea necesario probar que sean usados y guardados¹⁰⁹. Por último el Tribunal de Comercio se reemplazó por la justicia letrada por una ley del 3 de septiembre de 1864, estando ya vigente el Código de comercio argentino sancionado en 1862.

8. SAN JUAN. El *Reglamento del Poder Judicial de 1823* entre los tribunales de excepción ubica al Juzgado de Comercio, cuyo titular era elegido a pluralidad por los comerciantes, quien conocía definitivamente hasta la cantidad de 200 pesos y en las causas que excedían ese valor procedía la apelación ante la Suprema Corte de Justicia que juzgaba y se pronunciará en ellas con arreglo a las Ordenanzas de Comercio. Por ley del 6 de julio de 1849 se fundó un Tribunal de Comercio, que formaban un juez y dos colegas¹¹⁰ y en el Reglamento de Administración de justicia del 27 de febrero de 1855 se establece que queda vigente el Tribunal de Comercio que creó la ley del 6 de julio de 1849, asesorando en las causas de comercio el Juez de letras en lo civil, a quien reemplazará, existiendo impedimento, el Juez de letras en lo criminal¹¹¹.

¹⁰⁹ GUILLAMONDEGUI, *cit.*, pp. 133-134; LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, p. 714.

¹¹⁰ SUSANA RAMELLA DE JEFFERIES, "La organización del Poder Judicial de San Juan hacia el año 1887", en *Cuadernos*, X-11, San Juan, Universidad Católica de Cuyo, 1974, p. 79.

¹¹¹ LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.*, pp. 483 y 489.

Terminamos considerando el decreto de Domingo Faustino Sarmiento del 9 de septiembre de 1862 sobre organización de la justicia comercial en esta provincia. Del mismo resulta que al intervenir el Juzgado de Letras en las causas comerciales se lo sobrecargaba en sus funciones y para solucionar esa situación se crea un Juzgado de Letras en lo Comercial, integrado por un juez de letras que designará el Poder Ejecutivo y dos comerciantes titulares y dos suplentes, elegidos por sus pares convocados por el juez letrado. Asimismo se establece que el nuevo magistrado aplicará el Código y la Ley de Enjuiciamiento de España, y en lo que no provea ese Código el vigente en Buenos Aires. Esto rigió por muy poco tiempo, pues comenzará durante el siguiente año la vigencia del Código de la Nación¹¹².

9. De las restantes provincias no se cuenta con elementos suficientes para tratar el tema, pero estimamos que hasta la vigencia del Código de comercio de 1862 y la adecuación de su administración de justicia, a sus nuevas constituciones, la presencia indiana estuvo presente en igual o mayor medida que las estudiadas.

6. Epílogo

Con el análisis realizado hemos tratado de determinar la vida de dos instituciones indianas durante las primeras cinco décadas posteriores de la Revolución de mayo de 1810, que es el periodo en que fracasa la organización política y administrativa del Estado argentino y como consecuencia de ello las provincias deben encarar su ordenamiento institucional. A medida que avanzamos en el período abarcado percibimos la persistencia del derecho y la tradición indiana y la lenta evolución que se produce como consecuencia de la admisión de nuevos principios fundados en doctrinas dieciochescas.

Pero el panorama no es igual en todas las provincias, sino que se presenta disímil en cuanto a la permanencia y el cambio en las respectivas organizaciones políticas y administrativas, pues en unas regiones influye más la tradición que en otras y a la inversa lo mismo ocurre con relación a la influencia de la ilustración. Así algunas provincias encaran la sustitución de la residencia por el juicio político en la primera década revolucionaria y otras lo mantienen por un tiempo mucho más extenso, como hemos visto.

¹¹² LEVAGGI, *Orígenes...*, *op. cit.* pp. 479, 495-497.

La presencia del sistema indiano en la justicia mercantil es más dilatada que en los medios de control de los agentes de la administración, que con variantes que no afectan a su naturaleza se manifiesta aunque con distinta intensidad durante más de medio siglo. En este ámbito comercial, al panorama descrito en el párrafo anterior, debemos agregar la falta de letrados en algunas provincias que impidió la creación de una justicia letrada comercial, pues incluso no estuvo a cargo de hombres de derecho la justicia civil y la criminal en algunos ámbitos, pudiendo señalarse como ejemplo, aunque no es el único, a la provincia de Corrientes. Pero no negamos que también otras circunstancias puedan haber demorado el establecimiento de la organización judicial que proclamaban los textos fundamentales de la época, los que seguían las ideas del constitucionalismo dieciochesco y sus desarrollos posteriores durante las primeras décadas del siglo de la Independencia.

Entendemos haber logrado el fin que nos propusimos, que consistía en acreditar que existió una proyección del derecho indiano en dos instituciones importantes, íntimamente ligadas a la organización política y administrativa del Río de la Plata, dándole a esta última expresión un sentido amplio, abarcativa de la parte Sur del Virreinato que constituye el ámbito territorial de la actual República Argentina.

NUEVAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL TEMA
DE LAS ORDENANZAS DE INTENDENTES

NEW CONSIDERATIONS ON THE TOPIC OF THE ORDINANCES
OF INTENDANTS

RAFAEL DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO
El Colegio de Michoacán (México)
rdiego@colmich.edu.mx

“Creado el instrumento capaz de interpretar y ejecutar, es necesario darle precisas instrucciones para que actúe en la dirección apetecida. El hombre del siglo XVIII, que confía en la fuerza transformadora de la ley, intensifica la tarea legislativa como un medio de imponer los cambios económicos, administrativos, sociales y aun espirituales que propicia. Tiende a abandonar un sistema elástico y discrecional, más empeñado en resolver justiciaramente cada caso de conformidad con sus circunstancias que en imponer la obligatoriedad de leyes que acaso fueron concebidas para regular una situación diferente. Estaban muy lejos los tiempos en los que –según Juan de Matienzo–, importaba más el buen juicio del gobernante que la estricta observancia de las ordenanzas y, por el contrario, el despotismo ilustrado reinante proclama la necesidad de un respeto religioso a la voluntad del Soberano expresada en la ley y persigue una sociedad fielmente ajustada a una legislación racional y omnicompreensiva. A nadie podía chocar, entonces, que se fijaran pautas de actuación mucho más rígidas y detallistas que las tradicionales. El obrar de conformidad a un estricto ordenamiento objetivo y racional confiere eficacia a la burocracia dieciochesca y le da un aire de modernidad pero, como reverso, le quita flexibilidad para afrontar situaciones no previstas por los reglamentos y la obliga a demorar las soluciones de los casos insólitos” *.

Resumen: La corriente historiográfica de la historia del derecho indiano que se había ocupado a la fecha del tema de las Ordenanzas de Intendentes, tanto de Río de la Plata de 1782 como de la Nueva España de 1786, lo había hecho fundamentalmente desde la comparación entre estos dos textos y las Ordenanzas Generales de 1803. El trabajo que ahora

* JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, “Presentación” en MARILUZ URQUIJO, José M., (Director), *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1995, pp. 7-9.

se presenta rompe con este paradigma a partir de la investigación del autor en torno al Proyecto de Ordenanzas de Intendentes de José de Gálvez de 1774.

Palabras clave: Ilustración, Reformas Borbónicas, Ordenanzas Intendentes, Intendencias, Subdelegaciones, Nueva España.

Abstract: The historiographical current that up to now has dealt with the history of Derecho Indiano in relation to the Ordinances of Intendants (*Ordenanzas de Intendentes*) of 1782 for Río de la Plata and 1786 for New Spain, have conducted their research fundamentally by means of comparing these two texts with the General Ordinances (*Ordenanzas Generales*) of 1803. The present study breaks with this paradigm based on the author's ongoing research into the project concerning the 1774 'Ordinances by Intendants' by José de Gálvez.

Keywords: Illustration, borbonic reforms, New Spain, *Ordenanzas Intendentes*, *Intendencias*, *Subdelegaciones*

Sumario: 1. Repaso historiográfico. 2. Las Ordenanzas de Intendentes consideradas como fuente documental. 3. Algunas consideraciones en torno a la manera en que se ha venido trabajando el texto de las Ordenanzas de Intendentes. 4. Estudio de caso.

1. Repaso historiográfico

Para comenzar consideramos oportuno citar algunas de las que consideramos las obras más influyentes para seguirle la pista al proceso de estudio en torno al tema tanto de las Intendencias como de las Ordenanzas de Intendentes.

España

A mediados de los años cincuenta del siglo XX en España surgen los primeros estudios monográficos sobre el régimen de Intendencias, y unos años después sobre el de las Ordenanzas de Intendentes.

En el primer caso tenemos la tesis doctoral presentada por el historiador Luis Navarro García en la Universidad de Sevilla, bajo la dirección de José Antonio Calderón Quijano, sobre el tema en general del régimen de Intendencias en la América Borbónica¹.

En la década siguiente Alfonso García-Gallo dirigía la tesis doctoral de la venezolana Gisela Morazzani. consistente en el estudio comparativo entre

¹ LUIS NAVARRO GARCÍA, *Intendencias en Indias*, Prólogo del Dr. D. José A. Calderón Quijano, Sevilla, Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, 1959.

las Ordenanzas de Río de la Plata de 1782, la de Nueva España de 1786, y la General de 1803².

México

En la década de los años setenta en México sobre el tema de los intendentes marcan el rumbo a seguir los trabajos de David Brading³, Horst Pietschman⁴ y Aurea Commons⁵, y desde la perspectiva de la historia del derecho los primeros trabajos específicos sobre las Ordenanzas de Intendentes son de la autoría de Ricardo Rees Jones⁶ y de Guillermo Floris Margadant⁷.

Argentina

En el ámbito sudamericano entre las obras monográficas sobre el tema del régimen de intendencias más citadas se cuentan, sobretodo, para el caso peruano, las de Carlos Deustua⁸ y John Fisher⁹, y para el argentino las de John Lynch¹⁰ y Edberto Óscar Acevedo¹¹.

² GISELA MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *Las ordenanzas de intendentes de Indias (cuadro para su estudio)*, prólogo Alfonso García-Gallo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derechos, 1972.

³ DAVID A. BRADING, *Mineros y comerciantes en el México borbónico (1763-1810)*, México, Fondo de Cultura Económica, La reimpresión, 1983.

⁴ HORST PIETSCHMANN, *Las reformas borbónicas y el sistema de intendencias de Nueva España. Un estudio político administrativo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

⁵ AUREA COMMONS, *Las Intendencias de la Nueva España*, México, Instituto de Investigaciones Históricas, Instituto de Geografía, UNAM, 1993.

⁶ *Real ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes de ejército y provincia en el Reino de la Nueva España, 1786*, México, edición facsimilar, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1984.

⁷ GUILLERMO FLORIS MARGADANT, "La Ordenanza de Intendentes para la Nueva España. Ilusiones y logros", *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano, (1986)* México, UNAM, 1988, T. II., pp. 655-684.

⁸ CARLOS DEUSTUA PIMENTEL, *Las Intendencias en el Perú (1790-1796)*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, 1965.

⁹ JOHN FISHER, *El Perú borbónico, 1750-1824*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, Serie: Estudios Históricos 28, 2000.

¹⁰ JOHN LYNCH, *Administración colonial española, 1782-1810. El sistema de intendencias en el Virreinato del Río de la Plata*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición 1967.

¹¹ EDBERTO ÓSCAR ACEVEDO, *Las Intendencias Altoperuanas en el Virreinato del Río de la Plata*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992.

Por lo relativo al tema específico de las Ordenanzas de Intendentes en Argentina contamos con una serie de trabajos relevantes ya que por un lado está la obra colectiva publicada en 1995 por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho bajo el título de *Estudios sobre la Real Ordenanzas de Intendentes del Río de la Plata*, bajo la dirección de José María Mariluz Urquijo¹², y por otra parte la monografía de Laura San Martino de Dromi¹³.

De manera por demás complementaria al tema de las Ordenanzas de Intendentes, desde el punto de vista de la historia del derecho es imprescindible tener en cuenta la edición de Eduardo Martiré del *Manifiesto* de Jorge Escobedo sobre el proyecto de Ordenanzas Generales de Intendentes de 1803¹⁴.

Por último es importante señalar que El Colegio de México acaba de publicar una obra de singular relevancia sobre el tema, pues se trata nada menos que de la antología del profesor Pietschmann sobre sus investigaciones y reflexiones a lo largo de toda una vida precisamente sobre el tema de las Reformas Borbónicas en general y en particular sobre el régimen de Intendencias que resulta una aportación de primer orden para los interesados en el tema¹⁵.

2. Las Ordenanzas de Intendentes consideradas como fuente documental

Más allá de la relevancia y riqueza que nos proporcionan los trabajos realizados por los historiadores del derecho que se han ocupado de manera específica del tema de las Ordenanzas de Intendentes tanto para el caso de Río de la Plata y de la Nueva España, así como para el de la General de 1803, interesados en el contenido jurídico de las Ordenanzas, bien desde el punto particular de cada una de ellas, bien desde el punto de vista comparativo entre las tres, en esta ocasión queremos poner el acento en la Ordenanza desde la perspectiva de la fuente documental misma.

¹² MARILUZ URQUIJO, *op. cit.*

¹³ LAURA SAN MARTINO DE DROMI, *Constitución Indiana de Carlos III. La Real Ordenanza de Intendentes de 1782*, Madrid, Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, 1999.

¹⁴ JORGE ESCOBEDO, *Manifiesto de las razones en que está fundado cada uno de los artículos de la nueva ordenanza de Intendentes de Indias*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Universidad de Buenos Aires, 1983.

¹⁵ HORST PIETSCHMANN, *Acomodos políticos, mentalidades y vías de cambio. México en el marco de la monarquía hispana*, México, El Colegio de México, 2016.

Por lo que respecta al estudio de ésta, es decir del proceso de elaboración de las Ordenanzas de Intendentes, el único trabajo con el que contamos es el que realizó desde la perspectiva meramente histórica, y no jurídica, Luis Navarro, quien dio a conocer el primer proyecto de Ordenanzas elaborado por José de Gálvez en la Nueva España el año de 1768, que constaba de poco más de 30 artículos, la mayoría de ellos concernientes a la forma en que se les habría de cubrir el salario a los nuevos Intendentes¹⁶.

Ahora bien, si se toma en cuenta la relevancia de las reformas borbónicas tanto para la debida comprensión de la etapa final del imperio español como para adentrarse al complejo siglo XIX iberoamericano, así como el hecho de que la parte medular para lograrlo radica precisamente en la manera en que impactó en cada rincón del imperio el régimen de Intendencias, tanto en las parte europea como en la americana y en la asiática; y si a lo anterior se le suma el hecho de que no es posible adentrarse en el tema del régimen de Intendencias en la América Borbónica y las Filipinas sino desde el punto de partida de la promulgación de las Ordenanzas de Intendentes, nos quedará por demás claro la relevancia del estudio de tan importante corpus legal.

A lo anterior aún habría que añadir la relevancia de las Ordenanzas de Intendentes como modelo legislativo indispensable de trabajar a fondo dado su papel de puente o de eslabón entre el anterior modelo legislativo imperante –el de las Recopilaciones y Cedularios– y el nuevo modelo codificador que llegaría con la Ilustración y que cristalizaría en la nueva cultura constitucional a partir de Cádiz.

Al respecto resulta útil retomar el concepto de *leyes fundamentales* que tan importante resulta para la debida comprensión del orden jurídico, político y social del antiguo régimen, y al respecto consideramos que entre las mismas destacan, sin lugar a dudas, para el s. XVI las Leyes Nuevas; para el s. XVII la Recopilación de Leyes de Indias; para el s. XVIII precisamente las Ordenanzas de Intendentes, y para el s. XIX la Constitución Gaditana de 1812¹⁷.

Si uno se toma la molestia de hacer un repaso historiográfico sobre el interés que se le ha prestado por parte de los historiadores del derecho a cada una de estas fuentes legales, no hace falta mucho esfuerzo para comprender que, salvo para el caso específico de las Ordenanzas de Intendentes, para el

¹⁶ LUIS NAVARRO GARCÍA, *Las Reformas Borbónicas en América. El plan de Intendencias y su aplicación*, Universidad de Sevilla, 1995.

¹⁷ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, 6 vols.

resto de las *leyes fundamentales* hay abundantes estudios desde todos los puntos de vista, al grado que es posible hablar de verdaderas escuelas de historia del derecho en torno a las mismas, como resulta por lo menos por demás evidente para el caso de la Recopilación de 1680 y la escuela de Rafael Altamira y Crevea, y no se diga para el caso de la Constitución de 1812, en donde incluso se podría hablar de varias escuelas en torno a su estudio, destacando entre las mismas la formada por Francisco Tomás y Valiente, tan visible a partir de la creación por parte de algunos de sus alumnos más cercanos del grupo de HICOES¹⁸.

Por sorprendente que parezca, y como se puede constatar en el repaso historiográfico realizado, es aún escaso el interés que ha despertado entre los historiadores del derecho las Ordenanzas de Intendentes, tomando en cuenta que sin lugar a dudas resulta de la importancia y relevancia de las demás *leyes fundamentales* citadas.

La pregunta que sale a relucir a estas alturas de la exposición es la de ¿cuál es la razón por la que una fuente legal tan importante haya despertado a la fecha tan poco interés por parte de los historiadores del derecho?

Desde nuestro personal punto de vista esto se debe a múltiples causas, entre las que destacarían las siguientes:

En primer lugar habría que hablar del marasmo de acontecimientos políticos de la mayor trascendencia que en los mismos tiempos salieron a relucir, entre los cuáles bastaría con citar entre los externos la Independencia de los Estados Unidos¹⁹ y la Revolución Francesa²⁰, con todo el impacto que produjeron en el resto de la cultura occidental, y entre los internos al imperio español la expulsión de los jesuitas²¹ y la rebelión de Tupac Amaru²², así como la invasión francesa a la península con la consiguiente abdicación de los reyes españoles en favor de Napoleón²³.

¹⁸ CARLOS GARRIGA (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora, 2010.

¹⁹ JOHN H. ELLIOTT, *Imperios del Mundo Atlántico. España y Gran Bretaña en América (1492-1830)*, México, Taurus historia, 2009.

²⁰ FRANÇOIS-XAVIER GUERRA, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, México, Editorial Mapfre, Fondo de Cultura Económica, 1993.

²¹ ANTONIO DOMÍNGUEZ ORTÍZ, *Carlos III y la España de la Ilustración*, Barcelona, Altaya, 1996.

²² CHARLES WALKER, *La rebelión de Tupac Amaru*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2015.

²³ MIGUEL ARTOLA, *La España de Fernando VII*, 3a edición, España, Espasa Calpe, 2008.

También cabe mencionar la enorme atención, que desde el punto de vista institucional, se ha prestado al fenómeno de la codificación en general, y en específico a la nueva cultura constitucional que tanto habría de impactar a lo largo del s. XIX, por no mencionar el tema específico de la Constitución de Cádiz, a la cual buena parte de la historiografía especializada considera el verdadero parte aguas del cual surgió el nuevo y venerado orden republicano²⁴.

Para tomar tan sólo un ejemplo del énfasis que se ha puesto al tema del constitucionalismo gaditano, en el caso mexicano desde el año de 1955 en que se publicó la obra ya clásica de la historiadora norteamericana Nettie Lee Benson, se sigue insistiendo, hasta la fecha, en que el federalismo mexicano hunde sus raíces en el surgimiento de las Diputaciones Provinciales, que resultaron una más de las creaciones geniales que vieron la luz con la Constitución de 1812²⁵.

A lo anterior tan sólo cabría añadir que el exaltado nacionalismo que ha prevalecido en el ambiente historiográfico bajo el cual se ha forjado la historia del derecho en América Latina, ha dejado de lado el estudio de las instituciones político-jurídicas del antiguo régimen y, en consecuencia, se ha dado por completo la espalda a cualquier posible influencia de éstas en la historia republicana de las nuevas naciones de la América hispana.

Procede ahora considerar el tema mismo de la forma en que desde la historia del derecho se ha abordado el estudio de las Ordenanzas de Intendentes, y al respecto tenemos, como ya se ha comentado previamente, que o bien se trata de acercamientos específicos al contenido de cada una de las 3 Ordenanzas –la de 1782, 1786 y 1803–, o bien de estudios comparativos que buscan destacar tanto las semejanzas como las diferencias entre las mismas, y en este rubro el consenso que impera es el de que las Ordenanzas de Nueva España no pasan de ser un mero refrito o copia de las Ordenanzas de 1782 de Río de la Plata, y con respecto a las Ordenanzas Generales de 1803 hay consenso en el hecho de que a pesar de haber estado vigentes tan sólo unos cuantos meses, aun así hay que tomarlas muy en cuenta no sólo por el hecho de que en algunos rubros tuvieron cierta influencia, sino también porque resultan un buen reflejo de los cambios y modificaciones que con el paso de los años se realizaron tanto a las Ordenanzas de 1782 como a las de 1786.

²⁴ JOSÉ MARÍA PORTILLO VALDÉS, *Historia Mínima del Constitucionalismo en América Latina*, México, El Colegio de México, 2016.

²⁵ NETTIE LEE BENSON, *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, México, 2a. edición, El Colegio de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Sin embargo, y desde la perspectiva de la fuente documental –es decir en lo que concierne al proceso de elaboración de las mismas–, es poco y confuso lo que nos transmiten los estudios que se han ocupado del tema, y al respecto lo más lejos que se llega, como ya se mencionó, es al borrador de la treintena de artículos que remitió José de Gálvez a Carlos III en 1768, y a la referencia de que el modelo del cual partieron se encuentra en las Ordenanzas de Intendentes españolas de 1718 y 1749.

Sin embargo es el momento de llamar la atención sobre el grueso legajo que se encuentra en el Archivo General de Indias de Sevilla, donde se conserva el proyecto completo elaborado por José de Gálvez a lo largo de varios años, y que finalmente presentó a Carlos III en 1774, quien ordenó la constitución de una Junta *ad hoc* de ministros y juristas en 1778 para revisar minuciosamente el proyecto de Gálvez, quienes finalmente presentaron al monarca el resultado de las deliberaciones, con las correcciones, enmiendas y comentarios correspondientes.

Quizás a más de uno le sorprenda enterarse a estas alturas que tanto el proyecto de 1774 de la autoría de José de Gálvez, como las enmiendas introducidas al mismo por la Junta *ad hoc* que se encargó de su análisis y estudio, se refería única y exclusivamente al Reino de la Nueva España, y por supuesto no había la mínima referencia a tema alguno concerniente con la América Meridional en general, y mucho menos con un supuesto Virreinato de Río de la Plata.

Como resulta por demás evidente que el proceso mismo de elaboración de un cuerpo de Ordenanzas de Intendentes para la Nueva España llevaba para ese entonces la friolera de más de dos décadas de trabajo intenso, desde que el año de 1765 se enviara a José de Gálvez en calidad de visitador de la Nueva España con el cometido prioritario de que propusiera la mejor manera de implantar el régimen de Intendencias en aquel reino ultramarino, y aún tomaría una década más llevarlo a la práctica ¿cómo es entonces posible que para el Virreinato de Río de la Plata, entre el año de 1778 y el de 1782 se hubiera logrado en un tiempo récord superar el reto y tener listas unas Ordenanzas tan bien hechas y pensadas que no sólo servirían para asegurar la implantación del régimen de Intendencias en el propio Virreinato, sino incluso lograrlo en el resto de la América Meridional?

La pregunta que ahora se impone es la de ¿de dónde salieron dichas Ordenanzas para el Río de la Plata, quién fue el autor de las mismas, y a partir de qué diagnóstico de la situación política-económica y social fueron hechas?

Quizás más de uno se sorprenda también al enterarse de que en realidad, a diferencia del caso novohispano en que se mandó al visitador Gálvez a

hacer el diagnóstico en cuestión, y luego a proponer el proyecto para asegurar el éxito en la implantación del régimen de Intendencias; para el caso de Río de la Plata no hubo nada de esto, incluso ni tiempo para pensar, discutir y armar el proyecto, ni autor ni responsable del mismo, dado el estado de emergencia que se vivió en la región como consecuencia de la rebelión de Túpac Amaru²⁶.

En síntesis tenemos que, lisa y llanamente, las Ordenanzas de Intendentes de Río de la Plata no son otra cosa que la transformación hecha a la carrera del proyecto de Ordenanzas de Intendentes creado *ex profeso* por José de Gálvez para el caso específico de la Nueva España, y retocado en buena medida por la Junta *ad hoc* convocada para ello por Carlos III en 1778.

Ahora el problema a dilucidar es el de cómo fue posible que un proyecto tan complejo y complicado, creado con el fin específico de resolver una problemática concreta que se había diagnosticado luego de la intensa y extensa visita sexenal de Gálvez a la Nueva España, con problemas y realidades radicalmente diversas a las que se vivían en la América Meridional en general, y en particular en el territorio de lo que supondría en su día el Virreinato del Río de la Plata, que ni siquiera existía para entonces ¿cómo pudo implantarse el régimen de Intendencias en el Río de la Plata en primer lugar, y de inmediato en el resto de la mayor parte de la América Meridional?

La respuesta que uno podría suponer es que el proyecto de Ordenanzas de Intendentes de Gálvez para la Nueva España se componía tan sólo de una serie de reglas y principios generales por demás abstractos y de aplicación general, que finalmente permitieran hacerlos extensivos al resto de la América hispana y a las Filipinas sin mayor contratiempo.

Lo paradójico del caso es que, lejos de esto, el proyecto de Gálvez resultaba de un casuismo marcado, lo cual era por demás común en aquellos tiempos, de suerte que buena parte de los artículos se referían concretamente a regiones, temas y problemas particulares de la Nueva España, y por tanto la cuestión a dilucidar sigue siendo la de ¿cómo le hicieron los responsables encargados de ello para implantar un régimen como el de Intendencias – con el grado de dificultad enorme que suponía desde el punto de vista político, jurídico, económico, social y cultural –, en un escenario tan radicalmente diversos desde todos estos puntos de vista como lo era, de manera particular, el del Río de la Plata y, general, la América Meridional? – y ni qué decir de las Filipinas.

²⁶ WALKER, *La rebelión de Tupac Amaru*, Op.Cit.

Como bien se dice que para muestra basta un botón, he aquí un simple ejemplo de la técnica legislativa empleada por los redactores encargados de reconvertir al vapor la versión de las Ordenanzas de Intendentes para la Nueva España al contexto específico del Virreinato de Río de la Plata, en donde el siempre delicado tema del contrabando lleva a Gálvez, en su proyecto original, a referirse al puerto de Veracruz como *la precisa garganta y paso para el giro y comercio de todas las Provincias de Nueva España...*, referencia que en la Ordenanza de 1782 para Río de la Plata se transforma, sin problema aparente, lisa y llanamente en *Por ser los puertos de Buenos Aires y Montevideo las precisas gargantas y paso para el giro del comercio marítimo con todas las provincias de aquel Virreinato...*

Si uno toma además en cuenta que, por la cercanía de las fechas y de los acontecimientos históricos y políticos suscitados a partir de 1808 en ambas orillas del Atlántico, buena parte de las reacciones sociales surgidas en los dominios trasatlánticos de la monarquía hispana se dieron a partir de ese nuevo orden impuesto por el régimen de Intendencias, entonces se vuelve aún más acuciante la necesidad de profundizar en el estudio del proceso por medio del cual terminó implantándose este nuevo y radicalmente distinto régimen emanado de las Ordenanzas de Intendentes.

3. Algunas consideraciones en torno a la manera en que se ha venido trabajando el texto de las Ordenanzas de Intendentes

De manera por demás positivistas a la fecha aún se acostumbra citar artículo por artículo de la correspondiente Ordenanza de Intendentes que se trabaja, y de ahí sacar una serie de conclusiones y de consideraciones sobre lo que se considera el éxito o el fracaso del régimen de Intendencias en un lugar específico, o en general.

Sin embargo un aspecto sobre el cual venimos insistiendo desde hace tiempo es el relativo a que las Ordenanzas de Intendentes deben de tomarse como el punto de partida y no como el punto de llegada del régimen de Intendencias en la América hispana y las Filipinas, con lo cual queremos llamar la atención sobre el hecho bastante sorprendente en sí mismo de que desde que se publicara la primera versión de las Ordenanzas de Intendentes, es decir las de río de la Plata de 1782, en esa misma edición se incluían ya una serie de reformas sustantivas al texto a manera de suplemento.

Ya que abordamos el tema del material complementario al texto mismo de las Ordenanzas de Intendentes, hay que tener muy presentes los anexos que siempre acompañaban a las distintas ediciones de las mismas, pues se trataba de un rico y amplio material legislativo que las complementaba.

Y para el caso específico de la Nueva España resulta sumamente importante tener presente el medio por el cual fueron dadas a conocer las Ordenanzas de Intendentes de 1786, pues a los pocos meses de su llegada fueron publicadas en una obra que alcanzó una notable circulación entre las autoridades temporales y espirituales y entre las corporaciones más relevantes y poderosas de la Nueva España, de la autoría del célebre jurista y oidor de la Audiencia de México, Eusebio Bentura Beleña, la *Recopilación Sumaria de Autos Acordados de Montemayor y Beleña*, que incluía al lado de las Ordenanzas de Intendentes un conjunto de alrededor de 800 disposiciones normativas de toda índole, desde reales cédulas, provisiones y pragmáticas, hasta instrucciones, ordenanzas, bandos y reglamentos. Lo notable de este corpus legal es que alrededor del 90% de todas estas disposiciones correspondían a la etapa que comenzó con la llegada de José de Gálvez en calidad de visitador a la Nueva España el año de 1765, obra que suelen ignorar por completo los que consideran a las Ordenanzas de Intendentes como la única fuente legal a tomar en cuenta para adentrarse en el tema de las Reformas Borbónicas y del régimen de Intendencias y Subdelegaciones²⁷.

Con lo anterior venimos a cuestionar la pertinencia misma del método de seguir al pie de la letra el articulado de las Ordenanzas de Intendentes dada la significativa cantidad de enmiendas y modificaciones que desde el primer momento se realizaron a las mismas.

Y es precisamente a este respecto que llamamos la atención sobre el valor mismo de las Ordenanzas de 1803, en las cuales su autor, Jorge Escobedo, trabajó arduamente para rescatar y recoger todas estas reformas y modificaciones introducidas tanto a las Ordenanzas de Río de la Plata como a las de Nueva España, de suerte que la edición de las Ordenanzas de 1803 no sólo contienen mayor número de artículos, sino igualmente una cantidad considerable de ricos anexos.

²⁷ EUSEBIO VENTURA BELEÑA, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la real audiencia y sala del crimen de esta Nueva España, y providencias de su superior gobierno; de varias reales cédulas y órdenes que después de publicada la Recopilación*, México, UNAM, 1981.

El reto, por tanto, para todo aquel interesado en el estudio del régimen de Intendencias en la América hispana consiste en complementar la lectura del texto de las Ordenanzas de Intendentes –junto con el resto de las disposiciones citadas– con la documentación que resguardan los ricos acervos con fondos de la época, pues sólo así es posible identificar todo el cúmulo de reformas y adiciones que se hicieron a las Ordenanzas de Intendentes, y constatar el modo en que las diversas autoridades responsables de su aplicación hacían uso de ellas, el alcance que daban a sus términos, la manera en que llenaban las lagunas y resolvían las contradicciones, y el rigor con el que las aplicaban.

Una buena fuente para seguirle la pista a todo este cúmulo de modificaciones que sufriera el articulado de las Ordenanzas de Intendentes resultan ellas mismas, pues en los ejemplares que aún se conservan en los distintos repositorios coloniales no es raro constatar que se encuentran abundantes anotaciones marginales al modo de glosas, en las cuales se indican todas las reformas y transformaciones sufridas por diversos artículos, y afortunadamente hay una importante corriente historiográfica en la Argentina interesada en el tema²⁸.

Para el caso de la Nueva España, recientemente se ha publicado la edición glosada de las Ordenanzas de Intendentes que se conservaba en el archivo de la Audiencia de la Nueva Galicia²⁹.

Otro de los serios problemas que presenta el estudio del régimen de Intendencias en la América borbónica radica en el método mismo con el cual se ha trabajado el tema de las Intendencias, ya que hasta hace sólo unos años el énfasis se ponía casi exclusivamente en la figura de los propios intendentes, con lo cual los trabajos historiográficos sobre el tema solían resultar o una paráfrasis del articulado de las Ordenanzas de Intendentes, o bien monografías sobre la vida y obra de un determinado intendente, dando cuenta, con lujo de detalle, sobre todo de las obras públicas ejecutadas en la capital de la Intendencia, y sobre su trayectoria personal, su parentesco y redes sociales³⁰ - con las excepciones de rigor.

²⁸ MARILUZ URQUIJO, "Las glosas a las Ordenanzas", JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Op. Cit., pp. 193-202.

²⁹ *Real Ordenanza para el establecimiento é instrucción de intendentes de ejército y provincia en el reino de la Nueva España. Edición anotada de la Audiencia de la Nueva Galicia*, México, Universidad de Guadalajara, El Colegio de Michoacán, El Colegio de Sonora, 2008.

³⁰ RAFAEL D. GARCÍA PÉREZ, *Reforma y resistencia. Manuel de Flon y la Intendencia de Puebla*, México, Editorial Porrúa, Colección "Sepan cuantos..." n° 724, 2000;

Al respecto, a partir de 2011 se constituyó la *Red de Estudios del Régimen de Subdelegaciones en la América Borbónica* –RERSAB– integrada por un conjunto de historiadores y de historiadores del derecho interesados precisamente en el tema del escalafón inferior al del Intendente, el del Subdelegado, y esa nueva perspectiva de análisis despertó de nueva cuenta gran interés sobre el tema de las Ordenanzas de Intendentes dada la complejidad que representaba el nuevo objeto de estudio; para que se tenga una idea aproximada de la dimensión del reto planteado, tan sólo nos vamos a referir al caso de la Intendencia de Guadalajara, que es la que más hemos trabajado, la cual estaba conformada por 26 partidos, con sus respectivos Subdelegados en cada una de las cabeceras, ante lo cual de inmediato se plantearon una serie de interrogantes como las de: ¿quién y cómo se les nombraba, quién y cuándo los podían suspender, cuál era el vínculo que los unía con el Intendente, con el Asesor Letrado y con el cúmulo de Tenientes y Comisarios de toda índole que solían deambular por todas partes; así como con la Audiencia, con el Virrey y con las autoridades fiscales, tanto las locales –Junta Municipal de Propios, Arbitrios y Bienes de Comunidad–, provinciales –Tribunal de Cuentas– y centrales –Junta Superior de Real Hacienda–³¹?

También resultaba del mayor interés esclarecer sus relaciones con el resto de los Subdelegados de la Intendencia, conocer su trayectoria y saber si pasaban de una Subdelegación a otra dentro de la misma Intendencia, o si por el contrario se procuraba enviarlos a otras Intendencias para así evitar la creación de redes clientelares.

A lo anterior aún habría que añadir cuestiones relacionadas con el ejercicio del poder político en el ámbito local como lo sería lo relativo al tema de cuántos Tenientes podía nombrar cada Subdelegado, cuál era el perfil de los mismos, cómo se arreglaban entre ellos y que tan benéficos o perjudiciales resultaron para los pueblos de indios sobre los que ejercieron su poder.

Igualmente se planteaba la interrogante de cuáles eran las relaciones entre la autoridad temporal y la espiritual en los niveles distritales y locales,

MARÍA DE LOS ÁNGELES GÁLVEZ RUIZ, *La conciencia regional en Guadalajara y el gobierno de los intendentes (1786-1800)*, México, Unidad Editorial del Gobierno de Jalisco, 1996; BERNABÉ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *El gobierno del Intendente Anquiaco en Honduras, 1796-1812*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1997.

³¹ RAFAEL DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO, MARÍA PILAR GUTIÉRREZ LORENZO, LUIS ARRIJOJA, (coord), *De reinos y subdelegaciones. Nuevos escenarios para un nuevo orden en la América borbónica*, México, El Colegio de Michoacán, Universidad de Guadalajara, El Colegio Mexiquense, 2014 - www.rersab.org.

es decir, cómo se entendían entre sí párrocos y vicarios con Subdelegados y Tenientes, y también cómo le hacían para convivir con el cúmulo de jurisdicciones provinciales, distritales y locales activas en la época, como lo serían los Alcaldes de Hermandad y de Provincia, los Diputados de Minas, y los Comisarios, tanto de la Inquisición como de la Acordada, sin olvidar por supuesto a la jurisdicción militar.

Ahora que este cuerpo de investigadores agrupados en torno a RERSAB y distribuidos a lo largo y ancho de Hispanoamérica comienzan a ubicar importantes fuentes documentales tanto en los archivos centrales, como en los provinciales y municipales, y se plantean todas estas cuestiones mencionadas tan sólo a modo de ejemplo, toma un lugar central el tema mismo del ordenamiento legal que está detrás del régimen de Intendencias y Subdelegaciones, razón que consideramos por demás suficiente para haber emprendido la edición crítica del proyecto de Intendencias de José de Gálvez, con las enmiendas y adiciones de la Junta revisora ad hoc de 1778, y con el añadido del estudio comparativo entre dicho proyecto revisado y adicionado, y el articulado mismo de las Ordenanzas de Intendentes de Río de la Plata de 1782 y de Nueva España de 1786³².

Para tener una idea del interés y fuerza que empieza a tomar el tema tenemos que, simplemente en el Colegio de Michoacán, a partir de la constitución de RERSAB se han presentado un conjunto de tesis doctorales relativas a temas tan relevantes como los del asesor letrado³³, subdelegados³⁴, tenientes de subdelegados³⁵ y comunidades indígenas centroamericanas³⁶.

4. Estudio de caso

Como muestra de la complejidad que puede representar el rastreo de los orígenes y elaboración de los artículos que conforman las Ordenanzas de Inten-

³² RAFAEL DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO, *El proyecto de José de Gálvez de 1774 en las Ordenanzas de Intendentes de Río de la Plata y Nueva España*, México, El Colegio de Michoacán, 2016.

³³ JAIME HERNÁNDEZ DÍAZ, *El asesor letrado en la transición jurídica en Michoacán. Entre el antiguo régimen y el sistema constitucional, 1776-1835*, 2015.

³⁴ JOSÉ LUIS ALCAUTER GUZMÁN, *Régimen de Subdelegaciones en la América borbónica. Autoridades intermedias en transición, Valladolid de Michoacán*, 2013.

³⁵ MARÍA CARMEN ALONSO NUÑEZ, *Los tenientes de justicia en la administración provincial novohispana: Michoacán, 1715-1810*, 2017.

³⁶ MARÍA EUGENIA LÓPEZ, *Pueblos de indios, de ladinos y mulatos en San Salvador y Sonsonate en tiempos de reformas y transiciones políticas, 1737-1841*, 2017.

denes de Río de la Plata y de Nueva España, a continuación presentamos las consideraciones relativas al artículo 51 del borrador de José de Gálvez ya mencionado de 1774, en donde se rastrea el origen del mismo tanto en las ordenanzas españolas de intendentes de 1718 y de 1749, así como en las obras de José del Campillo y Cosío y Ricardo Wall, las anotaciones que a dicho artículo hiciera la Junta *ad hoc* y, por último, los términos en los que quedó finalmente en las Ordenanzas de 1782 y 1786.

El tema del establecimiento de fábricas e industrias desempeñaba un papel central en las primeras Ordenanzas de Intendentes españolas, las de 1718, pues justamente constituían el motor que sacaría adelante las economías regionales y, con ellas, la de la monarquía. Resulta importante tomar en cuenta que a pesar de que Campillo reconoce que la política que aplican ingleses y franceses va en contra del establecimiento de fábricas en sus colonias, aun así expone claramente los argumentos que hacen no sólo razonable y provechoso en todos sentidos, sino aún de la más estricta justicia, el que se establecieran también en las posesiones ultramarinas de España una serie de fábricas. Sin embargo, como se verá más adelante, por una parte Ricardo Wall, a pesar de ser el más entusiasta continuador del proyecto de reformas para la América borbónica de Cosío y Campillo, se opuso rotundamente en este punto, y posteriormente una serie de convulsiones políticas como el motín de Esquilache en 1766, que trajo como consecuencia la orden de expulsión de los jesuitas de todos los dominios de España, hicieron más violento que nunca el discurso oficial –*los vasallos están para callar y obedecer*–, y por tanto la posición política que les quedaba reservada a las posesiones trasatlánticas, las cuales a partir de entonces dejaron de ser consideradas como verdaderos *reinos* y pasaron a desempeñar el papel de meras *colonias*, lo que sin duda representa el contexto dentro del cual cabe interpretar la propuesta del artículo 51 del proyecto de ordenanzas de intendentes de Gálvez.

A continuación presentamos los artículos respectivos de las Ordenanzas peninsulares de 1718 y de 1749, así como las recomendaciones y reflexiones sobre el tema tanto de José del Campillo como de Ricardo Wall, para luego dar cuenta de la propuesta al respecto del propio Gálvez en su proyecto de Ordenanzas para la Nueva España, así como de los comentarios presentados en su momento por la Junta *ad hoc* y, finalmente, la forma en que fueron incorporados estos temas a las Ordenanzas de 1782 y de 1786 respectivamente.

*Ordenanzas de Intendentes de 1718*³⁷

Como punto de partida resulta fundamental el tener en cuenta la importancia que en la primera versión de las ordenanzas de intendentes de España se da al tema del establecimiento de fábricas e industrias.

"43. Al mismo fin será de vuestro particular privativo encargo, el fomentar en los Pueblos, capaces, y á proposito, las Fabricas de Paños, Ropas, Papel, Vidrio, Jabon, Telas, cria de Sedas, Telares, y otras qualesquiera Artes, industrias, y Oficios mecanicos, que mas facilmente puedan establecerse; pues además de que en el trabajo de las manufacturas se mantienen, y emplean muchos individuos con el trato de ellas, se alientan los Comercios, y enriquecen las Provincias, pues les producirá sin duda mucho mayor beneficio el extraer qualesquiera generos labrados, que la saca de los generos simples, que se criaren, y cogieren, como Lana, Seda, Cañamo, Madera, Sosa, Barrilla, Metales, y otros; y propondreis los medios, y arbitrios mas convenientes, y practicables para su logro, y de inducir los Pueblos á la aplicación, y trabajo, de que depende su particular conveniencia, y el comun beneficio; pues si fuere necesario ayudarles en alguna forma, ó concederles algunas no gravosas facultades, se les franquearán, reconocida la utilidad que podrá seguirse de su practica, en caso de no aver vezinos de caudal competente para establecerlas, haziendo Compañía entre algunos, los mas acomodados, ú de no sufragar los propios del comun; y si la falta de Maestros, por estar tan perdidas las manufacturas, Artes, y Exercicios mecanicos, lo dificultare, vereis la forma de atraer á los Lugares de vuestro distrito los de otras partes Nacionales, ó Estrangeros, de embiar de cada Lugar, según la calidad de Fabricas que en él se pudieren establecer, algunos mozos, y muchachos, á las partes donde las aya, para que aprendan, y pueda por este medio, á diferencia de algun mas tiempo, conseguirse providencia tan importante, y de tan suma utilidad; y teniendo entendido que una de las causas que han destruido las Fabricas de España, es por lo mucho que los Estrangeros han mejorado las suyas, haziendo los texidos, y otros compuestos mas primorosos, y vistosos, con menos material, y gasto, aunque no les falta la fortaleza suficiente, mandaré reglar las medidas, la cantidad de hilos, forma de Peynes, Prendas, Batanes y demás circunstancias que se huvieren de observar por los Fabricantes de Lanas, Sedas, y demás generos, á fin que teniendo la bondad, y primor que conviene, aumente su estimación, y se facilite su despacho, y consumo dentro, y fuera de España, á cuyo fin haré moderar, ó extinguir los derechos, que hasta ahora se han cobrado al

³⁷ *Ordenanza de 4 de julio de 1718 para el establecimiento e instrucción de Intendentes de Provincias, y Exercitos*, Por orden de su Magestad. En Madrid, por Juan de Ariztia, Año de 1718.

tiempo de extraerlos de mis Dominios, como tambien los que se pagan dentro de ellos al tiempo de las ventas, y con otros motivos. Y os ordeno, que en todo lo referido, y en los demás casos que se ofrezcan, adelanteis, y favorezcáis el comercio, y conseqüentemente á los que le practican, y á los Directores de Fabricas, y sus Obreros, y demás dependientes, por ser mi animo, que unos y otros sean apoyados, y auxiliados por mis Tribunales, Ministros, Capitanes Generales, y demás Cabos, y personas á quienes tocare, como se lo mando, y encargo, atendiendo con especialidad á que no se les haga molestia alguna, y que en dependencias contenciosas, y economicas, que se les ofrezcan, se les despache con brevedad, y preferencia á todos los demás administrandoseles justicia, y haziendoles toda la gracia que no tuviere inconveniente".

*Ordenanzas de Intendentes de 1749*³⁸

Llama la atención cómo, un artículo tan fundamental en la estructura de la ordenanza de 1718, resultara tan reducido en la de 1749:

"XXIII. Siendo importantísimo, y del privativo encargo de los Intendentes, el fomentar, en los Pueblos capaces, y a proposito, las Fabricas de Paños, Ropas, Papel, Vidrio, Jabon, Lienzo, la cria de Sedas, establecimiento de Telares, y los demas Artes, y Oficios mecanicos, por la mucha gente que ocupan, y mantienen, por lo que habilitan los Naturales, y henriquecen al Reyno: Les mando, y encargo, apliquen a este fin toda su atencion, y á que se executen, y cumplan, con la mayor exactitud, y puntualidad, las Ordenes generales, y particulares, que por mi Real Junta de Comercio se les comunicaren".

*José del Campillo y Cosío*³⁹

El proyecto de reforma económica y administrativa de mayor trascendencia en la América borbónica resultó sin duda el del ministro Campillo y Cosío, quien sobre el tema de la instalación de fábricas e industrias en América y Filipinas se manifestaba decididamente a favor a partir de los siguientes argumentos:

"2. Por lo que toca a Fábricas, aunque por punto general de buena política, y conforme a la práctica de otras Naciones, de ningun modo se debe permitir

³⁸ *Ordenanza de 13 de Octubre de 1749 para el restablecimiento é instrucción de Intendentes de Provincias y Exércitos*, Año 1749. Por orden de su Magesta. En Madrid: En la Imprenta de Manuel Fernández.

³⁹ JOSÉ DEL CAMPILLO Y COSIO, *Nuevo sistema económico para América*, Oviedo, Grupo Editorial Asturiano, 1993.

alguna en América; con todo eso hay casos que nos obligan a apartarnos de las reglas que siguen los Franceses e Ingleses en sus Colonias en estos asuntos, por hallarnos en una situación tan distinta de la suya.

3. Parece muy conforme a la razón, y aun lo pide la justicia, que en América haya ciertas Fábricas, lo qual, y la diferencia de los progresos que observan los Ingleses y Franceses en sus Colonias a los nuestros en América, lo justifica el Punto Unico siguiente. Punto Unico. Pruébese que de justicia deben permitirse ciertas Fábricas en América, y distinto gobierno de los extranjeros en sus Colonias, que el nuestro en aquella.

5. El consumo de nuestros Indios se aumentará tanto por las nuevas providencias que produce este nuevo sistema, que no será posible pueda surtir España en muchos años la mitad de su abasto.

6. En esta constante inteligencia se pregunta: ¿qual será mejor, o que disfruten este excedente los extranjeros, que algun día podrán ser nuestros mayores enemigos, o que lo consigan los Indios, que son nuestros vasallos, y que por todos motivos merecen la preferencia en gozar el fruto de su buena industria, de que quedarán a la Monarquía utilidades muy superiores? Parece, sin duda, que la razón está dictando merecen estos lograr estas ventajas; y pues así lo permite y quiere la razón, debe determinarlo del mismo modo la justicia.

11. Hay otro motivo, no menos poderoso; y es, que en ningun país bien gobernado se aplica toda la gente a la labranza sola, porque un país de solo Labradores es país de pobres. Quiero decir, pobres para el Estado, porque no habiendo consumidores, nadie compra, nadie vende, ni hay comercio, ni circulación de dinero, ni derechos para el Soberano; y así, ni la misma labranza podría aprovechar, ni adelantar, no habiendo quien compre sus frutos, y les dé un buen precio"⁴⁰.

*Ricardo Wall*⁴¹

Resulta por lo menos sorprendente el constatar como el más firme continuador y defensor del proyecto de Campillo y Cosío, Ricardo Wall, en donde sí se opuso rotundamente a Campillo fuera precisamente en el tema de la ins-

⁴⁰ "Capítulo IX. Fábricas y Artes que deben precisamente permitirse en la América, las que deberán ser extinguidas en ella enteramente, y modo de que así éstas, como la industria se adelante sin embarazo", CAMPILLO Y COSÍO, Op. Cit. pp. 149-150, 153 y 169.

⁴¹ RICARDO WALL, *Proyecto económico en que se proponen varias providencias, dirigidas á promover los intereses de España, con los medios y fondos necesarios para su plantificación: escrito en el año 1762 por D. Bernardo Ward, del Consejo de S.M. y su Ministro de la Real Junta de Comercio y Moneda, Madrid, MDCCCLXXIX, por Joachim Ibarra, Impresor de Cámara de S. M.*

talación de fábricas e industrias en la América hispana, tema sobre el cuál se pronunció en los siguientes términos:

"Las fábricas (único asunto que de ningún modo se debiera permitir en América), es el único, que ha tomado cuerpo con gran perjuicio, habiendo ya algunos millones de telares en ambos Reynos que surten no sólo los indios pobres, sino los Españoles de medianas conveniencias"⁴².

*Proyecto de Ordenanzas de Intendentes de José de Gálvez de 1774*⁴³

El artículo XXIII de las Ordenanzas de Intendentes de 1748 fue transformado, en el proyecto de José de Gálvez, de la siguiente manera:

“51 Serán objetos muy dignos, y del privativo encargo de los Yntendentes, fomentar y extender en los terrenos más á propósito de sus respectivos distritos el precioso fruto de la grana fina ó cochinilla, que se criaba antes con abundancia en muchas Provincias de la Nueva España y hoy se halla reducida á la de Oaxaca, auxiliando eficazmente a los yndios que se dedicaren á esta utilísima grangería para que la comercien libremente en aquel Reyno, ó la envíen a España de su cuenta si quisieren, como les está concedido por la ley 21, tit. 18, lib. 4º de la Recopilación de Yndias. También cuidarán que se apliquen con preferencia aquellos naturales y demás castas de la plebe a la siembra, cultivo y beneficio del cáñamo y lino, conforme á la ley 20 del mismo título y libro. Y si para lograr estos importantes fines necesitaren los Yntendentes hazer repartimientos de tierras realengas ó de privado dominio, les concedo facultad de que puedan executarlo, dando primero cuenta con justificación á la Junta Superior, que dispondrá se satisfaga de los caudales de causa pública el valor de las heredades particulares; y que las públicas comunes, valdías ó realengas se den con una corta pensión o canon anual que también podrá redimirse como si fuera censo a voluntad de los poseedores distribuyan en suertes proporcionadas a los yndios casados que no tuvieren tierras propias, con prohibición de enagenarlas, para que sucedan en ellas sus hijos y descendientes de ambos sexos; pues mi real voluntad es que todos aquellos naturales gocen una competente dotación de vienes raíces, y que los Yntendentes cuiden de que las cultiven en veneficio proprio de ellos, haciéndoles conocer cuánto interés y utilidad les resultará de esta piadosa disposición mía”.

⁴² PIETSCHMANN, *Acomodos políticos*, Op. Cit., p. 181. Al respecto consultar el capítulo que dedica al tema: “El “proyecto económico” de Bernardo Ward. A propósito de la orientación de la política exterior de las reformas borbónicas”, pp. 111-127.

⁴³ Archivo General de Indias, Indiferente General 1714.

*Dictamen de la Junta ad hoc de 1778*⁴⁴

La Junta *ad hoc* a que convocó Carlos III para que dictaminara el proyecto de ordenanzas de intendentes presentado por José de Gálvez, en torno al artículo 51 se pronunció en los siguientes términos:

“51 La facultad que por este artículo se da a los Intendentes de que para los fines que en él se recomiendan puedan hacer repartimientos de tierras realengas, o de dominio privado, se considera que en quanto a eso último puede ofrecerse algún inconveniente, pues aunque en el mismo artículo se previene que la Junta Superior haga satisfacer de los caudales de causa pública el valor de las heredades particulares, siempre parece contra el derecho de propiedad y natural libertad de sus dueños; es desposeerlos de ellas o precisarlos a que lo hagan quando las tenga en cultivo, pues puede suceder no les produzca tanto como éste el dinero que se les entregue por ellas, o que no hallen dónde imponerlo: por todo lo qual se contempla mui conforme a toda equidad el que se añada la prevención de deberse entender el repartimiento que de tales heredades se ordena, siempre que por desidia o absoluta imposibilidad del dueño estuviesen sin cultivar.

Así mismo se estima conveniente prevenir en este número que las tierras que se repartan para los fines en él expresado, ya sean compradas con los fondos públicos ya realengas, han de pasar a los que se les repartieren, sean indios o de otras castas, con solo el dominio útil y precario, reservándose el directo al Rey y fondo público respectivamente, pues sin esta expresión quedaría enervada la vigilancia que se recomienda a los Intendentes de que los repartidos desempeñen el objeto de su cultivo, y imposibilitada además la práctica de la última providencia que será conveniente y aún forzoso tomar con los que de ellos fuesen totalmente indolentes y abandonados, qual es quitarles las tierras que les hubiessen habido y darlas a otros que las utilicen debidamente, cuyo tenor será sin duda el mas poderoso estímulo para la aplicación.

Para verificar quanto se propone podrá, en lugar de todo lo que se lee desde las palabras: que puedan ejecutarlo, hasta y que las comunes, unos y otro exclusive, sustituirse: entendiéndose en quanto a las heredades de particulares con aquellas que por desidia o absoluta imposibilidad de sus dueños estuviesen sin cultivar y dando cuenta con justificación a la Junta Superior de México, que dispondrá se satisfaga su valor de los caudales de causa pública (siguiendo) y que las comunes, valdías, etc. Y más adelante, donde se dice: gocen una competente dotación de bienes raíces, se omita todo lo demás que sigue hasta el fin, y se ponga en su lugar y que las tierras que se repartan para los prevenidos fines, ya sean compradas con fondos públicos, ya valdías o

⁴⁴ Idem.

realengas, pasen a los que les cupieren, sean indios o de otras castas, con solo el dominio útil y precario, quedando el directo reservado a mi Real corona y al fondo público respectivamente, y cuidando los Intendentes de que unos y otros las cultiven en su propio beneficio, haciéndoles conocer y entender cuánto interés y utilidad les resultará de esta piadosa disposición mía, y que a aquéllos que no aplicasen a utilizar debidamente las tierras que se les hubiesen repartido, se les quitarán (como mando se execute sin contemplación) y darán a otros que lo cumplan”.

Ordenanzas de Intendentes de Río de la Plata⁴⁵ y Nueva España⁴⁶, 1782-1786

Los artículos 57 y 61 respectivamente de las Ordenanzas de 1782 y 1786 recogen los cambios y modificaciones sugeridos por la Junta *ad hoc* –que se refieren básicamente a la forma en que habrían de afectarse las tierras que serían repartidas entre los indios y sobre los derechos que éstos tendrían sobre las mismas–, y la única diferencia entre ambos artículos citados es la disposición específica únicamente para la Nueva España de la siembra de la cochinilla que ahora se encontraba tan sólo reducida a la región de Oaxaca, así como que se reemplaza la fórmula de “Junta Superior” por la de “Junta Superior de Hacienda”, y finalmente que en la Ordenanza de 1786 se usa indistintamente “Reino” o “Imperio” al referirse a la Nueva España.

⁴⁵ SAN MARTINO DE DROMI, *Constitución Indiana*, Op. Cit.

⁴⁶ *Real Ordenanza para el establecimiento é instrucción de intendentes de ejército y provincia en el reino de la Nueva España*, Op. Cit.

LA REINTEGRACIÓN DE LAS MISIONES ORIENTALES A LAS
PROVINCIAS UNIDAS DEL RÍO DE LA PLATA: PERVIVENCIAS
INDIANAS EN LA CONSTITUCIÓN DEL SOBERANO CONSEJO
DE SAN BORJA (1828)*

THE REINTEGRATION OF THE GUARANÍ-JESUITIC ORIENTAL
MISSIONS TO THE “PROVINCIAS UNIDAS DEL RÍO DE LA PLATA”:
COLONIAL CONTINUITIES IN THE CONSTITUTION OF THE
“SOBERANO CONGRESO DE SAN BORJA” (1828)

ALFREDO DE J. FLORES**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)

ajdmflores@yahoo.com.ar

Resumen: La presente investigación tiene por objeto el análisis del lenguaje de documentos producidos en el contexto de las Provincias Unidas del Río de la Plata, en que se percibe todavía el uso del aparato conceptual típico del período indiano en materia política. Por fuentes de la época, se ve que la llamada Campaña del Norte, bajo el comando de Fructuoso Rivera, introduce términos indianos, en especial sobre los cabildos, junto a la afirmación de la política liberal de independencia de territorios del antiguo Virreinato del Río de la Plata. Además, sería central en ese punto la constitución del Soberano Congreso de San Borja en el año de 1828, en que coexisten elementos indianos y liberales para la formación del entonces Estado de Misiones en el territorio oriental al Río Uruguay y anteriormente al homónimo argentino que surgirá en la orilla occidental.

Palabras clave: territorio oriental de las misiones guaraníes, Provincias Unidas del Río de la Plata, nociones políticas y jurídicas indianas, cabildos, Soberano Congreso de San Borja (1828), Fructuoso Rivera.

* Texto final referente a la ponencia que se presentó en el “XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano” en 29 de agosto de 2016, evento organizado por el mismo *Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* con el apoyo del *Instituto Max-Planck para la Historia del Derecho Europeo* (MPIer, Frankfurt am Main), en su sed en Berlín (Harnack-Haus Tagungsstätte der Max-Planck-Gesellschaft).

** Doctor en Derecho y Filosofía por la Universitat de València (España). Profesor Asociado de Metodología Jurídica (*Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS*, Porto Alegre, Brasil). Profesor Permanente del Programa de Posgrado *stricto sensu* en Derecho (PPGDir-UFRGS). Miembro correspondiente del *Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho* (IIHD-Argentina). Miembro del *Instituto Brasileiro de História do Direito* (IBHD). Miembro efectivo del *Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul* (IHGRGS).

Abstract: The present investigation has as its object the analysis of the language of documents that have been written in the context of the emergence of the *Provincias Unidas del Río de la Plata* in which is still perceived the use of the typical conceptual apparatus of the *Indian period* relating to the political matter. Thus, from the reading of sources from the time of the so-called Northern Campaign, under the command of Fructuoso Rivera, the presence of colonial terms is perceived, especially as far as the “cabildo” is concerned, together with the affirmation of the liberal politics of independence of territories of the former *Virreinato del Río de la Plata*. Of central importance here is the constitution of the Sovereign Congress of San Borja in 1828, where indigenous and liberal elements coexist for the formation of the State of Misiones, that is, in the eastern territory of the Uruguay River and formerly the Argentinean homonym, which later emerged on the western shore.

Keywords: eastern territory of the Guaraní missions, United Provinces of the Rio de la Plata, political and legal notions of colonial period, cabildos, Soberano Congreso de San Borja (1828), Fructuoso Rivera.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los usos de lenguaje en la época de la campaña de conquista de las Misiones orientales. 3. El uso subjetivo por Rivera del lenguaje empleado. 4. Elementos objetivos de los escenarios políticos de las Misiones orientales. 4.1. Las Misiones orientales entre los cabildos y la Sala de Representantes. 4.2. El tema de administración de las Misiones orientales. 4.3. Los conceptos políticos en transición hacia el imaginario liberal. 5. Consideraciones finales.

1. Introducción

El contexto de la frontera territorial sur entre los dos imperios coloniales de las Indias ha generado la peculiaridad de que, en razón del constante tránsito de personas y bienes entre las estructuras sociales del Virreinato del Río de la Plata y de los dominios lusobrasileños, los territorios que comprendieron un día la Provincia jesuítica del Paraguay y alrededores fuesen caracterizados como de constantes disputas militares durante los siglos XVIII y XIX. No por acaso allí se impuso el Tratado de Madrid de 1750 con modificaciones posteriores, como en el Pardo y Santo Ildefonso; y a causa de ese escenario se desarrolló uno de los conflictos bélicos más emblemáticos del siglo XVIII por su fuerza simbólica, la Guerra guaraníca de 1754 a 1756, con que se cambiaría para siempre la experiencia reduccional de los inacianos, como también resultaría poco tiempo después en la expulsión de los mismos de esos territorios en razón de la política antijesuítica en boga en la época.

Pasadas algunas décadas y entrando el siglo XIX, el contexto fronterizo entre el Brasil y los gobiernos de los territorios rioplatenses se profundiza a punto de formar un mosaico fluido de posiciones entre tropas lusobrasileñas, bonairenses y federales; en esas primeras guerras con Brasil y justo después de las guerras de Artigas y la consolidación del poder lusobrasileño sobre el territorio uruguayo (con la llamada Provincia Cisplatina), sucede la retomada oriental en 1825 con la intención de autonomía frente al joven Imperio brasileño. Uno de los jefes de las tropas artiguistas, Fructuoso Rivera, surge comandando la Campaña de Misiones a partir de la formación del Ejército del Norte, haciendo una empresa personal durante el año de 1828 en que ya se posicionaba ante los contradictorios intereses de las Provincias Unidas, de Buenos Aires en su particular política, de los federales riograndenses y de los imperiales brasileños.

Los relatos fueron de que se reorganizaba la Provincia de Misiones, en el territorio que históricamente se encontraban las Misiones jesuíticas orientales, que luego se incorporará a las Provincias Unidas del Río de la Plata. El general Rivera, todavía como comandante de las tropas del norte, propone al gobierno interino de la naciente provincia la reunión de diputados de todos los pueblos de la misma para un congreso general constituyente, lo que de hecho se sucedió. En consecuencia, se forma una Sala de Representantes en el pueblo de San Borja que confirma la adhesión a la unión argentina y al final va a nombrar Rivera como gobernador y capitán general. Toda esa movimientación se interrumpe por los acuerdos entre Buenos Aires y Rio de Janeiro para consolidar la independencia de Uruguay, lo que forzó Rivera a volver al territorio oriental con sus tropas y miles de indígenas que lo acompañaron.

A pesar del carácter provisorio de tal gobierno, porque en fines del mismo año de 1828 se da el movimiento para volver al Uruguay, en el período de gobierno de hecho de Rivera se percibe un conjunto de estrategias de adaptación al escenario en que elementos institucionales de la época jesuítica son utilizados para legitimar ese nuevo gobierno. Desde algunas fuentes documentales se percibe por ejemplo la retomada del papel de los cabildos indígenas, aunque la arquitectura política se encuadre como liberal-republicana en su esencia. Por documentos publicados y otros todavía en archivos se intentará analizar el papel discursivo del rescate de instituciones indianas, como el caso de los cabildos indígenas, en ese período de construcción de los Estados nacionales en el Cono Sur de América, en que justamente vendría a irrumpir el inicio del proceso de extinción de instituciones coloniales como los ya citados cabildos.

En ese sentido, la presente investigación tiene por objeto el análisis del lenguaje de documentos que se han producido en el contexto de surgimiento de las Provincias Unidas del Río de la Plata, en que se percibe todavía el uso del aparato conceptual típico del período indiano cuanto a la materia política. Así, desde la lectura de fuentes de la época de la llamada Campaña del Norte, bajo el comando de Fructuoso Rivera, se percibe la presencia de términos indianos, en especial en lo que atañe al cabildo, junto a la afirmación de la política liberal de independencia de territorios del antiguo Virreinato del Río de la Plata. Además, es central en ese punto la constitución del Soberano Congreso de San Borja en el año de 1828, en que coexisten elementos indianos y liberales para la formación del entonces Estado de Misiones, eso en el territorio oriental al Río Uruguay y anteriormente al homónimo argentino que surgirá en la orilla occidental.

2. Los usos de lenguaje en la época de la campaña de conquista de las Misiones orientales

De la campaña que emprendió Fructuoso Rivera como Jefe del Ejército del Norte nos interesaría solamente las descripciones que se dan en los escritos de la época, transcritos por una bibliografía secundaria pero rigurosa. En su libro sobre la independencia del territorio de Misiones por parte de Rivera, Agustín Beraza¹ recuerda la estrategia utilizada por ese caudillo en que los elementos del período jesuítico de las misiones guaraníes suelen aparecer, siempre como forma de legitimación del nuevo orden republicano-liberal. Por eso asevera Beraza que Rivera “al mismo tiempo, atendió un aspecto, fundamental, para tranquilizar a los habitantes: *el aprovisionamiento de los Pueblos*, mientras que la economía misionera no saliera del colapso provocado por la invasión y el abandono de las tareas agrícolas y rurales, adquirien-

¹ Es nuestro entendimiento que la citada obra (AGUSTÍN BERAZA, *Rivera y la independencia de las Misiones*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental, 1971), a pesar de tener un formato al estilo “pocket”, es una de más importantes obras sobre el asunto, y tal vez la última que presente autoridad en el tema. Entre tanto, las fuentes citadas en la obra no estarían todas en los lugares que el autor asigna. En visita al Archivo General de la Nación (Montevideo, Uruguay), en septiembre de 2016, después de la constatación de algunos problemas, se comentó que pudo haber ocurrido que la persona que hizo copia de todo ese material y que después habría repasado al dr. Beraza tenga se equivocado al definir las pastas o fondos. De todos modos, eso no perjudica el trabajo intelectual del citado historiador ni tampoco descalifica esa obra.

do y distribuyendo ganados para ser repartidos entre aquellos”². Es decir, la antigua estrategia de los jesuitas de división y distribución a los indígenas, reinterpretándose con el tiempo durante la administración portuguesa de la región desde 1801, ahora se hace patente por necesidad de la consolidación del nuevo gobierno. De otro lado, Beraza recoge además un oficio de Rivera de fecha de 25 de julio de 1828, presente en el Archivo General de la Nación en Montevideo y dirigido al Gobernador Delegado de la Provincia Oriental, en que de manera categórica hace mención a la garantía del orden jurídico anterior establecido por la administración imperial de Brasil: “los vecinos de la Prov.^a de Misiones q.^e tengo el honor de mandar provisoriamente, estan garantidos en sus propiedades y esta promesa echa en nombre del Gob.^o de la R.^{ca} y en toda la conformidad con el dro. de gentes esta aprobada de un modo muy solemne p.^r el mismo Gob.^o y yo en el caso de cumplirla con la mayor religiosidad”³. De ese modo, revalida el título de Administrador General de Misiones al teniente coronel Manuel Silva Pereira do Lago, el que había sido nombrado por el Imperio brasileño anteriormente, conforme oficio de 24 de junio dirigido al mismo Administrador⁴.

Junto a eso, el propio historiador Beraza ha comentado que “otra medida sorprendente [...] fue la de confiar las Comandancias militares de los Pueblos a Jefes nativos y de origen local, algunas de tal valor estratégico como la de San Borja, para la que fue designado el Capitán Buenaventura Soares y la de Alegrete, confiada al Capitán Felisberto Francisco Nunes de Abreu, bajo cuya responsabilidad quedó el territorio comprendido entre los ríos Cuareim e Ibicuy”⁵. Con eso, la estructura ordenada por Rivera llega a abarcar las distintas facetas del gobierno, donde “atendió los aspectos positivos de la reorganización de los Siete Pueblos y de sus dependencias”⁶, y confirma la manutención del orden anterior, que ahora se reinterpreta en dirección a la emancipación política con la integración a lo que se convertiría después en la República Argentina.

Para efectos de implantar el nuevo régimen político, Rivera empieza una convocatoria a un Congreso Provincial, que se proclamará soberanamente; en oficio de 7 de agosto de 1828 afirma Rivera al Gobernador Interino de Misiones que “haviendose mandado reunir diputados de todos los Pueblos de esta

² BERAZA, *op. cit.*, p. 19.

³ Ídem, p. 24.

⁴ Ídem, p. 26.

⁵ Ídem, p. 27.

⁶ Ídem, p. 28.

Prov.^a p.^a la formación de un congreso gral. constituyente q.^e deve instalarse en el Pueblo de S. Borja a la brevedad posible y componiendo ese vecindario q.^e V. S. manda una parte principal del Vecindario de Misiones, es preciso q.^e tambien nombren un diputado q.^e los represente en dho. Congreso”⁷. En la secuencia, ha ordenado “q.^e en cada uno de los siete Pueblos se nombre un Diputado a pluralidad de votos, los cuales deven concurrir al Pueblo de San Borja con la acta de su nombram.^{to} la q.^e deve ser firmada por una Junta compuesta del Adm.^{or}, Corr.^r y Alcalde de 1.^o Voto de cada Pueblo donde los hubiera, en donde faltara alguno de los nombrados lo suplirá un Cabildante o un vecino de los de mejor reputación y luces”⁸. Añade otra regla a casos distintos: “Como a mas de los siete Pueblos nombrados hay otros q.^e no son de indigencia pero q.^e no por esto dejan de tener los mismos dros. q.^e representar en el Capitolio Aug.^{to} de la ley deben nombrar igualm.^{te} sus diputados a pluralidad de sufragios y en presencia del Comand.^{te} del distrito, un Juez y un vecino respetable q.^e formaran la junta de elecciones q.^e deve levantar la acta q.^e servira de credencial a los diputados en el punto de reunión”⁹.

Cuando constituida la Sala de Representantes, aunque existan dudas sobre la forma de ratificación de los nombres de los representantes, en la opinión de Beraza los diputados serían los siguientes: Serafin de Oliveira Xavier (por el Pueblo de San Francisco), Vicente Yatuhí (por San Nicolás), Fernando Tirarapé (por San Borja), José Mendez (por San Lorenzo), Juan de Souza Merelles (por San Juan), Manuel Pedroso de Camargo (por San Miguel) y Atanasio Gonçalves Diaz (por San Pedro), además de Antonio Castanho de Araujo y Francisco Borges do Canto, hermano del conquistador de 1801, que figuran por procedimiento distinto que no se presenta en tal lectura de las fuentes¹⁰. Como prueba de sus intenciones, esa misma Sala de Representantes, en oficio dirigido al general Fructuoso Rivera en el día 6 de noviembre de 1828, conforme Beraza recoge del Fondo Ex Archivo y Museo Histórico Nacional del AGN de Montevideo, decide, en texto original en portugués: “em Seção de hoje, tem resolvido que a Provincia de Missois em sua reincorporação a República Argentina adopte un sello de Armas que en conformidad.^e a os uzos estabelecidos denote a nova Cathegoria (das Missoens), tem adoptado como simblos peculiares a ella mesmo ou aluzoes do cazo”¹¹. Aquí tenemos la simbología

⁷ BERAZA, *op. cit.*, p. 31.

⁸ Ídem, p. 32.

⁹ Ídem, p. 33.

¹⁰ Ídem, p. 35.

¹¹ Ídem, pp. 43-44.

propia de la afirmación de la soberanía de los Estados desde el patrón liberal de la época en esos territorios.

De los documentos citados arriba, se percibe la intersección entre dos lenguajes: aquél que adviene del siglo XVIII, con una estructura que se desarrolla durante el Antiguo Régimen y que enfrentaría las vicisitudes de las distintas políticas absolutistas del siglo; y el lenguaje que, desde experiencias, discursos y teorías que se presentaban en la Ilustración, nacería de la crisis de la Monarquía española ante la intervención napoleónica y que se configuraría desde la Constitución de Cádiz con el tenor “liberal” que se adjudicó como el más adecuado a la real situación de los territorios que han pertenecido a los imperios ibéricos y que en aquella época se presentaban frágiles, a pesar de que hubiese dudas sobre mantener la monarquía o hacer un régimen republicano que fuese unitario o federal (distinguiendo federación y confederación). Las posturas de las élites de la época demuestran tales disputas. Y específicamente sobre esa Provincia de Misiones en territorio oriental al Río Uruguay, en fines de 1828 se determina que el territorio vuelva al dominio portugués, una vez que se confirman a los implicados que hubo un acuerdo desde las tratativas de paz, con que se da el surgimiento del Estado oriental, actual Uruguay, y se conocen los elementos del acuerdo hecho meses antes en que se establece la retirada de las tropas de Rivera, lo que de hecho luego se concretó. Con eso, se derrumba la estructura que el general Rivera había construido, pero el hecho histórico no se apaga.

3. El uso subjetivo por Rivera del lenguaje empleado

Aunque se hable aquí mayormente de documentación oficial de la campaña militar de Rivera, en el punto específico de uso de terminología indiana, sin entrar en detalles sobre ese contexto militar y las luchas internas de las tropas vinculadas a la Argentina, lo que se percibe es la estrategia de Rivera de mantener lo específico de cada escenario, fuese de pueblos de los indígenas, fuese de ciudades que surgieron con la expansión portuguesa. Ese sería un primer substrato del análisis del lenguaje empleado en los documentos de la época: existe un carácter personal de Rivera, el comandante de las tropas del Norte, en administrar tales situaciones – y no por otra razón, presentaba un liderazgo¹² particular en las propias venas, pues se trataba de un hombre

¹² Cuanto a eso, el posible tener en cuenta la referencia del historiador Antonio Díaz:

que ha participado de la historia uruguaya desde los años de las guerras de Artigas, cuando se presentaba como un seguidor de la ideología artiguista¹³, hasta la mitad del mismo siglo, cuando entonces (en 1830) se consagra como presidente constitucional del Uruguay.

Esa fue la razón de que él viniese a recibir una delegación resultante del tratado que se ha firmado en 27 de octubre de 1827, celebrado entre las provincias de Entre Ríos, Santa Fe y Buenos Aires, con el claro objetivo levantar una fuerza militar para ocupar los pueblos de las Misiones Orientales¹⁴, que estaban en poder del “tirano de Brasil”, según expresión utilizada en la época. En su escrito de comienzos del siglo XX sobre ese asunto, tal vez el primer texto más específico sobre esa campaña, el historiador Alberto Palomeque añade que el gobernador de Entre Ríos, Vicente Zapata, en una nota al documento de plenos poderes a Rivera, sostiene que este brigadier sería indicado para el cargo de General en Jefe del Ejército de Operaciones del Norte¹⁵. Con ese apoyo, consigue Rivera lo necesario para empezar esa campaña y lograr éxito en el año siguiente.

Ahora bien, no cabe duda que Palomeque hace historiografía al estilo del Ochocientos, y además su vinculación con Rivera llega a veces en su texto al nivel de defensa ideológica¹⁶; con todo, su oportuna investigación con base

“Muchas veces, al frente de ejércitos en la guerra civil, recorrió las 80,000 millas cuadradas del territorio nacional, pudiendo decirse que era el primer vaqueano de su país, porque los primeros prácticos que lo acompañaban, reconocían en él aquella superioridad que tanto contribuyó a la guerra de recursos que sostuvo por largos años. Conocía todo el territorio, teatro de sus empresas, palmo a palmo; tenía en toda la República numerosas relaciones; se convertía en padrino de todo negro, indio o blanco que nacía, ya fuese de padres orientales o extranjeros, pidiendo sus ahijados con anticipación” (ANTONIO DÍAZ, “Fructuoso Rivera: algunos rasgos de su vida”, *Revista del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay*, tomo IV, Montevideo, 1925, p. 325).

¹³ El historiador riograndense Emílio Fernandes de Souza Docca dice en 1931, con base en el *Bosquejo histórico de la República Oriental del Uruguay* de F. A. Berra, que “Rivera, a seu turno, completando o pensamento de Lavalleja e de *accôrdo sempre com as idéas de Artigas*, resolveu accometter a conquista das Missões Orientaes proclamada desde 1813 entre as condições de incorporação de Montevideo ás Provincias Unidas do Rio da Prata” (EMÍLIO FERNANDES DE SOUZA DOCCA, *O Brasil no Prata: 1815-1828*, Primeira parte: ocupação da Banda Oriental, Separata da Revista do Instituto Historico e Geographico do Rio Grande do Sul, XI anno, I trimestre, Porto Alegre, Typographia do Centro, 1931, p. 69).

¹⁴ ALBERTO PALOMEQUE, *El general Rivera y la Campaña de Misiones (1828)*, Buenos Aires, Arturo E. López Editor, 1914, p. 39.

¹⁵ Ídem, pp. 39-40.

¹⁶ En ese sentido, afirma Palomeque: “Y el general don Fructuoso Rivera, y el mayor don Bernabé Rivera, y el capitán don Felipe Caballero, los perseguidos de 1826, como resueltos

en copiadore de la documentación diplomática de la época y originales de archivo nos permite confirmar la relevancia del acto de conquista que Rivera establece en 1828. El ya recordado vínculo de Rivera a las tropas de Artigas puede además reforzar la idea de que la conquista sería desde la década anterior añorada por el gran patrono uruguayo. De hecho, la posición de Artigas sobre ese territorio de las Misiones¹⁷ era conocida desde las Instrucciones de 1813, siempre con vistas a retirar del dominio portugués.

De otro lado, Rivera, figura central en la política oriental después que Artigas empieza a tener sus derrotas militares, percibe que necesitaría actuar con habilidad ante los elementos que se presentan a partir de los años 1816-1817, cuando las tropas portuguesas avanzan en el territorio oriental bajo el comando de Lecor con el objetivo de tomar la plaza de Montevideo, como de hecho se da en enero de 1817. Con la connivencia de la élite montevideana, la tropa portuguesa domina el territorio y al final, teniendo Rivera firmes contactos con tal élite, va a hacer un acuerdo con Lecor, cuando entonces no más habría otra solución, lo que después fue un motivo de discordancias cuanto a la postura de Rivera en los intereses orientales, claro que por parte de sus opositores políticos en Uruguay¹⁸.

a entregar la Provincia Oriental entre las *garras brasileiras*, serían quienes comandarían las tres valientes divisiones que iban a reconquistar las Misiones Orientales, y obligar al Imperio a hacer la paz y declarar la independencia de la Provincia” (énfasis del autor – *ídem*, p. 224).

¹⁷ En ese sentido, recuerda Emílio Souza Docca la posición de Artigas desde el inicio de sus campañas en sus famosas Instrucciones: “nas encomiadas instrucções de 13 de abril de 1813, dadas por Artigas aos cinco deputados que enviou ao Congresso Constituinte das Provincias Unidas, se lê em seu artigo 9º: ‘Que os sete povos de Missões, os de Batovi, Santa Tecla, S. Raphael e Taquarembó, que hoje occupam injustamente os portuguezes e que em tempo opportuno devem ser reclamadas, serão em qualquer tempo território desta Provincia” (SOUZA DOCCA, op. cit., p. 68).

¹⁸ Así, explica Fabrício Prado: “Ao dia 18 do mês de janeiro de 1817, forças navais e terrestres luso-brasileiras, comandadas pelo general Carlos Frederico Lecor, conquistaram Montevideú, forçando as tropas de Artigas para a campanha. Nos meses seguintes, também as cidades de Colônia, Mercedes, Paysandú e Maldonado tornaram-se redutos luso-brasileiros. Dispondo do controle de importantes centros urbanos e portuários da Banda Oriental, rapidamente o fluxo mercantil foi restabelecido (...). No interior da Banda Oriental, entretanto, grande parte das comunidades mantinha-se leal ao projeto artiguista. A guerra na campanha prolongou-se até 1820, quando as tropas artiguistas foram derrotadas em Tacuarembó pelas forças de Lecor, e o caudilho Fructuoso Rivera aceitou um acordo proposto pelo chefe militar brasileiro” (FABRÍCIO PRADO, “A presença luso-brasileira no Rio da Prata e o período cisplatino” en EDUARDO SANTOS NEUMANN, LUIZ ALBERTO GRIJÓ (org.), *O Continente em armas: uma história da guerra no sul do Brasil*, Rio de Janeiro, Apicuri, 2010, p. 83-84).

Al final de la empresa de conquista del territorio de las Misiones orientales, Rivera en el final de diciembre de 1828 lleva miles de guaraníes¹⁹, con sus objetos de culto, ganado, etc., en dirección al norte del naciente Estado oriental independiente. Esa campaña seguramente ha resultado en un impulso para las pretensiones políticas de Rivera, que pocos años después va a convertirse en presidente constitucional del país. El tema guaraní durante la administración de Rivera demandaría muchos más detalles, muchos de ellos de recordación no agradable, pues los indígenas habrían de sufrir con la implantación de la política liberal.

A pesar de eso, mientras Rivera se mantiene como presidente y luego como comandante del partido de los *colorados*, vuelve al ideario artiguista, por varios motivos, y seguramente como estrategia de legitimación, para formar una Liga en el litoral del Río Uruguay. Por esa razón, en 14 de octubre de 1842 Rivera hace una importante reunión en Paysandú²⁰ con la presencia de los gobernadores de las provincias del litoral – Corrientes (Pedro Ferré), Santa Fe (Juan Pablo López) y Entre Ríos (José María Paz). Se habla de fuertes indicios de la presencia del Presidente de la entonces República Riograndense (Bento Gonçalves da Silva), status de Rio Grande en la época como Estado independiente, lo que ha generado repercusiones en Río de Janeiro. La intención de dicha reunión sería enfrentar la política centralista de Buenos Aires, cuya figura central era Juan Manuel de Rozas, pero también reforzar el liderazgo de Rivera en ese escenario como Director de Guerra, recordando el sueño artiguista sobre el litoral. Aquí la campaña de Misiones genera sus consecuencias casi quince años después, por la destreza que Rivera conocía del territorio y la forma de administrar las personas en tiempos de guerra.

¹⁹ Según habla Alfredo Varela: “Rivera deixou Missões em fim de dezembro, levando um comboio relembrativo de uma dessas migrações da Asia central, em que um povo nomade arrasta comsigo todos os seus haveres. Para cima de 60 carretas, ‘com estatuas de santos, com ornamentos e sinos de igrejas’, com todo o trem caseiro dos habitantes, transpuzeram o Ibicuhy, seguidas por 20.000 animaes vaccuns, quasi todos pertencentes ás estancias ou burgos guaranys, montando o colossal rebanho a mais de 80 milhares, ao cruzar a caravana os limites meridionaes do districto de Entre-rios” (ALFREDO VARELA, *Revoluções cisplatinas: A Republica Riograndense*, Porto, Livraria Chardron, 1915, p. 165).

²⁰ El historiador riograndense César A. B. Guazzelli nos da los detalles sobre el momento de Rivera de resucitar el discurso del Cuadrilátero de Artigas, formando una confederación entre las provincias del litoral, Uruguay y Rio Grande, también con el Paraguay (CÉSAR AUGUSTO BARCELLOS GUAZZELLI, “O Rio Grande de São Pedro na primeira metade do século XIX: Estados-nações e regiões provinciais no Rio da Prata” en LUIZ ALBERTO GRIJÓ et alii, *Capítulos de história do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Editora da UFRGS, 2004, pp. 114-115).

4. Elementos objetivos de los escenarios políticos de las Misiones orientales

4.1. Las Misiones orientales entre los cabildos y la Sala de Representantes

Ahora, desde otro punto de vista que igualmente nos interesa, se puede decir que, de manera general, lo que se sucedía en lo restante del territorio del antiguo Virreinato del Río de la Plata en esa misma época sería la extinción de los cabildos. Tomando el ejemplo que nos da el profesor Jorge Roberto Emiliani, él asevera que “luego de 1810, el Cabildo de Córdoba, al igual que todos los existentes en el país, fue perdiendo poco a poco su importancia. La crisis que se desató a partir de 1820, trajo en definitiva la ruptura del viejo orden colonial y así desaparecieron todos los cabildos. El nuestro fue suprimido el 30 de diciembre de 1824 por orden del Gobernador Juan Bautista Bustos”²¹. Aquí tenemos una paradoja – por esos años en el territorio rioplatense, en algunos locales se extinguen a los cabildos, mientras que en otros ellos reciben una sobrevida, aunque hablemos eso dentro de la imposición del discurso liberal.

Ese sería el segundo punto de vista de análisis de los usos lingüísticos de esa época: la realidad de los cabildos en una región de fronteras y de cambios de comando, demostrando el carácter peculiar y distinto de los sucesos que se darían en otras regiones próximas. Se puede tomar la libertad de afirmar que ese punto es poco explorado en la historiografía, de que esos cabildos tendrían una existencia peculiar que no se resumiría a esquemas teóricos de cabildos y sus actas capitulares. Sería relevante comprender la génesis de algunos modelos de textos de actas o la peculiaridad de cada región con su lista de títulos de los cabildantes²², pero habría la necesidad de algo más, más aún

²¹ JORGE ROBERTO EMILIANI, *El cabildo*, Cuadernos de Historia, n. 13, Córdoba, Junta Provincial de Historia de Córdoba, 1994, p. 40.

²² En texto de referencia sobre la estructura del cabildo entre los pueblos de las reducciones jesuítico-guaraníes, Sandra Díaz de Zappia apunta para un modelo de cabildo indígena: “el gobierno de la reducción estaba integrado por autoridades indias, a saber: un corregidor, un teniente de corregidor, dos alcaldes de primero y segundo voto, un alcalde de la Hermandad, un alférez real, cuatro regidores, un alguacil mayor, un procurador o mayordomo y un escribano. Cualitativamente, las autoridades era a veces de extracción social ‘noble’” (SANDRA L. DÍAZ DE ZAPPÍA, “Participación indígena en el gobierno de las reducciones jesuíticas de guaraníes”, *Revista de Historia del Derecho*, n. 31, 2003, p. 97-98). Esa importante información refleja el modelo legal de funcionamiento de los cabildos en la región, en especial en parte del territorio de las Misiones orientales que habían mantenido toda la estructura de la administración posterior a los jesuitas; con todo,

que trabajar actas capitulares de cada cabildo importante. Lo interesante de tal contexto es que, por los cambios de poder entre los grupos involucrados en ese constante estado de guerra, por veces las concesiones para mantener status anteriores en nombre del orden y de la seguridad explican la durabilidad de algunos institutos.

Ya cuanto al tema de la representación de la Provincia de Misiones, se discutía antes del arribo del general Rivera a la región, pues se sabe de algunos intentos anteriores en pro del reconocimiento²³ de la existencia de la Provincia de Misiones, para atender a los intereses del gobierno de Buenos Aires. De hecho, la singularidad de las Misiones orientales ya se conocía desde los tiempos coloniales bajo la administración jesuita. Expulsos los jesuitas, la región ha recibido distintas administraciones seculares españolas, hasta ocurrir la incorporación por los lusobrasileños en 1801. Ahora bien, en el período cisplatino, en especial por el Congreso de 1821, los cabildos²⁴ se vieron envueltos

el contexto macro-político iba hacia la caída de forma rápida del poder y representatividad de esos cargos municipales, eso porque se dieron varios cambios en la administración de esos territorios después de 1767, en el período posterior a los jesuitas.

²³ Sobre dichos sucesos, la Sala de Representantes de Corrientes presenta una posición muy clara: “El Honorable Congreso de la Provincia, en vista de los documentos, que le ha presentado el Poder Ejecutivo relativos a los pasos que ha dado el Excelentísimo Gobierno de Buenos Aires (respecto al grupo insignificante que habitaba el territorio de Misiones) y teniendo en consideración lo opuesto que están ellos con los intereses de la Provincia, que representa, por las razones que tiene dadas ya en su manifiesto de 12 de Noviembre de 1827 y por considerar también degradante al decoro de la Nación, y al de la Provincia de Corrientes en particular, el hacer figurar en la Convención Nacional unos Representantes cuya representación es enteramente imaginaria por no haber existido, ni existir los elementos que puedan constituir la tal Provincia de Misiones” (“Sanción de la Sala de Representantes de Corrientes, abril 1º de 1828” en ALBERTO PALOMEQUE, *El general Rivera y la Campaña de Misiones (1828)*, cit., pp. 483-484).

²⁴ El Intendente J. J. Durán asevera lo siguiente, en la Circular enviada a los Cabildos en razón de la convocación de un Congreso por el Barón de la Laguna: “En ese concepto, y para que se cumpla la Soberana Voluntad de El-Rey, y que pueda la Provincia decidir lo que convenga à sus verdaderos intereses por el órgano de sus legítimos, Representantes, convoco como Gefe político un Congreso de Diputados de los pueblos y Departamentos de toda la Provincia que deberán ser elegidos en la forma prescripta en las adjuntas instrucciones como las adecuadas à las circunstancias del país, à su población y à los usos recibidos. Al efecto, y en el momento que V. E. (ó V. S.) reciba esta Circular, procederá à citar los Alcaldes ordinarios ó territoriales de los pueblos de esa Jurisdicción (...) para que concurran à esa Villa (ó Ciudad) el día que V. E. (ó V. S.) determine, y en unión con ese M. I. Cabildo (ó Exmo. Cabildo) nombren à pluralidad de votos el Diputado ó Diputados por ese Departamento en la forma y con las calidades que individualmente previenen las adjuntas instrucciones” (“Circular a los Cabildos – Juan José Durán, intendente de la Provincia

en las estrategias “liberales” de la época – claro que como acto político del Barón de la Laguna, el Capitán General de Montevideo, en el momento de presión política liberal sobre el Rey D. Juan VI de Portugal, cuando Laguna vuelve a Europa e intenta una solución para la Provincia, solución esa que tal vez no fuese la “Real voluntad”. De hecho, Carlos Lecor dirigió el Congreso para la incorporación al Reino Unido de Portugal, Brasil y Algarve, pero había una posición en el gobierno portugués²⁵ a favor de la independencia del Estado cisplatino, que resultó ser todo lo contrario de la política implementada por Lecor. Por esa época, con el fortalecimiento de Lecor, el Barón de la Laguna, la actuación política de Rivera se dirigió en el sentido de trabajar en el mismo compás, aunque en pocos años, cuando el propio Lecor sufre con la oposición a su administración en la Provincia Cisplatina, se va delineando el movimiento por la independencia del Estado Oriental, donde Rivera actúa en el nuevo escenario de modo distinto. Ahora bien, no se puede olvidar que la estrategia adoptada por Rivera en las Misiones Orientales en 1828 con relación a la representación política, con el llamamiento del Congreso de San Borja, empleando los cabildos como base, no fue novedad, pues hasta Lecor había empleado algo similar en 1821 en el contexto cisplatino.

4.2. El tema de administración de las Misiones orientales

Por fin, surge la cuestión más genérica, que sería el tercer punto de vista a trabajar, es decir el tema de la administración de ese territorio de las Misiones orientales. Un aspecto muy especial de ese contexto ya lo afirmaba el profesor Ots Capdequí cuando recordaba el cambio que los Borbones hacen al establecer las “intendencias”²⁶ y, en particular para ese estudio, la Ordenanza

Cisplatina, 18 de junio de 1821” en PAULO DE Q. DUARTE, *Lecor e a Cisplatina, 1816-1828*, vol. 2, Coleção Taunay, Rio de Janeiro, Biblioteca do Exército Editora, 1985, p. 427).

²⁵ Nos habla Paulo de Q. Duarte que así pensaba el ministro Silvestre P. Ferreira, pues “na verdade, as Instruções enviadas pelo Ministro Silvestre Pinheiro Ferreira ao Barão da Laguna, em data de 16 de abril de 1821, sobre a realização de um congresso que haveria de decidir a sorte do Povo Oriental, era uma sibilina tentativa para proporcionar a independência da Banda Oriental” (PAULO DE Q. DUARTE, *Lecor e a Cisplatina*, cit. p. 449).

²⁶ Según explica el autor: “con la implantación de este régimen los antiguos gobernadores de los territorios coloniales fueron sustituidos por los intendentes-gobernadores, sometidos en parte a la autoridad del Virrey, y en parte, a la del Intendente General. Puede decirse que el establecimiento de este régimen de intendentes afectó a todo el viejo sistema político colonial, desde los virreyes hasta los cabildos municipales, que también vieron dis-

de 1782 asignando al Intendente del Río de la Plata la función gubernativa en que trataba de Hacienda, Justicia, Policía y Guerra, ordenanza esa que luego va a ser implantada en los demás territorios de América. En otros términos, si se decía todavía durante el período de las reducciones que la estructura de los cabildos no funcionaba del mismo modo que en los cabildos seculares²⁷, ahora con la expulsión de los jesuitas la situación cambia drásticamente, aunque sigan funcionando los cabildos indígenas en la región.

Ante todo el conjunto de elementos que demostraban la fragilidad de la administración de los territorios de las Misiones, eso desde la expulsión de los jesuitas en 1767, pasando por la conquista lusitana de 1801, ¿lo qué podría explicar la supervivencia de elementos políticos antiguos en esos pueblos indígenas? Tal vez no existan respuestas cabales a esa cuestión, pero determinados aspectos pueden ayudar en la comprensión del fenómeno. ¿Y la intuición de una autoridad como Constantino Bayle, de que habría la mano del doctrinero, el que acudía en el nombre de los indios al Virrey o al Monarca²⁸, lo que distinguiría la realidad de un pueblo de indígenas y la acepción del cura por sobre el cabildo respectivo? Eso seguramente se podría confirmar durante la estancia de los jesuitas y, en el caso del Paraguay colonial después de la expulsión de los mismos, entre las demás órdenes religiosas que allí se hicieron presentes (así los franciscanos, los dominicos y los mercedarios), claro que teniendo en cuenta que no tenga ocurrido de la misma manera que la anterior, que fue bajo el poder jesuita. De todos modos, el caso se vuelve más complejo cuando se avanza hacia la administración secular ya emprendida en el contexto pos-jesuítico, como también la conquista portuguesa a partir de 1801, habiendo todo un conjunto de repercusiones sociales de incremento de relaciones entre las poblaciones y personas, tanto en clima de guerra como en tiempos de paz²⁹.

minuída su autonomía” (JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *El Estado español en las Indias*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 76-77).

²⁷ La opinión de Juan Agustín García es en el sentido de entender el cabildo indígena dentro del espacio jesuítico como una “parodia” o “mentira”. En eso, sigue a Félix Azara en su *Descripción e historia* cuando este habla que la presencia de corregidor, alcaldes y regidores indios no significaría jurisdicción, por la obediencia a las órdenes del cura – JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *La ciudad indiana (Buenos Aires desde 1600 hasta mediados del siglo XVIII)*, Buenos Aires, Ediciones Antonio Zamora, 1955, pp. 243-244.

²⁸ CONSTANTINO BAYLE, *Los cabildos seculares en la América española*, Madrid, Sapientia, 1952, pp. 375-376.

²⁹ Con relación a los vínculos entre orientales y riograndenses, si la historiografía tradicional se amparaba desde el siglo XIX en la visión nacionalista de oposición por la guerra,

Pero es claro que hay el cambio lingüístico, aunque no se pueda hablar de un lenguaje que sea “liberal” todavía, que resulta de las transformaciones históricas y llega a las Misiones – de ahí que en el período de Belgrano, en su *Reglamento para los pueblos de Misiones* de 30 de diciembre de 1810, son establecidos cambios en los cabildos, como en punto 21, cuando Belgrano anota que “el corregidor será el presidente del Cabildo, pero con un voto solamente, y entenderá en todo lo político, siempre con dependencia del gobernador de los treinta pueblos”³⁰. Son elementos que están en transformación, como todo en el período.

Y el Uruguay, por sus vínculos con las misiones guaraníes, se ve como autónomo³¹, en la opinión del profesor Pivel Devoto, fruto del pasado colonial (la Estancia del Yapeyú de los jesuitas) y de las guerras artiguistas. Así, hubo una lectura de que Lecor podría trabajar por un “Reino cisplatino” autónomo (ante Buenos Aires y Artigas), con libertad de movimiento en el Reino Unido portugués en 1821.

En el período pos-jesuítico, la búsqueda de orientación y referencias no está solamente en la administración civil tardocolonial y republicana; los

la percepción desde mediados del siglo XX fue de acentuar también los lazos familiares y mercantiles entre ambos grupos sociales. Ejemplo de eso nos daría José Honório Rodrigues: “A seguir, tem grande importância para a formação do Rio Grande a disputa armada, isto é, a luta que se inicia entre 1762 e 1777, com a invasão e o domínio espanhol. (...) É nesta hora, com o domínio espanhol de quinze anos e a incorporação das missões orientais, que influências platinas e correntinas se fazem sentir como capas culturais que se integram no conjunto e tendem a quebrar a unidade da cultura lusa imposta à região. Os dois rio-grandes (...) se encontram e se fundem, deixando em cada um as marcas deste contato” (JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, *O Continente do Rio Grande*, Rio de Janeiro, Edições São José, 1954, p. 59).

³⁰ “Reglamento para los pueblos de Misiones, por Manuel Belgrano, 30 de diciembre de 1810”, en MUSEO MITRE, *Documentos del Archivo de Belgrano*, tomo III, Buenos Aires, Imprenta de Coni Hermanos, 1914, p. 126.

³¹ Ese concepto lo presenta J. E. Pivel Devoto: “producida la ruptura del orden provincial en 1817, y por espacio de diez años, asistimos a un proceso de integración y desintegración en el que se perfilan las dos tendencias antagónicas señaladas. Mientras Artigas, con los pueblos que le seguían fieles, opuso indomable resistencia en defensa de la integridad territorial, en cuya lucha se modeló definitivamente el sentimiento orientalista que subsistiría después de 1820 como una llama inextinguible, Montevideo, desde 1817, renovó su plan de unidad que le tendría por centro, pero concibiéndola entonces bajo la forma de Reino autónomo – el Reino Cisplatino – dentro de la monarquía lusitana” – JUAN E. PIVEL DEVOTO, “Prólogo” en FRANCISCO BAUZA et alii, *La independencia nacional*, tomo I, Biblioteca Artigas (Colección de Clásicos Uruguayos, vol. 145), Montevideo, Ministerio de Educación y Cultura, 1975, p. XVII.

propios indígenas siguen trabajando su lenguaje y su realidad para la manutención de su cultura y lengua, en lo posible. Con todo, los temas liberales también llegan al lenguaje indígena: en el *Proclama de los corregidores de los pueblos de San Miguel y San Carlos a los habitantes de los pueblos del Paraná*, en 16 de octubre de 1827, dichos corregidores dicen que “nuestros paisanos habitantes del Uruguay introdujeron la revolución en nuestras tierras”, aludiendo a las campañas orientales de rescate del territorio para los proyectos en juego en esa época, el Uruguay independiente artiguista o vinculado a la República Argentina³².

La ocupación de las Misiones Orientales por Rivera en 1828 además ha generado el impacto necesario para que el tratado de paz en que reconoció la independencia del Uruguay³³ se diese. Más aún: el tema de las Misiones, según la diplomacia de la época³⁴, era vital, pues la continuidad de la Guerra Cisplatina sería segura, si no se entregasen las Misiones³⁵, como se percibe por la documentación diplomática de la época. Desde un punto de vista geopolítico y macro, sería presumible la respuesta de Juan Antonio Lavalle-

³² “Proclama de los corregidores de los pueblos de San Miguel y San Carlos a los habitantes de los pueblos del Paraná, 16 de octubre de 1827”, en MARCOS A. MORÍNIGO, “Sobre los cabildos indígenas de las Misiones”, *Revista de la Academia de Entre Ríos*, Paraná, Nueva Impresora, año 1, n. 1, 1946, p. 35.

³³ Sobre eso, comenta Pablo Blanco Acevedo que “así fue en verdad, y mientras desde el ejército del Yaguarón volaban al Ibicuy las felicitaciones y los elogios por el éxito de la brillante jornada, y arribaban hasta Río de Janeiro los ecos del nuevo desastre para las armas del Imperio, en Buenos Aires, sin dilación alguna, decidíase apresuradamente el nombramiento de los Plenipotenciarios argentinos que deberían tratar la paz con el Brasil” – PABLO BLANCO ACEVEDO, *La independencia nacional*, tomo II, Biblioteca Artigas (Colección de Clásicos Uruguayos, vol. 146), Montevideo, Ministerio de Educación y Cultura, 1975, p. 208.

³⁴ De su parte, Lord Ponsonby defendió la solución del Tratado para el territorio de Misiones: “A uno de estos arreglos deseo llamar la atención particular de V. E. Es aquel que establece la inmediata desocupación de las Misiones por las tropas (ya sea bajo el mando del general López o del general don Fructuoso Rivera, o de cualquiera otro comandante), que ahora ocupan militarmente esa Provincia. Puedo informar a V. E. que si este punto no hubiese sido concedido por los Plenipotenciarios Republicanos, la Paz no hubiera podido jamás realizarse” (“Despacho de Lord Ponsonby al General Juan Antonio Lavalleja, 31 de agosto de 1828” en PABLO BLANCO ACEVEDO, *La independencia nacional*, cit., p. 223)

³⁵ Sigue hablando Ponsonby en el despacho: “Concluyo, por tanto, que se darán órdenes inmediatamente para la evacuación de las Misiones. Sobre este punto sólo tengo que repetir lo que antes he dicho, que si las Misiones no son evacuadas, *todavía habría que combatir por la Independencia de la Banda Oriental*. Montevideo no sería evacuada por los brasileños, y la guerra podría durar todavía por un espacio de tiempo indefinido” (Ídem, p. 224).

ja³⁶, de que la entrega debería ser efectuada en pro del reconocimiento de la independencia uruguaya. Entre tanto, los actos de Rivera no se mostraron desde esa perspectiva, sino como forma de construcción del Estado de Misiones desde las categorías en boga en la época.

4.3. *Los conceptos políticos en transición hacia el imaginario liberal*

En la nomenclatura que advenía de la época indiana, existía la noción de “provincia” y se utilizaba conjuntamente con la de Virreinato, como parte. Entre tanto, las provincias³⁷ van a recibir una carga semántica distinta en el siglo XIX, con relación al anterior, en que los usos se inmiscuyen entre el antiguo uso y los nuevos. En el escenario de legitimación del régimen nuevo, de la independencia de los territorios hispanoamericanos, primero por la ausencia de la figura del Rey español, después por voluntad “soberana”, los pueblos³⁸ se consolidan como la referencia natural de la soberanía. El movimiento inicial de la campaña de emancipación tiene por base, por varias raíces, el vínculo con los “pueblos”; con todo, según recuerda el profesor Chiaramonte³⁹, “el dogma de la indivisibilidad de la soberanía se encarnaba en elites políticas de las ciu-

³⁶ Así, el Gobernador oriental en la época, general Lavalleja, afirma que “en cuanto a la desocupación de los Pueblos de las Misiones, soy de opinión que el Gobierno de la República no trepidará en comunicar terminantes órdenes para que se verifique, mayormente cuando su negativa envuelve el que no pueda ajustarse la Paz, como V. E. lo indica” (“Carta del General Juan Antonio Lavalleja al Lord Ponsonby, 20 de septiembre de 1828” en PABLO BLANCO ACEVEDO, cit., p. 226).

³⁷ Según nos explica João Paulo Garrido Pimenta: “Coisas diferentes são tomadas por equivalentes, e daí emerge a construção do novo. Vimos como *povos* eram expressão das partes constitutivas da nação-monarquia do século XVIII. A utilização aqui de *Províncias* demonstra a persistência da idéia de ‘partes do Vice-Reino do Prata’, com uma diferença significativa: o uso do termo no plural, denotando já uma especificidade da época” – JOÃO PAULO GARRIDO PIMENTA, *Estado e nação no fim dos impérios ibéricos no Prata (1808-1828)*, 2ª ed., São Paulo, Editora Hucitec, 2006, p. 130.

³⁸ Según explica José Carlos Chiaramonte, “el mayor problema que enfrentaban los líderes de los movimientos de independencia hispanoamericanos era el de la urgencia de sustituir la legitimidad de la monarquía castellana. Desde la Nueva España hasta el Río de la Plata, como es sabido, la nueva legitimidad se buscó por medio de la prevalenciente doctrina de la *reasunción del poder por los pueblos*. Concepto éste, el de pueblo, por lo común sinónimo del de ciudad” (énfasis del autor en el texto – JOSÉ CARLOS CHIARAMONTE, *Nación y Estado en Iberoamérica: El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2004, p. 64).

³⁹ Ídem, p. 67.

dades capitales –a veces con apoyo en parte de las elites de otras ciudades– que proyectaban la organización de un Estado centralizado bajo su dirección”.

Es ese contexto muy rico en detalles: de un lado, se inicia el proceso de extinción de los cabildos⁴⁰, que en poco tiempo son reemplazados por las legislaturas; de otro, los pueblos y sus cabildos reciben atención para la conformación de las provincias, en un nuevo contexto en que la noción de soberanía asume gran relevancia. Y como recuerda Chiaramonte, los usos designan al menos dos formas de comprensión de los vínculos entre las partes, las provincias, sea la federación como la confederación⁴¹. Sería eso que estaría en juego en el contexto de las emancipaciones en Hispanoamérica.

En otros términos, dichas “provincias” se entienden como “soberanas” en el sentido de que serían como Estados independientes (es interesante recordar que Rivera hace justamente eso en Misiones, convirtiendo tal territorio como Estado independiente de Brasil para luego se proceder a la incorporación a la Argentina). El uso de ese vocablo “provincia” se encontraba, según Chiaramonte, entre “el antiguo sentido que poseía en la administración colonial hispana y los que fue adquiriendo en el proceso indefinido hasta 1816”⁴². Las antiguas provincias del Virreinato del Río de la Plata, reorganizadas por las Ordenanzas de Intendentes en el final del siglo XVIII, se perciben sin rumbo con la decadencia de la Monarquía española; procesos de reunificación política llegan a emplear tal término ahora como parte de un todo rioplatense, en que la provincia recibe nuevo sentido – además de la desagregación de las antiguas provincias en nuevas provincias. La nomenclatura sigue siendo empleada, como aclara Chiaramonte⁴³, fuese con el esquema bonaerense por

⁴⁰ Apunta J. C. Chiaramonte en otra obra: “Luego de 1820 comenzaron ensayos de regímenes representativos en las provincias. Las intendencias no subsistieron luego de esa crisis, y asimismo todos los cabildos existentes en el territorio del ex Virreinato serían suprimidos, entre 1822 y 1834, y sustituidos por las legislaturas” – JOSÉ CARLOS CHIARAMONTE, *Usos políticos de la historia: Lenguaje de clases y revisionismo histórico*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2013, p. 211).

⁴¹ Sobre eso habla J. C. Chiaramonte: “La confusión es inevitable si no percibimos la peculiaridad de un vocablo que en la época reunía a la vez la resonancia del viejo término de la administración estatal hispana y la intencionalidad que le dieron los transitorios gobiernos centrales de los primeros años de vida independiente” – JOSÉ CARLOS CHIARAMONTE, “El federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX” en MARCELO CARMAGNANI (comp.), *Federalismos latinoamericanos: México / Brasil / Argentina*, México, El Colegio de México/FCE, 1993, p. 94.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ídem*, p. 95.

un Estado centralizado, fuese en lapsos en que se cogita de la posible reinstalación de los trabajos de un congreso constituyente, aunque coexistiendo con la soberanía de independencia estatal.

Por esa razón, nos explicará el historiador argentino que “a partir de 1820, la práctica será mantenerse en la ambigua condición de Estado libre, independiente y soberano (...) y seguir aceptando y usando la denominación provincia”⁴⁴. Aquí tenemos elementos que nos explican las estrategias empleadas por Rivera en las Misiones Orientales, el uso semántico en el territorio cisplatino (donde Rivera actuó junto a Lecor por un tiempo significativo) y en el debate rioplatense, con la carga de sentido que se percibe en el desarrollo de discursos “liberales”, pero que no serían resultado de manuales u otros medios de divulgación teórico-política, sino que se construyen y cambian históricamente en la construcción del escenario lingüístico, en que muchas veces pierden su contenido teórico (del debate en los parlamentos y periódicos) para recibir nuevos significados en la práctica social.

5. Consideraciones finales

A pesar del carácter todavía preliminar de esa investigación, nos parece que el uso del modelo interdisciplinar y multilateral al menos puede alumbrar la complejidad del escenario. Así, no se puede hablar de un *continuum* de los cabildos indígenas a punto de determinar la retórica de guerra adoptada por Rivera, como tampoco se puede deducir la ratificación por el caudillo de la estructura capitular como base del Congreso de San Borja en 1828 como algo que sería simple ornamentación discursiva. Tales discursos se entrecruzan tomando un nuevo significado con el tiempo. La contemporánea historiografía en Uruguay, en sus distintos tipos ideológicos, apunta hacia la singularidad de los acontecimientos históricos. De un lado, Diego Bracco anota: “al parecer coincidieron temporalmente circunstancias del máximo esplendor de los pueblos de misiones con variables relacionadas a su decadencia”⁴⁵. Por eso, recuerda el éxodo de los hombres que iban a la interacción con la campaña, en que se especializaban en las faenas ganaderas, resultando después en el nuevo elemento social de ese contexto, el gaucho. Además, Bracco ha

⁴⁴ Ídem, p. 96.

⁴⁵ Ver: DIEGO BRACCO, *Charrúas, guenoas y guaraníes. Interacción y destrucción: indígenas en el Río de la Plata*, Montevideo, Lunardi y Riso, 2004, p. 298.

aseverado que el aislamiento sería condición propia para la labor jesuítica en las misiones, pero que al final con tal interacción “erosionó las bases sobre las que se cimentó ese aislamiento”⁴⁶.

De otro lado, Óscar Padrón Favre dice en su obra *Ocaso de un pueblo indio* que “ha quedado de manifiesto que la situación de buena parte de la población misionera que emigró en 1828 a nuestro país dependió, para su bienestar o padecer, de las oscilaciones de Rivera en el ejercicio del poder”⁴⁷. Por desgracia, en eso no se avanzó en la historiografía brasileña, según ya hemos dicho en otro momento⁴⁸. Resulta así que el uso de los términos también de un modo performativo seguramente generó cambios sociales, fuesen pérdidas de espacio o entonces garantía de continuidad. En eso se resume la paradoja indígena de aquellos tiempos, como recuerda el profesor Maeder, que Rivera logró la ocupación de ese territorio contando con el apoyo de los guaraníes y de los riograndenses⁴⁹. Así, podemos concluir que, aunque se hable de los términos indios, hay un nuevo escenario sin vuelta en que el elemento indígena ahora va a diluirse, en que cada vez más se avanza en la afirmación del discurso “liberal” de las elites constructoras de la “nación”.

Por la fluidez de usos lingüísticos, aquí tal vez exista una intersección entre lo colonial y lo liberal que desbordaría los límites indios de los derechos provincial y local⁵⁰, trayendo nuevos problemas que aquí hemos presentado sucintamente.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Ver: ÓSCAR PADRÓN FAVRE, *Ocaso de un pueblo indio: historia del éxodo guaraní-misionero al Uruguay*, Montevideo, Editorial Fin de Siglo, 1996, p. 253.

⁴⁸ Ver: ALFREDO DE J. FLORES, “Lecturas historiográficas brasileñas en torno a las Misiones orientales del Uruguay y la tradición institucional indiana”, *Revista de Historia del Derecho*, v. 42, 2011, pp. 197-206.

⁴⁹ Ver su texto fundamental: ERNESTO J. A. MAEDER, *Misiones del Paraguay: conflictos y disolución de la sociedad guaraní (1768-1850)*, Resistencia, Contexto Libros, 2014, p. 274.

⁵⁰ Pensamos en la referencia obligatoria del escrito de Víctor Tau Anzoátegui sobre tales categorías – VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La configuración del Derecho indiano provincial y local: Cuestiones metodológicas y desarrollo de sus fases históricas” en VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, ALEJANDRO AGÜERO (coord.), *El derecho local en la periferia de la monarquía hispana: Río de la Plata, Tucumán y Cuyo, siglos XVI-XVIII*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2013, p. 23.

DE PERSONA MORAL A PERSONA JURÍDICA. LAS CORPORACIONES
Y SU CLASIFICACIÓN ENTRE ESPAÑA Y AMÉRICA (SIGLOS XVIII-XIX)

FROM MORAL PERSON TO LEGAL ENTITY. CORPORATIONS
AND THEIR CLASSIFICATION BETWEEN SPAIN AND AMERICA
(18th-19th CENTURIES)

JAVIER GARCÍA MARTÍN
Universidad del País Vasco (España)
javier.garciam@ehu.eus

Resumen: Se analiza en estas páginas el significado que, en la tradición jurídica hispano-americana, tuvo la sustitución en el s. XIX –donde se produjo– del término “persona moral” por el de “persona jurídica”. El primero, de fundamento canónico pero ligado a la consideración jurídico-pública de las corporaciones, excluía a las sociedades mercantiles y en especial a las anónimas, entendidas como mero contrato y sin limitación de la responsabilidad de los socios. El segundo, sin embargo, difundido por C. F. Savigny, y presente en A. Bello y P. Gómez de la Serna, supondría la inclusión de éstas. El diferente éxito, no obstante, que tuvo el concepto “persona jurídica” en Chile y en España, durante la primera mitad del s. XIX, permite no sólo la comparación entre el derecho de ambos países sino estudiar en qué medida los límites y pervivencias de la tradición jurídica hispanoamericana condicionaron la regulación de las nuevas realidades socio-económicas, y con ello un supuesto “subdesarrollo” doctrinal (Ch. R. Means) respecto al ámbito angloamericano.

Palabras clave: persona jurídica, persona moral, corporaciones, Andrés Bello-Pedro Gómez de la Serna, España, América.

Abstract: This paper deals with the meaning of the change that took place in the Spanish-American tradition from the concept of “moral person” to “juridical person” during the nineteenth century –when it happened–. The first concept, stemming from canon law, excluded companies, especially joint-stock companies considered just a contract without liability for its members. The second concept, advanced by C. F. von Savigny, and used both by A. Bello and P. Gómez de la Serna, added companies to corporations. The term “juridical person” did succeed in Chile during the first half of nineteenth, but not in Spain. This fact let us not only compare law in both countries, but also to study the limits and preservation of Spanish-American juridical tradition in order to legislate on new socio-economic institutions and, at the same time, the supposed “underdevelopment” (Ch. R. Means) in relation Anglo-American doctrine.

Keywords: juridical person, moral entity, corporations, Andrés Bello-Pedro Gómez de la Serna, Spain, America.

Sumario: 1. Introducción: la inmortalidad de las corporaciones en el orden jurídico y lexicográfico de los siglos XVIII al XIX. 2. La ilustración jurídica y la clasificación de las corporaciones. La persona moral y el problema de las sociedades mercantiles. 3. Persona jurídica. Un nuevo concepto acuñado por F. K. Savigny en A. Bello y P. Gómez de la Serna. Códigos mercantiles frente a códigos civiles.

1. Introducción: la inmortalidad de las corporaciones en el orden jurídico y lexicográfico de los siglos XVIII al XIX

“Iddio creò l’uomo a propria imagine e somiglianza, ma l’uomo non volle essergli da meno: creò a imagine e somiglianza propria, la persona giuridica”¹. Así comienza uno de los capítulos dedicados por F. Galgano a la persona jurídica, en el que, con ironía, constata la pretensión de “inmortalidad” de las *universitas*, *collegia*, *societates* y corporaciones en general, no sólo durante el Antiguo Régimen sino también bajo el constitucionalismo.

No se trata, en especial bajo el *ius commune*, de imágenes retóricas. Tenía que ver con el Derecho canónico, tan decisivo en la difundida doctrina de la *persona ficta*, –en realidad un *nomen iuris* que, aunque atribuía a las corporaciones los beneficios del menor sujeto a tutela², permitía el mantenimiento del principio de subsidiaridad de sus miembros en la responsabilidad patrimonial de éstas³–, no desligable de la consideración de la Iglesia como *corpo místico* e inmortal que podía trasladarse a casi todas las corporaciones. Y lo relevante es que la imagen no se constataba sólo en el ámbito católico.

¹ FRANCESCO GALGANO, “La superbia dell’uomo” en *Tutto il rovescio del diritto*, Milán, Giuffrè, 2007, p. 24.

² Correspondía la *restitutio in integrum* a las iglesias, ciudades, universidades, concejos, corporaciones y comunidades que hubieran sufrido algún daño EUGENIO DE TAPIA, *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Valencia, Imprenta de Ildefonso Mompie, 1828, t. I, p. 6.

³ “E allora non stupisce che anche nella dottrina successiva a Innocenzo IV, tra le maglie della teoria della finzione riaffiorassero concezioni che si potrebbe chiamare di stampo germanico... ad esempio ... la corresponsabilità per le obbligazioni dell’*universitas*” [ITALO BIROCCHI, “Persona giuridica nel diritto medievale e moderno” en RODOLFO SACCO (ed.) *Digesto del discipline privatistiche. Sezione Civile*, Utet, 1998, t. XII, pp. 407-420, pp. 414-415]. La solución había sido más jurídica que filosófica como muestra SANTIAGO BUENO SALINAS, *La noción de persona jurídica en el Derecho canónico*, Barcelona, Universitat-Ed. Herder, 1985, pp. 22-23. Asimismo, A. M. PUNZI NICOLÒ, “La persona giuridica in diritto canonico. Tra valorizzazione e relativizzazione en LEO PEPPE (ed.) *Personae giuridiche e storia del diritto*, Turín, Giappichelli, 2004, pp 89-110.

S. Kyd, autor de uno de los más completos intentos de sistematización de las corporaciones inglesas de finales del s. XVIII⁴, consideraba, conforme al *Common Law*, que una característica esencial de los “collective bodies of men” –*bodies politic, bodies corporate* o *corporations*– era su duración indefinida “by a continued accession of new members to supply the place of those who are removed by death, or other means, which, in the language of the law, is called *perpetual succession*... both natural and artificial”. Lo que no significaba que hubiese que considerar a las corporaciones “mere methaphysical being or mere *ens rationis*”. Eran, por el contrario, cuerpos reales, con existencia cierta, aunque sin duración definida, identificables como “instituciones políticas”⁵.

La cuestión resulta transcendental si se tiene en cuenta que con esta afirmación S. Kyd marcaba distancias con los revolucionarios franceses, que habrían tratado de limitar la autonomía de éstas, declarando no sólo la exigencia de autorización para constituir cualquiera de ellas sino la capacidad del poder público de suprimirlas si se consideraban contrarias al interés público⁶.

En el ámbito hispano la cuestión no dejó de tener repercusión. En la discusión suscitada en las Cortes de Cádiz el día 31 de mayo de 1813 sobre el proyecto de Decreto que declararía la libertad de industria u oficio sin necesidad de licencia de los gremios, el diputado por Aragón, Isidoro Antillón, no dudó en sostener, al calor del debate, que los gremios eran *cuerpos mortales*, “cuya existencia depende siempre de la voluntad del Gobierno y que si el bien público exigía su extinción, faltaría personalidad a estas corporaciones” y con ello el derecho de las Cortes a suprimirlos si fuese su voluntad (“en cuanto á la Nación, representada en el Cuerpo Legislativo, no hay respeto humano que pueda entorpecer en esta parte sus decretos”)⁷.

⁴ STEWART KYD, *Treatise on the Law of Corporations*, Londres, Printed for J. Butterworth, Fleet-Street, 1795, 2 vols, v. I, p. 13. En su concepción, “a corporation, or a body politic, or body incorporate, is a collection of many individuals, united into one body, under a *special denomination*, having perpetual succession under an *artificial form*, and vested, by the policy of the law, with the capacity of acting, in several respects, as an *individual*”.

⁵ *Ibidem*, v. I, pp. 6 y pp. 15-17: “a corporation is a political institution; incorporation is the act by which that institution is created” (p. 13).

⁶ Una relación exhaustiva de las medidas revolucionarias francesas respecto a las corporaciones religiosas y laicas en AUGUSTE DUMAS, “Personnes morales” en R. NAZ (ed.), *Dictionnaire de Droit Canonique*, París, Libraire Letouzey, 1957, t. 6, pp. 1359-1420, pp. 1407-1412.

⁷ *Diario de Sesiones de las Cortes generales y extraordinarias de n° 827*, Sesión de 3 de junio de 1813, p. 5413. El proyecto de decreto en pp. 5389-5390. El Decreto definitivo

La afirmación, con todo, no tuvo plasmación legal. Si bien es cierto que las Cortes les privaron del monopolio de cada ramo del comercio, los gremios y corporaciones en general, incluyendo las comunidades, las corporaciones eclesiásticas y los consulados no sólo no fueron suprimidos en Cádiz, –las ordenanzas gremiales, de hecho, siguieron en vigor en lo que no supusiese monopolio⁸– sino que la referencia para los liberales seguiría siendo la de un orden jurídico no sólo de individuos sino de corporaciones⁹.

La explicación de la pervivencia, cuando menos en el caso de las corporaciones eclesiásticas, nos la proporciona, además del art. 12 de la Constitución de Cádiz, que declaraba el catolicismo como religión oficial, el *Proyecto de Código civil* español de 1821 que las consideraría de utilidad pública, aunque eso sí –si seguimos a J. Maluquer, para quien la pretensión desvinculadora del legislador gaditano resultaría decisiva–, sin privilegios¹⁰. Se regulaba ahora, de hecho, la forma de adquisición y traspaso de bienes y se les hacía perder la condición de menores de edad y, con ello privilegio de la *restitutio in integrum* (art. 117), aunque se les seguía asignando un tutor que ahora era el Jefe de Establecimientos de Instrucción y Beneficencia (art. 294)¹¹.

Aunque no existe en el Proyecto de 1821 ningún título específico dedicado a la persona moral o jurídica y aunque quizás siguió inconscientemente relacionándose “persona moral” y “propiedad vinculada”, sí es importante constatar, no obstante, su intención de definir, por vez primera, las corporaciones conforme a los conceptos de “cuerpo moral o persona moral” –“*toda persona o cuerpo*” señala el art. 273– y hacerlo con pretensión de totalidad –“*cuerpos morales... de cualquier clase*” (art. 117)–. La Constitución de 1812, de hecho, es la primera que hace uso del término anglosajón “corporación” con carácter general, no dudando el Proyecto de 1821, posiblemente por in-

es de 8-6-1813 [*Colección de decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de febrero de 1813 hasta 14 de septiembre del mismo año*, t. IV, Decreto CCLXII, p. 86].

⁸ CARLOS PETIT, “Derecho mercantil y Constitución (1812)” en *Historia del Derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 315-347, pp. 322-323.

⁹ CARLOS GARRIGA y MARTA LORENTE, “El modelo constitucional gaditano” en *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 373-392, p. 390.

¹⁰ La Constitución de Cádiz prohibía expresamente la concesión de privilegios exclusivos “a persona ni corporación alguna” (art. 172.9^a).

¹¹ JORDI MALUQUER DE MOTES i BERNET, *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, Universitat, 1988, pp. 112-117.

fluencia de la doctrina sobre la *persona moral*, en contraponer “cuerpo moral” a “cuerpo natural”, aunque, como en el Antiguo Régimen, atendiendo particularmente a las corporaciones vinculadas a la Administración, al distinguir entre el “cuerpo que ejerza autoridad” y el que no¹².

Por último, en el caso de las corporaciones más relevantes en cuanto a jurisdicción, los Consulados, si bien el art. 278 de la Constitución gaditana reservaba a las Cortes la facultad de decidir sobre su mantenimiento (“las leyes decidirán si ha de haber tribunales especiales para conocer de determinados negocios”), éstas, posiblemente por influencia del Consulado gaditano, buen contribuyente de la causa liberal, decidieron mantener los consulados “por ahora” y “según se hallan” en lo referente a la organización judicial, aunque decretando la libertad de industria, aspirando, como mucho a su “arreglo” –aumento del control estatal– y “uniformidad” mediante una ordenanza general para todos los Consulados de la Monarquía¹³.

Sería, no obstante, con el Trieno liberal cuando la voluntad uniformadora se haría más patente a través de un debatido *Dictamen de 2-3-1821 sobre las corporaciones gremiales y consulados de comercio, agricultura y artes*, en última instancia, un Proyecto de Decreto con el que adecuar las corporaciones a la regulación constitucional 1812. Pero el “arreglo”, de nuevo, no suponía la supresión de las corporaciones gremiales –“desunieron y aislaron las artes, se opusieron al progreso de la industria artística; pero con la especie de confraternidad que estableció cada corporación en particular entre sus individuos, influyeron favorablemente en la moral de los artesanos”¹⁴– sino una nueva planta común a todas ellas, que tomaba ahora a los consulados como centro, extendiendo la

¹² LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil*, Madrid, Ministerio de Justicia-Comisión general de Codificación, 1970, p. 50. El Art. 273, inscrito en el Tit. VIII: De las personas en general a quienes toca hacer efectivos los derechos y obligaciones. Cap. 1: De la autoridad gubernativa- indicaba expresamente: “Toda persona o cuerpo que ejerza autoridad en algún ramo de la Administración pública y gobierno del estado en nombre de la ley debe ser obedecida cuando manda dentro de la esfera de sus atribuciones. Puede a dicho fin emplear los medios coactivos que le haya concedido especialmente la ley; y siempre reclamar el auxilio de la persona en quien reside la autoridad gubernativa superior o local”.

¹³ CARLOS PETIT, “*Arreglo de consulados y revolución burguesa: en los orígenes del moderno Derecho mercantil español*” en *Historia, Instituciones, Documentos* 11 (1984), pp. 255-312 y “Derecho mercantil y Constitución (1812)” *op. cit.*, p. 327 y ss.

¹⁴ *Dictamen de la Comisión especial de Comercio, Industria, Caminos y Canales sobre las corporaciones gremiales y Consulados de Comercio, Agricultura y Artes, presentado a las Cortes ordinarias de 1821*, Madrid, Imprenta especial de las Cortes por D. Diego García y Campoy, 1821, p. 9.

jurisdicción mercantil tradicional a todas las actividades productivas (“una asociación general de las clases productivas”, incluyendo las agrícolas e industriales¹⁵. El mantenimiento de las corporaciones, en especial las gremiales, cumplía además otro fin: conseguir “una buena policía o la seguridad pública como se debió repetidas veces –se afirmaba– á las instituciones gremiales en Barcelona y otras populosas ciudades”. Y, junto a ello, la formación de sociedades de beneficencia mutua (art. 7) y la consideración como vagos –una circunstancia agravante de los códigos penales del s XIX– de los no inscritos en ellos (art. 28)¹⁶.

Con el liberalismo, las corporaciones, en definitiva, se uniformaban pero no se suprimían. De ahí que a la *inmortalidad* del Consulado de Bilbao –cuyas ordenanzas tanta difusión tuvieron en América– siguiesen haciendo mención los letrados del Ayuntamiento de la villa de Bilbao el 6 de abril de 1830, una vez promulgado el Código de Comercio de 1829, señalando que “las comunidades son unos *cuerpos morales* que pueden recibir modificaciones ó alteraciones en la forma sin que por eso varíen en la esencia”¹⁷.

Intereses económicos, razones de orden público y, en última instancia, la religión explican, en definitiva, el mantenimiento, en el modelo doceañista, del concepto y las referencias a las corporaciones. Y es evidente además que esta consideración no puede desvincularse de la condición de “vicarias” o católicas, con la que las nuevas naciones soberanas surgidas tras la invasión napoleónica se presentaban a sí mismas, para seguir formando parte de una *Respublica christiana*, de la que España e Iberoamérica se seguirían presentando como integrantes durante buena parte del s. XIX¹⁸.

De hecho, no resulta casual que la denominación *cuerpos morales* –frente a la de personas– o *derecho de gentes* –frente a la de derecho interna-

¹⁵ *Ibidem*, p. 9.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 28 y 31.

¹⁷ AHFB (Archivo Histórico Foral de Bizkaia) Archivo Municipal de Bilbao. Sección Antigua 0355/001, n.º 27. Consulta de letrados de 6 de Abril de 1830. “A muchas observaciones daría lugar el problema de si el Consulado de Bilbao debe reputarse extinguido totalmente en forma que se conceptúen destruidos enteramente los elementos de que se componía. Las comunidades son unos cuerpos morales que pueden recibir modificaciones ó alteraciones en la forma sin que por eso varíen en la esencia”.

¹⁸ JAVIER GARCÍA MARTÍN, “El orden internacional de la *Respublica Christiana* en época constitucional. Derecho de gentes, bienes eclesiásticos y constitución en las naciones vicarias de España y México (primera mitad del s. XIX)” en *e-SLegal History Review*, 21 (2015), pp. 1-68. Sobre el concepto “monarquía vicaria”, vid. JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES, *Historia del Derecho español*, Madrid, Universidad Complutense, 2004, v. II, pp. 1507-1518.

cional— siguiesen siendo los términos utilizados a ambos lados del Atlántico, como términos relacionados, en los nuevos órdenes constitucionales que, en definitiva, tomaban como referencia a Cádiz.

La ordenación jurídica iba pareja a la elección de unas u otras palabras con las que definir las instituciones que ésta contemplaba.

Por ello, no deja de sorprender que Andrés Bello (1781-1865), en tanto constructor jurídico-lingüístico del nuevo orden codificador iberoamericano —es evidente que redactó el Proyecto de Código civil chileno de 1853 a la vez que su conocida *Gramática*¹⁹—, optase por introducir en aquél, como novedad —con la cautela que muestra siempre hacia los neologismos²⁰—, el término “persona jurídica” (*juristische Person*), que tomaría de C. F. von Savigny²¹ —como la traducción al castellano que llevó a cabo de algunos textos de éste atestigua²²—, frente al de “persona moral” generalizado en el s. XVIII, a partir, fundamentalmente de Pufendorf y Heineccio, autores que, en realidad partían, como en el Antiguo Régimen, de considerar la persona como *status* (unas u otras facultades jurídicas basadas en la desigualdad) y

¹⁹ BERNARDINO BRAVO LIRA, “La difusión del Código civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués” en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (1982), pp. 71-106 y JOSÉ MARÍA CASTÁN VAZQUEZ, “El Código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano” en *Anuario de Derecho Civil* 1982, pp. 121-129. Sobre el orden jurídico IVÁN JAKSIC A., *Andrés Bello: La pasión por el orden*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2001, pp. 189-215. Respecto al “orden gramatical” y los neologismos, BALTASAR ISAZA CALDERÓN, *La doctrina gramatical de Bello*, Madrid, Real Academia española, 1967 (2ª ed.). Últimamente, a este respecto ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Vida y obra de Andrés Bello, considerado jurista*, Madrid, Aranzadi, 2008, pp. 63 y ss.

²⁰ ANDRÉS BELLO, “Gramática” en *Obras completas [O.C.]* Caracas, Ministerio de Educación, 1951, t. IV: “La avenida de neologismos de construcción que inunda y enturbia mucha parte de lo que se escribe en América y, alterando la estructura del idioma, tiende a convertirlo en una multitud de dialectos irregulares... que... reproducirían en América lo que fue la Europa en el tenebroso período de la corrupción del latín” en CARLOS AUGUSTO RAMOS NÚÑEZ, “El Código de Bello y la cultura del orden” en *Derecho Virtual* N° 2 (julio-septiembre de 2006), pp. 1-10, p. 2.

²¹ HUGO HANISCH ESPÍNDOLA, “La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas” en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (1980), pp. 167-198.

²² “Este apéndice es un breve extracto de la doctrina de Savigny, Droit Romain, lib. II, cap. 2 pp. 85 hasta 102” en Apéndice a *Principios del Derecho romano según el orden de las Instituciones de Justiniano*. En este momento, no obstante, no dudaba en equiparar ambos conceptos: “En este apéndice diremos algo de las personas morales o jurídicas”: ANDRÉS BELLO, en *O. C. t. XVI*, pp. 460-474.

no como individuo²³. Explicar las razones del cambio de denominación es una de las finalidades de estas páginas.

La cuestión no es menor si se tiene en cuenta que el cambio de denominación no fue exclusivo de A. Bello y es cuestionable que, aunque no hay duda de su familiaridad con la obra de Savigny, fuese el primero en emplearlo en la doctrina jurídica en español. De hecho, aunque ha pasado desapercibido para la historiografía, ya en 1846, el español Pedro Gómez de la Serna (1806-1871), en el que la influencia de la Escuela Histórica parece haber sido más decisiva de lo considerado hasta ahora²⁴, dejaría constancia de forma expresa del nuevo término en la tercera edición de sus *Elementos*, rechazando, de forma expresa, el término “persona moral”, todavía presente en la edición anterior de 1843:

A las personas que solo tienen una existencia artificial, las designaremos con el nombre de *personas jurídicas*; denominación que creemos más adecuada que la de personas morales que otros usan, y que nosotros no hemos tenido inconveniente en adoptar en dos de las ediciones anteriores de esta misma obra; pero que en verdad reúne a su inexactitud el peligro de hacer formar una idea equivocada del sentido que encierra²⁵.

Lo interesante, con todo, más que la prioridad de un autor sobre otro —no es de relevancia menor que ambos compartiesen un interés común por

²³ FRANCO TODESCAN, “Dalla *persona ficta* alla *persona moralis*. Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del. sec. XVII” en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* [QF] 11/12 (1982), t. I, pp. 59-93, pp. 90-91. Sobre la separación homo/persona, CARLO BERSANI, “Genus hominum fluctuans. Appunti sul nesso tra interpretazione delle condizioni paraservili e costruzione del concetto giuridico di persona fra XVII e XVIII secolo” *Rivista di Storia del Diritto italiano* (2014), pp. 71-118.

²⁴ Vid. ANTONIO RUIZ BALLÓN, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid, Universidad Carlos III, 2013. Los años de exilio entre 1843 y 1847 en Inglaterra y Francia resultarían decisivos para entrar en contacto con las ideas de la *Escuela Histórica*, de las que se proclamaría en 1845 ferviente partidario (p. 108).

²⁵ La edición de 1843, sin embargo, seguía partiendo del concepto de “*persona moral*”: “La ley por medio de abstracciones y ficciones ha creado estas personas que podemos llamar morales, y las ha hecho susceptibles de derechos y obligaciones como á los individuos” PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, Y JUAN MANUEL MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, Madrid, Imprenta de D. Vicente de Lalama, 1843 (2^o edición corr. y aum.) t. I., p. 118 y 1845 (3^a ed. corregida y aum.), t. I, p. 311. El término “persona jurídica” además lo había empleado ya Gómez de la Serna en 1842 en su *Curso completo elemental de Derecho romano*...Madrid, Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos, 1842, t. III, p. 32. Bajo el epígrafe “personas jurídicas” indicaba: “Todo cuanto en el Estado además del hombre es considerado como capaz de tener derecho se llama persona jurídica, moral o ficticia”.

el Derecho romano como vía de la que partir para interpretar los conceptos jurídicos de su época²⁶—, es constatar la necesidad que los dos sintieron de incluir el nuevo término en sus respectivos países, con fortuna, como se verá, en el caso de Bello pero no en el Gómez de la Serna.

Como expuso R. Orestano, la tendencia de cambio fundamental entre el s. XVIII y el XIX, en materia de corporaciones, fue desplazar el centro de su definición de un orden objetivo previo a otro teóricamente “subjetivista” como *nomen iuris* desde el que definir todas las relaciones jurídicas posteriores²⁷. No obstante, la denominación dada a partir de entonces no fue la misma en todas las tradiciones jurídicas, optándose por “persona moral” en la codificación austriaca, “personnes morales” o “personnes civiles” en el Derecho francés y “persona jurídica” en el Derecho alemán e italiano, aunque teóricamente para dar cabida a una misma figura jurídica en todas ellas²⁸. ¿El cambio era sólo formal, readaptando la continuidad o se trataba de una concepción moderna y rupturista?²⁹ A dar respuesta a estos interrogantes, entre otros, se dedican las páginas que siguen.

2. La ilustración jurídica y la clasificación de las corporaciones. La persona moral y el problema de las sociedades mercantiles.

No son, en general, los términos “corporación” o “persona” los utilizados en el lenguaje común, durante el s. XVIII, para hacer referencia a las universida-

²⁶ HESSEL E. YNTEMA, “Introducción al Derecho romano de Andrés Bello” en *O. C.*, t. XVI, pp. XI-LVI, pp. XLI-XLIII. Significativamente el modelo de exposición seguido por Bello en sus *Instituciones de Derecho romano* (1843) sería el de Heineccio (1727). Por su parte, para Gómez de la Serna “la escuela histórica a cuya cabeza se hallan Hugo y Savigny...ha llevado la luz de la moderna filosofía á todas las partes del Derecho, a la historia, como a los principios y ha logrado desterrar muchísimos errores...” [PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso completo...op. cit.*, t. I, p. XII].

²⁷ RICCARDO ORESTANO, “*Persona e persone giuridiche nell’età moderna*” en *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bolonia, Il Mulino, 1978, pp. 191-270, pp. 203-207.

²⁸ FRED G. BÄR, “Juristische Personen I: Vereine” en MATHIAS SCHMOECKEL, JOACHIM RACKERT y Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Berlín, Mohr Siebeck, 2003, v. I, pp. 232-271, pp. 237-238.

²⁹ Sobre la importancia de la tradición en Bello, en especial el recurso a Partidas en materia de personas, a diferencia de García Goyena, vid. REMEDIOS MORÁN MARTÍN, “Tradiciones y rupturas en el Derecho de las Independencias” en MIGUEL ANXO PENA (Coord.), *El mundo iberoamericano antes y después de las Independencias*, Salamanca, Universidad Pontificia, 2011, pp. 279-304.

des, gremios o comunidades de cualquier tipo. Lo atestigua el *Diccionario de Autoridades* entre 1729-1737 que sólo recoge la voz más genérica de *cuerpo*, definido como “agregado de personas que componen un pueblo, república o comunidad” o como “junta o congregación de muchas personas... unidas debajo de ciertas constituciones o reglas como son los Monasterios, Conventos, Colegios y otros semejantes”, sin que exista, en el caso de la voz *persona* –definida como “individuo de la naturaleza intelectual”–, ninguna acepción que supusiese su aplicación a grupos o corporaciones³⁰.

Tampoco las recopilaciones de normas más tardías del Antiguo Régimen que aquí interesan, la *Recopilación de Indias* [R. I] –sucesivamente reeditada en el s. XIX– ni la *Novísima Recopilación* [Nov. R.], dejan constancia de otro término que no sea el de *cuerpo*. En la *Novísima*, en concreto, se emplea –sustituyendo posiblemente al de comunidad, concepto dominante en los ss. XVI y XVII³¹– con el *carácter genérico* de “agrupación”, independientemente de sus fines o de su carácter jurídico-público o jurídico-privado, como pone de manifiesto, por significativo, el R. Decreto de Carlos III de 16 de enero de 1761 (Nov. R. 1.5.16), que indicaba cómo eran “muy pocos los vasallos del Rey Católico que no estén incorporados a alguna Orden Militar, Universidad, Ayuntamiento, Colegio, Cofradía u otro cuerpo establecido legítimamente...”.

En definitiva, con el nombre de “cuerpo” se hacía referencia, a finales del s. XVIII tanto a los gremios (Nov. R. 8.12.12) como a las comunidades eclesíásticas, las fundaciones o las obras pías (Nov. R. 1.5.23).

La política ilustrada, claramente intervencionista, tendió a asegurar el control regio de las cofradías y gremios extinguiendo los que careciesen de licencia, en especial en el caso de las primeras (Nov. Rec. 1.2.6 y 12.12.13)³². Respecto a los gremios, aunque algunas tenues medidas procuraron limitar el ejercicio de

³⁰ *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad...* Madrid, en la Imprenta de Francisco del Hierro, Impresor de la Real Academia Española, 1729, t. II, p. 687 voz “cuerpo” (p. 687) y t. V, voz “persona” p. 234. Asimismo la voz “comunidad”, designa “el cuerpo que forma cualquier Pueblo, Ciudad o República regido y gobernado de sus Justicias, Gobernadores, Magistrados o otros superiores.

³¹ Lo pone de manifiesto, entre otras, *Recopilación* castellana de 1567 [vulgarmente Nueva Recopilación] 1.7.35 en su edición de 1640 al hacer referencia a “Consejo, Tribunal, Iglesia, Colegio, ò otra Comunidad”.

³² MIGUEL LUIS LÓPEZ MUÑOZ, “Control estatal de las asociaciones de laicos (1762-1814). Aspectos legales de la extinción de las cofradías en España” en EMILIO LA PARRA y JESÚS PRADELLS (ed.), *Iglesia, sociedad y Estado en España, Francia e Italia (ss. XVIII al XX)*, Alicante, Diputación, 1991, pp. 341-359.

monopolios industriales (Nov. R. 8.23.8 y 11), la *Instrucción de corregidores de 1788* (cap. 33) muestra que, en realidad, los gremios eran un instrumento importante no solo de fomento de la industria sino de mantenimiento del orden social, evitando la vagancia (Nov. R. 8.23.16)³³, condición perseguida en el s. XVIII y circunstancia agravante, como es sabido, en los Códigos penales del s. XIX.

En América, donde las castas estaban excluidas de los gremios, existió, desde el principio, una intensa actividad reglamentista gubernativa y municipal sobre ellos³⁴. Se exigió, desde el principio, la licencia regia para “fundar cofradías, juntas, colegios o cabildos de españoles, indios, negros, mulatos... aunque sea para cosas y fines píos y espirituales”, así como la revisión de sus estatutos (“habiendo hecho sus ordenanzas y estatutos, las presenten en nuestro Real Consejo de las Indias, para que en él se vean y provea lo que convenga,”) [RI. 1.4.25]. Formar parte de un gremio no era una vía de enriquecimiento, por lo que en el caso de la Lima colonial lo habitual era que muchos artesanos combinaran su actividad productiva con la comercial, resultando ambas actividades ocasionales. Son frecuentes por ello, ya en el período colonial las disposiciones en las que contra la vagancia se conmina a los artesanos a usar de sus respectivos oficios (RI 6.12.1 y 7.4.1 y 4).

Todo ello explica el carácter jurídico-público con el que estas corporaciones eran vistas, tanto en América como en la Península y, en última instancia, explican su pervivencia bajo el constitucionalismo, como pondrían de manifiesto las ediciones españolas y americanas de mediados del s. XIX del *Diccionario* jurídico por excelencia, el de J. Escriche, que significativamente bajo la voz “gremio” recordaba cómo

ni las ordenanzas gremiales se derogan total y absolutamente por este Decreto [Decreto de 20 de enero de 1834 sobre abolición de privilegios gremiales], ni tampoco se extinguen de un modo directo y absoluto las agremiaciones. Podrán pues los artesanos formar asociaciones cuyo instituto sea el auxiliarse mutuamente en sus desgracias, enfermedades, etc³⁵.

³³ FRANCISCO RODRÍGUEZ GONZÁLVEZ, *Seda y lógica comunitaria. Evolución de los gremios sederos en Murcia durante los siglos XVI-XIX*, Murcia, Universidad, 2011, p. 72.

³⁴ FRANCISCO QUIROZ, *Gremios, razas y libertad de industria. Lima colonial*, Lima, Universidad de San Marcos, 1995, pp. 10, 60, 97 y 134.

³⁵ JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Nueva edición corregida notablemente y aumentada con nuevos artículos, notas y ediciones sobre el derecho americano por Juan B. Guim*, París, Librería de Rosa, Bouret y Cia, 1851, v. II, p. 1303 y v. I, pp. 741-742.

En México, por ejemplo, las corporaciones de oficio siguieron cumpliendo en el s. XIX funciones económicas, sociales y “morales” con clara continuidad en aspectos como la estructura organizativa, formas de aprendizaje y participación en celebraciones religiosas de los artesanos durante las siguientes tres décadas³⁶, lo que coincidiría con la situación en Guatemala, con la creación en 1833 de la Sociedad de fomento de la industria del Estado de Guatemala³⁷.

Bajo el Antiguo Régimen, la propia denominación de *cuerpos* presuponía, en definitiva, su carácter jurídico-público, frente, por ejemplo, al de *sociedades* –más propio del s. XIX–, entendido como un mero contrato entre particulares. Y ello, porque la preocupación de la doctrina jurídica, sobre todo desde la segunda mitad del s. XVIII, sería la diferenciación de lo jurídico-público para hacerlo más eficaz: encontrar la fórmula de la “perfecta separación” –en la expresión de R. Dou y Bassols– entre el Derecho público y el derecho privado³⁸.

El término, en cualquier caso, con sentido semejante podía detectarse incluso fuera del ámbito católico, como pone de manifiesto la distinción que H. Grocio establecía entre cuerpos artificiales o universidad y cuerpos naturales como el pueblo³⁹ o, en el caso de las corporaciones inglesas, lo expuesto, según se ha visto, por S. Kyd.

Menos frecuente que el término cuerpo resultaría, sin embargo, en el mundo hispano, el de “persona”, que la *Novísima* limita, de acuerdo con J. Maluquer, a las “personas eclesiásticas o individuos concretos que ostentan determinada dignidad dentro de un Cuerpo que el la Iglesia”⁴⁰.

Aun así, en el ámbito de la doctrina jurídica, la denominación *persona* no dejó de ser utilizada. A ella recurriría el abogado Vicente Vizcaíno Pérez en su *Compendio del Derecho público y común de España* (1784) –dedicado significativamente a Campomanes, entonces gobernador interino del Consejo de

³⁶ SONIA PÉREZ TOLEDO, “Artesanos y gremios en la ciudad en la ciudad de México: una desaparición formal y una continuidad real, 1780-1842 en CARLOS ILLADES y KURI ARIEL RODRÍGUEZ (comp.), *Ciudad de México: instituciones, actores sociales y conflicto político, 1774-1931*, México, El Colegio de Michoacán-Universidad Autónoma Metropolitana, 1996 pp. 242-243.

³⁷ TANIA SAGASTUME PAIZ, “De gremios a sociedades: la legislación del trabajo artesanal en la ciudad de Guatemala, 1798-1833 en *SEMATA. Ciencias Socias e Humanidades* 12 (2000), pp. 299-322.

³⁸ RAMÓN LÁZARO DE DOU Y BASSOLS, *Instituciones de Derecho público general de España*,... Madrid, En la oficina de D. Benito García y Compañía, 1800, I, p. 8.

³⁹ FRANCO TODESCAN, “De persona moral...” *op. cit.*, pp. 70-71.

⁴⁰ JORDI MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 111.

Castilla⁴¹—, obra además bastante difundida en Indias, como muestra el que figure, por ejemplo, entre los libros del oidor chileno Juan Hipólito Suárez Trespalcacios y Escandón (1744-1788)⁴².

La novedad, por lo que a nuestro tema se refiere, era que al final del libro I incluía todo un título dedicado a las “*personas morales o que hacen comunidad*”, interesándose por las “comunidades o personas morales que constituyen *cuerpo en el Estado*”.

Muy posiblemente, aunque no lo indique, el modelo que Vizcaíno Pérez tuvo delante fue el *Tratado de las Leyes* de Jean Domat (1625-1696), a quien R. Dou y Bassols consideraría el autor que, aunque no plenamente, mejor había logrado en la época la “perfecta separación” o individualización del Derecho público⁴³. En su *Tratado* Domat hacía referencia expresa, por lo que aquí interesa, a cómo “las comunidades legítimamente establecidas obtienen veces de *personas* y su union... hace que se las considere como un cuerpo”⁴⁴. Además, acababa de ser traducido al castellano en 1778 por el clérigo Juan Antonio Trespalcacios⁴⁵, esto es, poco antes de que Vizcaíno Pérez escribiese su *Compendio*.

Por lo que a este último se refiere, la originalidad de la obra del español radicaba, en realidad, en la amplia clasificación que hacía de las corporaciones jurídico-públicas, para la que, en cualquier caso, tomaba como referencia, conforme a la tradición hispana, los títulos de las Partidas. Entre las personas morales incluía, por este orden, al pueblo —que no define y que debe tener en cuenta el “sumo señorío de su Monarca para obedecer”—, las poblaciones, universidades, ciudades, provincias, gremios de artesanos⁴⁶, casas de religio-

⁴¹ VICENTE VIZCAÍNO PÉREZ, *Compendio de derecho público y común de España ó de las Leyes de las Siete Partidas colocado en orden natural*, Madrid, Por Joachim Ibarra, impresor de Cámara, 1784.

⁴² JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *La cultura jurídica en la Nueva España (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 32.

⁴³ RAMÓN LÁZARO DE DOU Y BASSOLS, *Instituciones...op. cit.*, I, pp. VII-VIII.

⁴⁴ *Ibidem*, t. III, lib. I, tit. XV, secc. II, II, p. 497: “Las comunidades obtienen veces de personas”.

⁴⁵ Utilizo M. DOMAT, *Derecho público*, Madrid Instituto de Estudios de Administración local, 1985, basado en la traducción de J. A. Trespalcacios en 4 vols. en la Imprenta de Benito Cano de 1778.

⁴⁶ Gremio es una congregación de algunos vecinos que profesan un mismo arte, y que de buena voluntad se sujetan á la observancia de ciertas constituciones que escriben para que arreglándose á ellas, salga perfecta su manufactura, sin fraude ni engaño, y para que el individuo mediante la observancia de las reglas pueda mantenerse con su arte y no sea perjudicado en él (R. 7.12.2).

sos que llaman monasterios ó conventos, hospitales, hospicios, casas de huérfanos y la Corte⁴⁷.

Esta clasificación, de interés jurídico-público, presentaba, en cualquier caso, una peculiaridad. Excluía de ella a la *compañía de comercio*, a la que consideraba, conforme a una tradición doctrinal proveniente de los comentaristas de las *Instituta*, en especial Heineccio, un mero contrato⁴⁸, algo que contrastaba con la clasificación que a su vez, con pretensiones también jurídico-públicas, llevaría a cabo en los años de la Revolución Francesa el anglosajón S. Kyd, quien, sin embargo, no dudaba en incluir entre ellas a las *sociedades mercantiles*⁴⁹.

La tradición española, coincidía, por el contrario, con la francesa, ya que conforme al propio J. Domat:

Las comunidades son unas asambleas de muchas personas unidas en un cuerpo formado con permiso del príncipe, distinguido de las otras personas que componen un Estado. Y esto hace que las comunidades sean perpetuas, y que se distingan de las compañías de que se trata en el título de *Societate* en el Derecho civil, porque éstas sólo se forman por intereses particulares, sin necesidad de permiso del príncipe y por cierto tiempo durante la vida de los asociados⁵⁰.

La compañía, no obstante, presentaba alguna peculiaridad en el caso español, como evidencia la remisión que Vizcaíno Pérez hacía a P[artidas] 5.10.1 a la hora de definirla. “Compañía –afirmaban las Partidas– es ayuntamiento de dos hombres o de mas, que es fecho con entencion de ganar algo de so vno... bien assi como si fuesen hermanos”. De la definición es significativo,

⁴⁷ VICENTE VIZCAÍNO PÉREZ, *Compendio... op. cit.*, v. I, pp. 286-356.

⁴⁸ *Ibidem*, vol. II, tit. X, p. 197 y ss.: “De las compañías que hacen los mercaderes y otros entre sí, juntando sus caudales” en lo que seguía a P. 5.10.

⁴⁹ STEWART KYD, *Treatise on the Law...op. cit.* pp. 28-29: Las que define como *civil corporations* entiende que se diferencian en cuanto a sus fines: “Thus a corporate capacity is given to the King...other for the purpose of local government, others for the maintenance and regulation of some particular object of public policy, such as the Corporation of the Trinity House for regulating navigation, the Bank, and the different Insurance Companies in London and other towns; others for the regulation of trade, manufactures, and commerce, such as the East India Company, and the companies of trades in London and other towns; others for the advancement of science in general, or some particular branches of it; such are the College of Physicians an the Company of Surgeons in London for the improvement of the medical science... and the Royal Academy of Arts for cultivating painting an sculpture”.

⁵⁰ JEAN DOMAT, *Derecho público...op. cit.* t. III, lib. I, tit. XV, secc. I, I, p. 492.

como señala C. Petit, que el concepto que daba a entender era el de la *affectio* (*affectio societatis* de D. 17.2.31), o de otro modo el de parentesco o familia (etimológicamente *compañía* remite a compartir el mismo pan), no el de *consenso*, propio del derecho contractual⁵¹ y limitable a la *sociedad*.

De hecho, el término *sociedad* parece haber sido tardío en España, circunscrito a las asociaciones en las que era suficiente la voluntad de los asociados, mientras que las *compañías mercantiles*, creadas por concesión privilegiada del monarca serían las que –conforme a la caracterización jurídico-pública francesa– encajaban mejor en el concepto de *corporation*. Lo avala el testimonio de Miguel de Zabala y Auñón, quien en 1732 explicaba cómo era frecuente que las sociedades acabasen disolviéndose, lo que no ocurría con las *compañías*, pues “cuando alguno quiere separarse, hallará muchos que le compren sus acciones y le den sobre el principal de ellas un tanto por ciento de ganancias⁵².”

El carácter familiar con el que las definían las Partidas, pone de manifiesto además que la clave en su caracterización eran los comerciantes como gremio y no los actos de comercio, aunque a partir de 1737 serían las *Ordenanzas del Consulado de Bilbao* [OB] que tanta difusión y arraigo tendrían en América durante los ss. XVIII y XIX⁵³, el instrumento regulador por excelencia de las compañías mercantiles. Conforme a OB 10.1 la compañía era un “contrato o convenio”, “por cierto tiempo”, aunque la práctica parece poner de manifiesto la aceptación de la transmisibilidad hereditaria de las acciones⁵⁴, lo que garantizaba, en última instancia, su “intemporalidad”. Pero, sobre todo, lo más importante, la compañía general –la más frecuente– se caracterizaba, según parece poder deducirse de OB 10.13 por la responsabilidad solidaria –nunca por la responsabilidad limitada– de los socios⁵⁵.

⁵¹ CARLOS PETIT, *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829*, Sevilla, Universidad, 1980, p. 25 y del mismo autor, “Casa de comercio” en *Historia del...op. cit.*, pp. 59-72, p. 64.

⁵² MIGUEL DE ZABALA Y AUÑÓN, *Miscelánea económico-política o Discursos varios sobre el método de aliviar los vasallos con aumento del Real Erario*, Madrid, Imprenta y Librería de don Antonio Ulloa, 1732?, p. 136. Cfr. en JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN, “Fomento sectorial de la economía en Castilla y transformaciones legislativas del derecho general de sociedades (siglos XVI-XIX)” en *Historia, Instituciones, Documentos*, 18 (1991), pp. 339-346.

⁵³ Una relación exhaustiva que evita hacerla aquí en JAVIER DÍVAR, *El Consulado de Bilbao y la extensión americana de sus Ordenanzas de Comercio (500 Aniversario: 1511-2011)*, Madrid, Dykinson, 2007.

⁵⁴ CARLOS PETIT, *La Compañía...op. cit.*, p. 38.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 49. “Todos los interesados en una Compañía serán obligados a llevar á debida excepción, á pérdida, ó ganancia, qualesquiera negocios que cada compañero haga...”

Ambos rasgos contribuían, en definitiva, a hacer que la compañía creada por un privilegio real se concibiese, conforme a la teoría del *status* –la pertenencia a un grupo o posición jurídica– como una “*persona moral*”, en la que se presuponía, si seguimos a C. Petersen, la identidad entre sociedad y socios, o lo que es lo mismo, las deudas eran de la sociedad, pero también de cada uno de los socios: la responsabilidad era personal y solidaria⁵⁶.

Pero con ello, lo que se ponía de manifiesto era, en realidad, la continuidad con el concepto de “*persona ficta*” del Derecho canónico (P. 3.3.4), cuya existencia dependía de la voluntad real y de su capacidad patrimonial (P. 6.3.4)⁵⁷, sin que la doctrina entrase a tomar en consideración las sociedades mercantiles, constituidas por los particulares sin intervención del poder público, en un momento en el que, sobre todo como consecuencia del desarrollo de las sociedades anónimas, la doctrina europea empezará a verse obligada a redefinir las clasificaciones y denominaciones hasta entonces utilizadas.

El hecho es importante, si se tiene en cuenta que no han faltado interpretaciones que consideran como causa del “subdesarrollo” legal (*underdevelopment* en la expresión de Ch. R. Means) en cuanto a sociedades y corporaciones en Colombia, por ejemplo, y en general en toda Iberoamérica, el mantenimiento de la tradición jurídica colonial hispana reeditada durante la primera mitad del s. XIX, que no habría evolucionado en la misma medida que la anglosajona⁵⁸. A cuestionar esta interpretación y explicar la forma en la que la tradición jurídica iberoamericana asimiló los cambios conceptuales se dirigen las páginas que siguen.

⁵⁶ CLAES PETERSON, “De la teoría del *status* a la subjetividad jurídica. El problema de la persona jurídica en el derecho sueco de sociedades anónimas del siglo XIX en CARLOS PETIT (ed.), *Del ius mercatorum al Derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 349-358, pp. 350-351.

⁵⁷ MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁸ “Spain produced no *Kyd*, and its general commentators touched on the corporate law only briefly and implicitly. From treatises, Colombian lawyers were able to learn nothing of the corporate law” [ROBERT CHARLES MEANS, *Underdevelopment and the Development of Law. Corporation and Corporation Law in Nineteenth Century Colombia*, The University of North Carolina Press, 1980, pp. 54-55]. La historiografía, sin embargo, ha puesto de manifiesto cómo la transformación en el ámbito anglosajón se debió más a decisiones judiciales y reformas legales ocasionales que a un cambio doctrinal. Vid. ALCESTES SANTUARI, “The Joint Stock Company in Nineteenth Century England and France: *King v. Dodd* and the *Code de Commerce*” en *Legal History* 14 (1993), pp. 39-52, esp. 40-43 y PETER STEIN, “Nineteenth century English Company Law and theories of legal personality” *QF* 11-12 (1982-83), pp. 503-519.

3. Persona jurídica. Un nuevo concepto acuñado por F. K. Savigny en A. Bello y P. Gómez de la Serna. Códigos mercantiles frente a códigos civiles

Será en el contexto descrito en el que F. K. von Savigny introduzca la expresión *persona jurídica* (*juristische Person*), con el fin de caracterizar la ficción de su existencia para fines exclusivamente jurídicos como sujeto de derechos y obligaciones al igual que los individuos (“sie nur durch diesen juristischen Zweck, ein Daseyn als Person hat”⁵⁹), expresión que suponía rechazar la moralidad/inmoralidad de las mismas, esto es, juzgarlas en función de fines últimos⁶⁰. Significativamente Savigny sólo trataba de las *personas jurídicas privadas* –las que más conflicto habrían de suscitar– distinguiendo entre las de existencia natural o necesaria y las artificiales o contingentes, y entre éstas entre “fundaciones –nuevo término– y asociaciones” a las que el poder público daba ese carácter. La clasificación, en definitiva, no era más que un medio con el que definir un *nuevo orden* en el que, desde el punto de vista del derecho privado, la clave para ser considerada una persona jurídica no era otra que su capacidad de poseer y la autorización o no requerida por el poder público⁶¹.

Dada la transcendencia que el Código civil chileno tendría en toda América, tiene especial interés que en su Proyecto de Código de 1853 A. Bello hiciese uso del nuevo término acuñado por F. K. Savigny, –al que habría manejado en la traducción francesa de Ch. Genoux de 1841⁶²– y que no figuraría ni en las ediciones españolas ni en las americanas de J. Escriche ni de J. Sala ni otros textos doctrinales fundamentales⁶³.

En su versión final, el Código civil chileno de 1855 dedicaría un título completo a las personas jurídicas (Lib. I, tit. 33), remitiendo, no obstante,

⁵⁹ CARL FRIEDRICH VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, Veit und Camp, 1840, cap. II, p. 240.

⁶⁰ FRED G. BÄR, “Juristische Personen...”, *op. cit.* pp. 233-240.

⁶¹ MARTIN LIPP, “*Persona moralis, juristische Person und Personenrecht. Eine Studie zur Dogmengeschichte der Juristische Person in Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert*” y MALTE DIESELHORST, “Zur Theorie der Juristischen Person bei Carl Friedrich von Savigny” en *QF* 11/12 (1982/83). *Itinerari moderni della persona giuridica*, I, pp. 217-262, pp. 259-260 y pp. 319-337.

⁶² Así lo indicaba el propio autor en su proyecto de Código civil de 1853 en ANDRÉS BELLO, *OC XIII. Proyecto inédito de Código Civil*, Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1890, notas al tit. 33, p. 147.

⁶³ PEDRO LIRA URQUIETA, “Personas jurídicas” en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* 41, 1944, pp. 23-40.

para lo referente a las sociedades industriales a otras disposiciones del propio C. Civil y al futuro Código de Comercio⁶⁴. El objetivo era elaborar una teoría general referente, como Savigny, a las personas jurídicas *privadas*. Las personas jurídico-públicas eran sólo mencionadas, pero no reguladas (art. 547 correspondientes a los arts. 645 y 667 del Proyecto de 1853), remitiendo para ello a posteriores leyes específicas. Lo que no dejó de ser objeto de especial crítica, según pone de manifiesto H. Hanisch Espíndola⁶⁵, por parte de otros codificadores contemporáneos como el brasileño A. Texeiro da Freitas y el argentino D. Vélez Sarsfield, defensor, éste último, del concepto más amplio posible de personas jurídicas –incluyendo las jurídico-públicas– de lo que es buen testimonio el C. Civil Argentino de 1870⁶⁶.

Pero lo importante es que el nuevo término no iba a circunscribirse en Chile al Código. Con él debía coordinarse el Código de Comercio (art. 424), obra del argentino José Gabriel de Ocampo, que entraría en vigor en 1865 y su Proyecto de Ley sobre Sociedades Anónimas de 1854 (art. 1). En este último –adelantándose al propio Código civil– Ocampo no dudaría en hacer uso también del término “persona jurídica” (“se ha preferido esta calificación a la de persona moral, ser moral o ficticio de que se usa en los lugares citados a continuación, por guardar conformidad con el lenguaje adoptado en el Proyecto de Código Civil. Art. 33: De las personas jurídicas”)⁶⁷ para aplicarlo también como novedad –y este aspecto es clave– a la sociedad anónima⁶⁸.

⁶⁴ *Código Civil de Chile. Estudio preliminar del Dr Pedro Lira Urquieta*, Madrid, Instituto de Cultura hispánica, 1961, pp. 146-148.

⁶⁵ Hugo HANISCH ESPÍNDOLA, “La influencia de Savigny...*op. cit.*”, p. 175 y ss.

⁶⁶ Lo ponía de manifiesto G. Azcárate, que llamaba la atención sobre como: “el Código civil argentino (lib. 1, tit. 1, arts. 4 y 5) sería el que con más amplitud regularía lo referente las personas jurídicas incluyendo entre ellas al Estado, las provincias, municipios, la Iglesia, Universidades, sociedades anónimas, banco, compañías de seguros “y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean un patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes y no subsistan de asignaciones del Estado” GUMERSINDO DE AZCÁRATE “Introducción” a *Código civil de la República de Chile precedido de un juicio crítico por D. Gumersindo de Azcárate*, Madrid, Establecimiento tipográfico de García y Caravera, 1881, pp. IX, nota 1.

⁶⁷ Enrique BRAHM GARCÍA, “José Gabriel Ocampo y las fuentes de la ley sobre sociedades anónimas. El proceso de codificación comercial chileno” en *Revista de Estudios histórico-jurídicos* 19, 1997, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54551997000100008>.

⁶⁸ “La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la creación de un fondo común suministrado por acciones responsables sólo hasta el monto de sus acciones; administrada por mandatarios revocables, que carece de nombre social y es conocida por la designación del objeto de la empresa”.

La novedad –en el esfuerzo por concretar un orden gramatical liberal burgués– era decisiva en la medida en la que se apartaba del propio Savigny que seguía sin atribuir a las sociedades industriales o a las sociedades por acciones personalidad jurídica, al seguir tratando de ellas únicamente en el derecho de obligaciones en conexión con el problema de los títulos al portador ⁶⁹.

Ahora bien, no se ha puesto suficientemente de manifiesto que la atribución de personalidad jurídica a las sociedades anónimas contaba entonces, en el mundo hispánico, con un importante precedente: el Código de Comercio español de 1829 de P. Sáinz de Andino –un decisivo acicate codificador para A. Bello⁷⁰–. Si bien es cierto que no empleaba el término “persona jurídica” consideraba ya a las sociedades comerciales “*unidades morales en el tráfico*”, una calificación clave, en la medida, en la que, frente al período anterior significaba la personificación de la compañía en la esfera del derecho privado –la actividad comercial–.

El Código de 1829 –mejor acogido en América que en la propia España⁷¹– introducía, en concreto dos novedades importantes en relación a las sociedades anónimas:

1. El reconocimiento, frente a las Ordenanzas de Bilbao de la *responsabilidad limitada de los socios* (art. 278). Distinguía, además, por vez primera,

⁶⁹ CARL FRIEDRICH VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlín, Veit und Comp. 1853, v. II, pp. 95 y ss. Sobre ello, HELMUT COING, *Derecho privado europeo* Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, v. 2, p. 422. Asimismo, HANS KIEFNER, “Personae vice fungitur?, Juristische Person und Industrielle Corporation im System Savignys” en WOLFGANG HEFERMEHL y otros (ed.), *Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag*, Karlsruhe, Müller, 1974, p. 263-274. La doctrina jurídica alemana sólo aceptaría a partir de la segunda mitad del siglo XIX la idea de que las sociedades anónimas eran personas jurídicas.

⁷⁰ Así lo ponía de manifiesto en un artículo publicado el 6 de diciembre de 1833 en *El Araucano*: “La España, venciendo una vez su natural apego a instituciones i usos añejos, ha promulgado un nuevo Código de Comercio, que es casi una copia del francés. No es presumible que haya más inconvenientes en Chile que en la Península para adoptarlo”. Recogido en MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis *Introducción en ANDRÉS BELLO, OC XIII. Proyecto...op.*, pp. XXI-XXII. Vid. JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *Historia del Código de Comercio de la República de Chile. Sobre la cultura a través de un libro. Introducción a la impresión facsimilar de la edición príncipe de dicho código (1866)*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015, p. 64.

⁷¹ EZEQUIEL ABÁSULO, “El Código de Comercio español de 1829 en los debates y las prácticas jurídicas del extremo sur de América” *Anuario de Historia del Derecho* 78-79 (2008-2009), pp. 447-460.

entre propiedad de la Compañía y administración, al no ser los administradores responsables personalmente (art. 277).

No parece descartable que este precepto influyese en el art. 29 del Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas de Ocampo de 1854 (446 del C. Co) en el que se establecería que “Los accionistas no son responsables sino hasta el monto de los derechos que tengan al haber social”.

De esta novedad se había hecho eco, en el ámbito doctrinal, incluso el *Diccionario* de J. Escriche desde su primera edición en 1831 –lo que prueba lo errado del juicio de Ch. R. Means que contempla la doctrina jurídica iberoamericana como estática– al remitir en la entrada “sociedad de comercio” ya al Código de Sáinz de Andino, incidiendo respecto a la sociedad anónima en la responsabilidad de los socios “hasta la cantidad del interés que tengan en ella”⁷².

2. Pero, sobre todo, la novedad fundamental, por lo que aquí interesa, es que la sociedad mercantil iba a entenderse en el Código como “*persona moral*” –sólo contemplada antes para la compañía– de modo que *no era necesaria la licencia regia para su constitución* (art. 294), bastando el examen técnico y la aprobación del Tribunal de Comercio correspondiente, integrado por comerciantes, lo que contrastaba con la regulación contenida en las Ordenanzas de Bilbao y las existentes en la época⁷³.

Esta permisividad, no obstante, se demostró arriesgada en los años posteriores, y sería de hecho un aspecto muy criticado del Código de Sainz de Andino, lo que explica que el Proyecto de Ocampo de Sociedades Anónimas chileno, base de la Ley de 8 de noviembre de 1854, optase por apartarse claramente de él al establecer el art. 6: “Las sociedades anónimas existen en virtud de un decreto del Gobierno que las autorice...”⁷⁴. De hecho, puede decirse que en Chile las sociedades anónimas se aceptarían como una excepción, previa autorización gubernamental, a la responsabilidad solidaria de los socios que seguía caracterizando la sociedad en general.

Es éste, a mi modo de ver, uno de los aspectos claves que posiblemente condujeron a A. Bello a utilizar el concepto de *persona jurídica*, en lugar del de persona moral que podía haber tomado del Código de Sáinz de Andino. La

⁷² JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, París, Imprenta de P. Dupont et G. Laguionie, 1831, p. 629.

⁷³ Lo ponía de manifiesto FORTUNÉ ANTOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes de Commerce Etrangers et le Code de Commerce Français*, París, Imprime chez J. B. Gros, Delamotte libraire 1844, p. 6 y ss.

⁷⁴ BRAHM GARCÍA, Enrique, “José Gabriel...*op. cit.*”, p. 212, art. 8.

finalidad era incidir en la necesaria autorización del Estado para la constitución de cualquiera de ellas, en lo que Savigny también coincidía, tal y como el propio A. Bello se encargó de poner de manifiesto en la traducción que hizo de algunas páginas de éste sobre el tema⁷⁵.

En este aspecto, Bello seguía claramente a Savigny⁷⁶. No obstante, en cuanto a las corporaciones eclesiásticas –y esta es la clave–, se mostraba más conservador.

Como ha puesto de manifiesto J. Barrientos, Andrés Bello siguió, en su Proyecto de Código, el plan de exposición diseñado por la *Instituta* con decisiva influencia de Juan Sala y de Heineccio –en especial en lo referente a la distinción entre hombre y persona, identificada ésta con *status*⁷⁷–, separándose, además, de Savigny en algunos aspectos significativos, como atribuir a las personas jurídicas voluntad propia o considerar que las personas jurídico-públicas, a las que no extendía el Código civil (la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario (art. 547 parr. 2) debían regirse por “leyes y reglamentos especiales”, entendiéndose que las comunidades religiosas a las que se reconocía personalidad jurídica –a diferencia de otros países, como México, en los que el proceso desamortizador estaba siendo especialmente conflictivo– seguían rigiéndose por el Derecho canónico y el Derecho indiano.

Así lo ha puesto de manifiesto C. Salinas Aranedo, quien considera que estas disposiciones no eran otras que Nov. R. 12.12.12 (“revocación y prohibición de cofradías y cabildos, no siendo por causas pías y con real licencia”) y R. I. 1.3.1 (“Que se funden monasterios de religiosos y religiosas, precediendo

⁷⁵ ANDRÉS BELLO, “Apéndice. De las personas...” *op. cit.*, p. 465: “Una persona jurídica necesaria, como el vecindario de una ciudad, existe de suyo sin que sea menester un acto legislativo o gubernativo que la cree. Las otras necesitan la autorización del poder supremo, la cual puede ser expresa o consistir en una manifiesta tolerancia”.

⁷⁶ El art. 545 del C. Civil chileno, más allá del Proyecto ponía de manifiesto la influencia de Savigny: “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública”. Constata la influencia criticándola, GUMERSINDO DE AZCÁRATE, “Introducción”, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁷ JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *El Código civil. Su jurisprudencia e Historia. Edición crítica, concordada, comentada y anotada*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2016, pp. 232 y 716. Del mismo autor “Sobre el espacio y el tiempo y el estado de las personas. Una mirada desde la Historia del Derecho” en MASSIMO MECCARELLI y MARÍA JULIA SOLLA (eds.) *Spatial and temporal dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, Max Planck Institut, 2016, pp. 63-99, esp. 93.

licencia del rey” y R. 1.6.2 (“Que no se erija iglesia ni lugar pío sin licencia del rey), que habrían continuado en vigor tras la Constitución de 1833, por “voluntad de la nación”, en la medida en la que el Presidente de la República ejercía las funciones del Patronato Real respecto a las Congregaciones religiosas con arreglo a las leyes (art. 73.13). De modo que, en última instancia, se les reconocía una personalidad jurídica previa a la sanción constitucional⁷⁸.

La diferente consideración, en definitiva, de unos y otros ámbitos –públicos y privados– dentro del concepto global e integrador de persona jurídica –la aportación de A. Bello–, muestra que el éxito en Chile del concepto de “persona jurídica” se debió a que reflejaba un orden jurídico “eclecticó”, que cuadraba con el espíritu tanto de la Constitución de 1833 como del Concordado con la Santa Sede en 1836 –aspecto éste fundamental–, presentando, en realidad, la codificación como ha señalado R. Rojas, como “una transacción entre derecho público y derecho canónico”⁷⁹. Era, en cualquier caso, el Estado el que definía ese nuevo orden”.

Si se hace ahora referencia al caso español, lo que parece ponerse de manifiesto es que, entre la doctrina, prácticamente sólo P. Gómez de la Serna y J. M. Montalbán harían uso del término *persona jurídica*⁸⁰, siendo predominante, por el contrario, sobre todo, desde los años de la codificación mercantil el de “persona moral”⁸¹.

⁷⁸ Carlos SALINAS ARANEDA, “Vigencia del Derecho indiano en Chile republicano: la personalidad jurídica de las Congregaciones religiosas” en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2000, pp. 299-316, pp. 304-307.

⁷⁹ RAFAEL ROJAS, *Los derechos del alma. Ensayos sobre la querrela liberal-conservadora en Hispanoamérica (1830-1870)*, Madrid, Taurus, 2014.

⁸⁰ Así en sus *Elementos de derecho civil y penal* sucesivamente editada desde 1840-42, 43, 45-46, 49-51, 55, 1861, 1862, 1874, el término siempre es el de “persona jurídica”, siguiendo fielmente a Savigny “circunscritos aquí nosotros al derecho civil, solo tratamos de las personas jurídicas bajo el aspecto del derecho privado, no cuidándonos de la existencia policial ó administrativa que puedan tener. Por lo tanto, solo las consideramos en relación a los bienes, único punto de vista bajo el cual se asimilan á los individuos”.

⁸¹ RAMÓN MARTÍ DE EIXALA, *Tratado elemental del Derecho civil, romano y español*, Barcelona, Imprenta de Joaquín Verdaguer, Madrid-La Publicidad, 1838, vol. I, p. 40, que sigue equiparando “persona” y “estado” (status), si bien incluye ya entre las “personas morales” a las sociedades industriales, definiéndolas como “la reunión de muchas personas que se proponen un objeto común, siendo ordenada, o permitida por las leyes; tales las corporaciones provinciales y parroquiales, los distintos cuerpos que componen la fuerza armada, las sociedades relijiosas, de beneficencia, mercantiles, industriales y otras”. También la *Enciclopedia de Derecho y Administración*, sin identificación del autor indicaba “Mientras existe la sociedad, ella es como ser moral, la propietaria del capital social... un ser moral, capaz de derecho y obligaciones, con un capital propio, formado de las entregas

La expresión –puesto que el proyecto de Código civil de 1821 seguía hablando de “cuerpo moral” (art. 273)– habría sido introducida, en opinión de J. Maluquer⁸², por Carlos María Cambroner, autor en 1833 de un Proyecto de Código civil que dedicaba todo un título (título XI del lib. I) a las que denominaba *personas morales*, dando cabida, entre ellas, por vez primera, a las sociedades anónimas, no necesitadas de licencia regia, en conformidad con el Código de Comercio de 1829. O lo que es lo mismo, era la sanción en el ámbito civil del previo reconocimiento en el mercantil de la personalidad jurídica, como ponía de manifiesto el que, aunque prohibía las sociedades contrarias a “las buenas costumbres, la seguridad pública y la ley política del reino” (art. 9) reconocía expresamente en el art. 10 –de conformidad con el art. 294 del C. Comercio de 1829– que:

no se entienden vedadas por esto, antes bien merecen la aprobación de un gobierno ilustrado y paternal del Rey, las compañías y asociaciones que se dirigen a establecer o fomentar establecimientos de literatura, arte, agricultura, industria y comercio, con tal que se pongan en noticia del magistrado ordinario del pueblo⁸³.

Interesaba el fomento de la industria y comercio, por lo que se les exigían menos requisitos que a otras comunidades. Era la forma de integrar las sociedades mercantiles en una caracterización de la *persona moral* que, sin embargo, mostraba continuidad con la doctrina ilustrada en especial en cuanto a la preocupación por su definición jurídico-pública (art. 1: “se entienden legalmente por bajo el nombre de personas morales las juntas de diferentes individuos en un solo cuerpo para objetos de religión, de beneficencia y administración pública”) y la exigencia para las mismas de la licencia o aprobación regia (art. 3).

Y sería ésta la regulación asumida por los Proyectos de Código civil posteriores, los de Garelli de 1836, que prácticamente reproducía lo contenido en el de Cambroner⁸⁴ y F. García Goyena, de 1851 (art. 33), que no dudaba en remitir, para justificar el mantenimiento del término “persona moral”, a

parciales de valores de todos géneros hechos por los accionistas” en LORENZO ARRAZOLA, *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, Madrid, Tipografía general de Antonio Rius y Rosell, 1848, v. “acción de compañía”, p. 319.

⁸² JORDI MALUQUER DE MOTES, *op. cit.* pp. 119-121.

⁸³ JUAN FRANCISCO LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación...op. cit.* p. 88.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 176, lib. 1, tit. XIV.

la Nov. R. 12.12 (“en el artículo se conserva el derecho español hasta ahora vigente”), preocupándole fundamentalmente el carácter lícito o no de las corporaciones “con las restricciones y modificaciones puestas por las leyes”⁸⁵, aunque introduciendo, eso sí, al modo de la doctrina francesa, un sentido muy amplio del concepto, incluyendo en él a las sociedades como vía con la que justificar, señala F. de Castro, la preferencia de los acreedores de la sociedad respecto a los acreedores de los socios (art. 1594)⁸⁶.

El rasgo común doctrinal, hasta ese momento, había sido el diferente tratamiento de las sociedades mercantiles, para las que existía libertad de constitución y las restantes corporaciones –en especial las religiosas, en pleno proceso desamortizador–, sujetas a autorización del poder público y tutela, como en el caso de los menores –hasta 1851 en que desaparece–, a la hora de adquirir y enajenar bienes, tal y como advertía Martí de Eixala⁸⁷.

Es claro, en este contexto, diferente al chileno, que el término *persona jurídica*, propuesto por P. Gómez de la Serna no iba a ser aceptado. En primer lugar, porque no se pretendía uniformar doctrinalmente las diferentes situaciones. Si en el caso de las sociedades anónimas la regulación se dejó al Código de Comercio, lo referente a las manos muertas se iría resolviendo conforme a principios del Antiguo Régimen, distinguiéndolas en función de los fines de las mismas⁸⁸, de modo que sólo tras el Sexenio revolucionario y con el Código civil de 1889 se acabaría aceptando el término *persona jurídica*⁸⁹.

Pero además tampoco P. Gómez de la Serna defendería especialmente el nuevo concepto por él acuñado, recurriendo en ocasiones en su obra a identificar “persona ficticia y moral”, incluso para defender la responsabilidad limitada de los socios, poniendo de manifiesto, que en realidad su referencia más que Savigny era la doctrina francesa –la cual abogaba por extender la personalidad jurídica a toda clase de sociedades o asociaciones–, pero también la doctrina castellana del *ius commune*.

⁸⁵ FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, p. 44 “Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley se consideran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles”.

⁸⁶ FEDERICO DE CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1991 (2) pp. 192-194.

⁸⁷ RAMÓN MARTÍ DE EIXALA, *Tratado elemental...op. cit.* v. 1, p. 40.

⁸⁸ JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, pp. 155-156.

⁸⁹ FEDERICO DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 195 y ss. Significativamente es en la edición del *Diccionario* de Escriche de 1876, debida J. Vicente y Caravantes, Galindo y Vera en la que se incluye, por vez primera la voz “persona jurídica”, IV, p. 578.

Lo atestigua un dictamen del año 1857 en el que se mostraba contrario a admitir que la viuda pudiese reclamar sus bienes dotales y parafernales sobre la sociedad familiar sino únicamente sobre los bienes del marido, unificando ambos términos, al insistir en que: “toda sociedad legalmente constituida, dá origen á una *corporación moral*, a una *persona jurídica*, que tiene capacidad para obligarse”⁹⁰, lo que fundamentaba en autores franceses como Pardessus, Delvincourt y Duranton. Pero también en Gregorio López, Hevia Bolaños, Gaspar de Hermosilla o Fontanella –sin código civil la referencia resultaba posible–, si bien no dejaba de reconocer que parte de la doctrina francesa, en ese momento, limitaba la personalidad jurídica de las sociedades a las mercantiles.

En el caso español, en definitiva, frente al caso chileno, la diferente consideración de las sociedades en el ámbito mercantil, más permisivo, por en el civil, más restrictivo contribuiría de forma decisiva, a mi modo de ver, al mantenimiento del término “persona moral”. Porque si bien en el ámbito mercantil la Ley de Sociedades Anónimas de 28 de enero de 1848, ante las crisis suscitadas como consecuencia de la libertad de constitución permitida en el Código de 1829, impondría la exigencia de autorización pública para su constitución⁹¹ –algo que textos doctrinales como el de J. Escriche se encargarían de difundir entre los nuevos países iberoamericanos⁹²–, el Concordato

⁹⁰ PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, “¿La viuda podrá reclamar por sus dotales y parafernalia sobre el haber de la sociedad ó sobre una parte del activo que su marido representaba en ella, sin que puedan excluirla los acreedores sociales” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 10 (1857), pp. 232-242, p. 234. Más en la línea de Savigny, aunque nunca lo cita, indicaba expresamente: “toda sociedad es una persona jurídica abstracta, que tiene vida y existencia separada de los socios, que es capaz de propiedad, de derechos y de obligaciones” (p. 236).

⁹¹ Art. 1: “No se podrá constituir ninguna compañía mercantil, cuyo capital, en todo ó parte, se divida en acciones, sino en virtud de una ley ó de un real decreto”. Vid. CARLOS PETIT, “Derecho mercantil y legislación (1848)” en *Historia del...op. cit.*, pp. 439-470, pp. 451-458.

⁹² “A favor de estas reglas encaminadas á reunir capitales proporcionados á las grandes mejoras que necesita el país, hemos visto poco ha nacer una nube de compañías anónimas cuyas acciones ganaban primas fabulosas desde el momento de anunciarse. Estas primas, crecientes por minutos, causaron tal ofuscación, que aun personas á prueba del contagio minero, recelosas de la suerte de los fondos públicos y desconfiadas de la solidez del Banco fueron á dar con sus capitales en las sociedades anónimas... El hundimiento de tantas fortunas y el clamor general que se alzó contra el *agio* que las había aniquilado hicieron necesarias otras disposiciones capaces de afianzar la utilidad y moralidad de la compañías mercantiles por acciones, y fruto de esta urgencia han sido la ley de ley de 28 de enero y el reglamento de 17 de febrero que se copian a continuación. Mas restrictivo este que aquella, componen ambos toda la jurisprudencia que debe regir en estas sociedades, cuyo nombre

firmado con la Santa Sede en 1851 –norma supraconstitucional con la Constitución conservadora de 1845⁹³–, se encargaría de establecer, en el caso de las corporaciones eclesiásticas –en tanto “personas morales”–, su continuidad como propietarias en concurrencia con el Estado, y de este modo, de alguna manera, su “inmortalidad”... El Derecho canónico se mostraba así más decisivo en España que en la nueva República chilena.

por ahora viene á ser un conjuro espantoso para los que de buena fe se arrojaron en sus brazos. La parte de sociedades del C. Co de 1829 fue prohibida en 1847, precedida por un serie de escándalos financieros y convulsiones bursátiles. Vid. JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario...* Madrid-Lima, 1851, v. 2, p. 854.

⁹³ Vid. JAVIER GARCÍA MARTÍN “El orden internacional...”, *op. cit.*, pp. 46-47 y 63 sobre el reconocimiento como propietaria de la Iglesia en el Concordato de 1851, sin que existiese un Código civil.

EL PAGO DE LO INDEBIDO EN EL DERECHO INDIANO
Y EN LAS CODIFICACIONES IBEROAMERICANAS

PAYMENT OF THE UNDUE IN DERECHO INDIANO
AND IN IBERO-AMERICAN CODIFICATIONS

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

a.guzman@vtr.net

Resumen: El trabajo expone los conceptos fundamentales de la figura del pago de lo indebido desde su primer diseño en el derecho romano por los juristas hasta su sistematización por Gayo en sus Instituciones y en las Instituciones de Justiniano y hasta la inserción de esta figura en las codificaciones modernas de la América hispana, después de su aceptación en las Partidas castellanas y en el derecho indiano en general.

Palabras clave: pago de lo indebido, actio condictio, Instituciones, Siete Partidas, Ignacio Jordán de Asso, codificaciones iberoamericanas.

Abstract: The work exposes the fundamental concepts of the figure of the payment of the undue from its first design in the Roman law by the jurists until its systematization by Gaius in his Institutions and in the Institutions of Justinian until the insertion of this figure in the modern codifications of Hispanic America, after its acceptance in the Castilian Partidas and in Derecho Indiano in general.

Keywords: payment of the undue, *Actio condictio*, institutions, *Siete Partidas*, *Ignacio Jordán de Asso*, Ibero-American codifications.

Sumario: 1. Introducción. 2. Derecho romano. 3. Las Partidas. 4. Derecho castellano e indiano moderno. 5. Las codificaciones iberoamericanas.

1. Introducción

El pago de lo no debido o pago indebido ha sufrido escasas variaciones dogmáticas que afecten su configuración. Tal vez la más relevante sea la caída en desuso que afectó al requisito consistente en el error que debe sufrir el que recibe pago¹. En el resto, se ha mantenido invariada desde la época romana

¹ El derecho romano, en efecto, exigía error en el pagador y en el pagado, atendido que

hasta nuestros días. Algo diverso debe afirmarse para su localización en el íntegro sistema del derecho de obligaciones y para el fundamento de la repetición de lo pagado que favorece al que pagó². El presente trabajo atañe al primer punto.

2. Derecho romano

1. La figura del pago de lo indebido (“*indebitum solutum*”, “*solutio indebiti*”) pertenece al derecho romano. Según su descripción más simple, consiste en pagar algo que no es debido, por error tanto del que paga (“*solvens*”) como del que recibe el pago (“*accipiens*”)³. Su consecuencia es dejar obligado al receptor a restituir lo recibido al pagador; para reclamarlo, éste dispone de la *actio condictio*, que los postclásicos denominaron “*condictio indebiti*”⁴. Supongamos que alguien, creyendo que debe 1.000 a otro, le paga esa suma, el cual la recibe en la misma creencia. Al percatarse del error, el pagador dispone de la *condictio*, cuya fórmula se redactaba en estos términos: “*Si paret zu beseitigen 1.000 dare oportere Ao. Ao.*”, vale decir: “Si aparece o resulta que Numerio Negidio debe dar 1.000 a Aulo Agerio”, en donde “Aulus Agerius” es el acreedor que pagó indebidamente y “Numerius Negidius”, el que recibió indebidamente tal suma y debe restituirla. Si los hechos del caso son verdaderos, el juez deberá condenar al demandado a pagar 1.000 al demandante.

Los juristas romanos estudiaron el tipo precisamente en tema de *condictio*, puesto que él era uno de los que fundaban esa acción (bajo el concepto de “*dare solvendi causa*”).

2. En la historia del derecho romano encontramos, empero una excepción. La de Gayo, quien intentó introducir el tipo del pago indebido en un sistema general de obligaciones.

cuando alguien recibe lo indebido a sabiendas comete hurto, debido a lo cual no puede adquirir el dominio, que lo obligue a reembolsar; el pagador dispone, pues, no de la “*condictio*” recuperatoria sino de la reivindicación de lo que sigue siendo suyo. Desde que dejó de regir el dogma romano de cometerse hurto al recibir lo indebido a sabiendas el requisito cayó.

² Los medievales vieron el fundamento del pago indebido en la “*aequitas*”.

³ Sobre el “*indebitum solutum*” en el derecho romano, v. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, 2ª edición, I, Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuter, 2013, pp. 833-836. Las “*sedes materiae*” son Dig. 12,6 y Cod. Iust. 4,5.

⁴ Justiniano reservó el título 6º del libro XII de los *Digesta* a esta acción, bajo la rúbrica “*De condictione indebiti*”.

Este sistema, se desdobló en dos intentos. El primero aparece en las *Institutiones* de Gayo. Este autor, en efecto, expone que la *summa divisio* de las obligaciones se reparte en dos especies, en cuanto toda obligación nace *ex contractu* o *ex delicto* (Gai. 3, 88). En el interior de las *obligaciones ex contractu* reconoce cuatro géneros, pues una obligación se contrae *re, verbis, litteris* o *consensu* (Gai. 3,89).

Para el género de las obligaciones que se contraen *re*, ofrece el caso de aquellas que se contraen *mutui datione* (Gai. 3,90). En seguida se refiere al caso de aquel que recibe lo no debido, quien queda obligado a aquel que le pagó por error (Gai. 3,91). Acto seguido comenta: “Pero esta especie de obligación no parece consistir *ex contractu*, porque el que da con ánimo de pagar, más quiere distraer un negocio que contraerlo”.

Se ve, pues, que el sistema gayano entra en crisis cuando se pretende que la obligación de *indebitum solutum* sea un tipo de *obligatio ex contractu*. Gayo observa que quien paga no es que desee constituir una operación obligacional sino disolverla, no obstante lo cual adquiere una obligación.

3. Esta aporía aparece superada en otra obra del mismo Gayo, las *Res cottidianae sive aureorum*. En ella la dicotomía institucional *ex contractu/ ex delicto* es sustituida por una tricotomía: *ex contractu/ ex maleficio/ ex variis causarum figuris* (Dig. 44,7,1 pr.). Las obligaciones *ex contractu* siguen repartidas entre aquellas que se contraen *re, verbis, consensu* (con omisión de aquellas *litteris*). El mutuo continua a la cabeza del grupo de las obligaciones *ex contracture* (Dig. 44,7,1,2); pero la *solutio indebiti* esta vez desaparece de ahí.

4. Más adelante, Gayo habla de un conjunto de obligaciones cuya consistencia se puede resumir así: entre el que adquiere la obligación como acreedor y el que la contrae como deudor no se celebra ningún negocio ni actúan con ánimo de crear obligaciones, así que no puede decirse que haya un contrato entre ellos. Por otro lado, tampoco tiene lugar un delito; así que parecen estar obligados *quasi ex contractu* (v. Dig. 44,7,5). A este grupo pertenece ahora el *indebitum solutum* (Dig. 44,7,5,3).

5. El último paso lo dio Justiniano en sus propias *Institutiones*. En la parte pertinente (Inst. 3,13) ha desaparecido la *summa divisio* de las obligaciones en las especies *ex contractu* o *ex delicto*; y sustituida por una simple *divisio* en cuatro especies, pues las obligaciones son “*ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio aut quasi ex maleficio*”. De las obligaciones *quasi ex*

contractu se trata hacia el final del libro III, bajo la rúbrica “*De obligationibus quasi ex contractu*” (Inst. 3,27), en cuyo interior encuentra su localización el *indebitum solutum* (Inst. 3,27,6).

3. Las Partidas

Las *Partidas* no conservaron el esquema gayano-justiniano. Ese cuerpo legal trata del pago de lo indebido en el interior de título 14º: “De las pagas, e de los quitamientos a que dizen en latín compensaciones e de las deudas que se pagan a aquellos a quienes las no deben” de la Partida V. El pago indebido aparece, pues, como un fenómeno que puede afectar al pago. La materia está desarrollada en la ley 30ª del citado título 14º de la Partida V, en estos términos modernizados:

“pagando algún hombre a sabiendas de que no debiese, decimos que éste no la puede después demandar porque aquel que pagó lo que sabía que no debía se entiende que lo hace con intención de darlo. Y por ende no puede hacer demanda para que se lo devuelva [...]. Y también decimos que si alguno pagase deuda que no fuese cierto si la debía o no, pero la pagase, así dudando, que si después de eso probase que no la debía, el que la hubiese recibido estaría obligado a devolvérsela” (Cfr. Part. V, tít. 14º, ley 28ª).

En este breve texto aparece eficazmente condensada la doctrina romana del pago de lo indebido. Las restantes leyes que siguen a esta que acabamos de transcribir no hacen más que reforzar casuísticamente su régimen.

4. Derecho castellano e indiano moderno

El criterio de las *Partidas*, en orden a presentar el pago de lo indebido como un fenómeno que puede afectar al pago, todavía fue seguido por autores institucionistas como Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel y Rodríguez, en sus *Instituciones del derecho civil de Castilla* (1771)⁵. Pero en los institucionistas de fines del siglo XVIII y del XIX ese criterio fue abandonado y sus-

⁵ V. el tít. 11º: “Del empréstito y las deudas” del libro II, § 2: “De lo pagado por error” (se trata del pago de la deuda que se creyó nacida de un mutuo), Madrid, Imprenta de Ramón Ruíz, 1792, 187-188

tituido por la sistemática gayano-justiniano que abrió paso, por ende, a las obligaciones nacidas de cuasi contrato y al cuasicontrato de pago indebido. Nada mejor para observarlo que atender a la exposición que se lee en las *Instituciones de derecho real de Castilla e Indias* (1818-1820) del guatemalteco José María Álvarez. Ahí, con toda fidelidad a las *Instituciones* de Justiniano, el autor reserva un título completo del libro III (el 28º) a la materia, que viene entonces rubricado: “De las obligaciones que nacen de cuasi contrato”. El último de los cuasicontratos expuestos en ese título es “la paga indebida”⁶,

5. Las codificaciones iberoamericanas

El criterio decimonónico, tan bien representado por Álvarez, fue muy prevaliente en las codificaciones iberoamericanas, en parte también por la influencia del *Code Civil* que había adoptado un criterio semejante⁷; pero hubo excepciones.

Dejo a un lado los códigos americanos que constituyeron copia fiel del francés. El primero más autónomo e independiente, o sea, el *Código Civil* peruano de 1852, trató el pago de lo indebido entre los cuasicontratos, en su libro III, sec. 7ª, tít. 1, artículos 2119 a 2127. Lo propio hizo el *Código Civil* de Chile de 1855 en su libro IV, tít. 34, § 2, artículos 2295 a 2303. Pero el código de la Argentina de 1869 se apartó de este criterio y volvió podríamos decir que al criterio de las *Partidas*, ya que el pago indebido fue expuesto en él dentro del título dedicado al pago, como una anomalía, pues, que puede afectarlo⁸. Lo similar se observa en el último código de la época clásica de la codificación en América, o sea, en el del Brasil de 1816⁹.

⁶ V. JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, *Instituciones de derecho real de Castilla e Indias*, 2ª edición, Nueva York Lanuza, Mendia y C., 1827, lib. III, cap. 28, nº VI, reimpresión facsimilar, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 213-215. Otra cosa es el entendimiento que da Álvarez al cuasicontrato, en armonía con las concepciones desarrolladas en la Época Moderna y que no podemos tratar aquí.

⁷ V. *Code Civil*, lib. III, tít. 3º, cap. 4º: “Des engagements qui se forment sans convention”, cap. 1º: “Des quasi-contrats”.

⁸ V. *Código Civil* de Argentina, lib. II, parte 2ª, tít. 16: “Del pago”, cap. 8º: “De lo dado en pago de lo que no se debe”, artículos 784 a 198.

⁹ V. *Código Civil* de Brasil, lib. III, tít. 2º, II: “Do pagamento”, sec. 7ª: “Do pagamento indevido”, artículos 964-971.

LA TRADICIÓN JURÍDICA INDIANA EN EL MICHOACÁN
DECIMONÓNICO

THE LATIN AMERICAN LEGAL TRADITION IN 19th CENTURY
MICHOACÁN

LEOPOLDO LÓPEZ VALENCIA
El Colegio de Michoacán (México)
leolova@colmich.edu.mx

Resumen: Este análisis estudia la supervivencia del derecho indiano en el Michoacán decimonónico que, junto con las leyes emanadas por los nuevos órganos legislativos, conformaron un profuso *corpus* normativo producto de una longeva tradición jurídica, cuyo casuismo y pluralidad de fuentes obligaron continuamente a los jueces a sentenciar con base en su arbitrio, sometido, éste, a un principio de juridicidad. Paralela y lentamente, comenzó la substitución del sistema jurídico para implantar uno basado en un monismo jurídico legalista. La transformación se dio paulatinamente y con resistencias a lo largo del siglo. El cambio se lograría, finalmente, por tres factores: la codificación cimentada en el principio de legalidad, convertido en garantía constitucional; el amparo mediante el cual se impugnaron las sentencias dictadas con base en el arbitrio judicial o fundadas en fuentes jurídicas ajenas a la legislación; y, los cambios generacionales en la judicatura, que quedaría conformada por jueces letrados.

Palabras clave: Derecho indiano, judicatura, arbitrio judicial, juridicidad, legalidad, codificación.

Abstract: This study analyzes the survival of Derecho Indiano in 19th century *Michoacán* that, together with the laws enacted by new legislative bodies, formed an abundant normative corpus generated by a long-standing legal tradition, whose casuistry and plurality of sources continually obliged judges to pass sentence based on their judicial discretion, subject to a principle of juridicity. Parallel to this, but slowly, a process began to replace that legal system with one founded upon the legalistic principle of juridical monism. This transformation took place gradually and faced stiff resistance throughout the 19th century, but the change was finally implemented, due largely to three factors: a codification based on the principle of legality that was transformed into constitutional guarantee; the amparo trial to challenge judgments based on judicial discretion or non-legislative sources of law; and generational changes in the judiciary that led to it being entrusted to professional judges.

Keywords: Derecho Indiano, judiciary, judicial discretion, juridicity, legality, codification.

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho hispano indiano en la administración de justicia en Michoacán. 3. La fundamentación de las sentencias criminales en Michoacán. 4. Conclusiones.

1. Introducción

México durante el siglo XIX, además de surgir como un Estado soberano, sufrió una serie de transformaciones sociales, políticas y jurídicas acompañadas de movimientos bélicos, intervenciones extranjeras y la pérdida de más de la mitad de su territorio. Este continuo estado de crisis impidió que los cambios en materia jurídica, a los que aspiraban los gobernantes y juristas, se implementaran de forma temprana; en lugar de ello, la transformación del sistema jurídico sería paulatina y con resistencias. El anhelo de una administración de justicia a cargo de jueces letrados cuyos fallos se emitieran siempre con base en la letra de la ley tardó para implementarse casi todo el siglo XIX; mientras tanto, continuó vigente un sistema jurídico plural, que por sus propias características requería que los jueces tuvieran la facultad de hacer uso constantemente de su amplio arbitrio para poder resolver las causas que se les presentaban. En esa realidad, los jueces fundaban sus resoluciones en la doctrina, en leyes o cánones, en la costumbre, en el estilo de los tribunales o con base en la equidad, la justicia y la buena fe, pues la administración de justicia “...operaba con ciertos principios rectores, tales como la aequitas, bona fide, animus utilitas, que fueron concebidos no como categorías abstractas sino como criterios de valoración de las circunstancias que rodean a cada caso”¹.

El derecho castellano se trasplantó², o se implantó³, en las Indias, del cual se creó una vertiente jurídica basada en el derecho castellano⁴ denominada derecho indiano. Este sistema jurídico emanado de la Constitución política de las Indias españolas⁵ continuó fuertemente arraigado en la ciencia

¹ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 41.

² ALFONSO GARCÍA-GALLO, “La ley como fuente de derecho en las Indias en el siglo XVI”, en *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, p. 169.

³ Cfr. MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *Historia del derecho mexicano*, 1ª reimpresión, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 29-30.

⁴ “Desde un punto de vista hispanoamericano, bastará con estudiar la historia del derecho castellano —y no la de otros derechos españoles peninsulares— por ser este derecho el que rigió en los territorios de las llamadas Indias Occidentales—, ya que por las circunstancias históricas en que tuvieron lugar los descubrimientos colombinos, las Indias quedaron incorporadas, políticamente, a la Corona de Castilla.” JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del derecho español en las Indias y el derecho propiamente indiano*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1943, p. 13.

⁵ GARCÍA-GALLO, “La constitución política de las indias españolas”, en *Estudios*, cit., pp. 489-514.

jurídica⁶ y en el *usus fori*⁷ del primer siglo de vida del Estado mexicano, como es evidente desde la Constitución insurgente de Apatzingán de 1814, que ordenó, en su artículo 211, que mientras se conformaba un cuerpo nacional de leyes que substituyeran a las antiguas permanecerían éstas en plena vigencia, exceptuando las que se derogasen⁸. El Reglamento provisional político del Imperio Mexicano de 1822, por su parte, estableció la abolición de la Constitución gaditana, aunque no de la legislación anterior a 1821, siempre y cuando no estuvieran en pugna con la legislación emitida por el Primer Imperio Mexicano⁹. Los posteriores textos constitucionales ya no establecieron esta prevención, pero en la práctica el derecho indiano continuó vigente¹⁰.

El orden jurídico mexicano durante casi todo el siglo XIX mantuvo en vigencia diversas fuentes de derecho castellano-indiano que convivieron con el derecho emanado de los órganos legislativos estatales¹¹. Los tribunales para poder armonizar e interpretar normas de data tan diversa continuaban haciendo uso de su “*arbitrium iudicis*... invariablemente definido como la "po-

⁶ Cfr. JAIME DEL ARENAL FENOCHIO, “Ciencia jurídica española en el México del siglo XIX” y GONZÁLEZ, “La presencia del derecho indiano en México a través de las fuentes legales del Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Escriche”, ambos en VV. AA., *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, La Supervivencia del Derecho Español en Hispanoamérica durante la época independiente*, México, UNAM, IIJ, 1988, pp. 31-47 y 241-375, respectivamente.

⁷ GONZÁLEZ, *El derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para su estudio*, México, UNAM, IIJ, 1998, pp. 14-39.

⁸ *Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana*, México, reimpresso en la oficina de D. Mariano de Zúñiga y Ontiveros, 1821, p. 8.

⁹ “...Artículo 1.- Desde la fecha en que se publique el presente reglamento, queda abolida la Constitución española en toda la extensión del imperio. Artículo 2.- Quedan, sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, órdenes y decretos promulgados anteriormente en el territorio del Imperio hasta el 24 de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento, y con las leyes, órdenes y decretos expedidos, o que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia. FELIPE TENA RAMÍREZ, *Leyes Fundamentales de México*, México, Porrúa, 2005, p. 125.

¹⁰ GONZÁLEZ, *El derecho civil en México...*, *op. cit.*, p. 23.

¹¹ En España pasó algo similar y tampoco se reflexionó “sobre la sin duda difícil convivencia de textos jurídicos de diferente procedencia cronológica: así, los textos de las Partidas, Leyes de Toro, Novísima Recopilación, Constituciones de Cataluña... aderezados con la doctrina legal basada en los mismos, se mezclaron con la Constitución de 1812, el Código de Comercio, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia y, en definitiva, con toda la normativa decimonónica, por caótica que ésta fuera”. CARLOS GARRIGA y MARTA LORENTE, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 – España, 1855)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, La vinculación del juez a la ley*, n° 1, 1997, p. 129.

testas disponendi et providendi secundum conscientiam...”, era un poder de apreciación personal, pero que debía ser ejercido en atención al orden, y hacía del juez un elemento decisivo en la cadena de producción del derecho¹². El arbitrio judicial se ubicó “dentro de un marco jurídico anterior y superior a él. Se trata, pues, de un arbitrio judicial regulado por el derecho”¹³.

Sin embargo, en la época se estimó que este tipo de administración de justicia era la principal causa de muchos de los problemas que a la sazón se padecían y se consideró que la solución radicaba en que los jueces se sometieran a los códigos modernos, cuerpos sistemáticos cuyas normas “ya no [fueron] entendida[s] en la vaga acepción de *lex* de Santo Tomás, inclinada a esfumarse en el *ius* sino con el sentido estrechísimo de la *loy*, ley en sentido moderno, volición autoritaria del titular de la nueva soberanía y caracterizada por los atributos de generalidad y de rigidez”¹⁴. Así, la justicia se aplicaría de forma racional, a cargo de una judicatura profesional cuya función sería buscar la solución de las controversias en los códigos y no en el casuístico e inmenso conjunto normativo acumulado durante el paso de los siglos y que continuaba vigente en los tribunales.

Este cambio supuso un proceso de reducción formal del fenómeno jurídico a una sola de sus fuentes, substituyendo al sistema jurídico plural y casuístico, por un sistemático monismo legalista¹⁵. No obstante, el derecho no se despojó totalmente de su complejidad antropológica, puesto que éste “vive en la conciencia del pueblo, ya que no es [solamente] un conjunto de reglas abstractas”¹⁶, sino que es toda una realidad histórica¹⁷, una antropología y toda

¹² GARRIGA, “Justicia animada: dispositivos de la justicia en la Monarquía católica”, en *De la Justicia de jueces a la justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2007, p. 87.

¹³ BERNARDINO BRAVO LIRA, “Arbitrio judicial y Legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”, *Revista de Historia del Derecho “R. Levene”*, nº 28, 1991, p. 9.

¹⁴ PAOLO GROSSI, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 32.

¹⁵ “Un Derecho, a este punto totalmente identificado con la voluntad estatal, que nos presenta un resultado de fuentes ciertas y claras, limpias en el dictado, robustamente pensadas (por ejemplo, el *Code Civil*), fundadas sobre un admirable saber técnico... el Derecho se identificaba entonces solamente con el Derecho oficial... Todo el resto tiene dos pesadas condenas: lo ilícito o ... lo irrelevante.” GROSSI, *Derecho, sociedad, Estado*, Zamora, El Colegio de Michoacán, Escuela Libre de Derecho, UMSNH, 2004, pp. 64-65.

¹⁶ CARLOS FEDERICO DE SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, t. I. Madrid, F. Góngora y Compañía, 454 pp., p. 30.

¹⁷ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, “Manual de Historia del derecho español”, en *Obras completas*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 935.

una cultura¹⁸ que se encuentra plenamente en la conciencia social, de forma muy similar al lenguaje¹⁹, subsistiendo –metafóricamente- de forma subterránea²⁰ en la sociedad; por ello el derecho no es otra cosa que una de las múltiples manifestaciones culturales de la sociedad: “ubi societas, ibi jus est”²¹.

En este sentido, Savigny afirmó que todo derecho positivo tiene como origen al pueblo, y de él “viven” tanto la legislación como la ciencia del derecho, pues primigeniamente la ley sólo es complemento del derecho popular y le sirve a éste de garantía; sin embargo, con el paso del tiempo, el pueblo puede perder su carácter de fons iuris y esto tiene como consecuencia que la substancia de ese derecho popular pase a la legislación y a la ciencia jurídica, hasta llegar al extremo de que su origen popular queda olvidado. Este jurista alemán estimó que el derecho no puede existir normalmente a menos que entre sus fuerzas creadoras existiera un armonioso concurso²². Es claro que Savigny entendió a la ley como se le había concebido tradicionalmente, como una especie del género llamado derecho²³.

El derecho como parte de la cultura se transmite sincrónica y, especialmente, diacrónicamente pues “la cultura no existe fuera del tiempo y por eso mismo la cultura no existe sin tradición”²⁴. Por tanto, el derecho es también tradición y es la misma tradición “la que vela por la conservación del derecho”²⁵ a lo largo del tiempo. La tradición jurídica puede ser entendida como la faceta diacrónica de la cultura jurídica, pues “el sentido de la tradición está en la dimensión temporal de la cultura”²⁶. El derecho, entonces, es cultura, es tradi-

¹⁸ GARRIGA, “Historia y derecho, historia del derecho”, *Istor*, 16, México, Jus, CIDE, 2004, p. 3.

¹⁹ SAVIGNY, “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho” en *La Codificación una controversia programática basada en obras de Thibaut y Savigny*, Madrid, Aguilar, 1970, p. 54.

²⁰ Entrevista que realicé a Paolo Grossi en la Ciudad de Morelia el día 28 de octubre de 2006.

²¹ HEINRICH VON COCCEJI, *Grotius Illustratus, Seu Commentarii Ad Hugonis Grotii De Iure Belli Et Pacis*, Libro Tres, Tomo I, Wratislaviae, Jacobi Korn, 1744, p. XVII.

²² SAVIGNY, *Sistema*, cit., t. I, pp. 49-50.

²³ La Suma Teológica es muy elocuente al respecto. Cfr. SANTO TOMÁS AQUINO, *Suma Teológica*, II IIæ, q. 57, a. 1, ad. 2., p. 470: “Más aún: Como dice Isidoro, en el Libro Etymol., la ley es una especie de derecho. ...”; y: II IIæ, q. 57, a. 1, ad. 2um., p. 471. “...la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho.”

²⁴ SAVIGNY, *Sistema*, cit., t. I, p. 33.

²⁵ SAVIGNY, *Sistema*, cit., t. I, p. 33.

²⁶ CARLOS HERREJÓN, “Tradición. Esbozo de algunos conceptos”, *Relaciones*, n° 59, verano 1994, vol. XV, p. 140.

ción y, por tanto, es herencia del pasado, puesto que la tradición implica conservación, pero a su vez también supone progreso, por ello en el derecho “hay discontinuidad y ruptura”²⁷. Los cambios que de forma tradicional suceden en el fenómeno jurídico a lo largo de la historia se ven influidos tanto por los legados jurídicos como por los metajurídicos, como son las tradiciones literarias, las costumbres y las ceremonias heredadas del pasado²⁸.

La tradición jurídica, para sobrevivir en el tiempo, requiere de cambios y al mismo tiempo de la conservación de elementos substanciales que dotan de identidad a la sociedad que la posee. Hay períodos en los que es más evidente la transformación de una tradición jurídica, como lo fue el siglo XIX michoacano, pues durante él pervivió tradicional el orden jurídico indiano y, paralelamente, sucedió un profundo proceso de adecuación y ruptura. Este período de transformación ha sido conceptualizado por la historiografía del derecho como *transición jurídica*²⁹. La cultura jurídica occidental ha vivido múltiples adecuaciones y rupturas, algunas de forma revolucionaria y otras protegiendo el legado jurídico que sus ancestros les heredaron, aunque adecuándolas a las nuevas realidades. Esto fue una constante entre los siglos XVII al XIX, pues encontramos constituciones que van íntimamente ligadas con la idea de la revolución, pero también encontramos constituciones históricas que apelan al sentido casi sagrado de los derechos tradicionales. El ejemplo más cercano para el derecho indiano es el deseo manifiesto de conservar la constitución histórica de España³⁰ en la Carta gaditana de 1812, como es evidente en su *Discurso preliminar* que legitimó dicho código político de forma historicista³¹ al expresar que la Comisión no ofreció nada en el proyecto de constitución que no se hallase ya consignado del “modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española” sólo que ordenado con un nuevo

²⁷ ANTONIO MANUEL HESPANHA, *Cultura jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 25.

²⁸ HESPANHA, *op. cit.*, p. 25.

²⁹ Cfr. GONZÁLEZ, *El Derecho Civil en México 1821-1871. Apuntes para su estudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 118 y CARLA HUERTA OCHOA, “Constitución, transición y ruptura”, en GONZÁLEZ et al., *Transiciones y Diseños Institucionales*, 2ª reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 49-50.

³⁰ TOMÁS Y VALIENTE, “Constitución: Escritos de introducción histórica”, en *Obras*, cit., t. II, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 2490.

³¹ GARRIGA y LORENTE, “El modelo constitucional gaditano”, en GARRIGA, y LORENTE, *Cádiz, 1812, La Constitución jurisdiccional*, Madrid, 2007, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 376.

método sistemático, observando los puntos capitales de las leyes fundamentales, con la finalidad de hacer un texto breve, claro y sencillo como debía ser el nuevo modelo racionalista para una ley constitucional³².

En el caso del Michoacán decimonónico, el derecho tradicional castellano-indiano logró sobrevivir a pesar de los intentos que se hicieron para derogarlo, en virtud de las continuas quejas que se elevaban ante una deficiente administración de justicia, a la que se responsabilizaba de muchos de los problemas que sufría la sociedad michoacana, entre ellos el aumento de la delincuencia y la violación de garantías constitucionales.

Los cambios fueron lentos y comenzaron con la paulatina transformación de la judicatura. La gran aspiración fue que en todos los distritos judiciales hubiera un juez letrado; sin embargo, durante gran parte del siglo XIX, en los partidos más alejados de los centros urbanos importantes de Michoacán, el uso de la primera instancia continuó en manos de alcaldes, muchos de ellos sin conocimiento del derecho y a quienes se les obligó a dictar sentencia escuchando el dictamen de un asesor letrado y así, de alguna manera, la administración de justicia quedaba en manos de profesionales del derecho. La falta de letrados motivó que los alcaldes tuvieran que resolver causas por crímenes graves, como homicidio, robo en gavilla, lesiones y ladrones cuatreros; no obstante, cuando se designaba juez letrado en algún partido judicial, la competencia de los alcaldes en los procesos por crímenes graves se limitaba a iniciar las sumarias y posteriormente remitirlas al respectivo juez letrado del partido para que éste continuara con el proceso y dictara la correspondiente sentencia. Las resoluciones condenatorias que ponían fin a la primera instancia en materia criminal no causaban ejecutoria hasta que eran revisadas por el Tribunal Supremo³³.

El congreso de Michoacán, mediante el decreto número 20, emitido en diciembre de 1831³⁴, facultó al gobierno para que estableciera los cuatro primeros jueces de primera instancia en la entidad, iniciando el paulatino establecimiento de jueces letrados en todo el territorio del estado. La urgencia por

³² Cfr. AGUSTÍN ARGÜELLES, *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella*, Madrid, Impr. que fue de García, 1820, pp. 2-3.

³³ EVA ELIZABETH MARTÍNEZ CHÁVEZ, Eva Elizabeth y LEOPOLDO LÓPEZ VALENCIA, "Entre la ley y la realidad. Estructura y praxis del Poder Judicial de la Constitución de 1825", en JAIME HERNÁNDEZ DÍAZ Y HÉCTOR PÉREZ PINTOR (coord.), *Reflexiones jurídicas en la historia constitucional mexicana. Una perspectiva bicentenario*, Morelia, Gobierno del Estado de Michoacán, Secretaría de Cultura, 2009, p. 108.

³⁴ HERNÁNDEZ DÍAZ, *Orden y desorden social en Michoacán: 1824-1835*, Morelia, UMSNH, 1999, p. 361.

los jueces letrados es evidente en la opinión del secretario de despacho Antonio García Rojas, registrada en la *Memoria de gobierno* de 1831, que indica que a los males que ocasionaba la mala administración de justicia debía darse un “pronto remedio, y éste no podría ser otro mejor que el establecimiento de jueces letrados”³⁵. Éstos comenzaron sus labores en la capital michoacana el 29 de julio de 1835, fecha en la que los alcaldes de Morelia les remitieron las causas que le correspondían por razón de competencia.

Las voces de jurisconsultos y de los diversos gobiernos comenzaron a escucharse, pues se estimaba urgente la formación de códigos para terminar con la dispersión del derecho. La *Memoria de la Administración Pública* del año de 1829 evidencia que el gobierno del estado de Michoacán consideraba que ninguna de las leyes expedidas podría satisfacer tanto las aspiraciones ilustradas del Congreso como lo haría la codificación:

Lo que si dará mucha gloria es el preparar grandes reformas, ya que solo puede influir en que se varié el pacto fundamental, y parece que uno de los medios de conseguirlo es encargar la formación de los códigos y singularmente el de procedimientos a un cuerpo a una comisión que quede comprometida a presentarlo al mismo Honorable Congreso, para que pueda sancionarlo de inmediato, haciendo en la Constitución las variaciones que sean necesarias al sistema que haya de adoptarse³⁶.

Clemente de Jesús Munguía, primer arzobispo de Michoacán, en su obra destinada a la enseñanza del derecho natural para los alumnos del Seminario Tridentino de Morelia, también se manifestó al respecto:

El conjunto de nuestras leyes patrias es un conjunto monstruoso; y si no puede desconocerse la sabiduría de algunos pormenores, tampoco puede menos de palpase lo deforme del todo. Producciones de diferentes siglos y gobiernos diversos, podrán ser mencionadas por la Historia, más no calificadas por el jurisconsulto con el nombre de un código sistemado³⁷.

³⁵ Memoria de Gobierno de 1831, presentada al Congreso del Estado por el secretario del despacho, Antonio García Rojas. En Archivo Histórico del Congreso de Michoacán (AHCM), Tercera legislatura 1829-1831, 1831, Caja 6, Exp. 8.

³⁶ *Memoria de Gobierno de 1829*, presentada al Congreso del Estado por el secretario del despacho, Mariano Macedo, Archivo Histórico del Poder Ejecutivo de Michoacán (AH-PEM), p. 39

³⁷ CLEMENTE DE JESÚS MUNGUÍA, *Del derecho natural en sus principios comunes y en sus diversas ramificaciones*, Tomo I, México, Imprenta de la Voz de la Religión, 1849, p. XLVIII.

La queja generalizada por la profusión de normas se hizo constante entre los juristas del siglo XIX mexicano, aunque es cierto que en la época existieron libros de texto, como el que elaboró el michoacano Antonio Florentino Mercado³⁸ titulado *El Libro de los Códigos*³⁹, que no pugnaban por un derecho codificado derogatorio del vigente. Esta obra tuvo una enorme difusión en todo México⁴⁰; sin embargo, hay que aclarar que el término *código* utilizado en ese libro se refiere a los tradicionales *corpus* compiladores o recopiladores de normas⁴¹, como el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*.

El hipertrofiado *corpus* normativo vigente en el siglo XIX dificultaba la labor de abogados y jueces por lo que algunos juristas, de forma particular, intentaron poner cierto orden, como lo haría Vicente González Castro con su *Redacción del Código Civil de México* y las muy conocidas *Pandectas Hispano-Megicanas*⁴² de Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel, obras compilatorias cuyo objetivo era dar un orden coherente al informe y profuso cuerpo normativo de México. El mismo Rodríguez de San Miguel emitió una queja en su prólogo al *Diccionario* de Escriche, en su edición de 1837, donde expresó que: “Si la sola legislación española era hace algunos años, en concepto de varios sabios, laberinto tenebroso, ¿qué será de la mezcla de la nues-

³⁸ Para conocer la vida y obra de este jurista véase LÓPEZ VALENCIA, *Antonio Florentino Mercado: Un juez en tiempos de transición*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, 185 pp.

³⁹ ANTONIO FLORENTINO MERCADO, *Libro de los Códigos o prenaciones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857.

⁴⁰ *El Libro de los Códigos* antes de su publicación fue aprobado por el Supremo Gobierno mexicano para que se adoptara como texto en todos los colegios nacionales para la enseñanza de las materias del primer año de derecho, lo que seguramente dio una enorme difusión a la obra, tanto así que a la fecha el texto es conocido por “cualquiera que se haya asomado a la literatura jurídica mexicana... [pues aún ahora] fácilmente se encuentra en las bibliotecas jurídicas y que todavía es posible adquirir en las librerías de ocasión”. DEL ARENAL FENOCHIO, “Un ignorado jurista michoacano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, n° 16, Año 16, 1992, p. 147.

⁴¹ María del refugio González explica la diferencia entre ambos cuerpos fijadores de derecho: “...en sentido jurídico, recopilación es la yuxtaposición de las disposiciones relativas refundidas y ordenadas sistemáticamente... Recopilación se distingue de la compilación en que esta última no tiene carácter oficial y su valor es práctico, histórico, en tanto que la primera sí tiene carácter oficial y su contenido es derecho vigente.” *Diccionario Jurídico Mexicano*, 4ª edición, Tomo VII, P-Reo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, voz *Recopilación*, p. 355.

⁴² GONZÁLEZ, *Estudios sobre la historia del derecho civil en México en el siglo XIX*, México, UNAM, 1981, pp. 97-98.

tra con aquella, y cuándo podremos disfrutar los beneficios de una legislación cierta y estable, contenida en un solo Código?”⁴³. Por otra parte, juristas de la talla de Savigny, no estimaban posible la elaboración de un código que de forma cerrada se convirtiera en “fuente única de derecho”, pues para ello el código tendría que “contener efectivamente de antemano la solución para todos los casos que puedan presentarse”⁴⁴.

En esta cultura jurídica los juzgadores tenían la obligación de crear el derecho ante cada caso concreto y por ello durante siglos tuvieron que hacer uso, indispensablemente, de su arbitrio o *albedrío judicial* para dictar sus resoluciones, lo que convertía al juez en el verdadero señor del proceso⁴⁵. Esta facultad judicial fue propia del orden jurídico castellano-indiano, pues los jueces hacían uso de su arbitrio judicial para administrar justicia, siempre conforme a un orden jurídico superior, como se estableció en las Siete Partidas⁴⁶. El derecho canónico indiano también se rigió por los mismos principios, pues los jueces al emitir sentencia tenían que hacerlo conforme a derecho, lo que aún no significaba, obviamente, un principio de legalidad, sino que los jueces siempre estaban orientados por un orden jurídico plural preestablecido⁴⁷.

El arbitrio judicial no fue arbitrariedad judicial, pues la constitución histórica se concretaba en un conjunto de derechos subjetivos judicialmente garantizados mediante procedimientos forjados por la tradición⁴⁸, por lo que

⁴³ Citado por LORENTE, “Las resistencias a la ley en el primer constitucionalismo mexicano”, en *Cuadernos, cit., del Instituto de Investigaciones Jurídicas. La Supervivencia del Derecho Español en Hispanoamérica durante la época independiente*, México, UNAM, IJ, 1998, p. 299.

⁴⁴ SAVIGNY, “De la vocación de...”, cit., p. 64.

⁴⁵ GONZÁLEZ, “Derecho de transición”, en *Memoria del IV Congreso de Historia del derecho mexicano*, pp. 443-454, p. 442.

⁴⁶ “Juzzio, en romance, tanto quiere decir, como sententia en latín. E ciertamente Juzzio es dicho, mandamiento que el juzgador faga a alguna de las partes, en razón de pleyto que mueven ante él. Pero debe ser atal, que non sea contra natura, ni contra derecho de las leyes deste nuestro libro, nin contra buenas costumbres...” Ley I del título XVII de la Partida III. ALFONSO IX, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el IX*, t. I, Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1843, p. 512.

⁴⁷ “Las sentencias que pronuncien los jueces y los vicarios sean conformes al derecho y a los derechos de este Concilio...” Cfr. “Concilio III Provincial Mexicano celebrado en México el año 1585”, Libro II, en PILAR MARTÍNEZ LÓPEZ-CANO (coord.), *Concilios Provinciales Mexicanos. Época Colonial*, México, UNAM, IJ, 2004, p. 103.

⁴⁸ GARRIGA, “Gobierno y justicia: El gobierno de la justicia”, en LORENTE, coord., *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 49.

obviamente los derechos aún no eran protegidos por el principio de legalidad, sino por los jueces con base en el derecho tradicional. En Las Siete Partidas en la ley 10^a, título 27, Partida 2^a se entendió al arbitrio como “...asmamiento [estimación o apreciación, N. del A.] que deben los homes haber sobre las cosas que son dudosas et non ciertas, porque cada una venga a su derecho así como conviene”. Por su parte, Gregorio López al glosar esta ley⁴⁹ sostuvo que el arbitrio es “no es otra cosa que la equidad del ánimo manifestada” teniendo en cuenta a la equidad natural y lo que las leyes prescriben.

Respecto al arbitrio judicial Gregorio López, glosando la misma ley, señaló que el juez debía de tener siempre presente la calidad de las personas y de los hechos⁵⁰. Joaquín Escriche, en su *Diccionario*, advirtió sobre la importancia del arbitrio judicial:

por mas completo que sea un código, por mas perfectas que sean sus leyes, por mas que se haya procurado establecer principios de que como de teoremas de geometría pueda deducirse la resolución de todas las cuestiones, siempre quedarán vacíos, siempre habrá tropiezos, incertidumbre y dificultad en la aplicación de la regla general á los casos especiales, y siempre por tanto el arbitrio del juez habrá de tener mucha parte en la justicia de las decisiones, porque no es posible que las leyes humanas prevean y comprendan todas las circunstancias de personas, tiempos, lugares y motivos que pueden concurrir en los hechos y modificarlos... Dígase lo que se quiera sobre los vicios y abusos del arbitrio de los jueces, lo cierto es que este arbitrio existe y existirá más ó menos, aunque haya buenas leyes. La perfección absoluta de estas no está al alcance del espíritu humano, es solo ideal é imaginaria, es una quimera concebida por hombres que han consultado más bien su corazón que su razón⁵¹.

⁴⁹ “(1) Alvedrio. Nota diffinitionem arbitrii, et adde Bald. in l. in vendentis, C. de contrah. empt. Dum tenet, quod arbitrium non est aliud, nisi aequitas animi declarati, habito respectu tam ad aequitatem naturalem, quam ad legum praecepta” (2) Qual es aquel hombre. In arbitriis iudex debet considerare qualitatem personarum, Bald. in l. fin C. de obseq. patrón. praestand.” ALFONSO, EL SABIO, *Las Siete Partidas*, t. I, Madrid, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1843, p. 629.

⁵⁰ “Añad. Bald. en la 1. 13. C. de contr. empt., quien sostiene que el arbitrio no es otra cosa que la equidad del ánimo manifestada. habida consideración á la equidad natural y á lo que prescriben las leyes. En el alvedrio el juez debe atender á la calidad de las personas y de los hechos, Bald. en la 1. ult. C. de obs. patr. praest.” ALFONSO IX, t. I, *op. cit.*, p. 927.

⁵¹ JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, nueva edición corregida notablemente y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano por Don Juan de Guim*, París, Librería de Rosa y Bouret, 1863, p. 203.

2. El derecho indiano en la administración de justicia en Michoacán

Las primeras leyes michoacanas que organizaron la composición y atribuciones de los tribunales impusieron a los jueces la obligación de fundar sus sentencias atendiendo a un principio de juridicidad y dado que el orden jurídico aún se encontraba conformado principalmente por el derecho indiano, estas leyes de forma implícita lo mantuvieron vigente. La primera *Ley orgánica de los tribunales del estado* de 1834, en la parte *in fine* de su artículo 145 ordenó que “...el fallo se asentará citándose... la ley ó costumbre recibida, en que aquel se funde”⁵². Este mandato se reprodujo en el artículo 152 de la segunda *Ley orgánica de los tribunales del estado* promulgada en 1835⁵³. Durante la vigencia de la Constitución federal de 1857 y de la local de 1858, la *Ley de Administración de justicia en lo civil y en lo criminal* de 1867, de igual forma ordenó que: “en todo fallo definitivo o interlocutorio... se citará la ley o costumbre recibida en que se apoye”⁵⁴. Estas leyes reconocieron la existencia de un derecho plural, que exigía el uso del arbitrio judicial, utilizado en la inmensa mayoría de los procesos criminales en Michoacán en el siglo XIX.

3. La fundamentación de las sentencias criminales en Michoacán

La judicatura michoacana decimonónica de forma sistemática utilizó el arbitrio judicial concedido a los jueces por las Siete Partidas específicamente a través del siguiente enunciado: “E después que los juzgadores hubieren catado acuciosamente todas estas cosas sobredichas, pueden crecer, o menguar, o toller [quitar, N. del A.] la pena, según entendieren que es guisado, e lo deven facer”⁵⁵. El uso del arbitrio judicial fue una constante durante todo el siglo XIX, aunque este estudio está limitado al período de vigencia de la Constitución michoacana de 1858⁵⁶, pues durante él se promulgaron los códigos civil y criminal del estado, así como la primera ley de amparo. El poder judicial de Michoacán se orga-

⁵² AMADOR COROMINA, *Recopilación de leyes, decretos, reglamentos y circulares expedidas en el estado de Michoacán*, T. VI, Morelia, Imprenta de los hijos de I. Arango, 1886, p. 114.

⁵³ COROMINA, *op. cit.*, T. VII, Morelia, Imprenta de los hijos de I. Arango, 1886, p. 42.

⁵⁴ COROMINA, *op. cit.*, T. XVIII, p. 83.

⁵⁵ Parte *in fine* de la Ley 8ª del título 31 de la 7ª Partida, ALFONSO IX, *op. cit.*, p. 415.

⁵⁶ Estuvo vigente hasta 1917, año en que se promulgó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente hasta la actualidad.

nizó y trabajó de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Constitución local de 1858 y, además, por las leyes *sobre administración de justicia en lo civil y criminal* de 1862 y la de 1867, que pueden considerarse como los antecedentes más próximos a la codificación en materia procesal o más bien judicial⁵⁷.

Los archivos históricos evidencian que en Michoacán, durante el período de vigencia de su Constitución de 1858, hubo una clara convivencia del derecho indiano con las leyes michoacanas. La coexistencia entre ambos órdenes parecía que estaba condenada a terminar en virtud de la promulgación de la Constitución federal de 1857, pues ésta dejó a un lado el principio de juridicidad, en el que los jueces fallan conforme a derecho, e impuso el principio de legalidad, por el cual los jueces quedaban constreñidos a guardar el procedimiento y a dictar sus resoluciones conforme a leyes dadas con anterioridad al hecho y aplicadas de forma exacta a él⁵⁸. El cambio pretendido fue drástico, pues las sentencias ya no podrían ser fundadas en derecho, como tradicionalmente se hacía⁵⁹.

Pese a esto, subsistió el orden jurídico indiano en Michoacán y con él pervivió el uso del arbitrio judicial por medio del cual los jueces continuaron dictando sentencias con base en el derecho tradicional y no solamente en la ley. En 1873, por ejemplo, el juez primero de letras de Morelia resolvió un juicio criminal seguido por los delitos de rapto y estupro. En su sentencia precisó que:

El estupro es un delito privilegiado con la presunción *tantum iuris*⁶⁰ ya que se supone que la mujer soltera es virgen y que si se arroja al estupro es en virtud de que se le seduce o engaña con halagos o con promesas de matri-

⁵⁷ Estas leyes compartieron características con otras elaboradas en otros países americanos, el rasgo común fue que no se diseñaron con el esquema ilustrado de la codificación, sino que se desarrollaron de forma empírica y a partir de la legislación castellano-indiana. Cfr. ABELARDO LEVAGGI, *Orígenes de la codificación argentina: los reglamentos de administración de justicia*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1995, pp. 14-15.

⁵⁸ “ART. 14. No se podrá espedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, y ecsactamente aplicadas á él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.” *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el día 5 de febrero de 1857*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1857, pp. 28-29.

⁵⁹ “*Sententia debet ese juri conformis. Si enim contra jus, vel Legem claram, & expressam, vel contra consuetudinem, vel statutum proferatur, est ipso jure nulla.*” PEDRO S.J. MURILLO VELARDE, *Cursus Juris Canonici, Hispani, et Indici*, 3ª edición, t. I, Madrid, Typographia Ulloae a Ramone Ruiz, 1791, p. 365.

⁶⁰ Presunción legal que admite prueba en contrario; a diferencia de las presunciones *iuris et de iure* que no admiten prueba en contrario.

monio o algunas otras falaces; pues que el recato, la honestidad y el pudor son cualidades propias y naturales de su sexo y esas presunciones... están a favor de María Antonia Páramo.

En el considerando 10^o de dicha resolución el juez, al imponer la pena, señaló que lo hacía "... usando el arbitrio que la ley 8^a, título 31, Partida 7^a concede a los jueces para penar a los delincuentes...", así condenó al reo a dos meses más el tiempo que ya había pasado en prisión⁶¹.

El mismo juez, también en 1873, dictó una resolución dentro de un juicio seguido por el delito de estupro violento, pero en esta ocasión absolvió al reo en virtud de que la afectada no aportó más pruebas que su dicho, al que le negó cualquier valor probatorio. En este caso, el juez no señaló que el estupro era un delito privilegiado con la presunción *tantum iuris* en favor de la mujer, al contrario, presumió que la acusación de la ofendida era falsa, por parecerle contradictoria e inverosímil. Contradictoria pues la ofendida al hacer su declaración dijo haber sido amenazada con un cuchillo, sin embargo, al ampliar su declaración, precisó que sólo había visto la punta del arma. El juez consideró inverosímil el dicho de la ofendida pues las amenazas se habían proferido en un lugar "público y a una hora en la que hay tanta gente" que fácilmente podía haber pedido auxilio. Con base en estas premisas el juez estimó que "la ofendida accedió a concurrir carnalmente con el reo" y apoyándose en las obras de Joaquín Escriche y Senén Villanova, así como en el aforismo que reza *quien sabe y consciente, no recibe injuria*⁶², absolvió al reo con base en la ley 12 del título 14 de la 3^a Partida y la 26 del título 1^o de la 7^a Partida⁶³.

La convivencia entre el derecho castellano-indiano y el michoacano imposibilitaban que los ciudadanos gozaran de certeza jurídica, dado el inmenso orden jurídico constituido por normas de diversa data, con presencia de antinomias y, además, la cotidiana práctica en los tribunales de dictar sentencia con base en el arbitrio judicial. La codificación se presentaba siempre como la solución para estos problemas; sin embargo, al promulgarse los ansiados códigos en Michoacán, los jueces continuaron administrando justicia sin que los códigos se convirtieran en la única fuente jurídica. Los códigos, por lo

⁶¹ Archivo Histórico del Poder Judicial de Michoacán (AHPJM), Libro de sentencias penales de 1869-1877, Juzgado Primero de Letras, Distrito de Morelia, 5 de diciembre de 1873.

⁶² No se le llega a causar injuria al que sabe y consiente; aunque el juez la escribió: "*Scienti et contenti multa fit injuria.*"

⁶³ AHPJM, Libro, cit., 18 de julio de 1870.

menos en los primeros años de su existencia, fueron una fuente más dentro de un orden jurídico plural.

La hipótesis que propongo es que no existió una causa única que lograra terminar con la supervivencia del derecho indiano en Michoacán. Después de un detenido análisis de expedientes judiciales, folletos jurídicos, planes de estudio y libros de texto para los estudiantes de derecho, me parece que fueron tres las principales causas que, de forma conjunta, lograron terminar con la supervivencia del tradicional orden jurídico castellano-indiano en Michoacán:

- a) La codificación realmente fue la piedra angular aprovechada por los constructores de esta nueva era jurídica, que fue cimentada con el principio de legalidad elevado a norma constitucional, pues los jueces quedaron constreñidos a dictar sus sentencias con base en los códigos, especialmente en materia criminal. En caso de que los jueces impusieran penas con base en su arbitrio violentarían las garantías consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales.
- b) El amparo como medio de control constitucional se convirtió también en el principal medio de control de legalidad, primero sólo en materia criminal, para extenderse después a la materia civil. El *amparo* comenzó a ser utilizado por los abogados para impugnar las sentencias pronunciadas con base en el arbitrio judicial, pues resultaban violatorias del principio de legalidad, como es evidente en el siguiente alegato pronunciado en un juicio de amparo:

...en el segundo inciso del art. 14 se exige antes que la aplicación exacta de la ley, la preexistencia de ésta; y ley preexistente y arbitrio judicial son incompatibles... luego de confesada la verdad de ser una garantía la ley preexistente, es falso que en el art. 14 se autorice, como indispensable el arbitrio judicial, absurdamente supletorio de la ley... y si es necesaria una ley preexistente, no sólo es falso, que sea *indispensable el arbitrio judicial*, sino que está expresamente prohibido, porque no se compadecen estas ideas esencialmente opuestas: arbitrio judicial a falta de ley, y necesidad de ley preexistente... Si por arbitrio judicial se entiende la interpretación jurídica, tampoco ésta es arbitraria debe sujetarse á las reglas de interpretación, y esas reglas deben estar autorizadas por la ley preexistente... Dejar sujeta la interpretación jurídica al laberinto de los doctrinarios es autorizar la anarquía en la administración de justicia, y la justicia debe ser una, como la ley es y debe ser una para todos. El ejercicio de la justicia consiste en la aplicación de la ley preexistente, no en la aplicación de doctrinas más o menos filosóficas, más

o menos discretas... El sólo hecho de la nueva codificación justifica, como dice Dalloz, la intención del legislador de no admitir indiscretamente esas máximas o adagios, especies de reglas de derecho tradicional; pero vagas, arbitrarias y peligrosas... sólo son y deben ser admisibles las máximas que han sido revestidas de un carácter legislativo⁶⁴.

Los jueces federales que resolvían los amparos también consideraron que la imposición de penas con base en el arbitrio judicial era una constante vulneración de garantías constitucionales, como externó el juez de distrito de Morelia en una sentencia de amparo:

el artículo 14 de la Constitución de 1857 asegura las garantías individuales que se refieren a la vida, a la libertad y honra del hombre prescribiendo que nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él...; que toda sentencia en materia criminal que no contenga esa exacta aplicación de que habla la ley fundamental viola de lleno las garantías que ella otorga sustituyendo a la ley penal en el arbitrio de los jueces más o menos jurídico, más o menos filosófico, pero siempre arbitrario... [y siempre] una amenaza permanente contra el acusado y un motivo constante de violación de sus garantías por parte de las autoridades...⁶⁵.

- c) La enseñanza jurídica cambió para centrar su atención en el estudio exegético de los códigos⁶⁶, así los nuevos juristas egresados de las escuelas de derecho, ya no pensarían en un derecho plural y tradicional, sino que concebían uno identificado con la legislación estatal, especialmente la codificada. Las nuevas generaciones de jueces michoacanos administraron justicia atendiendo a los códigos y la imposición de penas dejó de realizarse con base en el arbitrio judicial, el cual quedó limitado a la facultad del juez para graduar las penas entre los mínimos y máximos establecidos por la ley.

⁶⁴ PRISCILIANO MARÍA DÍAZ GONZÁLEZ, *Las jurisprudencias rivales sobre la inteligencia de los artículos 14 y 16 de la Constitución. Amparo promovido por la sociedad "Santiago Caloca y Ca." y por el socio Santiago Caloca contra los procedimientos del juez de primera instancia y alcalde 1º constitucional de Tampico*, México, Imprenta del Gobierno en el ex-Arzobispado, 1889, pp. 5-6.

⁶⁵ Archivo Histórico de la Casa de la Cultura Jurídica de Morelia (AHCCJM), 1883. C.18. 1883. Exp. 1180.

⁶⁶ "Je ne connais pas le Droit civil: j'enseigne le Code Napoléon" sentenció Bugnet.

4. Conclusiones

La supervivencia del derecho castellano-indiano durante el siglo XIX motivó que los jueces michoacanos tuvieran que hacer uso de su arbitrio judicial, para dictar sus sentencias respetando así un principio de juridicidad. Esta situación terminó debido a tres factores: 1. la codificación cimentada en el principio de legalidad convertido en una garantía constitucional; 2. El juicio de amparo promovido contra sentencias dictadas con base en el arbitrio judicial o en fuentes jurídicas ajenas a la legislación mexicana; y 3. Los cambios generacionales en la administración de justicia. Así, los jueces michoacanos dejaron de ser los *señores del proceso* y se convirtieron en *la boca que profiere las palabras de la ley*⁶⁷.

⁶⁷ “Pero los dichos jueces de la nación no son... más que la boca que profiere las palabras de la ley...” CHARLES DE SECONDAT MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, t. I, Madrid, Casa de Rosa, 1821, p. 251.

LEYES DE LOS REYNOS DE INDIAS Y DERECHO INTERNACIONAL.
BULAS, DESCUBRIMIENTOS Y EVANGELIZACIÓN VS. OCUPACIÓN
EFECTIVA DEL TERRITORIO EN EL CONFLICTO DE LAS CAROLINAS
(1885)

LAWS OF THE *REYNOS DE INDIAS* AND INTERNATIONAL LAW.
PONTIFICAL BULLS, DISCOVERIES, AND EVANGELIZATION
VS. EFFECTIVE TERRITORIAL OCCUPATION IN THE CONFLICT
OF THE CAROLINAS (1885)

MARTA LORENTE SARIÑENA
Universidad Autónoma de Madrid (España)
marta.lorente@uam.es

Resumen: Este artículo tiene por principal objeto el análisis de los argumentos jurídicos utilizados en el curso de la disputa hispano-alemana sobre la soberanía de las islas Carolinas (1885). Este conflicto internacional puso de relieve la progresiva devaluación de los antiguos títulos de la Monarquía de España sobre los territorios ultramarinos en favor de emergencia de la teoría de la posesión efectiva en el orden internacional reformulado en la Conferencia de Berlín. El artículo propone que la transición entre los antiguos y nuevos títulos justificadores de la colonización occidental constituye un campo de estudio especialmente indicado para los historiadores del derecho indiano.

Palabras clave: derecho natural y de gentes, derecho internacional, títulos históricos sobre el territorio, descubrimiento, bulas pontificias, ocupación efectiva.

Abstract: This paper addresses the dispute between Spain and Germany over the Caroline Islands' sovereignty (1885), with a particular focus on its legal arguments. Such international conflict highlighted the gradual decline of the overseas land titles emanated from the Spanish Monarchy, thus enabling the emergence of the effective possession theory in the international order reformulated at the Berlin Conference. The article suggests that the study of the transition from the old to the new titles which justified Western colonization constitutes a field particularly appropriate for Spanish colonial law historians.

Keywords: law of nations, international law, historic titles to territory, papal bulls, discovery, effective occupation.

Sumario: 1. A modo de introducción. 2. Vísperas del 98. La cuestión de las Carolinas y el nuevo derecho internacional. 3. Antes de Berlín. Doctrina posesoria y desocupación efectiva. 4. Después de Berlín. El principio de la ocupación/posesión efectiva. 5. La resolución del conflicto y la ocupación efectiva: De León XIII a Max Hubert.

1. A modo de introducción¹

La historiografía jurídica viene demostrando un creciente interés por el estudio de la transición entre el orden jurídico de la Monarquía de España y los derechos nacionales americanos. El análisis de la pervivencia o, si se quiere, de la adecuación de concepciones jurídicas y dispositivos institucionales premodernos en el seno de los diferentes ordenamientos jurídicos americanos tras las independencias constituye una tarea que se ajusta como un guante al perfil del historiador del derecho indiano, quien es capaz como pocos de identificarlos y valorarlos en orden a su correcta contextualización, lo que en absoluto resulta obvio a pesar de que pueda parecerlo². Sin embargo, hay un aspecto del derecho de la Monarquía para las Indias cuya defunción, o si se quiere, transformación a lo largo del Ochocientos, no ha llamado la atención de los historiadores del derecho indiano a pesar de que constituye uno de sus más preciados objetos de estudio³: me estoy refiriendo a la suerte que corrieron los famosos títulos justificadores de la conquista en el seno de ese orden jurídico internacional, tan eurocéntrico como imperialista, que se gestó a lo largo del Ochocientos⁴.

Y es que la historia de la formación del derecho internacional contemporáneo resulta ser hoy un campo cultivado esencialmente por internacionalistas⁵, quienes sin duda han protagonizado un auténtico giro copernicano en lo que respecta a la lectura histórica de sus orígenes⁶. A ello hay que añadir en

¹ DER2014-56291-C3-1-P.

² ALEJANDRO AGÜERO, “Ancient Constitution or Paternal Government? Extraordinary Powers as Legal Response to Political Violence (Río de la Plata, 1810-1860)” (agradezco al autor que haya puesto a mi disposición este artículo inédito).

³ ALFONSO GARCÍA-GALLO, “Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en Africa e Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 27-28, 1957-58, pp. 461-830.

⁴ ANTONY ANGHIE, “Findig the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, *Harvard International Law Journal*, 40, 1999, p. 70; MARTTI KOSKENNIEMI, “Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism”, *Rechtsgeschichte*, 4, 2004, pp. 52-176.

⁵ No se puede decir lo mismo de la iushistoriografía europea: LUIGI NUZZO, MILÔS VEC (eds.), *Constructing International Law. The Birth of a Discipline*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012.

⁶ GEORGE RODRIGO BANDEIRA GALINDO, “Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law”, *The European Journal of International Law*, 16, 2005, pp. 539-559; “Force Field: On history and Theory of International Law”, *Rechtsgeschichte*, 20, 2012, pp. 86-103.

términos más específicos que algunos de sus más destacados representantes no sólo han regresado a la historia de la expansión portuguesa y castellana preguntándose sobre su relación con el derecho internacional moderno⁷, sino también que se han explayado respecto el uso de obras y figuras de juristas y teólogos en la construcción decimonónica de la ciencia o disciplina jurídica que porta tal nombre⁸. Claro está que el análisis de la progresiva sustitución del derecho natural y de gentes por el derecho internacional no puede considerarse una temática descubierta por los actuales historiadores del derecho internacional⁹, sean éstos los que sean, pero, repito, la desatención de los iushistoriadores hispánicos respecto de la misma resulta poco menos que indiscutible¹⁰.

Sin embargo, la elaboración o reelaboración ¿nacional? de la nueva ciencia del derecho internacional constituye un extremo indispensable del proceso de construcción de los nuevos derechos nacionales: el ejemplo hispanoamericano lo demuestra. Mucho más que en la España peninsular, los “international lawyers” americanos desarrollaron una intensa actividad que si bien ayer permitió a los juristas defender la existencia de un específico derecho internacional latinoamericano¹¹, hoy permite a los historiadores hablar del pasado de un derecho internacional criollo o derecho internacional mestizo¹². Tampoco la historia del derecho internacional en la España del Ocho-

⁷ ANTONY ANGHIE, “Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law”, *Social and Legal Studies*, 5, 3, 1996, pp. 321-336; MARTTI KOSKENNIEMI, “Colonization of the ‘Indies’ The Origin of International Law?” (conferencia pronunciada en Zaragoza, Diciembre de 2009, disponible en: <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/30/12/05koskenniemi.pdf>).

⁸ LUIGI NUZZO, MILÒS VEC (eds.), *Constructing*, cit.

⁹ CARL SCHMITT, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

¹⁰ Excepcionalmente, BARTOLOMÉ CLAVERO, *Diritto della società internazionale*, Milano, Editoriale Jaca Book, 1995.

¹¹ ALEJANDRO ÁLVAREZ, “Latin America and International Law”, *The American Journal of International Law*, 3, 2, 1909 (<https://archive.org/details/jstor-2186127>); MANOEL ALVARO SOUZA SÁ VIANNA, *De la non existente d’un droit International américain: dissertation présentée au Congrès scientifique Latino-Américain*, Rio de Janeiro, L. Figueredo, 1912.

¹² LILIANA OBREGÓN, “Between Civilisation and Barbarism: Creole interventions in international law”, *Third World Quarterly*, 27, 5, 2006, pp. 815-832. No he tenido acceso a un trabajo de esta misma autora muy citado: *Completing Civilization: Nineteenth Century Criollo Interventions in International Law*, Harvard Law School, Cambridge, 2002 (tesis doctoral inédita); ARNULF BECKER LORCA, *Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842–1933*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

cientos ha llamado la atención de los historiadores del derecho en demasía, si bien es cierto que otros estudiosos le están dedicando un esfuerzo muy notable¹³. De sus investigaciones se infiere que las aportaciones de los juristas españoles cultivadores del derecho internacional no fueron especialmente relevantes en el panorama occidental, lo que no obsta para despreciarlas como objeto de estudio por cuanto resultan necesarios a la hora de identificar los presupuestos básicos de una cultura jurídica en transición.

Adelantaré aquí uno de los más significativos para las presentes páginas: Bulas, descubrimientos, conquistas y, sobre todo, propagación de la fe católica de las tierras de bárbaros e infieles, títulos todos ellos subsumibles en “la concesión del Nuevo Orbe por Dios a los Reyes de España”¹⁴, se utilizaron explícita o implícitamente por los juristas decimonónicos a los efectos de justificar los derechos de España sobre sus posesiones de Ultramar¹⁵. Consignada en la *Recopilación de las Leyes de Indias*, vigente por cierto en los territorios coloniales españoles a lo largo del Ochocientos¹⁶, aquella pretensión de concesión divina de territorios extrapeninsulares al supuestamente legítimo sucesor de los Reyes de España, el Estado español, se estrelló contra la emergencia de lo que algunos denominaron nuevo derecho internacional, que respondiendo a las exigencias del también nuevo, y muy violento, afán imperialista, dificultó enormemente la reconfiguración de los antiguos títulos de las viejas Monarquías imperiales.

La pugna expansionista que enfrentó a las potencias europeas a lo largo del Ochocientos, en la que España jugó un papel tan reducido como agónico, obligó a juristas y políticos a repensar/reformular sus argumentos a los efectos de legitimar la presencia de España en Ultramar. Sin embargo, la evolución de la nueva disciplina jurídica fue esencialmente indolente, cuando no

¹³ IGNACIO DE LA RASILLA MORAL, “El estudio del Derecho Internacional en el corto siglo XIX español”, *Rechtsgeschichte*, 21, 2013, pp. 48-65.

¹⁴ JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, Amberes, Henrico y Cornelio Verdussen, MDCCIII, p.20. En el mismo sentido, JOSEP DE OLMEDA Y LEÓN, *Elementos del Derecho publico de la paz y de la guerra: ilustrados con noticias historicas, leyes y doctrinas del Derecho Español*, t. II, Madrid, Oficina de la Viuda de Manuel Fernández, 1771, pp. 215-216.

¹⁵ EVARISTO FERNÁNDEZ ARIAS, *Paralelo entre la conquista de América y la dominación de Filipinas*, [S.l.] [s.n.], 1892.

¹⁶ “Dios nuestro Señor (...) se ha servido de darnos sin merecimientos nuestros tan grande parte en el Señorío de este mundo (...)”. *Recopilación de las Leyes de Indias*, 1,1,1. (utilizo la edición facsímil hecha por el BOE en 1998 sobre la realizada por la viuda de Joaquín Ibarra en Madrid, MDCCCLXXXI).

directamente perezosa, hasta el punto de que la adecuación de los antiguos títulos a las exigencias del momento sólo se abordó con seriedad una vez hubo estallado el famoso conflicto de las Carolinas¹⁷. Por ello el análisis de este episodio permite pulsar el estado de un importante aspecto de la cultura jurídica decimonónica española, en la cual convivieron, no sin dificultad, antiguas y nuevas concepciones respecto de cuáles eran los títulos que legitimaban a las naciones *civilizadas* la permanencia u ocupación de los territorios de aquellos que previamente se encargaron de calificar como *bárbaros*¹⁸.

Veámoslo.

2. Vísperas del 98. La cuestión de las Carolinas y el nuevo derecho internacional

Roma, 17 de Diciembre de 1885. Tras unos meses agotadores, León XIII firmó el protocolo que puso fin a su papel de mediador en el espinoso conflicto de las islas Carolinas¹⁹. El dominio sobre este archipiélago había enfrentado a un Imperio alemán en expansión en el panorama internacional con un Reino de España en profundo retroceso²⁰, siendo así que la decisión papal sirvió simplemente para retrasar en pocos años la pérdida definitiva del archipiélago²¹.

¹⁷ M^a DOLORES ELIZALDE, “La proyección de España en el Pacífico durante la época del imperialismo”, *Hispania*, 183, 1993, pp. 277-293; DAVID MANZANO COSANO, “España y la expansión de los imperios decimonónicos en el mar de Joló”, en *Revista Filipina*, 1, 2, 2012-2014 (publicación digital).

¹⁸ MARTII KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, 2004; ANTONY ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, U.K., Cambridge University Press, 2005; JOSHUA CASTELLINO, *Title to Territory in International Law. A Temporal Analysis*, Dartmouth Publishing Company, Aldeshot, 2003.

¹⁹ FRANCO DÍAZ DE CERIO, CARLOS CORRAL, *La mediación de León XIII en el conflicto de las islas Carolinas*, Madrid, Editorial Complutense, 1995; STEFANO TRINCHE-SA, “León XIII y las Carolinas y Palaos entre España y Alemania: mediación pontificia y situación internacional en los archivos vaticanos y alemanes”, en M^a DOLORES ELIZALDE, JOSEP M^a FRADERA, LUIS ALONSO ÁLVAREZ, (coords.), *Imperios y naciones en el Pacífico*, t. II, Madrid, CSIC, 2001, pp. 367-384.

²⁰ JOSÉ M^a JOVER ZAMORA, *España en la política internacional. Siglos XVIII-XX*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

²¹ “Ley autorizando al gobierno para ceder al Imperio de Alemania las islas Carolinas, con las Palaos y las Marianas”, excepto Guam, *Gaceta de Madrid*, 29 de Junio de 1899. Cf. M^a DOLORES ELIZALDE. “La venta de las Islas Carolinas, un nuevo hito en el 98 español”, en *Estudios históricos. Homenaje a los profesores José M^a Jover Zamora y*

El papel desempeñado por el Pontífice osciló entre la figura del árbitro y la del amanuense cualificado, y su decisión, que favoreció a España, no asumió plenamente la argumentación española. Pero antes de entrar en todo ello conviene recordar algunos datos para contextualizar el episodio.

Hasta mediados del Ochocientos, la Micronesia no había despertado el interés de los grandes Imperios por lo que “los derechos” españoles sobre las islas Marianas, Palaos y Carolinas no fueron puestos en entredicho. Para lo que aquí importa, esta situación comenzó a alterarse en la década de los setenta, ya que de 1874 en adelante se sucedieron una serie de conflictos diplomáticos, en los que por cierto España jugó un papel bastante deslucido²², que si algo pusieron de relieve fue que tanto Gran Bretaña como Alemania desconocían la soberanía española sobre aquellos archipiélagos²³. No es, pues, casualidad, que en su momento se recibiera en Madrid una ¿sorprendente? noticia, a saber: que el 25 de Agosto de 1885, la tripulación armada de la cañonera alemana *Iltis*, fondeada en la isla de Yap, había saltado a tierra en la noche del izando la bandera en un territorio considerado español²⁴.

La cuestión de las Carolinas creó un gravísimo conflicto internacional²⁵, a la par que desencadenó un movimiento de masas en respuesta a lo que se consideró una intolerable afrenta al orgullo nacional²⁶. Como sostienen hoy algunos, el cólera morbo que por entonces azotaba al país se metamorfoseó en una suerte de cólera política un tanto incomprensible²⁷, puesto que como afirmara en su momento el periódico *Le Siècle*, los españoles ni siquiera sabían dónde

Vicente Palacio Atard, v. I, Madrid, Departamento de Historia Contemporánea, Facultad de Geografía e Historia, Universidad Complutense, 1990, pp. 361-380.

²² ENRIQUE TAVIEL DE ANDRADE, *Historia del conflicto de las Carolinas*, Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 1886.

²³ M^a DOLORES ELIZALDE “Una defensa de la soberanía en el contexto del imperialismo: la colonización española de las islas Carolinas y Palaos”, *Imperios*, t. II, pp. 315-339.

²⁴ SERVANDO MARENCO, *La ficción y la verdad de lo ocurrido en Yap*, Madrid, El Globo, 1886.

²⁵ Que fue seguido con pasión por la prensa española y europea. INGRID SCHULZE, “El papel de la prensa española en el conflicto de las islas Carolinas”, *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 168, 2, 1989, pp. 267-302; “El papel de la prensa madrileña en el conflicto de las Islas Carolinas”, *La sociedad madrileña durante la Restauración: 1876-1931*, t. II, Madrid, Comunidad de Madrid, 1989, pp. 299-306.

²⁶ *El conflicto hispano-alemán sobre la Micronesia*, en Biblioteca de la Sociedad Española de Africanistas y Colonistas, v. III, Madrid, Imprenta de Fortanet, 1886.

²⁷ FRANCISCO DE PAULA FERNÁNDEZ GÓMEZ, “El cólera de las Carolinas: el conflicto colonial de las Carolinas de 1885. Furia española y vientos internacionalistas”, *Projectes nacionals, identitats i relacions Catalunya-Espanya*, Catarroja, Afers, 2012, pp. 427-438.

se encontraban aquellas lejanas e insignificantes islas. La historiografía viene poniendo de relieve lo imprescindible que resulta insertar la formación de los diferentes nacionalismos en sus correspondientes marcos imperiales en orden a su correcta comprensión²⁸, pero la aplicación de esta receta al estudio de la cuestión de las Carolinas desborda con mucho el limitado objetivo de las presentes páginas. Más modestamente, recordaré simplemente una sugerencia de J.M^a Jover, quien en su momento propuso situar en el bienio 1885-1886 el comienzo de una transición intersecular, que extendiéndose hasta 1914, tuvo como centro de gravedad el Desastre de 1898, tan relevante para la historia del nacionalismo español²⁹. En efecto, los discursos generados en torno al conflicto de las Carolinas pueden considerarse el antecedente más cercano de la retórica del honor ofendido que se desencadenará en 1898³⁰: tanto el tono como las invectivas del *Manifiesto al País* lanzado por la Sociedad de Geografía en agosto de 1885, obra se supone de Joaquín Costa, lo confirman.

Ahora bien, las balandronadas patrióticas del polígrafo aragonés, que por cierto tanto debieron a su previamente proclamada fe en el porvenir de la *raza española* en la expansión colonial³¹, no debieran ocultarnos lo certero de muchos de sus diagnósticos. Así, según Costa, la cuestión de las Carolinas hizo aflorar con nitidez los perfiles de una tensión que desbordaba con creces la atribución concreta del dominio sobre el archipiélago disputado: “La geografía épica y romántica de los navegantes españoles, tranquila en la posesión de sus pergaminos, y la geografía utilitaria de los mercaderes alemanes, envanecida con sus riquezas, chocaron entre sí. De un lado, el derecho internacional antiguo, fundado en las bulas pontificias, en los blasones, en los *primus circumdedisti me* de los Elcanos, Magallanes y Salazares: de otro, el derecho internacional novísimo, fundado en la razón social de los Herstein, de los Woerman, de los Luderitz, ese cuarto estado de la historia que se siente nada y quiere serlo todo”³². La mayoría de los historiadores darían hoy la razón a

²⁸ JOSÉ M^a FRADERA, *La Nación Imperial (1750-1918). Derechos, representación y ciudadanía en los imperios de Gran Bretaña, Francia, España y Estados Unidos*, Barcelona, Edhasa, 2015.

²⁹ JOSÉ M^a JOVER ZAMORA, “Aspectos de la civilización española en la crisis de fin de siglo”, JUAN PABLO FUSI, ANTONIO NIÑO (eds.), *Visperas del 98. Orígenes y antecedentes de la crisis del 98*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997, p. 16.

³⁰ JAVIER VARELA, *La novela de España*, Madrid, Taurus, 1999, p. 121.

³¹ JOAQUÍN COSTA, (discurso pronunciado en la sesión inaugural del Congreso español de Geografía colonial y mercantil, el día 4 de Noviembre de 1883) (ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/30/94/09porvenir1.pdf).

³² COSTA, *El conflicto*, p. XX.

Costa. Más allá del hecho en sí o de sus causas políticas, económicas y/o militares, la ocupación alemana de las Carolinas estaba íntimamente ligada a la emergencia de un nuevo “derecho internacional”³³, que si bien se empeñó en endosar a diferentes cultivadores del antiguo derecho de gentes la paternidad del mismo, había roto con sus principales fundamentos³⁴.

Como ya señalé, la historiografía ha alterado por completo la tradicional lectura de los orígenes y conformación de esta disciplina jurídica³⁵, proporcionando un marco en el que inscribir nuevas lecturas de la cuestión de las Carolinas. Este episodio permite identificar continuidades y quiebras en el discurso iusinternacionalista decimonónico, habida cuenta de que fue el conflicto el que *obligó* a los juristas españoles no tanto a interiorizar lo que era un hecho -el liviano peso de España en el famoso concierto de las naciones *civilizadas*-, cuanto a reflexionar sobre la novedad, naturaleza y limitaciones de un principio que se venía abriendo paso con fuerza desde finales del siglo XVIII: la ocupación o posesión efectiva. Elevada a la categoría de título legitimador de la expansión colonial por excelencia, la así denominada teoría de la posesión efectiva tendió a ocupar en términos monopolísticos ese espacio que había sido el de los descubrimientos, concesiones papales, ceremonias de posesión, libertad de los mares o guerras justas, sin que ello supusiera reconocimiento alguno de quienes habitaban aquellos territorios que eran susceptibles de ser ocupados efectivamente³⁶. El ¿novísimo? principio se basó en una premisa que habría disgustado a Vitoria: con independencia de que estuviera habitado o no, el espacio que no se encontrara bajo la soberanía o protectorado de un Estado era *territorium nullius*, una categoría que no fue sino la proyección publicística de la *res nullius*³⁷.

No pretendo añadir una página más al libro negro del imperialismo occidental, sino identificar los elementos más significativos del discurso jurídico *internacionalista* español a lo largo del Ochocientos extrayéndolos de sus re-

³³ LUIGI NUZZO, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012.

³⁴ CLAVERO, *Diritto*, cit.

³⁵ MARTTI KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

³⁶ SCHMITT, *op. cit.* Sobre el desinterés respecto de la población de las Carolinas en concreto, FRANCIS X. HEZEL, *Strangers in their own land: A Century of Colonial Rule in the Caroline and Marshall Islands*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 1995.

³⁷ LUIGI NUZZO, “Alberico Gentili ‘internazionalista’ tra storia e storiografia”, en LUIGI LACCHÈ (a cura di), “Ius Gentium Ius Communicationis Ius Belli”, *Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 99.

flexiones sobre la calidad de los títulos que legitimaban la presencia española en el Pacífico, en especial sobre los correspondientes a las Carolinas. Para ello, resulta imprescindible atender a un momento clave que rompe en dos el siglo: la Conferencia celebrada en 1885 en Berlín.

3. Antes de Berlín. Doctrina posesoria y desocupación efectiva

A las alturas de mitad del Ochocientos, el Ministerio de Ultramar respondió a los afanes expansionistas de las potencias occidentales en el Pacífico con una sorprendente iniciativa, a saber: la creación de una comisión de estudiosos destinada a examinar Archivos y Bibliotecas a los efectos de compilar documentos, datos y noticias que contribuyeran a esclarecer los puntos de derecho consignados en las antiguas leyes y pragmáticas de la Monarquía española³⁸. Comoquiera que en una compilación así concebida comenzaba y finalizaba lo que se denominó “doctrina posesoria”, no resulta extraño que la tarea fuese encomendada al arabista Pascual de Gayangos y al archivero Francisco de Paula González de Vera en exclusiva, sin que se echara en falta la colaboración de jurista alguno. Vista desde hoy, sin embargo, la decisión del Ministerio resulta un tanto sorprendente puesto que ya entonces se sabía de la existencia de carencias quizás más graves, como por ejemplo las denunciadas por Posada Herrera años antes de que la comisión se lanzara a la búsqueda de títulos históricos. Y es que según este jurista, nuestros agentes diplomáticos no manejaban con soltura los principios de derecho internacional, a la vez que los funcionarios públicos solían verse envueltos en mil dudas “para resolver cuestiones que se rozan con la ejecución de los tratados y los principios del derecho internacional, y no sabe qué hacer (...) para encontrar la regla segura que haya de guiarlos en su conflicto y acercarlos a una decisión prudente, acertada y provechosa para su país”³⁹.

Hay que subrayar que la identificación de doctrina posesoria con documentación histórica sólo podía ser posible partiendo del siguiente sobreentendido: los antiguos títulos bastaban y sobraban para legitimar la soberanía española en los archipiélagos del Pacífico. No por casualidad el informe final

³⁸ *Gaceta de Madrid*, Jueves 28 de Febrero de 1865.

³⁹ JOSÉ DE POSADA DE HERRERA, *Lecciones de administración*, [trasladadas por sus discípulos Juan Antonio de Bascón, Francisco de Paula Madrazo y Juan Pérez Calbo], t. II, Madrid, Establec. Tipogr., 1843, pp. 11-12.

de la comisión se extendió la prioridad de los descubrimientos ratificada por las bulas, las tomas de posesión identificadas con ceremonias, el valor y coraje de marineros y eclesiásticos pioneros así como las escasas expediciones científicas, el supuesto deseo de los indígenas de someterse a la soberanía española o la proyección de los títulos sobre territorios (islas) agregadas a las guarniciones o misiones más próximas⁴⁰. Según la comisión, en definitiva, la empresa civilizatoria española sobre los archipiélagos del Pacífico, identificada con evangelización de los naturales, resultaba incontestable⁴¹.

A nadie se le puede ocultar que los anteriores eran argumentos muy conocidos, sobre todo en el seno del gremio de los juristas. El rechazo de algunos autores españoles ante lo que con reservas podemos calificar como nuevo derecho internacional⁴², o si se quiere, su actitud defensiva respecto del mismo, no contribuyó precisamente a la renovación de la discusión sobre los títulos en el curso del Ochocientos. Como ya se indicó, los peninsulares a duras penas pudieron competir con los americanos en este capítulo: baste recordar que fue Andrés Bello el autor del primer tratado de derecho internacional publicado en el continente americano con el título *Principios de derecho de gentes* (1832)⁴³, y que la obra de José María Pando, primera que portó el título de derecho internacional, resultó ser un plagio de la de Bello denunciado por él mismo⁴⁴.

Pero lo que interesa destacar aquí es la opinión que le merecían las nuevas teorías al presunto plagiaro por cuanto que dicen mucho del estado de la nueva disciplina en nuestro país. Pando trató de ridiculizar a Martens, repre-

⁴⁰ Archivo Histórico Nacional (AHN), Ultramar, 5352.

⁴¹ La historiografía no dice exactamente lo mismo. Cf. ALEXANDRE COELLO DE LA ROSA, "Colonialismo y santidad en las Islas Marianas: la sangre de los mártires (1668-1676)", *Hispania Sacra*, 63, 128, 2011, pp. 707-745; "Colonialismo y santidad en las islas Marianas: los soldados de Gedeón (1676-1690)", *Hispania*, 70, 243, 2010, pp. 17-44; "Colonialismo, resistencia e identidad chamorra en la misión post-jesuita de las islas Marianas, 1769-183", *Estudios de historia novohispana*, 49, 2013, pp. 83-117.

⁴² DAVID KENNEDY, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", *Quinnipiac Law Review*, 17, 1999, 99-136.

⁴³ ANDRÉS BELLO, *Principios de derecho de gentes*, Santiago de Chile, Imprenta de la Opinión, 1832. Hay numerosos estudios sobre la obra internacionalista de Bello; un ejemplo en GUILLERMO LAGOS CARMONA, *Andrés Bello, el maestro del Derecho internacional*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1982;

⁴⁴ LILIANA OBREGÓN TARAZONA, "Construyendo la región americana: Andrés Bello y el derecho internacional", BEATRIZ GONZÁLEZ-STEPHAN, JUAN POBLETE (eds.), *Andrés Bello y los estudios latinoamericanos*, Serie Críticas, Universidad de Pittsburgh, Instituto Internacional de Literatura Iberoamericana, Pittsburgh, 2009, p. 65 (disponible en: <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/30/12/06obregon.pdf>).

sentante según él de los escritores de la escuela positiva, afirmando que sus estudios resultaban fastidiosos, estériles y, lo que es peor, escasamente jurídicos, ya que no suministraban al jurisconsulto un sistema de conocimientos según el cual pueda distinguir el bien y el mal, lo justo y lo injusto⁴⁵. No es éste el lugar más indicado para explicar en profundidad la irritación de Pando ante el *Précis* de Martens⁴⁶, ya que implicaría extender la investigación al estado del derecho natural en las décadas centrales del siglo⁴⁷. Bastará subrayar que las páginas de Martens sobre la ocupación resultaban un tanto preocupantes para los intereses españoles en el Pacífico, en la medida en que afirmaban que aquélla no podía predicarse de la simple declaración de voluntad, de las donaciones papales o del avistamiento de islas después abandonadas, ya que “supuesto que la ocupación sea posible, es menester todavía que tenga lugar efectivamente”⁴⁸. No es, pues, casualidad que Pando defendiera con un ardor supuestamente jurídico que el simple no uso, o el silencio, “no tienen en sí mismos fuerza de renuncia ó consentimiento, en tanto que no estamos obligados al uso de nuestro bien. Tal obligación no existe en el rigor de la ley natural”⁴⁹.

Las afirmaciones de Martens cuestionaban muchos de los títulos españoles por cuanto que sólo les atribuía el valor de lo que con posterioridad se denominará “inchoate titles”⁵⁰. Martens, empero, no era precisamente un revolucionario: ya a finales del XVIII, Vattel se había preguntado si “una nación por una simple toma de posesión puede apropiarse países que realmente no ocupa y reservarse de esta manera mucho mas de lo que puede poblar y cultivar”, para inmediatamente afirmar que “no es difícil decidir que igual pretensión sería absolutamente contraria al derecho natural y opuesta á las miras de la naturaleza que destinando toda la tierra para las necesidades de los hombres en general, solo concede á cada pueblo el derecho de apropiarse un país, en virtud de los usos que haga, y no para impedir qué otros se aprove-

⁴⁵ JOSÉ M^a DE PANDO, *Elementos de Derecho Internacional*, Madrid, Imprenta de Alegría y Charlain, 1843, pp. 125 y ss.

⁴⁶ GEORG FRÉDÉRIC DE MARTENS, *Précis du Droit de Gens Moderne*, Gottingue, Libraire de Dieterich, 1821.

⁴⁷ Lo que requeriría de un análisis tanto de la producción española coetánea como de las reediciones y traducciones. Un significativo ejemplo de la orientación de estas últimas en *Ley natural explicada y perfeccionada por la ley evangélica por el abate Pey; traducida al castellano por el P. y D. de G.*, Madrid, José Félix Palacios, 1845.

⁴⁸ Es cita de Martens recogida en PANDO, cit., p. 126.

⁴⁹ PANDO, cit., p. 131.

⁵⁰ R.Y. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1963.

chen de él”. No era el nuevo derecho internacional que tanto irritaba a Pando, sino el propio derecho natural y de gentes el que no reconocía “la propiedad y soberanía de una nación sino en los países desiertos que haya ocupado realmente y de hecho en los cuales haya formado un establecimiento y de los que haya sacado un uso actual”. Según Vattel, en definitiva, a los efectos de la verdadera ocupación tan vanos eran los monumentos y señales dejados por los navegantes como las disposiciones de los Papas que dividieron una gran parte del mundo entre las coronas de Castilla y Portugal⁵¹.

Así las cosas, cabe preguntar ¿qué “uso” se había hecho de las islas Carolinas antes de 1885?

Desde finales del Setecientos se redactaron numerosos informes sobre el estado de las posesiones en Oceanía en los que se denunció la precariedad del dominio español en los distintos archipiélagos⁵², y se propusieron diferentes medidas en orden a su mejora⁵³. Aun sin entrar al detalle de los diferentes diagnósticos y soluciones, no parece arriesgado afirmar que la alternativa formulada por Sinibaldo de Mas, o reforma o abandono⁵⁴, fuese muy descabellada. A ello habría que añadir que muchos observadores extranjeros proporcionaron noticias muy negativas respecto del estado de las colonias, contribuyendo así a difundir la idea de que el gobierno de las posesiones españolas en el Pacífico

⁵¹ *El derecho de gentes, o principios de la ley natural escrita en francés por Mr. Vattel y traducida al español por el licenciado D. Manuel Pascual Hernandez*, Madrid, Imprenta de I. Sancha, 1820, t. II, pp. 273-274. Las opiniones de Vattel fueron reproducidas una y otra vez en los tratados de derecho internacional publicados en el mundo hispánico, como bien puede apreciarse en el siguiente ejemplo: “Es legitima la ocupación de un pais inhabitado ó sin dueño; pero no basta la simple posesión para apropiarselo, si la nación ocupante no es capaz de poblarlo y trabajar en él” (RAMÓN FERRERA, *Lecciones de Derecho Internacional*, Paraná, Imprenta Nacional, 1861, p. 21).

⁵² FRANCISCO LEANDRO DE VIANA, *Documentos relativos al estado de las Islas Filipinas*, [Manuscrito] (entre 1701 y ¿1800?).

⁵³ MANUEL BERNÁLDEZ Y PIZARRO, *Informe a la Real Junta de Fomento y Conservación de las Islas Filipinas, proponiendo cuanto cree conducente al bien y prosperidad de dichas Islas*, 26 de abril de 1827 [Manuscrito]; ANTONIO PUIG Y LUCÁ, *Memoria acerca de la consideración y fomento de las posesiones españolas en Oceanía*, Madrid, 1834; CASIMIRO DE GRAU Y FIQUERAS, *Memoria sobre la población y riqueza de las islas Filipinas*, Barcelona, Imprenta de Ramirez, 1855; PATRICIO DE LA ESCOSURA, *Memoria sobre Filipinas y Joló redactada en 1863 y 1864; publícase ilustrada con un mapa y precedida de un prólogo de Francisco Cañamaque*, 2º ed., Madrid Librería de los Señores Simón y Osler, 1882.

⁵⁴ JOSEP M^a FRADERA, “Reform or Leave. A re-reading of the so-called Secret Report by Sinibald de Mas about the Philippines”, *Bulletin of Portuguese-Japanese Studies*, 16, 2008, pp. 83-99.

“sustentado sobre fines, modos e instituciones ideados en el siglo XVI” no se correspondían con los caracteres de los imperios modernos⁵⁵. Motivaciones aparte, tanto propios como extraños emitieron una clara señal de alerta: todo parecía indicar que las posesiones españolas en el Pacífico estaban esperando a que otro dueño más capaz se hiciera cargo de ellas.

Sabido es que la política gubernamental no discurrió por la senda apenas sugerida por Mas⁵⁶. Entre otras iniciativas para evitar el abandono, cabe destacar la publicación apresurada de los mapas correspondientes a las posesiones en el Pacífico del famoso *Atlas* de Coello⁵⁷, que dependientes para su composición y grabado de las noticias y trabajos de informadores extranjeros, estuvieron plagados de imperfecciones (ubicaciones impropias, problemas de escala, duplicidad de nombres, aparición de islas inexistentes)⁵⁸. Pero no es la calidad de los mapas de Coello lo que aquí importa sino la leyenda inserta en las hojas correspondientes a las Carolinas y Palaos en las cuales se advirtió que estas islas no estaban ocupadas ni sometidas indirectamente al gobierno español. Al descubrimiento amparado por las bulas papales no le había seguido la ocupación, ni siquiera la estrictamente simbólica⁵⁹: como reconoció la Dirección Hidrográfica, no se contaba con pruebas fehacientes de la misma⁶⁰.

Ausente la documentación histórica, a Coello no le cupo otra que reconocer que la “nación sólo funda sus derechos á ellas en la proximidad á otras posesiones, en haberlas descubierto previamente y en haber enviado algunas

⁵⁵ M^a DOLORES ELIZALDE, “La construcción de un discurso colonial sobre un imperio en transición”, (https://www.upf.edu/iuhjvv/_pdf/ELIZALDE.WEB.LA_CONSTRUCCI%N_DE_UN_DISCURSO_COLONIAL.FILIPINAS.pdf).

⁵⁶ M^a DOLORES ELIZALDE, “La proyección de España”, cit.

⁵⁷ FRANCISCO COELLO, *Atlas de España y sus posesiones de Ultramar*, Madrid, [S.n.], 1856 (<http://www.cervantesvirtual.com/obra/atlas-de-espana-y-sus-posesiones-de-ultramar/>).

⁵⁸ FRANCISCO QUIRÓS LINARES, “Las posesiones de Ultramar (1849-1853) en el Atlas de Francisco Coello. Fuentes y colaboradores”, *Eria*, 78-79, 2009, pp. 39-52.

⁵⁹ La propia comisión advirtió sobre ese punto en términos muy generales: “no siempre los ilustres marinos que descubrían tierras en aquel hemisferio y tomaban posesión de ellas en nombre de nuestros reyes cumplieron lo prevenido en las cédulas reales, omitiendo una parte de las ceremonias (...) así que en muchos casos no consta sino de una manera indirecta el Derecho de España a ciertas islas en aquellos mares”. Archivo Histórico Nacional (AHN), Ultramar, 5352. Sobre las ceremonias, vid. el sugerente trabajo de PATRICIA SEED, *Ceremonies of Possession in Europe's Conquest of the New World, 1492-1640*, Cambridge University Press, 1996

⁶⁰ AHN, Diversos-Colecciones, 169, N. 1. Documentos relativos al contencioso abierto entre España y Alemania por la soberanía de las Islas Carolinas del año 1885.

misiones desde los otros establecimientos de la Oceanía”⁶¹. Armado con estos títulos, Francisco Coello se dirigió a Berlín para participar en la famosa Conferencia convocada por Bismarck⁶².

4. Después de Berlín. El principio de la ocupación/posesión efectiva

La Conferencia de Berlín (1884-1885) ocupa un lugar fundamental en la historia tanto del imperialismo decimonónico como en la de los orígenes coloniales del derecho internacional⁶³. Aun cuando se convocó teniendo a África exclusivamente por objeto, los historiadores discuten sobre la importancia de la Conferencia en la construcción del derecho internacional⁶⁴; en todo caso, no se puede sino convenir en que “Berlin transformed Africa into a conceptual *terra nullius*”⁶⁵. Pero lo que realmente importa aquí es que dos artículos de su Acta General se convirtieron en la apoyatura básica del principio de la ocupación o posesión efectiva⁶⁶: de Berlín en adelante, los juristas, españoles incluidos⁶⁷,

⁶¹ FRANCISCO COELLO, *Posesiones de Oceanía: Islas Marianas, Palaos y Carolinas*, Madrid, [s.n.], 1852.

⁶² *La Conferencia de Berlín y la cuestión de las Carolinas. Discursos pronunciados en la Sociedad Geográfica de Madrid por su presidente honorario, Don Francisco Coello, con un mapa. Notas y apuntes bibliográficos sobre los antiguos descubrimientos de los españoles en los archipiélagos de la Micronesia y sus cercanías*, Madrid, Librería de Santa Fé, 1885.

⁶³ MATTHEW CRAVEN, “The Invention of a Tradition: Westlake, The Berlin Conference and the Historicisation of International Law”, *Constructing International Law*, cit., pp. 363-403.

⁶⁴ MATTHEW CRAVEN, “Between Law and History: the Berlin Conference of 1884-85 and the Logic of Free Trade”, *London Review of International Law*, 3-1, 2015, pp. 31-59 (<http://lrii.oxfordjournals.org/content/3/1/31.full>).

⁶⁵ ANGHIE, *Imperialism*, cit., p. 90.

⁶⁶ Artículo 34: “Toda potencia que en lo sucesivo tome posesión de un territorio situado en la costa del continente africano, pero fuera de sus posesiones actuales, o que no poseyendo ninguno hasta entonces, llegase a adquirirlo, así como toda potencia que se haga cargo en aquélla de un protectorado, acompañará el Acta respectiva de una notificación dirigida a las restantes potencias firmantes de la presente Acta, con objeto de ponerlas en condiciones de hacer valer sus reclamaciones, si hubiese lugar a ellas”. Artículo 35. “Las potencias firmantes de la presente Acta reconocen la obligación de asegurar, en los territorios ocupados por ellas en la costa del continente africano, la existencia de una autoridad suficiente para hacer respetar los derechos adquiridos y, llegado el caso, la libertad de comercio y de tránsito en las condiciones en que fuese estipulada.”

⁶⁷ LUIS GESTOSO Y ACOSTA, *Curso Elemental de Derecho Internacional e Historia de los Tratados*, Valencia, Imprenta de Federico Domenech, 1897, p. 288.

no podrán eludirlos a la hora de reflexionar sobre la ocupación⁶⁸. Si bien las exigencias respecto de la efectividad de las ocupaciones territoriales impuestas por los famosos artículos 34 y 35 del Acta fueron consideradas por los españoles participantes un “principio aceptable” aunque de difícil aplicación o de dudoso éxito⁶⁹, las dificultades de Portugal en la Conferencia sirvieron para poner de relieve que una amenaza más que potencial pendía sobre los títulos históricos de las viejas Monarquías imperiales.

Nuestro representante en la Conferencia se apresuró a formular la siguiente valoración: “No se concibe cómo quieren igualarse los de una larga dominación, y los esfuerzos para descubrir y civilizar esta parte de África (...) con el trabajo ó gasto de establecer factorías”⁷⁰. Sin querer darse cuenta de que el concepto civilización no resultaba precisamente pacífico⁷¹, Coello insistió en que bajo el manto de la idea de civilización, progreso y libertad de comercio en la Conferencia de Berlín “se cometieron no pocos atentados á los derechos de los indígenas y de las naciones menos fuertes”⁷², esto es, a los de aquellas naciones que venían *civilizando* a los indígenas de todo el orbe desde que Alejandro VI lo repartiera entre castellanos y portugueses. Vistas así las cosas, no nos puede extrañar que la Conferencia de Berlín fuera percibida por Coello como una terrible amenaza contra el “nuevo derecho colonial, en virtud del cual poseen España y Portugal sus provincias ultramarinas (...) que arranca de la famosa bula de Alejandro VI”⁷³. Y es que, según Coello, la ruptura de la universalidad del derecho, que necesariamente identificó con catolicidad, dio lugar a que un “derecho particular basado en la utilidad y en

⁶⁸ “La reunión de jefes de la costa y del reino de Maquici, sus declaraciones espontáneas, las actas que solicitaron y les dio el comandante de la goleta Cartagenera, son documentos que no sólo se ajustan al derecho antiguo, sino que llenan los requisitos del novísimo estatuidos después en la conferencia de Berlín, como son, la posesión, señalamiento de límites, publicación y notificación. Reúne á todos estos requisitos la ocupación efectiva demostrada por el nombramiento de autoridad dependiente de la de Coriseo, la instalación de misiones y escuelas, la exploración y reconocimiento de los ríos Campo, Benito y Dote, y los contratos hechos por sociedades y compañías españolas con los propietarios del terreno. El señorío y pertenencia del litoral entre los ríos Campo y Muni, está plenamente demostrado con documentos”. CESAREO FERNÁNDEZ DURO, *El derecho a la ocupación de territorios en la costa occidental de Africa: discutido en la Conferencia Internacional de París en los años de 1886 a 1891*, Madrid, Estab. Tip. de Fortanet, 1900, p. 75.

⁶⁹ COELLO, *La Conferencia de Berlín*, cit., p. 6.

⁷⁰ *Ibid.* p. 19.

⁷¹ CRAVEN, “Between”, cit.

⁷² COELLO, *La Conferencia de Berlín*, cit., p. 29.

⁷³ TAVIEL DE ANDRADE, *Historia*, cit., p. II.

la fuerza” ocupara el espacio vacante⁷⁴. Tengo para mí que las frases transcritas hablan por sí mismas, no obstante lo cual conviene subrayar que de las mismas se infiere una idea fuerza, de exclusivo consumo interno, que ha venido caracterizando como pocas el discurso nacionalista español, a saber, que a diferencia de otras colonizaciones, la conquista/evangelización poseía un fundamento moral indiscutible.

El conflicto de las Carolinas estalló en el marco fijado en Berlín, en cuyo seno la práctica totalidad de los presupuestos básicos de la “doctrina posesoria” española quedaron conculcados o, en el mejor de los casos, seriamente dañados o limitados. Los juristas españoles respondieron de forma distinta ante el hecho: mientras que unos siguieron reproduciendo antiguos argumentos⁷⁵, otros se distanciaron de la supuesta justificación que una historia de los descubrimientos y de la consecuente conquista/evangelización prestaba a los títulos de España sobre las posesiones del Pacífico. Así, por ejemplo, Romero y Girón afirmó que si bien las bulas papales resultaban ser un modo de adquirir “de muy escasa valía”, el título de descubrimiento contestable y simbólicas y discontinuas muchas ocupaciones, la fuerza del tiempo y la sanción de la historia habían convertido hechos ilegítimos en derecho⁷⁶. De no aceptarse esta interpretación, continuaba este autor, los únicos derechos atendibles debieran ser los de los indígenas “por extraños y repulsivos que sean á la civilización en su vida, costumbres y régimen social”⁷⁷. Todo parece indicar que la alternativa resultaba un tanto diabólica: o historia, por injusta que esta fuera, o bárbaros.

Esta posición de partida, no obstante, obligó a los renovadores a cuestionar la vaguedad e inconsistencia del principio de la ocupación efectiva en orden a la defensa de las posiciones españolas. El grueso de la discusión se centró en la valoración de los famosos artículos 34 y 35⁷⁸. Las primeras críticas se dirigieron contra la interpretación extensiva de los acuerdos de la Conferencia dado que aquélla no sólo conculcaba el principio de retroactividad

⁷⁴ Ibid. p. XXVI.

⁷⁵ “El derecho de descubrimiento es el más claro, el más noble y el más legítimo de los derechos de soberanía sobre los territorios descubiertos y ennoblecidos así por el hombre civilizado” (Ibid, p. 80). Un ejemplo de reproducción implícita en JUSTO P. PARRILLA, *Conflicto Hispano-Alemán*, Habana, La Propaganda Literaria, 1885, pp. 27-31.

⁷⁶ VICENTE ROMERO Y GIRÓN, *La cuestión de las Carolinas ante el Derecho Internacional*, Madrid, Góngora, Editores, 1885, p. 31.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ RAFAEL DE GRACIA Y PAREJO, *Consideraciones acerca del Derecho de España sobre las Islas Carolinas*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Gregorio Juste, 1885.

de las leyes, sino que además implicaba la imposición de dichos acuerdos en regiones no africanas en dónde no podía obligar⁷⁹. Dicho sea de paso, el conflicto de las Carolinas reabrió una discusión que se suponía cerrada en Berlín, ya que algunos representantes, como los italianos, “deseosos de adquirir colonias”, propusieron sin éxito que se revisaran los títulos históricos en las cinco partes del mundo en orden a su adecuación a los acuerdos alcanzados en Berlín⁸⁰. También se puso en duda que, ausente el Papa y, por tanto, sin autoridad suprema constituida, las resoluciones de Berlín pudieran alcanzar el carácter de regla obligatoria de inmediata y general aplicación sin el consentimiento específico de las potencias afectadas en los diferentes casos: en otras palabras, el principio de ocupación efectiva no podía “invocarse como regla general de derecho positivo para los Estados que forman la comunidad internacional de los pueblos cultos”⁸¹.

Algunos juristas españoles aceptaron que el viejo derecho resultaba sin duda insostenible, pero añadieron que la introducción de nuevos principios requería de un derecho transitorio que “hiciera más fácil el paso de las instituciones y derechos pasados á las instituciones y derechos del porvenir”⁸². Y es que aun cuando la ocupación efectiva diseñada en Berlín se limitase atendiendo a la irretroactividad, geografía o al derecho transitorio, seguía siendo una “teoría” muy discutible. Gracia Parejo lo expresó muy sensatamente: ni se habían aclarado ni los términos de la ocupación, ni los derechos de preferencia, ni la condición desierta de los territorios, siendo así que dicha teoría no se hubiese reconocido aún como derecho internacional positivo. Dicho de otra manera: en Berlín no se había resuelto algo que ya se sabía, a saber, que en el derecho internacional público positivo no habían llegado a determinarse las condiciones que debía reunir la ocupación de territorios para que se reputara efectiva⁸³.

Que la razón asistía a Gracia y Parejo lo demuestran los debates habidos en el *Institut de Droit international* sobre la “théorie de la conférence africaine sur l’occupation des territoires”⁸⁴, así como la extraordinaria atención

⁷⁹ Sobre todo cuando la ocupación alemana de las Carolinas no se había sujetado a lo requerido por los artículos 35 y 35 de Berlín (presentación de acta de posesión y notificación a las potencias signatarias para que éstas hicieran valer sus reclamaciones): ROMERO Y GIRÓN, *La cuestión*, cit., p. 28.

⁸⁰ TAVIEL DE ANDRADE, *Historia*, cit., p. 97.

⁸¹ GRACIA Y PAREJO, *Consideraciones*, cit., p. 25.

⁸² ROMERO Y GIRÓN, *La cuestión*, cit., p. 37.

⁸³ GRACIA Y PAREJO, *Consideraciones*, cit., pp. 26-31.

⁸⁴ EDUARD ENGELHARDT, “Project de déclaration international”, *Revue de Droit international et de législation comparée*, 19, 1887, pp. 148-159.

que los internacionalistas dedicaron al estudio de la ocupación tras Berlín⁸⁵. La Conferencia no respondió, sino que por el contrario obligó a formular preguntas como las siguientes: ¿qué actos debían considerarse como suficientes para demostrar el *animus possidendi* de los estados?, ¿era posible exigir que todo el territorio se halle materialmente ocupado?, ¿los territorios no ocupados, pero bajo la soberanía de un Estado, eran vacantes y *nullius*?, ¿podía y debía diferenciarse el no uso y el abandono? ¿cuáles eran, en definitiva, los límites del uso internacional de la dogmática civil? Como podrá deducirse tanto del tono como del contenido de estas cuestiones, las tenues referencias a los derechos de los indígenas se evaporaron por completo en la discusión de la nueva teoría de la ocupación. Al fin y al cabo, como subrayaron algunos, el nuevo derecho internacional, que prevalecía sobre el derecho natural y de gentes, no era más que un conjunto de soluciones originadas por la fuerza que iban apareciendo “á compás de las circunstancias y en relación con las necesidades é intereses”⁸⁶.

5. La resolución del conflicto y la ocupación efectiva: de León XIII a Max Hubert

La mediación del Papa fue aclamada con entusiasmo por políticos y juristas españoles. Algunos quisieron ver en la elección del árbitro una reaparición de “la antigua usanza de los arbitrajes y mediaciones pontificias que rigió en la cristiandad durante siglos”⁸⁷, por lo que propusieron la creación de un tribunal permanente para dirimir conflictos internacionales presidido por el Pontífice⁸⁸. Con independencia de que el entusiasmo español no fuera compartido por muchos internacionalistas de la época⁸⁹, la proposición de León XIII resultó modesta en relación al papel que le fue atribuido por los españoles. Y

⁸⁵ CHARLES SALOMON, *L'occupation des territoires sans maître. Étude de droit international*, París, A. Giard, 1889; GASTON JÈZE, *Étude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international*, París, V. Giard & E. Brière, 1896.

⁸⁶ ROMERO Y GIRÓN, *La cuestión*, cit., p. 31.

⁸⁷ CONDE DE CASA VALENCIA, CARLOS M^a FERRER, *Mediación del Papa León XIII entre España y Alemania sobre las islas Carolinas y Palaos*, Madrid, Tipografía de los Huérfanos, 1888, p. 7.

⁸⁸ TAVIEL DE ANDRADE, *Historia*, p. 285.

⁸⁹ ERNST NYS, *The Papacy Considered in Relation to International Law*, London, H. Sweet, 1879 (<https://archive.org/details/papacyconsideredeeoonygoog>).

es que aun reconociendo la soberanía de España sobre las Carolinas y Palaos, el Pontífice instó al gobierno español a que hiciera efectiva la soberanía estableciendo una administración regular con fuerza suficiente para garantizar el orden y los derechos adquiridos, amén de asegurar a Alemania la libertad de comercio, navegación y pesca, el derecho a establecer una estación naval y un depósito de carbón, y la libertad de hacer plantaciones en las islas y fundar establecimientos agrícolas del mismo modo que los súbditos españoles. Los títulos antiguos, en definitiva, no bastaban y sobraban para asegurar la soberanía estatal sobre los territorios coloniales.

A pesar de la existencia de voces en contra⁹⁰, España ocupó efectivamente las Carolinas para perderlas definitivamente trece años más tarde⁹¹. Sin embargo, el conflicto entre antiguos y nuevos títulos no terminó en el 98 español puesto que las potencias sucesoras del antiguo imperio heredaron sus títulos y, con ellos, todas las dificultades de validación y encaje en un nuevo orden internacional que por supuesto siguió sin contar con las poblaciones indígenas⁹². Uno de los ejemplos más significativos de este tipo de controversias fue el famoso caso de la Isla de Palmas. Su historia es muy conocida: finalizada la guerra hispano americana, la isla había sido cedida por España a los Estados Unidos en el Tratado de París de 1898; sin embargo, los Países Bajos sostuvieron que el establecimiento de la Compañía de las Indias Orientales en la isla de Palmas o Miangas en el XVII mediante acuerdos con los reyezuelos indígenas, así como la ininterrumpida presencia holandesa en la isla a lo largo de los dos siglos posteriores, justificaban la soberanía holandesa sobre la isla habida cuenta que, según el derecho internacional, los actos de la Compañía debían asimilarse enteramente a los actos del propio Estado de los Países Bajos. Llevado ante la Corte Permanente de Arbitraje, el caso fue encomendado a un árbitro único, el jurista suizo Max Huber, quien dictó sentencia arbitral en 1928.

Esta sentencia respondió a algunas de las interrogantes formuladas en el curso del conflicto de las Carolinas, entre las cuales destaca una: ¿cuál de entre los manejados por las partes debe considerarse el mejor título a la

⁹⁰ JULIÁN DEL POZO Y BRESÓ, *Contra la colonización por España de las Islas Carolinas*, Manila, Tipo-Litografía de Chofré y C.^a, 1890.

⁹¹ M^a DOLORES ELIZALDE, *España en el Pacífico, la colonia de las Islas Carolinas, 1885-1899. Un modelo colonial en el contexto internacional del imperialismo*, Madrid, Instituto de Cooperación para el Desarrollo, 1992.

⁹² YEHUDA ZVI BLUM, *Historic Titles in International Law*, The Hague, M. Nijhoff, 1965.

hora de reclamar la soberanía sobre un territorio? En principio, Hubert valoró positivamente el antiguo título del descubrimiento en la medida en que admitió que su validez dependía de las normas del derecho internacional del XVI; sin embargo, el juez suizo advirtió que sin mediar acto subsiguiente, el solo hecho del descubrimiento no constituía un título definitivo de soberanía sino sólo un título “incoado” que debía ser completado en un plazo razonable por la ocupación efectiva de la región supuestamente descubierta. Hubert sostuvo que siempre que la controversia se basara en el hecho de que la otra parte había ejercido su soberanía, no bastaba con determinar el título por el que la soberanía territorial fue válidamente adquirida en un momento determinado, sino que se requería demostrar que dicha soberanía había continuado existiendo y, sobre todo, que existió en el momento crucial para la decisión de la controversia, esto es, en la famosa “fecha crítica”. Hubert también descartó otro título muy utilizado en el conflicto de las Carolinas, el de la contigüidad, afirmando que resultaba imposible mostrar la existencia de una regla de derecho internacional positivo que justificase que las islas situadas fuera de aguas territoriales deban pertenecer a un Estado por el mero hecho de que su territorio constituía la *terra firma*, el continente o isla de tamaño considerable más cercanos. Consecuentemente, también rechazó que el principio de contigüidad pudiera contemplarse como un método jurídico de decidir cuestiones de soberanía territorial puesto que, al carecer de precisión, su aplicación solo podría conducir a resultados arbitrarios⁹³.

La sentencia arbitral favoreció a los Países Bajos. No cabe desarrollar aquí la trascendental cuestión de la fecha crítica, pero sí recordar uno de los argumentos utilizados para justificar la decisión favorable a los holandeses: incluso si el descubrimiento inicial por España de la isla le hubiese otorgado un título inicial, éste habría decaído hasta desaparecer como consecuencia de la ausencia de ejercicio de soberanía por parte española en todo el periodo posterior. Haciendo caso omiso a su deber civilizatorio, los EE.UU. habían heredado la funesta costumbre española de “no ocupar efectivamente” los territorios descubiertos y concedidos por el Papa. La ocupación efectiva se consolidó jurisprudencialmente, aun cuando el nuevo derecho internacional

⁹³ Island of Palmas case (Netherlands, USA), *Reports of International Arbitral Awards*, Nations Unies-United Nations, 2006, v. II, pp. 829-871 (una versión española –parcial– de esta sentencia en <http://rincondelfallo.blogspot.com.es/2011/05/caso-isla-de-palmas-eeuu-cpaíses-bajos.html>).

resultó ser tan veleidoso como habían denunciado los juristas españoles: la vergonzosa sentencia arbitral de Victor-Emmanuel III sobre la controversia que enfrentó a México y Francia sobre Isla de Clipperton (1931) lo demuestra sobradamente⁹⁴.

⁹⁴ MIGEL GONZALES AVELAR, *Clipperton, isla mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

OPINIÓN PÚBLICA Y DIPUTADOS AMERICANOS EN LAS CORTES
DE CÁDIZ: LAS GALERÍAS

PUBLIC OPINION AND AMERICAN DEPUTIES IN THE CORTES
OF CÁDIZ: THE GALLERIES

JULIA MONTENEGRO VALENTÍN
Universidad de Valladolid (España)
jmontene@der.uva.es

Resumen: En este trabajo hemos pretendido estudiar en qué medida los numerosos concurrentes a las sesiones públicas de las Cortes de Cádiz (las denominadas galerías), bulliciosos y mayoritariamente liberales, pudieron condicionar la actuación de aquellos diputados, en concreto los americanos, que no compartían su ideología. El análisis efectuado nos ha permitido concluir que, en efecto, hubo excesos y actos de violencia, magnificados por los absolutistas y minimizados por los liberales, que pudieron coartar la libertad de los diputados conservadores. Unas circunstancias que tuvieron que pesar especialmente sobre los diputados americanos de tal ideología, por su pertenencia a un grupo percibido en ocasiones como un problema. Hemos fijado nuestra atención en dos de ellos –Blas Ostolaza, diputado por el Perú, y Antonio Joaquín Pérez Martínez, diputado por Puebla de los Ángeles– quienes, iniciada la represión absolutista en 1814, pudieron dar rienda suelta al rencor acumulado por los agravios sufridos.

Palabras clave: Cortes de Cádiz, Galerías, sesiones públicas, publicidad, Ostolaza, Pérez Martínez

Abstract: In this work we have tried to study to what extent the numerous participants to the public sessions of the Cortes of Cádiz (the so-called galleries), boisterous and mostly liberal, could condition the performance of those deputies, specifically American, who did not share their ideology. The analysis concludes that, in fact, there were excesses and acts of violence that were magnified by the absolutists and minimized by the liberals, who were able to restrict the freedom of conservative deputies. Some circumstances that had to weigh especially on the American deputies of such ideology, for their belonging to a group perceived at times as a problem. We have focused our attention on two of them: Blas Ostolaza, deputy of Peru, and Antonio Joaquín Pérez Martínez, deputy of Puebla de los Angeles. When the absolutist repression began in 1814, they were able to give those who had suffered offenses free reign.

Keywords: Cortes of Cádiz, galleries, public sessions, publicity, Ostolaza, Pérez Martínez.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los excesos de las galerías según los absolutistas en 1814. 2.1. El Cojo de Málaga, jefe de los galeriantes. 3. Otros testimonios coetáneos acerca del papel de las galerías. 3.1. Los Diarios de Sesiones. 3.2. A. Alcalá-Galiano. 3.3. El conde de Toreno. 3.4. J.L. Lorenzo Villanueva. 4. La influencia de las galerías sobre los diputados americanos conservadores. 4.1. El caso de B. Ostolaza. 4.2. El caso de A.J. Pérez Martínez. 5. Consideraciones finales.

Tenía la iglesia sus tribunas laterales, que fueron destinadas a los diplomáticos, a las señoras y al público distinguido; y en los pies del edificio abriéronse dos nuevas, con barandal de madera, que se dedicaron al pueblo en general, y que éste invadió desde las primeras sesiones, alborotando más de lo que parecía conveniente al decoro de su recién lograda soberanía

B. Pérez Galdós, *Episodios Nacionales*. Cádiz

1. Introducción

Es bien sabido que la publicidad forma parte del concepto ilustrado y liberal del Estado. Una publicidad que, según Jeremy Bentham, abarcaba tres cuestiones, necesarias para crear la opinión pública: la existencia de un diario oficial de las sesiones de la asamblea representativa; la libertad de los periodistas para informar de las intervenciones parlamentarias; y las sesiones públicas, es decir, la presencia libre de espectadores en los debates¹.

Pues bien, es este tercer aspecto de la publicidad –aquél que en las Cortes de Cádiz, según la mayoría de los testimonios, se manifestaba ruidosamente– el que pretendemos analizar en el presente trabajo; así como en qué medida la presencia y actitudes de los concurrentes a las tribunas destinadas al público en general en el salón de sesiones de las Cortes de Cádiz, las denominadas *galerías*, un público mayoritariamente liberal, pudieron coartar la libertad de aquellos diputados, en concreto de los diputados americanos, que no compartían su ideología.

¹ FERNANDO DURÁN LÓPEZ, “Prensa y Parlamentarismo en Cádiz en el primer año de las Cortes: *El Conciso* (septiembre de 1810-agosto de 1811)”, *El Argonauta Español*, [En línea], 4|2007, publicada el 15 de junio de 2007, visitada 31 de julio de 2016. URL: <http://argonauta.revues.org/1296>; DOI: 10.4000/argonauta.1296.

2. Los excesos de las galerías según los absolutistas en 1814

El tema de los excesos en los que incurrió el numeroso y bullicioso público asistente a las sesiones es recurrente en el denominado *Manifiesto de los persas*, la extensa representación que sesenta y nueve diputados dirigieron a Fernando VII en abril de 1814 para pedirle la anulación de la obra de las Cortes de Cádiz y que se abriera causa contra los responsables de los ataques a la soberanía real. En diversos apartados del mismo se alude al papel que en dichos ataques desempeñaron las *galerías*. Así, por ejemplo, en el apartado nº 52—después de indicar que el artº 126 de la Constitución establecía que las sesiones fueran públicas, salvo en los casos que exigían reserva— hacían constar lo siguiente:

Esta publicidad sin orden, sin número fijo de concurrentes, sin sujeción ni método, y, desenfrenados a tomar parte con gritos e insultos contra Diputados sensatos, ha sido el apoyo de la novación, y la que ha producido la nulidad de cuanto se ha hecho, porque faltos éstos de libertad no se atrevían a manifestar su dictamen.

E indican también que en las sesiones secretas el pueblo gritaba a la puerta que se acabasen, cubriendo de improperios a los que salían y no eran de los suyos, quienes merecían su aplauso en las públicas. Y en parecidos términos se expresan en otros apartados del *Manifiesto de los persas*, en los que insisten en destacar la falta de compostura de los espectadores, quienes con las burlas, insultos, y amenazas que dirigían a los diputados conservadores, que se veían cubiertos de oprobio, les coartaban la libertad de manifestar sus opiniones, hasta el punto de que, mediante tales actitudes, la influencia de esta numerosa y estruendosa concurrencia "... decidía los asuntos más graves y las más trascendentales innovaciones...". Señalaban asimismo que se decía en Cádiz que el público de las *galerías*, formado por desocupados o personas que habían abandonado su trabajo, estaba dirigido y pagado por los liberales².

² *Representación y manifiesto que algunos diputados a las Cortes ordinarias firmaron en los mayores apuros de su opresión en Madrid, para que la magestad del señor Don Fernando el VII A la entrada en España de vuelta de su cautividad, se penetrase del estado de la nación, del deseo de sus provincias, y del remedio que creían oportuno; todo fue presentado a S.M. en Valencia por uno de dichos diputados, y se imprime en cumplimiento de real orden, Madrid, Imprenta de Ibarra, 1814, apartados 52, 55, 64, 93, 99, 138, 139 y 140.*

También en el Real Decreto fechado en Valencia el 4 de mayo de 1814 (publicado el día 11 del mismo mes y año), por el que Fernando VII anulaba toda la obra de las Cortes de Cádiz, se indica que dicha obra fue posible “... por medio de la gritería, amenazas, y violencia de los que asistían a las galerías de las Cortes, con que se imponía y aterraba ... Estos hechos son tan notorios que apenas hay uno que los ignore, y los mismos Diarios de las Cortes dan harto testimonio de todos ellos”; y se alude expresamente a la falta de libertad³. Y, como no podía ser de otra manera –pues hay una estrecha relación entre el *Manifiesto de los persas*, el Real Decreto de 4 de mayo y las actuaciones subsiguientes del monarca contra los liberales (la lista de liberales, casi todos diputados, que había que detener, dirigida al general Francisco de Eguía, Capitán General de Castilla la Nueva, fue elaborada en Valencia, muy probablemente por los inspiradores del *Manifiesto*, con el diputado por Sevilla Bernardo Mozo de Rosales a la cabeza)–, los jueces de policía, comisionados para arrestar a los causantes de los procedimientos de las Cortes contra la soberanía real y para formar las causas de los reos, buscaron testigos de los excesos en los que incurrió el público asistente a las *galerías*. Así, por ejemplo, sabemos que Ignacio Martínez de Villela, uno de dichos jueces de policía, en oficio de 23 de mayo de 1814, le indicó al Capitán General de Andalucía que, en providencia de 21 de mayo, habían acordado él y sus compañeros efectuar la posible justificación de testigos para averiguar la insolencia y desenfreno de las *galerías*, así como las juntas sospechosas y escandalosas, y las expresiones que hubiesen vertido en ellas, especialmente en los cafés gaditanos de *Apolo* y *Patriotas*⁴.

A consecuencia de esta y otras iniciativas aparecen en el Rollo General de la causa contra los exdiputados liberales las declaraciones de diversos testigos que corroboran los excesos en los que incurrieron los asistentes a las *galerías*, tanto en Cádiz como en Madrid: gritos y alborotos (incluyendo insultos y amenazas) dentro y a la salida del salón de las Cortes, para coartar la libertad de los diputados realistas por parte del numeroso público asistente a las sesiones, formado en su mayor parte por gente ociosa, dirigida y pagada por los liberales, a quienes aplaudían y jaleaban sus intervenciones; aludiendo alguno de los testigos a la intervención del conde de Toreno en el pago de tales servicios. Y mencionan casos concretos, como, por ejemplo y entre

³ Texto del Real Decreto consultado en google, entrada “Decreto de Fernando VII derogando la Constitución (Valencia, 4 de mayo de 1814)”.

⁴ JOAQUÍN LORENZO VILLANUEVA, *Apuntes sobre el arresto de los vocales de Cortes, ejecutado en mayo de 1814. Escritos en la cárcel de la Corona por el diputado Villanueva, uno de los presos*, Madrid, Imprenta de Don Diego García y Campoy y Compañía, 1820, p. 78.

otros, las afrentas sufridas por el diputado Juan López Reina, partidario de que Fernando VII entrara en Madrid con todo el lleno de sus facultades; por el conde de Vigo, a quien en una ocasión los *galeríos* o *galeriantes* (como se denominaba por entonces a los asistentes a las tribunas públicas de las Cortes), además de impedirle el uso de la palabra, le persiguieron hasta su casa, en la que fue insultado y amenazado; o el episodio protagonizado por José Pablo Valiente⁵. Este último, diputado por Sevilla y declarado absolutista, el 26 de octubre de 1811 fue víctima de uno de los incidentes más violentos y mejor documentados de los muchos que tuvieron lugar en las Cortes de Cádiz⁶.

También conservamos referencias a estas cuestiones en varios de los informes –incorporados asimismo al Rollo General de la causa contra los exdiputados liberales– que los jueces de policía requirieron de algunos personajes, casi todos exdiputados, para que delatasen a sus antiguos compañeros de Cortes. Así, por ejemplo, el marqués de Lazán alude, entre otras irregularidades, al desorden de las *galerías*, que “... sujetaban a su capricho casi todas las deliberaciones”; el conde de Buenavista, en su informe, se muestra aún más crítico con los excesos, dentro y fuera del Congreso, del público asistente, dirigido por los liberales y que llegó a amenazar de muerte a los “diputados sensatos”, describiendo algún episodio violentísimo; Mozo de Rosales, a quien en una ocasión interrumpieron su intervención, consideraba que pagaban a las *galerías* para impedir la libertad de los diputados conservadores; también Tadeo Joaquín Gárate, acusó a los diputados liberales de pagar a sus parciales para que aplaudiesen desde las *galerías* sus discursos e insultasen a los opuestos; y en parecidos términos se manifestó José Cayetano de Foncerrada⁷.

⁵ Texto consultado en google, entrada “Don Juan Garrido del Consejo de su Majestad...”, pp. 52-75.

⁶ JULIA MONTENEGRO, “Exdiputados americanos en las Cortes de Cádiz *informantes* en 1814”, en *XVIII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, compilado por Ramón Pedro Yanzi Ferreira, Córdoba (República Argentina), Universidad Nacional de Córdoba –Facultad de Derecho y Ciencias Sociales– Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 2016, pp. 1124-1126 y n. 4.

⁷ MANUEL FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario español. Colección de constituciones, disposiciones de carácter constitucional, leyes y decretos electorales para diputados y senadores, y reglamento de las Cortes que han regido en España en el presente siglo. Ordenada en virtud de acuerdo de la Comisión de gobierno interior del Congreso de los Diputados, fecha 11 de Febrero de 1881 bajo la alta inspección y dirección de su presidente por ... Oficial Mayor de la Secretaría de dicho Cuerpo Colegislador*, t. 3, Madrid, Establecimiento Tipográfico Hijos de J.A. García, 1900, pp. 54-61; MONTENEGRO, “Exdiputados americanos”, *cit.*, pp. 1122-1131.

Por todo ello, y como no podía ser de otra manera, en el Memorial de Cargos contra los exdiputados liberales, redactado por el relator Antonio María de Segovia por encargo de los jueces de policía, se alude con frecuencia a los excesos cometidos por los espectadores asistentes a las sesiones públicas de las Cortes de Cádiz, de quienes se decía, al igual que en el *Manifiesto de los persas*, que estaban en connivencia y pagados por los diputados liberales, que fomentaban tales desmanes para impedir la libertad de opinión de los contrarios a las innovaciones, manifestando ruidosamente su disconformidad mediante gritos, pataleos, abucheos e incluso amenazas, etc. En concreto, el cargo nº 11 rezaba: “Que también se han valido del medio de pagar a sus amigos y parciales para que concurriesen a las galerías a palmotear y aplaudir sus discursos y doctrinas, y a insultar a los opuestos a sus ideas, logrando así esclavizar la opinión”; el cargo nº 16 les acusaba de dejar impunes “... los escritos y periódicos insolentes ... y los insultos hechos por los galeriantes que no eran de su facción...”, con alusiones a incidentes como los sufridos por los diputados por la provincia de Sevilla o el conde de Vigo, además de mencionar en el cargo nº 17 el caso concreto del diputado López Reina⁸.

2.1. *El Cojo de Málaga*

Parecida valoración del comportamiento de los asistentes a las tribunas públicas de las Cortes efectuaron en 1814 reconocidos absolutistas, como el fraile jerónimo Agustín de Castro, editor de la *Atalaya de la Mancha en Madrid*, publicación periódica que en varias ocasiones satiriza al público asistente a las galerías⁹, o el padre Rafael de Vélez, presente en Cádiz en la época de las Cortes, quien habla del papel desempeñado por los periódicos, pero también por los espectadores que concurrían a las sesiones públicas¹⁰; capitaneados

⁸ *Representación que en defensa de los diputados de las Cortes extraordinarias y ordinarias, presos en mayo de 1814, Dirigieron a la Comisión de causas de Estado, en 9 de diciembre de 1815, ocho de los mismos que se hallaban juntos en la cárcel de la Corona de esta Villa; y escritos que la acompañaban, divididos en la forma siguiente ...*, t. 1, Madrid, por Ibarra, impresor de Cámara de S.M., 1820, pp. [XI-XIV], 198, 222 y 265 ss.

⁹ Así, por ejemplo, el número publicado el lunes, 13 de junio de 1814 (nº 73), p. 602, alude a los galeriantes en unos términos que no dejan lugar a dudas acerca de la animadversión de los absolutistas hacia ellos.

¹⁰ RAFAEL DE VÉLEZ, *Apología del Altar y del Trono o historia de las reformas hechas en España en tiempo de las llamadas Cortes; e impugnación de algunas doctrinas*

éstos por *el Cojo de Málaga*, como precisa Antonio Álvarez de la Chica, uno de los testigos ya mencionados, quien le identifica con el encargado de dar la señal en las *galerías*, siguiendo las indicaciones de algún diputado liberal. Ello explica que el personaje figurase en la lista de liberales a detener remitida desde Valencia al general Eguía¹¹. *El Cojo de Málaga*, llamado Pablo López, era un sastre malagueño, casado, cuarentón y a quien faltaba una pierna, que terminó por abandonar su oficio para dedicarse por entero a la política. Ardiente partidario de la Constitución, era asiduo concurrente a las *galerías* de las Cortes, dirigiendo a los que animaban con aplausos a los diputados liberales y acallaban con gritos y amenazas a sus contrarios. Su protagonismo en *galerías*, puertas de las Cortes, corrillos, cafés, calles y plazas le convirtió en personaje muy popular y denostado por los periódicos absolutistas, sobre todo *El Procurador General de la Nación y del Rey*, hasta el punto de que tuvo que defenderse por medio de la imprenta con un *Manifiesto de la conducta y servicios hechos a la patria en el tiempo de nuestra gloriosa revolución por Pablo López, conocido por el Cojo de la Puerta del Sol*. Desatada la feroz represión contra los liberales en mayo de 1814, fue llevado a prisión el día 17 de dicho mes y año. Acusado de alborotar, siempre llevando la voz cantante, en Cádiz y en Madrid en las tribunas públicas del Congreso, cafés y fondas, en la Puerta del Sol (donde era conocidísimo por sus peroratas en pro de sus ideas políticas) y otros parajes, como la plazuela de los Caños del Peral, fue condenado por la Comisión de Causas de Estado - por su amor a la Constitución y por capitanear en la noche del 20 de enero de 1814 una serenata que, partiendo de la *Fontana de Oro* y dando vivas a la Constitución, se dirigió al domicilio del jefe político, del gobernador militar y de algunos diputados liberales (los que votaron contra los poderes del obispo de Pamplona) - a diez años de presidio en Ceuta. Pero el rey no se conformó y exigió pena de muerte por haber atentado contra los derechos reales; una pena de la que se libró de milagro. La enérgica intervención de la embajada británica - cuyo encargado de negocios tuvo que recordar a Fernando VII su compromiso de evitar el derramamiento de sangre por delitos de opinión cometidos durante su ausencia del reino - impidió, casi

publicadas en la Constitución, diarios y otros escritos contra la religión y el Estado, t. 1. *Apología del Altar*, Madrid, En la Imprenta de Repullés, 1825, pp. 122-134.

¹¹ Así lo hace constar, entre otros, MODESTO LAFUENTE, *Historia general de España desde los tiempos primitivos hasta la muerte de Fernando VII por... Continuada desde dicha época hasta nuestros días por don Juan Valera con la colaboración de D. Andrés Borrego y D. Antonio Pirala*, t. 18, Barcelona, Montaner y Simón, Editores, 1889, pp. 419-420.

en el último minuto (estaba el infeliz sastre ya dispuesto para ir al suplicio, en la puerta de la cárcel, cuando llegó la orden del rey por la que le perdonaba la vida, conmutando la pena de muerte por la de presidio) la ejecución en la horca de quien, según el pregón, era “... capataz y gefe asalariado de los reboltosos galeriantes de las llamadas Cortes ordinarias y extraordinarias...”¹².

Parece fuera de toda duda que en 1814 los absolutistas y, en concreto, los firmantes del *Manifiesto de los persas*, y, siguiendo su estela, los jueces encargados de instruir las causas contra los diputados liberales encarcelados, incurrieron en exageraciones al describir –entre otras irregularidades en el desarrollo de las sesiones– los desórdenes provocados por el bullicioso público que, según sus afirmaciones, abarrotaba las tribunas a ellos destinadas, y que, en connivencia y pagados por los liberales, manifestaban ruidosamente su disconformidad con los puntos de vista de los diputados opuestos a las reformas, hasta el punto de impedirles el uso de la palabra, coartando su libertad de manifestar abiertamente sus opiniones. Es más, condicionando decisivamente las decisiones adoptadas en las Cortes de Cádiz; cuestión esta última cuando menos matizable. Ahora bien, la saña con la que, como acabamos de ver, Fernando VII persiguió al *Cojo de Málaga* parece denotar que los absolutistas, exageraciones interesadas al margen, consideraban que, en efecto, los excesos de las *galerías* habían contribuido de manera decisiva a que las Cortes de Cádiz hubieran llevado a cabo su programa de reformas.

Unas acusaciones que, como veremos más adelante, obviamente negaban los diputados presos; en particular por lo que atañe a que tales asistentes

¹² CARLOS LE BRUN, *Retratos políticos de la revolución de España o de los principales personajes que han jugado en ella, muchos de los cuales están sacados en caricaturas por el ridículo en que ellos mismos se habían puesto, quando el retratista los iba sacando; con unas observaciones políticas al fin sobre las mismas y la resolución de la cuestión de por qué se malogró ésta y no la de los Estados-Unidos. Publicados en castellano por Dn. ...*, Filadelfia, 1826, pp. 210-212; MIRAFLORES, MANUEL PANDO FERNÁNDEZ DE PINEDO, marqués de, *Apuntes histórico-críticos para escribir la Historia de la revolución de España desde el año 1820 hasta 1823*, Londres, en la Oficina de Ricardo Taylor, 1834, pp. 67-68; LAFUENTE, *op. cit.*, t. 18, p. 184 (le denomina Pablo Rodríguez); FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario*, cit., t. 3, pp. 162-192; VILLAU RRUTIA, WENCESLAO RAMÍREZ DE VILLAU RRUTIA, marqués de, *Fernando VII, rey constitucional. Historia diplomática de España de 1820 a 1823*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1922, pp. 152-156. En concreto, en p. 152, con motivo de narrar los desórdenes que tuvieron lugar en Madrid la mañana del 11 de mayo de 1814, indica que la plebe atumultuada eran los mismos alborotadores de oficio que antes capitaneaba el *Cojo de Málaga*; FEDERICO SUÁREZ, *Las Cortes de Cádiz*, 2ª ed., n. 8, Madrid, Ediciones Rialp, 2002, pp. 195-196.

a las *galerías* estuvieran concertados y pagados por ellos. Pero en algunos excesos (muy probablemente con la connivencia de diputados) incurrieron los *galeriantes*; en bastantes y muy graves, diríamos nosotros.

3. Otros testimonios coetáneos acerca del papel de las *galerías*

3.1. *Los Diarios de Sesiones*

Ciertamente los *Diarios de Sesiones* se limitan a consignar que en algunas sesiones hubo “murmullos” o, como mucho “murmullos extraordinarios”, y se alude en ocasiones a alguna advertencia por parte del presidente o vicepresidente para que diputados y público guardaran la debida compostura. Y periódicos como *El Conciso* apenas prestan atención en sus crónicas parlamentarias a esta cuestión, limitándose a registrar incidentes aislados y referidos a temas muy concretos, que provocaron en ciertos momentos las quejas de algunos diputados¹³. Pero conservamos otros testimonios de testigos presenciales de aquellos acontecimientos que no dejan lugar a dudas acerca del inadecuado comportamiento de los espectadores asistentes a las tribunas públicas de las Cortes.

3.2. A. Alcalá-Galiano

Es el caso de Antonio Alcalá-Galiano, cuyas apreciaciones al respecto se pueden considerar, al menos hasta cierto punto, imparciales. Según su propio relato, estaba en Cádiz cuando se reunieron las Cortes, y, sin ser concurrente diario, acudió en ocasiones a las *galerías*. Era a la sazón ardiente partidario del liberalismo, y tomó parte en cuestiones políticas, defendiendo, por ejemplo, en *El Redactor General*, en octubre de 1811, el derecho del rey a sancionar las leyes, al cual se oponía el conde de Toreno. Conspiró contra el gobierno durante el Sexenio Absolutista, y, triunfante la revolución liberal de 1820, intervino activamente en política (fue, por ejemplo, destacado orador

¹³ Cf., por ejemplo, *El Conciso* de 18 de octubre y 20 de noviembre de 1810, que recogen algún incidente con motivo de debatirse la libertad de imprenta; o el número correspondiente al 18 de enero de 1811, en el que se alude a la interrupción de un discurso del diputado Valiente a causa de un gran murmullo, y el de 28 de agosto del mismo año, que refiere que el Presidente de las Cortes tuvo que llamar al orden al público asistente.

en *La Fontana de Oro*), aunque paulatinamente sus ideas evolucionaron a posiciones mucho más conservadoras¹⁴.

Pues bien, según Alcalá-Galiano, desde los primeros días fueron numerosos los concurrentes diarios –gaditanos y forasteros– a las *galerías* de las Cortes, todos o casi todos liberales; precisando que, cuando había sesión secreta esperaban en la puerta. Y hace notar que él y otros veían con enorme disgusto el desorden con que los espectadores tomaban parte en las discusiones, con ruidosas muestras de aprobación y desaprobación, ejerciendo notable influencia en las deliberaciones de las Cortes. Es más, considera que, incluso cuando, ya en la época de las Cortes ordinarias, eran superiores en número los realistas, los liberales solían ganar las votaciones con la ayuda de las *galerías*. Asimismo describe, aportando detalles muy concretos de fechas y personajes involucrados, momentos de enorme crispación, no solo por parte de las *galerías*, sino también de los diputados. Así, por ejemplo, se hace eco de los graves incidentes, ya mencionados, sufridos por diputados absolutistas como Valiente o López Reina. En concreto, con motivo de narrar los conflictos de las Cortes con Miguel de Lardizábal, se manifiesta en unos términos: “Encendióse en ira el congreso, comunicóse el enojo a las galerías; diputados y oyentes ... vomitaban fuego contra el que juzgaban delincuente”, que no dejan lugar a dudas acerca de que tampoco los diputados liberales guardaban siempre la debida compostura, dando así malos ejemplos a los concurrentes a las tribunas, a quienes toleraban, cuando no alentaban, sus desmanes. Y, aunque en su relato no obvia el ataque sufrido por el diputado liberal Isidoro Antillón –quien el 13 de noviembre de 1813, estando las Cortes en la Isla de León, fue maltratado de palabra y obra a la salida de una sesión– considera, en términos generales, que los diputados opuestos a las reformas estaban intimidados por las *galerías* y sus compañeros liberales. Y además pone de relieve que fueron víctimas de algunas asonadas, pues el clima de violencia política se manifestaba, no solo en los alborotos de diputados y *galeriantes* en las sesiones públicas, sino también fuera del Congreso. Se muestra, pues,

¹⁴ ANTONIO ALCALÁ-GALIANO, *Apuntes para la biografía del excmo. señor D. ... escritos por el mismo. Publicanse conforme al original autógrafo que aquel eminente orador y político entreó a su amigo D. Manuel Ovilo y Otero, oficial de la Biblioteca Nacional y director de las Escenas Contemporáneas, encargándole los conservase inéditos hasta despues de su muerte*, Madrid, Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos y de Ciegos, 1865, *passim*; Id., *Memorias de D. ..., publicadas por su hijo*, t.1, Madrid, Imprenta de Enrique Rubiños, 1886, pp. 252-255, 269-276, 281, 287-291 (Redactó estas memorias hacia 1847-1849, según hace constar su hijo en p. X).

muy crítico con las Cortes y las *galerías*. Pero hace notar lo siguiente, y cito textualmente:

Verdad es que en 1814, cuando cayó el gobierno popular, fue moda de los vencedores perseguidores, ponderar hasta lo sumo los tales excesos. Pero también por el opuesto lado ha habido vituperable lenidad o parcialidad escandalosa, en punto a calificar o recordar tales desmanes; de modo que aun el digno conde de Toreno, en su historia escrita cuando ya dominaba en él la voz de la razón, todavía encubre la verdad en esta materia.

Y, refiriéndose, en concreto, al gravísimo, y ya mencionado ultraje, del que fue víctima el diputado Valiente, considera que en la Historia del conde de Toreno “... el delito atroz cometido, en la expulsión de Valiente del Congreso por resolución de las *galerías*, está pintado y disculpado de una manera escandalosa; prueba de cuanto pueden añejas pasiones aun en los más claros entendimientos”¹⁵.

3.3. *El conde de Toreno*

Ciertamente el conde de Toreno se limita a mencionar algún desorden, pero controlado por la autoridad del presidente, y, como le recrimina Alcalá-Galiano –quien, por otra parte, redactó su obra cuando ya se habían templado no poco sus ideas liberales– minimiza el grave suceso ocurrido en las Cortes que concluyó con la salida de Valiente escoltado por tropas para defenderlo de las iras del populacho¹⁶.

¹⁵ ANTONIO ALCALÁ-GALIANO, *Historia de España desde los tiempos primitivos hasta la mayoría de la reina doña Isabel II, redactada y anotada con arreglo a la que escribió en inglés el doctor Dunham por don ... con una reseña de los historiadores españoles de más nota por don Juan Donoso Cortés, y un discurso sobre la historia de nuestra nación por don Francisco Martínez de la Rosa*, t. 6, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, pp. 352, 357, 405, 421 y 424-427, y t. 7, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1846, pp. 6, 10-11 y 14; Id., *Memorias*, cit., t.1, pp. 271-272, 282 y 288-289; Id., *Recuerdos de un anciano*, Madrid, Librería de Perlado, Páez y C.^a (Sucesores de Hernando), 1913, pp. 167-168 y 183-186.

¹⁶ CONDE DE TORENO, *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España por ...* Presentación de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 956 y 1073-1074.

3.4. J. L. Villanueva

En cambio, sí reconoce desmanes en las tribunas el sacerdote Joaquín Lorenzo Villanueva, uno de los diputados liberales encarcelado en la noche del 10 de mayo de 1814. Este personaje dejó, entre otras muchas obras, un interesantísimo relato en el que recoge sus impresiones sobre las Cortes de Cádiz, su famoso *Viaje a las Cortes*, redactado en la época en la que tuvieron lugar los acontecimientos narrados. Pues bien, en esta obra describe diversos incidentes con los que denota, tal vez sin pretenderlo, el papel que jugaron los asistentes a las *galerías*, de las que señala, al igual que Alcalá-Galiano, que estuvieron muy concurridas desde las primeras sesiones, así como el disgusto que las actitudes del numeroso público que abarrotaba las tribunas a ellos destinadas suscitaba en muchos de sus compañeros de Cortes. Así, por ejemplo, narra cómo los murmullos, y en ocasiones ruidosas protestas del público de las *galerías* contra los diputados que no hablaban a su gusto –además de percibirse por parte de no pocos diputados como ajenas al decoro– daban lugar a que algunos de ellos considerasen que en las sesiones públicas no podían hablar con toda libertad, razón por la cual plantearon en varias ocasiones la necesidad de tomar medidas al respecto; reclamaciones que arreciaron, como no podía ser de otra manera, a partir del gravísimo, y ya mencionado, ultraje sufrido por Valiente. Reseña asimismo Villanueva cómo, no solo éste, sino también otros diputados fueron víctimas de insultos y amenazas a la salida de las Cortes. No deja de hacerse eco de las sospechas, por muchos compartidas, de que había gentes pagadas para que fuesen a gritar a las tribunas del Congreso (si bien Villanueva desmiente tal extremo). Y tampoco obvia el mal comportamiento de ciertos diputados, narrando al respecto cómo en la sesión secreta del 2 de enero de 1811 el presidente les amonestó por la falta de orden y decoro, incluso en las sesiones públicas. Meses después, asimismo en sesión secreta, y con motivo de debatir acerca del mal comportamiento de los concurrentes a las sesiones públicas, un diputado hizo notar que ellos mismos daban ocasión a tales excesos, pues también hablaban y manifestaban desagrado “...cuando no hablan en ciertas materias según nuestra opinión”. Y asimismo relata Villanueva episodios y momentos concretos de enorme tensión, faltas de educación y expresiones malsonantes, desafíos y conatos de agresión entre ellos, e incluso algún intento de asesinato, o, al menos, amenazas en este sentido¹⁷.

¹⁷ JOAQUÍN LORENZO VILLANUEVA, *Mi viaje a las Cortes. Obra inédita de D. ... diputado a Cortes por la provincia de Valencia en las Generales y Extraordinarias del*

En resumidas cuentas, de los relatos de Alcalá-Galiano y Villanueva - testigos presenciales, coincidentes en lo sustancial en sus apreciaciones, y, especialmente Villanueva, dignos de crédito - se desprende que las *galerías* estaban concurridas por un público alborotador y mayoritariamente liberal, que protagonizó frecuentes incidentes, dentro y fuera del salón de sesiones, en ocasiones muy graves, y acerca de los cuales mostró su preocupación José María Blanco-White en *El Español*, la publicación de periodicidad mensual que dirigía y editaba en Londres¹⁸. Incidentes, por lo demás, tolerados, cuando no alentados y pagados, por los diputados liberales, quienes en muchas ocasiones tampoco daban ejemplo de saber guardar la debida compostura.

Cuestión distinta es que a partir de mayo de 1814 Villanueva, al igual que otros exdiputados también presos en la cárcel de la Corona, dibujaran un panorama muy diferente. Entonces minimizaron el desorden y alboroto de los espectadores de las sesiones públicas de las Cortes, admitiendo únicamente algunos incidentes, pocos, carentes de importancia y surgidos de circunstancias imprevistas. Se defendieron de la acusación de haberlos dejado impunes, indicando que pidieron a la Regencia que acordase las medidas conducentes a castigar y contener tales excesos. Sostuvieron que los diputados podían hablar con

Reino, instaladas en la isla de León en 24 de septiembre de 1810, impresa por acuerdo de la comisión de gobierno interior del Congreso de los Diputados, Madrid, en la Imprenta Nacional, 1860, passim. En concreto, p. 504, relata, refiriéndose al día 28 de abril de 1813, "... supe del sacristán lego de la Orden Tercera que un sujeto decente, que no quiso descubrir, llamándole aparte y con gran reserva, le propuso si en las vinageras me pondría cierta cosa que él le daría, denotando que era un veneno, y que esto se lo dijo temblando. Habiéndose negado el sacristán (D. Anselmo) le dijo el alevoso que él sería de mi partido, le añadió que esa había sido una chanza y le encargó el secreto, amenazándole con puñales, si lo descubría. Yo, a pesar de esto, y habiéndome él ofrecido que guardaría bajo llave el agua, el vino y las hostias continué yendo a decir Misa a la misma capilla".

¹⁸ Recién instaladas las Cortes en Madrid - las Cortes ordinarias iniciaron sus sesiones en la capital del Reino el 15 de enero de 1814 - decía "lo primero que deben hacer las Cortes es impedir que las galerías tomen parte en sus debates. Esta es una medida de tan suprema importancia, que de ella depende la existencia de las Cortes y el que España tenga un Gobierno libre. Seguramente el pueblo de Madrid merece los mayores elogios por la moderación, decoro y respeto al Gobierno que ha manifestado hasta la época que alcanzan las noticias; pero los esfuerzos que se están haciendo para alborotarlo y hacerle imitar las escenas escandalosas de Cádiz son muy temibles y exigen providencias más activas". Ya anteriormente se había hecho eco en otros números de *El Español* del episodio de Valiente - con respecto al cual señala "El lance del diputado Valiente es escandaloso, y si las Cortes no le ponen un remedio competente, su autoridad ha fenecido" - y, en general, del problema que suponía la intervención del público en los debates parlamentarios; cf. SUÁREZ, *Las Cortes de Cádiz, cit.*, pp. 191, 193-194, 198-199 y n. 2,7 y 12.

absoluta libertad, pues se adoptaron soluciones para conservar el orden en las galerías y garantizar la libertad de los diputados, aludiendo en concreto a que en las Cortes ordinarias se formó un nuevo reglamento, en el que se mandaba que “los espectadores guardaran profundo silencio, y conservaran el mayor respeto y compostura sin tomar parte alguna en las discusiones por demostración de ningún género”, y se establecía también que “los que perturbaren, de cualquier modo el orden, serán espelidos de la galería en el mismo acto...”. Y, por supuesto, negaron rotundamente, calificándolas de groseras calumnias, las acusaciones de estar concertados con los *galeriantes* y de haberlos pagado¹⁹. En aquellos momentos Villanueva y los otros exdiputados presos no podían mantener otra cosa. Su actitud estaba más que justificada, pues –a diferencia del conde de Toreno y otros destacados liberales, que lograron escapar a la persecución–, habida cuenta de las acusaciones que pesaban sobre ellos (ataques a la soberanía real, que fueron reconducidos a lesa majestad, delito que llevaba aparejada pena de muerte), su situación era muy comprometida.

De cuanto acabamos de indicar se desprende que en estos años hubo excesos y actos de violencia, magnificados por los absolutistas y minimizados por los liberales, sobre todo los encarcelados a raíz del golpe de Estado de 1814. Unos excesos y violencias en los que también incurrieron los realistas.

Así, por ejemplo, refiere Villanueva que en agosto de 1813, cuando se iba a debatir la instalación de las Cortes en Madrid (que deseaban los realistas y temían los liberales), le dijo el obispo de Mallorca que para esa votación estaban preparados religiosos armados con puñales; que era día señalado para un alboroto; y que había serviles que decían que algunos liberales serían arrasados²⁰. Ya hemos hecho referencia al ataque sufrido por el diputado liberal

¹⁹ VILLANUEVA, *Apuntes sobre el arresto de los vocales de Cortes*, cit., *passim*; *Representación que en defensa de los diputados de las Cortes extraordinarias y ordinarias presos en mayo de 1814*, cit., t.1, pp. [XI] ss., [XIII], 182 ss. y 199. Por lo demás, ya el primer *Reglamento para el gobierno interior de las Cortes*, del año 1810, establecía en el apartado 10 del cap. 1º que “Quando los expectadores no guarden silencio y compostura, el Presidente por sí, o a petición de qualquier diputado, podrá mandar que se despeje, y la sesión de aquel día seguirá en secreto: entendiéndose esto, si al pronto no se pueden descubrir los perturbadores del silencio u orden”. Y el apartado 5 del cap. 2º atribuía, entre otras competencias, al presidente “...mantener el orden, y de que se observe compostura y silencio”; texto consultado en google, entrada “Reglamento para el gobierno interior de las Cortes”.

²⁰ VILLANUEVA, *Mi viaje a las Cortes*, cit., p. 520. Para entonces los contrarios a las reformas se encontraban más respaldados por los cambios que se estaban operando en la composición de las Cortes, pues a medida que se iba liberando el territorio nacional crecía el número de diputados conservadores, con el consiguiente incremento de tensiones entre

Antillón, y al intento de asesinato del que, al parecer, fue víctima Villanueva. Y tanto éste como el conde de Toreno no dejan de mencionar los incidentes (premeditados en opinión de ambos) que tuvieron lugar en la sesión del 22 de abril de 1812, cuando se estaba debatiendo el restablecimiento de la Inquisición. Ese día los anti-reformadores llenaron las *galerías* de partidarios suyos, entre ellos muchos miembros del clero (al parecer, se contaron más de setenta frailes), que no solían concurrir, y que, mediante gritos y patadas, mostraban su disconformidad con la desaparición de la Inquisición, provocando un fuerte tumulto²¹. El conde de Toreno, a propósito de aludir a este incidente de los frailes atumultuados, hace una interesante reflexión: "... daban así armas al bando liberal, que no pecaba de tímido, y volvían contra ellos las mismas de que se habían valido en sus reclamaciones contra los susurros, y alguna vez desmanes, de los asistentes a las sesiones"²². No le faltaba razón, pues, además de buscar en ciertas ocasiones el apoyo de las *galerías*, tenemos algún testimonio de que también los anti-reformadores pagaban a sus partidarios. Así, por ejemplo, en la sesión pública del 17 de febrero de 1814 el general Villacampa, a la sazón gobernador de Madrid, denunció en el Congreso cómo los absolutistas pagaban a sus *galeriantes* con una peseta diaria, pan y aguardiente²³. Y

diputados de uno y otro signo. Todo ello sin olvidar los cambios en la situación internacional, derivados de la caída de Napoleón.

²¹ "... había hoy en las galerías un gran número de individuos del clero regular y secular; de frailes solo se contaron 70. Uno de ellos parecía llevar el tono: cuando el Sr. Gutierrez de la Huerta habló en defensa de la Inquisición, al paso que el público mostró incomodarse con murmullo, aquel religioso le palmoteó, y otros le siguieron. Observóse esto, y fueron en busca de él y se escapó. Notóse un gran calor en los ánimos de algunos asistentes: parecía preparado el concurso de tantos religiosos, cuando eran muy contados y raros los que asistían a las sesiones del convento de los descalzos. Supe que la víspera fueron convocando a los religiosos ... De capuchinos no asistió ninguno"; cf. VILLANUEVA, *Mi viaje a las Cortes*, cit., pp. 349-350; "Dañarónles también ciertas precauciones que habían tomado, pues se figuraron que no les bastaba contar con la mayoría de las Cortes, si no se escudaban con el público de las galerías. Así fué que muy de madrugada las llenaron de ahijados suyos, con tan poco disimulo que entre los concurrentes se divisaban muchos frailes, cuya presencia no se advertía en las demás ocasiones ... Prosiguiendo el debate se encendieron más y más los ánimos, a punto que las galerías ... se desmandaron ... y acordámonos haber visto algunos frailes desatarse en murmullos y palmoteos sin cordura, y olvidados del hábito que los cubría"; cf. CONDE DE TORENO, *Historia del levantamiento*, cit., pp. 1117-1118.

²² CONDE DE TORENO, *Historia del levantamiento*, cit., p. 1118.

²³ En 1815 algunos de los exdiputados presos, en respuesta al cargo nº 11 (haber pagado a sus parciales de las *galerías*), manifiestan, entre otras cosas, que "En la sesión pública de 17 de febrero de 1814 se leyó una representación del general Villacampa en que dio cuenta de haberle avisado dos soldados de marina, de que con siniestros fines eran gratificados

al respecto no deja de ser llamativo que el marqués de Villaurrutia relate que en 1816 Calomarde le dijo al rey que había tenido que vender una finca para poner gente en las tribunas que sostuvieran a los “buenos diputados”²⁴.

Unas prácticas a las cuales, al parecer, llegó a recurrir el mismísimo ministro plenipotenciario de Portugal. El día 20 de marzo de 1813 se pretendía debatir en el Congreso la proposición para nombrar regente a la infanta Carlota Joaquina, primogénita de Carlos IV y a la sazón princesa del Brasil. Los liberales se oponían a tal regencia, que tampoco era del agrado del embajador británico, pero en la que estaban sumamente interesados Carlota Joaquina y su esposo, el futuro Juan VI de Portugal, hasta el punto de que se supo la víspera que el diplomático portugués había derramado dinero para llevar a las *galerías* a gentes que aplaudiesen la proposición²⁵.

4. La influencia de las *galerías* sobre los diputados americanos conservadores

Cuanto acabamos de indicar es revelador del clima de violencia imperante en estos años convulsos, que se manifestaba en todo tipo de excesos. Un clima,

con una peseta diaria, pan y aguardiente, para que en las galerías del Congreso se prestaran a las ideas que aparecían en el espediente formado sobre ello ... que de su espontánea voluntad se delató el presbítero Don José González, confesando la verdad de lo que distribuía por cierto partido ... que después se le presentó el mismo presbítero a pretexto de decirle que aquel mismo partido había enviado emisarios por las inmediateces de esta Corte, para pagar gente ...”; cf. *Representación que en defensa de los diputados de las Cortes extraordinarias y ordinarias, presos en mayo de 1814*, cit., t. 1, pp. 199-201.

²⁴ Con motivo de narrar lo referente al *Cojo de Málaga* hace notar lo siguiente: “Este cargo de capataz y jefe asalariado de los galeriantes de las Cortes, que desempeñó por cuenta de los liberales Pablo López y que estuvo a punto de costarle la vida, conociase también entre los serviles. En una representación de Calomarde al Rey, fecha en el Puerto de Santa María el 30 de abril de 1816, alegaba entre otros muchos gastos que hizo por sostener la causa de S.M. el haber vendido una finca de 20.000 reales, cuyo importe entregó “a Arias de Prada, que le dijo lo necesitaba para poner gente en las tribunas, que sostuviese a los buenos diputados e impidiese que los malos llevasen adelante sus péfidas ideas””; cf. VILLARRUTIA, *Fernando VII, rey constitucional*, cit., pp. 155-156 n. 2.

²⁵ Estas noticias alarmaron a los que no querían el nombramiento, y prepararon gentes para que fuesen a las *galerías* a “sosegar” los ánimos. Al día siguiente los partidarios de la regencia de la infanta no se atrevieron a hacer la proposición porque las *galerías*, muy concurridas, mostraron desagrado, y también porque el embajador británico pasó una nota al diplomático portugués desaprobando su actuación; cf. VILLANUEVA, *Mi viaje a las Cortes*, cit., pp. 493-496.

por lo demás, proclive a la conversión de los adversarios políticos en enemigos personales. Cuestión distinta es si tales excesos, en concreto aquellos en los que incurrieron los liberales, pudieron condicionar decisivamente la obra de las Cortes de Cádiz, como pretendían los absolutistas en 1814, habida cuenta de que, al menos en las Cortes extraordinarias, los diputados liberales eran mayoría. Aunque ciertamente pudieron coartar la libertad y, desde luego, hacer ingrata la presencia en las Cortes de los diputados conservadores, sensibles asimismo a ciertas actitudes intransigentes por parte de los liberales, a las que alude Alcalá-Galiano, así como al ambiente mayoritariamente liberal de la prensa y de la ciudad de Cádiz. Y, por supuesto, estas circunstancias debieron de pesar especialmente sobre algunos diputados americanos; aquellos no partidarios de las reformas.

A este respecto no podemos olvidar que, recién instaladas las Cortes, los diputados americanos, ideologías al margen, comenzaron a plantear reclamaciones no siempre bien recibidas por los diputados europeos. De manera que los diputados americanos conservadores percibirían hostilidad hacia ellos, no solo por su posicionamiento ideológico, sino también por su pertenencia a un grupo, la denominada diputación americana, considerada en ocasiones como un problema. Es obvio, por lo demás, que las difíciles circunstancias que tuvieron que afrontar los diputados americanos conservadores les afectarían en mayor o menor medida en función de la particular idiosincrasia de cada uno; razón por la cual, y para intentar precisar hasta qué punto las *galerías* y otras circunstancias pudieron condicionar la actuación de los diputados americanos conservadores, hemos fijado nuestra atención en dos personajes muy distintos entre sí por lo que atañe al talante personal e incluso a la ideología, pero que tenían dos cosas en común, además de pertenecer al grupo de la diputación americana. Ambos tuvieron un notable protagonismo en las Cortes de Cádiz y, además de reunir la doble condición de *persas* e *informantes* en 1814, participaron activa y gustosamente en la represión contra los liberales. Nos referimos a Blas Ostolaza, diputado suplente por el Perú, y a Antonio Joaquín Pérez Martínez, diputado propietario por Puebla de los Ángeles²⁶.

²⁶ Los también diputados americanos conservadores Tadeo Joaquín Gárate, diputado por Puno (virreinato del Perú), y José Cayetano de Foncerrada, diputado por Valladolid de Michoacan, reunieron asimismo la doble condición de *persas* e *informantes*, pero, a diferencia de Ostolaza y Pérez Martínez, tuvieron escasa participación en las Cortes. Ofrecemos algunos datos biográficos y acerca de su actitud en 1814 en MONTENEGRO, "Exdiputados americanos", *cit.*, pp. 1123-1124, 1127-1132 y 1137-1138.

4.1. *El caso de B. Ostolaza*

La actitud que adoptó en 1814 el diputado peruano –personaje bien conocido, declarado absolutista, hasta el punto de llegar a formar parte de la *camarilla* de Fernando VII– no pudo extrañar a nadie. Era este clérigo rudo de modales, quisquilloso, arrogante, codicioso de honores y riquezas; en suma, extremadamente conflictivo, como demostró a lo largo de su agitada existencia, llena de todo tipo de irregularidades e incidentes, que solo cesaron con su trágico final²⁷. En las Cortes, en las que, como acabamos de indicar, tomó parte muy activa, manifestó abiertamente sus opiniones, sin que fuera obstáculo para ello el hecho de que sus intervenciones fueran acogidas con ruidosas muestras de desagrado por parte de los concurrentes a las tribunas públicas (según diversos testimonios, tomar Ostolaza la palabra y alborotarse las *galerías* era todo uno). Ello no hacía mella en el diputado peruano, quien, exhibiendo ademanes y actitudes sumamente provocativos, se dirigía a los *galeriantes*, cuyo comportamiento censuraba agriamente, con gestos de desprecio²⁸.

4.2. *El caso de A. J. Pérez Martínez*

Muy distinto fue el caso de Pérez Martínez. Clérigo culto y excelente orador, muy cauteloso, de ideología más moderada –o, al menos, así se fingía mientras fue diputado, porque lo cierto es que resulta muy difícil precisar la ideología de tan camaleónico personaje–, se caracterizaba por sus maneras suaves, un talante amable y conciliador, y era asimismo, en consecuencia, un hábil negociador²⁹. Fue elegido presidente de las Cortes en enero de 1811, cuando se

²⁷ Recogemos abundantes datos biográficos acerca del atrabiliario personaje en MONTENEGRO, “Exdiputados americanos”, *cit.*, pp. 1132-1136. Una de las muchas pruebas de su inmoderado afán por lograr prebendas la dio el 15 de noviembre de 1810, día en el que solicitó en las Cortes los sueldos de capellán de honor y confesor del rey, una canonjía en Trujillo y la cruz de Carlos III, y algo más para su hermano; cf. VILLANUEVA, *Apuntes sobre el arresto*, *cit.*, pp. 422-423.

²⁸ Así lo manifiestan, entre otros, ALCALÁ-GALIANO, *Recuerdos de un anciano*, *cit.*, pp. 183-184: “El famoso Ostolaza era blanco principal del odio y burlas del auditorio, lo cual merecía en parte por una frescura digna de ser calificada de descaro, y por ser conocidas sus malas costumbres y sus arterías para elevarse”; y VILLANUEVA, *Mi viaje a las Cortes*, *cit.*, p. 236.

²⁹ Recogemos algunos datos biográficos del diputado poblano en MONTENEGRO, “Exdiputados americanos”, *cit.*, pp. 1136-1143.

estaban discutiendo las propuestas de los diputados americanos. Por entonces llegó a Cádiz fray Servando Teresa de Mier, quien, al parecer, le responsabilizó del fracaso de las propuestas de la diputación americana, porque el diputado poblano defendía posturas españolistas, y se vengó de él urdiendo la conocida trama de la carta³⁰. Fuese o no fray Servando Teresa de Mier el autor de la falsificación de la carta –que con fecha 22 de febrero de 1811, y supuestamente firmada por Pérez Martínez, apareció en el n.º 13 de *El Español*– parece evidente que alguna actitud del diputado poblano molestó extraordinariamente a sus compañeros americanos, hasta el punto de promover contra él una conjura que le afectó hondamente; y que, por otra parte vino a demostrar que no era tan afable y conciliador como pretendía, y que, creemos, pudo ser determinante en su comportamiento posterior. Así se desprende del afán con el que impulsó, iniciada la represión contra los liberales en mayo de 1814, el hallazgo de documentos relativos a la causa abierta en el tribunal de Cortes contra diputados americanos con motivo del enojoso asunto³¹.

En 1814 Pérez Martínez dio rienda suelta al rencor acumulado por éste y tal vez otros agravios, como, por ejemplo, tener que renunciar en alguna ocasión al uso de la palabra para evitar las iras de las *galerías*. Ciertamente el conde de Toreno relaciona la actitud que tomó entonces el diputado poblano con el logro de sus ambiciones³², pero consideramos que, al igual que ocurrió

³⁰ CRISTINA GÓMEZ ÁLVAREZ, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia, 1808-1821*, México, UNAM-BUAP, 1997, pp. 124 ss.

³¹ Analizamos detenidamente la actitud de Pérez Martínez en 1814 y el lamentable episodio de la carta en MONTENEGRO, “Exdiputados americanos”, *cit.*, pp. 1143-1149, en las que queda de manifiesto el auténtico talante de Pérez Martínez, quien, al mismo tiempo que afirmaba en un texto impreso que perdonaba la ofensa, indagaba sobre el o los posibles responsables de la misma, hasta el punto de generar momentos de enorme tensión en una sesión secreta. Se quejaba entonces (en 1814) de falta de libertad en las Cortes, pero en ellas hizo manifestaciones que no se pueden achacar a presión alguna, y sí a su afán de agradar. Así, por ejemplo, el 11 de octubre de 1811 decía estar muy complacido de cómo se trataban los temas tanto en la comisión de Constitución (de la que formaba parte) como en las Cortes, en las que cada uno manifestaba lo que estimaba conveniente. Y a raíz de promulgarse la Constitución, manifestó el júbilo con que se había publicado en su provincia. No le faltaba razón a Villanueva cuando decía de los *informantes* y, en concreto de Pérez Martínez, que apelaban a la falta de libertad para justificar su propia conducta; cf. VILLANUEVA, *Apuntes sobre el arresto*, *cit.*, pp. 94-95, 102 ss. y 113-114.

³² CONDE DE TORENO, *Historia del levantamiento*, *cit.*, p. 1412, hace constar que, cuando en la noche del 10 al 11 de mayo de 1814 el general Eguía se presentó a Pérez Martínez, presidente de las Cortes, intimándole por orden del rey a que quedasen disueltas, Pérez Martínez no opuso reparo alguno; es más, obedeció de buena gana, como no podía ser de otra manera, por cuanto firmó el *Manifiesto de los persas* y estaba “... en el secreto,

con Ostolaza, el afán de venganza –al que alude reiteradamente en sus escritos Villanueva en referencia a éstos y otros personajes– condicionó su comportamiento en mayor medida que la ambición (en el caso de Pérez Martínez obtener la importante mitra de Puebla de los Ángeles), habida cuenta de que Fernando VII premió con cargos similares a otros clérigos que no participaron directamente en la represión contra los liberales. Ello es lógico, pues el rey estaba sumamente interesado en rodearse de un alto clero afín, consciente como era de que la Iglesia tenía un enorme ascendiente sobre la inmensa mayoría de la población³³. Un clero que no le defraudó, pues ciertamente durante el Sexenio Absolutista en su inmensa mayoría, en especial el alto clero y el clero regular, colaboró con entusiasmo con Fernando VII, tomando parte muy activa en la persecución de los liberales.

5. Consideraciones finales

El antagonismo entre buena parte de la Iglesia y los partidarios de las nuevas ideas venía de atrás, y, en concreto, en la época de las Cortes de Cádiz dicho antagonismo quedó patente en diversas ocasiones. Así, por ejemplo, en la sesión secreta de 1 de abril de 1811 algunos diputados se quejaron de que ciertos predicadores hablaban en sus sermones con poco decoro de determinados decretos del Congreso. En otra sesión secreta, la del 12 de abril de 1812, se trató el tema de un sermón predicado en San Antonio en el que se habló contra alguna providencia de las Cortes. Y los obispos refugiados en Mallorca publi-

según se presumió, de todo lo que ocurría entonces. Una mitra con que le galardonaron después, dio fuerza á la sospecha concebida de haber procedido de connivencia con los destruidores de las Cortes, y por tanto indigna y culpablemente”. Y en parecidos términos se expresa VILLAURRUTIA, *Fernando VII, rey constitucional*, cit., p. 152, “El buen Pérez, que era uno de los persas, cumplió con delectación nada morosa el Real Decreto [de 4 de mayo de 1814], y como se vieron después sus méritos y servicios recompensados con una mitra - nada menos que la de Puebla de Nueva España - dio la gente en sospechar que estaba el futuro obispo en el secreto de cuanto iba a ocurrir”.

³³ Dato que nadie ignoraba. Así, por ejemplo, en la sesión secreta de 6 de diciembre de 1810 se habló de cómo el rey José preparaba una insurrección en América valiéndose del clero. Y, a propósito de los rumores acerca de un concordato entre el papa Pío VII y Napoleón, la comisión especial eclesiástica de las Cortes emitió un dictamen en el que, entre otras cosas, hacían constar lo siguiente: “Notorio es, como advierte la Regencia, que el Tirano ha llevado su impiedad hasta el extremo de convertir la misma religión en instrumento de sus inicuos designios. Tenemos de esto pruebas sin número aun en España durante la actual guerra”; cf. VILLANUEVA, *Mi viaje a las Cortes*, cit., pp. 94 y 496-497.

caron una pastoral que, según Villanueva, contenía injurias “... contra varias medidas prudentes y legítimas del Congreso”³⁴. Alcalá-Galiano, por su parte, relata cómo el empeño de las Cortes en que los párrocos leyeran en las iglesias el manifiesto relativo a la abolición de la Inquisición molestó extraordinariamente a buena parte del clero, al igual que lo referente a las limitaciones de los conventos, dando lugar a que las Cortes y la Iglesia estuvieran muy enfrentadas. Y asimismo pone de manifiesto que ya en la época de las Cortes ordinarias los sermones “... contra las nuevas leyes habían indispuerto a una crecida parte del vulgo contra el cuerpo ilustre regenerador de España”³⁵. Éstos, por lo demás y como es notorio, no fueron los únicos conflictos entre ambos poderes.

Iniciada la represión, los liberales fueron víctimas de atroces ataques por parte del clero. La encarnizada persecución se manifestó de diversas maneras. Así, por ejemplo, sabemos que turbas dirigidas por clérigos, como el vicario de la Trapa, gritaban contra los liberales. Y en algún caso, como ocurrió el 11 de mayo de 1814 y en noches posteriores, llegaron hasta la cárcel de la Corona y otras para amenazar a los exdiputados en ellas presos. Se lamentaban amargamente Villanueva y sus compañeros presos de las calumnias del padre Castro en algunos números de la *Atalaya de la Mancha en Madrid*, y, en concreto, de que el ejemplar aparecido el 12 de mayo de 1814 les atacó cruelmente, publicando la lista de los detenidos en la noche del 10 al 11 de mayo, a los que denominaba traidores. Se quejaban muy especialmente, y con razón, de los abusos del púlpito, pues por entonces muchos sacerdotes predicaban en Madrid sermones sanguinarios, en los que, en palabras de Villanueva y los otros exdiputados presos, dejándose llevar “...por el furor de las pasiones”, “profanaban la cátedra del Espíritu Santo con calumnias”; sermones que inspiraban deseos de venganza y fomentaban la división entre españoles con el pretexto de defender el Altar y el Trono. Se dolían especialmente del sermón que pronunció Ostolaza en la iglesia del Carmen Calzado, en presencia del infante don Carlos, el 21 de diciembre de 1814, en el que lanzó gravísimas acusaciones contra los exdiputados presos. Y aludían asimismo a otros ataques por parte de eclesiásticos, como el escrito titulado *Los conspiradores*, obra de un carmelita, Manuel Traggia, que les acusaba de maquinaciones y de predicar la

³⁴ VILLANUEVA, *Mi viaje a las Cortes*, cit., pp. 204-205 y 348; Id. *Vida literaria de ... o Memoria de sus escritos y de sus opiniones eclesiásticas y políticas, y de algunos sucesos notables de su tiempo. Con un apéndice de documentos relativos a la Historia del Concilio de Trento. Escrita por el mismo*, t.1, Londres, En la imprenta de A. Macintosh, 1825, p. 205.

³⁵ ALCALÁ-GALIANO, *Historia de España*, cit., t. 6, pp. 458-461 y 475.

revolución incluso estando en prisión³⁶. Todo ello sin olvidar que, restablecida la Inquisición, ésta se dedicó a perseguir a los liberales, en lo que Villanueva denominó “... un nuevo e ingenioso plan de perseguir la Iglesia...”³⁷.

De manera que, mediante la prensa periódica, las pastorales de los obispos, y otros escritos y muy especialmente los sermones, la Iglesia sedujo a una parte importante del pueblo, acostumbrado, como bien decía Villanueva “... a venerar como oráculos las palabras de los sacerdotes”³⁸. La activa y feroz participación de buena parte del estamento eclesiástico durante el Sexenio Absolutista en la represión contra los liberales contribuyó, sin duda, a ahondar las diferencias entre éstos y la Iglesia, con las funestas consecuencias de todos conocidas.

³⁶ LORENZO VILLANUEVA, *Vida literaria*, cit., t. 2, Londres, En la imprenta de A. Macintosh, 1825, pp. 29-76; Id, *Apuntes sobre el arresto*, cit., pp. 10-29, 32-39 y 376; FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario*, cit., t. 3, pp. 13 y ss. y 142-148; MONTENEGRO, “Exdiputados americanos”, cit., pp. 1128-1130.

³⁷ VILLANUEVA, *Vida literaria*, cit., t. 2, pp. 195 y ss.

³⁸ VILLANUEVA, *Apuntes sobre el arresto*, cit., p. 21; Id., *Vida literaria*, cit., t. 2, p. 38.

PERVIVENCIA DEL DERECHO MEDIANTE LA TRADUCCIÓN
DE NORMAS: LAS SIETE PARTIDAS Y EL DISCURSO JURÍDICO
DEL ESTADO DE LA LUISIANA DURANTE LA PRIMERA MITAD
DEL SIGLO XIX

SURVIVAL OF LAW THROUGH THE TRANSLATION OF NORMS:
THE *SIETE PARTIDAS* AND THE LEGAL DISCOURSE OF THE STATE
OF LOUISIANA DURING THE FIRST HALF OF THE NINETEENTH
CENTURY

AGUSTÍN PARISE

Maastricht University (Países Bajos)

agustin.parise@maastrichtuniversity.nl

Resumen: Esta investigación aborda cambios experimentados en el derecho de la Luisiana durante la primera mitad del siglo XIX. También atiende la medida en que el derecho español encontró en las traducciones de las Siete Partidas un vehículo de pervivencia. Primero se describe el contexto histórico-social de la Luisiana y el lugar que las Siete Partidas allí ocuparon. Luego se elabora sobre las traducciones inglesas de las Siete Partidas. Finalmente se analizan aspectos de los 136 fallos judiciales de la Luisiana durante 1818-1828 en los cuales se hace referencia a las Siete Partidas. La investigación apunta a demostrar que el corte con un sistema y la adopción de otro no son automáticos, incluso cuando la letra de la ley pareciera indicar lo contrario. Ocasionalmente los profesionales del derecho motivan la pervivencia de sistemas pretéritos, como lo demuestran las Siete Partidas en la Luisiana decimonónica.

Palabras clave: codificación, common law, Luisiana, pervivencia, Siete Partidas, siglo XIX, traducciones.

Abstract: This paper addresses the changes experienced in the law of Louisiana during the first half of the nineteenth century. It also considers the extent in which Spanish law found a means for survival in the translations of the *Siete Partidas*. The paper first describes the historical and social context of Louisiana and the place the *Siete Partidas* occupied within that framework. The paper then addresses the English translations of the *Siete Partidas*. Finally the paper analyses aspects of the 136 court decisions that refer to the *Siete Partidas* and that were rendered in Louisiana during the period 1818-1828. The paper aims to demonstrate that the break with a system and the adoption of another system are not automatic, even when the letter of the law seems to indicate otherwise. Occasionally, legal professionals trigger the survival of preterit systems, as is evidenced by the *Siete Partidas* in nineteenth-century Louisiana.

Keywords: codification, common law, continued existence, Louisiana, 19th century, *Siete Partidas*, translations.

Sumario: 1. Introducción. 2. Las Siete Partidas en la Luisiana. 3. Traducciones inglesas de las Siete Partidas. 3.1. Autores de la segunda traducción. 3.2. Prefacio de la segunda traducción. 4. Activando traducciones ante el máximo tribunal de la Luisiana. 4.1. Impacto 1818-1819. 4.2. Impacto 1820-1828. 5. Recapitulación y acotaciones.

1. Introducción

El territorio que forma el actual estado de la Luisiana adoptó un sistema de derecho privado que no distaba del adoptado por territorios latinoamericanos y que fue preservado aún cuando el territorio pasó a dominio de los EE.UU. en 1803. Ya durante la primera mitad del siglo XIX el sistema legal de la Luisiana era una isla solitaria de derecho continental europeo parcialmente rodeada por un mar de *common law*, una situación que, de no ser protegida, tardaría poco en perecer¹. Esa realidad motivó la pervivencia de disposiciones y textos legales que habían sido aplicados durante el período indiano: algunos encontrando incluso un lugar dentro del Código Civil de la Luisiana de 1825. Esa realidad también condujo a que en ese período se realicen traducciones de las Siete Partidas al inglés. Las traducciones ofrecieron un vehículo para la pervivencia de ese importante texto español. Louis Moreau-Lislet y Henry Carleton tradujeron en 1818 y en 1820 títulos de las Siete Partidas que tenían vigencia en la región. Raphael Rabalais demostró que luego de las traducciones de las Siete Partidas al inglés se generó un aumento del 100% en la cantidad de citas a ese cuerpo legislativo en los tribunales de la Luisiana².

Esta investigación aborda cambios experimentados en el derecho de la Luisiana durante la primera mitad del siglo XIX. También atiende la medida en que el derecho español encontró en las traducciones de las Siete Partidas un vehículo de pervivencia. Se proporciona una visión sobre la interacción del derecho español y estadual en un territorio que en ese tiempo se comenzaba a establecer como híbrido, donde el *common law* y el derecho continental europeo interactúan. La investigación se divide en tres partes. En primer lugar se aborda el contexto histórico-social de la Luisiana durante el período sujeto

¹ AGUSTÍN PARISE, *Non-Pecuniary Damages in the Louisiana Civil Code Article 1928: Originality in the Early Nineteenth Century and Its Projected Use in Further Codification Endeavors*, Master of Laws Thesis, Baton Rouge, LSU Law Library, 2006, p. 14.

² RAPHAEL J. RABALAIS, "The Influence of Spanish Laws and Treatises on the Jurisprudence of Louisiana: 1762-1828", *Louisiana Law Review*, vol. 42, Baton Rouge, 1982, p. 1505.

a estudio y el lugar que las Siete Partidas ocuparon dentro de ese marco. En segundo lugar se elabora sobre las traducciones inglesas de las Siete Partidas. En esta parte se aborda la vida y obra de los traductores, el proceso de traducción y algunos aspectos del prefacio a la segunda traducción. En tercer lugar se exponen los resultados de un estudio que se focaliza en los fallos judiciales de la Luisiana durante el período 1818-1828 en los cuales se hace referencia a las Siete Partidas. Esa aproximación apunta a demostrar cómo las traducciones sirvieron como vehículo para la pervivencia del derecho español en la Luisiana. La investigación ante todo apunta a demostrar que el corte con un sistema (*i.e.*, español) y la adopción de otro (*i.e.*, estadual) no se realizan automáticamente, incluso cuando la letra de la ley pareciera indicar lo contrario. Ocasionalmente los profesionales del derecho motivan la pervivencia de sistemas pretéritos, tal como lo demuestra el caso de las Siete Partidas en la Luisiana decimonónica.

2. Las Siete Partidas en Luisiana³

Los cuerpos legales que se aplicaron en la región de la actual Luisiana han variado a lo largo de los siglos. Esos cambios se generaron en gran medida debido a las constantes alteraciones en la posesión de la región (*i.e.*, española, francesa, española, francesa y estadounidense). Los españoles que exploraron la región en un momento temprano seguramente aplicaron, de ser necesario, las regulaciones españolas, las que se hubieran aplicado, entre otras razones, para facilitar las prácticas del comercio o para resolver disputas entre viajeros⁴. En 1712, las ordenanzas francesas y las *Costumbres de París* comenzaron a aplicarse en la región y de tal modo se introdujo el derecho francés⁵. En 1769, el gobernador español Alejandro O'Reilly derogó el derecho francés y las regulaciones españolas pasaron a ser las únicas con vigor en la Luisiana. Es difícil establecer el momento de la desaparición del derecho español en el

³ Pasajes de esta sección fueron tomados de AGUSTÍN PARISE, *Historia de la Codificación Civil del Estado de Luisiana y su influencia en el Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.

⁴ PARISE, *Non-Pecuniary Damages*, cit., p. 9.

⁵ RICARDO LIFSIC, "Historia del Código Civil de Louisiana. Antecedente del Código Civil Argentino", *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, vol. 12, Buenos Aires, Imprenta de la Facultad, 1961, p. 164.

lugar ya que se ha dicho que la retrocesión a Francia y la venta a los EE.UU. no debilitaron la presencia del derecho español⁶.

En 1808 la legislatura local adoptó el Digesto de las Leyes Civiles (Digesto de 1808)⁷. La Luisiana logró así proteger su sistema de derecho civil, también denominado sistema continental europeo. Desde ese entonces, la Luisiana se ha proporcionado sus propios cuerpos legales y ha estado sujeta a las disposiciones que los EE.UU. han requerido a nivel federal⁸. El Digesto de 1808 no tenía una cláusula derogatoria general del derecho español, mientras que la ley del 31 de marzo de 1808 de la legislatura local que aprobó el Digesto de 1808 derogaba las leyes anteriores que fueran contrarias o inconsistentes con el nuevo texto⁹.

Diversos factores forzaron a la sociedad a no utilizar el Digesto de 1808 y al mismo tiempo se desarrolló en la Luisiana un movimiento codificador¹⁰. Debido a ese movimiento la legislatura local resolvió la revisión del Digesto de 1808. Finalmente, en 1825, el Código Civil de la Luisiana (Código de 1825) fue sancionado como ley. El Código de 1825 intentó terminar con la disputa sobre la aplicabilidad de las leyes anteriores a la promulgación del Digesto de 1808 mediante un artículo que apuntó a derogar el derecho anterior¹¹.

Las referencias a materiales españoles disminuyeron notablemente luego de la promulgación del Código de 1825¹². El máximo tribunal local (*i.e.*, Suprema Corte de la Luisiana) resolvió en 1827 que el derecho español que no

⁶ LOUIS MOREAU LISLET y HENRY CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas Which are Still in Force in the State of Louisiana*, vol. 1, Nueva Orleans, James McKarher, 1820, p. xxi.

⁷ Sobre el Digesto de 1808 véase PARISE, *Historia de la Codificación*, cit., pp. 64-81.

⁸ PARISE, *Non-Pecuniary Damages*, cit., p. 10.

⁹ An Act Providing for the promulgation of the Digest of the Civil Laws now in force in the territory of Orleans (March 31, 1808), *Acts passed at the First Session of the Second Legislature of the Territory of Orleans*, Nueva Orleans, Bradford & Anderson Printers, 1808, p. 126.

¹⁰ RICHARD HOLCOMBE KILBOURNE, *A History of the Louisiana Civil Code: The Formative Years, 1803-1839*, Baton Rouge, LSU Law Center Publications Institute, 1987, p. 62 y AGUSTÍN PARISE, "The Place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: The Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851", *Louisiana Law Review*, vol. 68, Baton Rouge, 2008, p. 833.

¹¹ Véase el texto del artículo 3521 (*Civil Code of the State of Louisiana*, Nueva Orleans, J. C. de St. Romes, 1825, p. 1112). Véase también JOHN T. HOOD: "The History and Development of the Louisiana Civil Code", *Tulane Law Review*, vol. 33, Nueva Orleans, 1958, pp. 7-20.

¹² RABALAIS, *op.cit.*, p. 1505.

era contrario al texto del Código de 1825 siguiera vigente y que los artículos del Digesto de 1808 que habían sido omitidos en el Código de 1825 también siguieran en vigor¹³. Esta resolución del máximo tribunal motivó que la legislatura local adoptara dos leyes que derogaban las leyes anteriores a la sanción del Código de 1825¹⁴. Estas leyes son importantes ya que marcan el corte temporal de esta investigación. La primera ley, número 40 del 12 de marzo de 1828¹⁵, y la segunda ley, número 83 del 25 de marzo de 1828¹⁶, tampoco lograron eliminar referencias al derecho español. El máximo tribunal sostuvo que las leyes únicamente derogaban el derecho español positivo, escrito o estatuario¹⁷. Empero, las leyes no derogaban los principios del derecho español que habían sido establecidos por la jurisprudencia de los tribunales¹⁸.

3. Traducciones inglesas de las Siete Partidas¹⁹

En el período comprendido entre 1809 y 1828 el máximo tribunal local²⁰ mostró una inclinación hacia las fuentes españolas. Por ejemplo, citó cuatro veces más las recopilaciones, costumbres y ordenanzas españolas que los códigos franceses; doce veces más leyes españolas que las francesas; y casi nunca las decisiones judiciales españolas o francesas. Finalmente aludió en mayor medida a tratadistas y comentaristas franceses que españoles²¹, quizás debido a que estos últimos también desarrollaban elementos del derecho romano pero

¹³ Flower v. Griffith, June 1, 1827, 6 Mart.(n.s.) 89. Nótese que todos los fallos mencionados en esta investigación, salvo indicación en contrario, son del máximo tribunal local (i.e., Supreme Court of Louisiana).

¹⁴ HOOD, *op.cit.*, p. 18.

¹⁵ N. 40 An Act to repeal certain articles of the former Civil Code (March 12, 1828), *Acts passed at the Second Session of the Eights Legislature of the State of Louisiana*, Nueva Orleans, John Gibson State Printer, 1828, pp. 66-67.

¹⁶ N. 83 An Act further amending several articles of the Civil Code and Code of Practice (March 25, 1828), *Acts passed at the Second Session of the Eights Legislature of the State of Louisiana*, Ley 83, Nueva Orleans, John Gibson State Printer, 1828, pp. 150-161.

¹⁷ Reynolds v. Swain, April 1, 1839, 13 La. 193.

¹⁸ HOOD, *op.cit.*, p. 18.

¹⁹ Pasajes de esta sección fueron tomados de AGUSTÍN PARISE, "Introductory Essay on The Translators' Preface to Las Siete Partidas", *Journal of Civil Law Studies*, vol. 7, Baton Rouge, 2014, pp. 311-353.

²⁰ La Corte Superior del Territorio de Orleans y desde 1812 la Suprema Corte de la Luisiana.

²¹ RABALAIS, *op.cit.*, p. 1504.

en un idioma más conveniente. Las referencias a materiales españoles se focalizaron en las Siete Partidas, la Librería de Escribanos y la Curia Filípica. Estas tres fuentes sumaban el 60% de las referencias a materiales españoles²². El interés del siglo XIX por el derecho español exigió una traducción de las Siete Partidas al idioma inglés²³. Los tribunales y los profesionales del derecho se beneficiarían de la disponibilidad de una traducción al inglés de dicho cuerpo del derecho.

Una primera traducción de una selección de títulos de las Siete Partidas fue fechada 1818²⁴. Moreau-Lislet y Carleton tradujeron los títulos sobre obligaciones (Partida V, Título XI), compraventa (Partida V, Título V) y permuta (Partida V, Título VI). Ese trabajo fue publicado en Nueva Orleans por Roche Brothers, en un único volumen a lo largo de 197 páginas, colocando el texto español original en el verso y la traducción al inglés en el recto. Esa primera traducción incluyó un breve prefacio²⁵ que comenzó con un resumen de los contenidos de la obra de Alfonso X. Los traductores indicaron además que “las Siete Partidas pueden ser consideradas entonces como el código principal de la legislación española”²⁶. Moreau-Lislet y Carleton reconocieron que la estructura, términos y la ortografía de la lengua española que tradujeron contaban ya con 500 años y que eran incluso difíciles de entender para un español nativo del siglo XIX²⁷.

Una segunda traducción de otros títulos de las Siete Partidas fue fechada en 1820²⁸. En marzo de 1819 la legislatura local resolvió traducir las restantes secciones de las Siete Partidas que tuvieran vigencia en la región. La legislatura declaró en esa ocasión que “es de gran importancia para los ciudadanos de este Estado, no sólo que las copias de las leyes por las cuales se rigen se multipliquen, sino que también deben tenerlas en un lenguaje más generalmente comprendido que el español”²⁹. El legislador tuvo como objetivo permitir que

²² RABALAIS, *op.cit.*, pp. 1504-1505.

²³ Véase John H. Tucker, “Louisiana Civil Law Literature”, *Reports of the Louisiana State Bar Association for 1935-1941*, vol. 34, Nueva Orleans, Hauser Printing, 1942, p. 29.

²⁴ LOUIS MOREAU LISLET y HENRY CARLETON: *A Translation of the titles on Promises and Obligations, sale and purchase, and exchange from the Spanish of Las Siete Partidas*, Nueva Orleans, Roche Brothers, 1818.

²⁵ MOREAU LISLET y CARLETON: *A Translation*, cit., pp. iii-vi.

²⁶ MOREAU LISLET y CARLETON: *A Translation*, cit., p. iv.

²⁷ MOREAU LISLET y CARLETON: *A Translation*, cit., pp. v-vi.

²⁸ MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit.

²⁹ An Act to authorize and encourage the translation of such parts of the Partidas as are considered to have force of law in this State (March 3, 1819), *Acts passed at the First*

la comunidad jurídica obtenga “conocimiento de esta importante rama de nuestra jurisprudencia civil que se encuentra en las referidas obras”³⁰.

La segunda traducción, también por Moreau-Lislet y Carleton, incluyó títulos de seis de las siete partidas, dejando de lado la segunda partida³¹. Ese trabajo fue publicado en Nueva Orleans por James McKaraheer. La traducción se presentó en dos volúmenes, con numeración continua hasta la página 1248, incluyó un índice de títulos para cada volumen, incluyó un índice general y no incluyó el texto original en español. El primer volumen también incluyó un prefacio de los traductores³². En 1819 la legislatura local también nombró a Pierre Derbigny, Étienne Mazureau³³ y Edward Livingston para que examinen el “manuscrito de la traducción y para que lo compararen con el idioma original y vean que esté hecho de manera fiel y contenga todas las partes de las leyes de las Siete Partidas que se considere que tengan fuerza de ley en este Estado”³⁴. El legislador, por lo tanto, no sólo tuvo como objetivo evaluar el lenguaje, también apuntó al fondo de la traducción.

Las traducciones de las Siete Partidas tuvieron un impacto en la comunidad jurídica de la Luisiana. En febrero de 1822 la legislatura local ordenó la distribución de copias de la traducción de 1820³⁵. Copias debían ser enviadas a oficinas públicas en la Luisiana y en otros estados de la Unión y las restantes

Session of the Fourth Legislature of the State of Louisiana, Nueva Orleans, J. C. de St. Romes, 1819, pp. 44-47.

³⁰ An Act to authorize and encourage the translation of such parts of the Partidas as are considered to have force of law in this State (March 3, 1819), *Acts passed at the First Session of the Fourth Legislature of the State of Louisiana*, Nueva Orleans, J. C. de St. Romes, 1819, pp. 44-47.

³¹ Los encabezados de los títulos de la segunda partida fueron preservados en la traducción inglesa. MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., pp. 17-19.

³² MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., pp. iii-xxv.

³³ El texto en inglés refiere erróneamente a S. Mazureau. An Act to authorize and encourage the translation of such parts of the Partidas as are considered to have force of law in this State (March 3, 1819), *Acts passed at the First Session of the Fourth Legislature of the State of Louisiana*, Nueva Orleans, J. C. de St. Romes, 1819, pp. 44-47.

³⁴ An Act to authorize and encourage the translation of such parts of the Partidas as are considered to have force of law in this State (March 3, 1819), *Acts passed at the First Session of the Fourth Legislature of the State of Louisiana*, Nueva Orleans, J. C. de St. Romes, 1819, pp. 44-47.

³⁵ An Act to provide the mode of distribution for the Partidas, as translated by Moreau Lislet and Henry Carleton, esqrs, (February 26, 1822), *Acts passed at the Second Session of the Fifth Legislature of the State of Louisiana*, Nueva Orleans, J. C. de St. Romes, 1822, p. 20. Véase también KATE WALLACH, *Research in Louisiana Law*, 2ª edición, Baton Rouge, LSU Press, 1960, p. 214.

copias debían ser puestas a la venta para el público. Un estudio demostró que, luego de la publicación de las traducciones, hubo un incremento del 100% en la frecuencia con que las Siete Partidas fueron citadas por los tribunales de la Luisiana³⁶. La traducción también llegó a otros estados de la Unión, siendo citada por los tribunales más allá de las fronteras de la Luisiana³⁷, incluso siendo citada en fallos de la Corte Suprema de los EE.UU. en 1834³⁸ y 1844³⁹.

3.1. Autores de la segunda traducción

Cinco juristas, al menos, estuvieron involucrados en el segundo proyecto de traducción de las Siete Partidas en la Luisiana. Las traducciones indican que los autores fueron Moreau-Lislet y Carleton y no hubo indicación sobre la autoría conjunta o individual de las distintas partes. Livingston, Derbigny y Mazureau también estuvieron involucrados en el proyecto, siendo designados por la legislatura local como examinadores de la segunda traducción. Ellos tenían que elaborar un certificado general que indicara que “la traducción, en su opinión, ha[bía] sido correcta y fielmente realizada”⁴⁰.

Moreau-Lislet demostró un interés temprano por la traducción de las Siete Partidas. En abril de 1813 hizo pública su intención frustrada de traducir, junto con Mazureau, las Siete Partidas al francés⁴¹. Moreau-Lislet nació en el año 1766 en la isla de Saint-Domingue⁴². Estudió derecho en Francia y se trasladó a Nueva Orleans debido a la Revolución Francesa. Fue un exitoso

³⁶ RABALAIS, *op.cit.*, p. 1505.

³⁷ Véase, por ejemplo, PETER REICH, “Siete Partidas in My Saddlebags: The Transmission of Hispanic Law from Antebellum Louisiana to Texas and California”, *Tulane European & Civil Law Forum*, vol. 22, Nueva Orleans, 2007, pp. 79-88.

³⁸ Corte Suprema de los EE.UU., *Life & Fire Ins. Co. of New York v. Wilson’s Heirs*, January 1, 1834, 33 U.S. 291.

³⁹ Corte Suprema de los EE.UU., *Stoddard v. Chambers*, January 1, 1844, 43 U.S. 284.

⁴⁰ An Act supplementary to the act entitled “an act to authorise and encourage the Translation of such parts of the Partidas as are considered to have the force of law in this state”, (February 16, 1820), *Acts passed at the Second Session of the Fourth Legislature of the State of Louisiana*, Nueva Orleans, J. C. de St. Romes, 1820, p. 20.

⁴¹ JOHN W. CAIRNS, “The de la Vergne Volume and the Digest of 1808”, *Tulane European & Civil Law Forum*, vol. 24, Nueva Orleans, 2009, p. 51. Véase también ALAIN LEVASSEUR, *Louis Casimir Elisabeth Moreau-Lislet: Foster Father of Louisiana Civil Law*, Baton Rouge, LSU Law Center Publications Institute, 1996, pp. 130-131 y pp. 189-191.

⁴² Existen dudas al respecto, siendo esa fecha la más probable. LEVASSEUR, *op.cit.*, pp. 80-83.

abogado que también supo servir como juez, procurador general y senador de la Luisiana⁴³. Moreau-Lislet manejaba fluidamente los idiomas fundamentales de la Luisiana (*i.e.*, español, francés e inglés⁴⁴) y con esa fluidez pudo redactar, entre otros, el Digesto de 1808 y el Código de 1825. Moreau-Lislet murió en la Luisiana en el año 1832⁴⁵.

Carleton fue el coautor de las dos traducciones. Nació en el estado de Virginia en el año 1785⁴⁶. Se graduó por la Universidad de Yale en 1806, luego de haber asistido previamente durante dos años a cursos en la Universidad de Georgia⁴⁷. Se estableció en Nueva Orleans en 1814 y se formó en derecho en el estudio jurídico de su cuñado⁴⁸, Livingston⁴⁹. Fue fiscal federal de distrito⁵⁰ y juez del máximo tribunal local⁵¹. Carleton es también conocido por sus escritos de carácter bíblico, metafísico y filosófico⁵². Murió en Pennsylvania en el año 1863⁵³.

Livingston fue una de las mentes más brillantes en la historia del derecho estadounidense⁵⁴. Nació en el estado de Nueva York en el año 1764⁵⁵. Estudió en la Universidad de Princeton donde se graduó en 1781 y fue admitido para la práctica profesional en el estado de Nueva York en 1785⁵⁶. En 1804 se trasladó a la Luisiana, al ver a Nueva Orleans como una tierra de oportunidades⁵⁷. La estadía de Livingston en la Luisiana lo convirtió en un exitoso abogado y

⁴³ SHAEL HERMAN ET AL., *The Louisiana Civil Code: A Humanistic Appraisal*, Nueva Orleans, Tulane Law School, 1981, p. 25.

⁴⁴ LEVASSEUR, *op.cit.*, p. 114.

⁴⁵ LEVASSEUR, *op.cit.*, p. 83.

⁴⁶ ALLEN JOHNSON (ed.), *Dictionary of American Biography*, vol. 3, Nueva York, Charles Scribner's Sons, 1943, p. 491.

⁴⁷ CARL A. BRASSEAU X JAMES D. WILSON, *A Dictionary of Louisiana biography ten-year supplement 1988-1998*, Lafayette, Louisiana Historical Association, 1999, p. 34.

⁴⁸ Henry Carleton (1785-1863), Louisiana Supreme Court Justices 1813-Present, http://www.lasc.org/Bicentennial/justices/Carleton_Henry.aspx.

⁴⁹ JOHNSON, *op.cit.*, p. 491.

⁵⁰ JOHNSON, *op.cit.*, p. 491.

⁵¹ BRASSEAU X WILSON, *op.cit.*, p. 34.

⁵² JOHNSON, *op.cit.*, p. 491.

⁵³ Henry Carleton (1785-1863), Louisiana Supreme Court Justices 1813-Present, http://www.lasc.org/Bicentennial/justices/Carleton_Henry.aspx.

⁵⁴ Para acceder a información adicional sobre Edward Livingston véase CHARLES HAVENS HUNT, *Life of Edward Livingston*, Nueva York, D. Appleton and Company, 1864.

⁵⁵ HAVENS HUNT, *op.cit.*, p. 15.

⁵⁶ FREDERICK C. HICKS, *Men and Books Famous in the Law*, Nueva York, The lawyers Co-operative Publishing Co., 1921, p. 160.

⁵⁷ HICKS, *op.cit.*, p. 161.

lo impulsó a redactar importantes piezas legislativas (*v.gr.*, Código de 1825). En 1828 fue electo senador por la Luisiana ante el Congreso de los EE.UU. y en 1831 fue nombrado secretario de estado de los EE.UU.⁵⁸. Livingston murió en Nueva York en el año 1836⁵⁹.

Derbigny nació en el año 1769 en Francia y estudió leyes en Saint Genevieve⁶⁰. Se exilió de Francia durante el período revolucionario y se trasladó a Santo Domingo, de donde se trasladó a los EE.UU., para finalmente establecerse en la Luisiana⁶¹. Debido a su fluidez en dos de los tres idiomas fundamentales de la Luisiana (*i.e.*, francés e inglés), fue nombrado intérprete oficial del gobernador William Claiborne⁶². A lo largo de su vida supo ocupar cargos en los tres poderes⁶³. En el área judicial fue juez del máximo tribunal local durante parte del período de esta investigación y ejerció la profesión de abogado. Participó en la redacción de, entre otros, el Código de 1825. Derbigny murió en la Luisiana en el año 1829⁶⁴.

Mazureau nació en Francia en el año 1777⁶⁵. Tuvo contacto temprano con el derecho, trabajando en un estudio jurídico francés a los trece años⁶⁶. En Europa adquirió conocimiento del derecho e idioma español⁶⁷. Se trasladó a la Luisiana a principios del siglo XIX, donde fue admitido para ejercer la profesión en 1805⁶⁸. Mazureau fue un abogado exitoso en la región: ejerció como abogado en asociación con Livingston y sirvió como secretario de estado de la

⁵⁸ HICKS, *op.cit.*, pp. 168-169.

⁵⁹ HAVENS HUNT, *op.cit.*, p. 432.

⁶⁰ Pierre Auguste Bourguignon Derbigny 1828-1829, Louisiana Secretary of State, <http://www.sos.louisiana.gov/tabid/364/Default.aspx>.

⁶¹ JAMES GRANT WILSON y JOHN FISKE (eds.), *Appleton's Cyclopædia of American Biography*, vol. 2, Nueva York, D. Appleton and Company, 1888, p. 146.

⁶² SHAEEL HERMAN, *The Louisiana Civil Code: A European Legacy for the United States*, Nueva Orleans, Louisiana Bar Foundation, 1993, p. 60.

⁶³ HERMAN, *op.cit.*, p. 60; WILSON y FISKE, *op.cit.*, p. 146 y Pierre Auguste Bourguignon Derbigny 1828-1829, Louisiana Secretary of State, <http://www.sos.louisiana.gov/tabid/364/Default.aspx>.

⁶⁴ Pierre Auguste Bourguignon Derbigny 1828-1829, Louisiana Secretary of State, <http://www.sos.louisiana.gov/tabid/364/Default.aspx>.

⁶⁵ Dictionary of Louisiana Biography, Louisiana Historical Association, <http://www.la-history.org/site30.php>.

⁶⁶ TARA LOMBARDI, "The Great Advocate: Étienne Mazureau: Accomplished Attorney & Statesman (1777-1849)", *De Novo*, vol. 7:2, Nueva Orleans, 2009, p. 6.

⁶⁷ DUMAS MALONE (ed.), *Dictionary of American Biography*, vol. 12, Nueva York, Charles Scribner's Sons, 1933, p. 469.

⁶⁸ LOMBARDI, *op.cit.*, p. 6.

Luisiana⁶⁹. Mazureau tenía manejo del español, francés e inglés⁷⁰. Este actor murió en la Luisiana en el año 1849⁷¹.

El trasfondo de los cinco juristas que participaron en el proyecto de traducción brinda un claro ejemplo de la rica cultura jurídica de la Luisiana. Esos juristas no sólo ocuparon posiciones prominentes como abogados o jueces, sino que también supieron ocupar posiciones como miembros de los poderes legislativo y ejecutivo. Incluso representaban los postulados del derecho continental europeo y del *common law*. Los juristas también estaban familiarizados con varios idiomas, principalmente los que se utilizaba en el discurso jurídico de la Luisiana. Las diferentes capacidades y características de los juristas fueron aspectos valiosos al momento en que se anhelaba la traducción inglesa de las Siete Partidas.

3.2. Prefacio de la segunda traducción

La segunda traducción incluyó un prefacio que ayuda a reflejar el contexto legal de la época en que se redactó. El prefacio abordó diversos temas, mientras que también se refirió a la labor de varios juristas y citó decisiones judiciales y legislación. Los autores resaltaron el apoyo recibió por parte de la legislatura e indicaron que tradujeron las leyes que ellos consideraban que “tenían fuerza de ley”⁷². El prefacio continuó con un bosquejo histórico de la legislación española que se extendió desde la época prerromana⁷³ hasta el siglo XVIII⁷⁴.

La comunidad jurídica dio la bienvenida a literatura que lograra tornar la ley española accesible y los bosquejos históricos ayudaron en ese respecto. Por ejemplo, el Teatro de la Legislación Universal de España e Indias (1791-1798) de Antonio Javier Pérez y López incluyó un bosquejo histórico⁷⁵ que fue utilizado por Moreau-Lislet y Carleton⁷⁶. Un segundo ejemplo, esta vez de la Luisiana, fue proporcionado por *The Civil Law of Spain and Mexico* (1851)

⁶⁹ LOMBARDI, *op.cit.*, pp. 6-7.

⁷⁰ LOMBARDI, *op.cit.*, p. 6.

⁷¹ Obituary of Étienne Mazureau in New Orleans Louisiana in 1849, The Louisiana Digital Library, <http://louisdl.louislibraries.org/cdm/ref/collection/LWP/id/5304>.

⁷² MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., p. iii.

⁷³ MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., p. iv.

⁷⁴ MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., p. xv.

⁷⁵ MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., pp. i-lviii.

⁷⁶ CAIRNS, *op.cit.*, p. 73 y p. 80.

de Gustavus Schmidt. Ese trabajo incluyó un bosquejo histórico del derecho español y también circuló en otros estados de la Unión⁷⁷. Dos mil años de historia y legislación fueron incluidos en muchos de esos bosquejos históricos.

El prefacio fue redactado luego de la consulta de un número de obras, muchas de ellas disponibles en la biblioteca privada de Moreau-Lislet⁷⁸. Los traductores mencionaron obras de Juan Sala⁷⁹, Pedro Murillo Velarde⁸⁰, Domenico Alberto Azuni⁸¹ y Alonso de Azevedo⁸². Otros juristas no se mencionaron explícitamente en el texto, aunque su trabajo fue de valor para los traductores (*v.gr.*, el Teatro de Pérez y López⁸³).

4. Activando traducciones ante el máximo tribunal de la Luisiana

Esta última parte explora el impacto de las dos traducciones en la práctica ante el máximo tribunal local. El período estudiado se extiende desde enero de 1818, año de la publicación de la primera traducción, hasta diciembre de 1828, año en que la legislatura adoptó las dos leyes que intentaron poner un final a la pervivencia del derecho español. La búsqueda se realizó en la base de datos electrónica de *WestlawNext* y se realizaron múltiples búsquedas tratando de cubrir diversas posibilidades de referencia a las Siete Partidas⁸⁴. Un total de 136 fallos en inglés hicieron referencia a las Siete Partidas⁸⁵.

⁷⁷ Vease AGUSTÍN PARISE, “Gustavus Schmidt, The Civil Law of Spain and Mexico”, *Journal of Civil Law Studies*, vol. 2, Baton Rouge, 2009, pp. 183-193.

⁷⁸ MITCHELL FRANKLIN, “Libraries of Edward Livingston and of Moreau Lislet”, *Tulane Law Review*, vol. 15, Nueva Orleans, 1941, pp. 405-409.

⁷⁹ MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., p. iv y p. xiii.

⁸⁰ MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., pp. xvii-xviii.

⁸¹ MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., p. xvi. El prefacio se refirió incorrectamente a Azum.

⁸² MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., p. xvii.

⁸³ CAIRNS, *op.cit.*, p. 73. El nombre del autor del Teatro no se menciona explícitamente en el prefacio. Su trabajo, sin embargo, se menciona en efecto, cuando Moreau-Lislet y Carleton hacen referencia al “autor del teatro de la legislación española.” MOREAU LISLET y CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas*, cit., p. xiv.

⁸⁴ Nótese que la búsqueda no fue realizada en soporte papel y por ende las limitaciones de los buscadores (*v.gr.*, errores en el reconocimiento de textos) deben contemplarse. Las búsquedas incluyeron: “partida”, “part.”, “p. 1 [restantes números]”, “1 [restantes números] + p.”, “First [restantes números] part.”, “first [restantes números] p.”, “translate”, “translator” y “translation.”

⁸⁵ Última búsqueda realizada en *WestlawNext* el 12 de agosto de 2016.

4.1. Impacto 1818-1819

Los resultados de la investigación indican que el máximo tribunal de la Luisiana mencionó a las Siete Partidas en 12 fallos durante el período 1818-1819⁸⁶. Algunas observaciones se pueden desprender de esos resultados.

En primer lugar se percibe que las Siete Partidas se citaron en la Luisiana durante ese corto período para fundamentar o dar apoyo a un reclamo judicial. Es decir, se percibe que las Siete Partidas pervivieron en la Luisiana estadual. Así se nota en un fallo, por ejemplo, que se habla de la pervivencia cuando se sostiene que “en España, en particular, el derecho romano se mantuvo durante los gobiernos de todos sus invasores góticos, un imperio dividido con sus códigos feudales; un hecho que es evidente en la mayoría de los títulos de las Siete Partidas, y que en el presente caso, es muy importante investigar”⁸⁷.

En segundo lugar se advierte que la primera traducción de las Siete Partidas no fue mencionada en los fallos analizados. Debe recordarse que esa traducción se limitó a los títulos de las Siete Partidas sobre obligaciones (Partida V, Título XI), compraventa (Partida V, Título V) y permuta (Partida V, Título VI).

En tercer lugar se nota que existieron problemas con las traducciones de textos durante los procesos por ante los tribunales de la Luisiana. Existieron debates acalorados ante los tribunales, en los cuales se discutió el significado y uso de palabras⁸⁸. Un pasaje de un fallo ilustra claramente el tenor de esos debates. Así, por ejemplo, se lee:

Fui guiado, inicialmente, hacia una traducción falsa de ese pasaje, al adoptar sin suficiente examinación la [traducción] de la parte actora. [La parte actora] traduce serrándose, ‘como disminuyendo su diámetro hacia la profundidad.’ La palabra debería ser, y probablemente es, en el original,

⁸⁶ Alexander v. Jacob, July 1, 1818, 5 Mart.(o.s.) 632; Andry v. Foy, July 1, 1819, 7 Mart.(o.s.) 33; Andry v. Foy, June 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 689; Chabot v. Blanc, February 1, 1818, 5 Mart.(o.s.) 328; City of New Orleans v. Bailey, January 1, 1818, 5 Mart.(o.s.) 321; Croizet v. Gaudet, April 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 524; Delazerry v. Blanque’s Syndics, May 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 560; Gravier v. Livingston, February 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 281; Harvey v. Fitzgerald, April 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 530; Morgan v. Livingston, February 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 19; Phillips v. Rogers, October 1, 1818, 5 Mart.(o.s.) 700; Saulet v. Loiseau, April 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 512.

⁸⁷ Phillips v. Rogers, October 1, 1818, 5 Mart.(o.s.) 700.

⁸⁸ Véanse, *v.gr.*, los debates en Morgan v. Livingston, February 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 19.

cerrándose, la cual significa encerrado. La palabra ‘serrar,’ significa cortar. ‘Cerrar,’ es circunscribir, limitar⁸⁹.

Seguido, en ese fallo se acompañó una referencia al Diccionario de la Real Academia Española⁹⁰, demostrando la autoridad de lo expresado.

En cuarto lugar se observa que en 11 de los 12 fallos se mencionó a alguno de los cinco actores que estuvieron involucrados en la traducción (*i.e.*, Moreau-Lislet⁹¹, Carleton⁹², Derbigny⁹³, Livingston⁹⁴ y Mazureau⁹⁵). En un único fallo los cinco actores estuvieron ausentes⁹⁶. Esto parecería indicar que cuando se hablaba de las Siete Partidas y su pervivencia en la Luisiana estadual temprana estos cinco actores estaban entre los más autorizados. Ilustran esta observación un número de fallos. En un fallo Moreau-Lislet representó a la parte actora contra Livingston y en ese mismo pleito Derbigny era juez⁹⁷. Otro pleito tuvo nuevamente a Livingston como demandado, involucró a Derbigny como juez y a Mazureau representando a la parte actora⁹⁸. Los cinco actores por momentos también se enfrentaron. Así se puede encontrar en un pleito a Moreau-Lislet representando a la parte actora y a Mazureau representando a la parte demandada⁹⁹.

Esos 12 fallos ayudan a demostrar que las Siete Partidas pervivieron en la Luisiana estadual temprana. Al mismo tiempo advierten que la primera traducción no llegó inmediatamente a los estrados judiciales¹⁰⁰. Corolario, las Siete Partidas pervivieron frente a la adopción del Digesto de 1808.

⁸⁹ Gravier v. Livingston, February 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 281.

⁹⁰ Gravier v. Livingston, February 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 281.

⁹¹ *V.gr.*, actúa como abogado por la parte actora en Andry v. Foy, June 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 689.

⁹² *V.gr.*, actúa como abogado por la parte demandada en City of New Orleans v. Bailey, January 1, 1818, 5 Mart.(o.s.) 321.

⁹³ *V.gr.*, actúa como juez en Croizet v. Gaudet, April 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 524.

⁹⁴ *V.gr.*, actúa como parte y como abogado de la demandada en Morgan v. Livingston, February 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 19. En ese mismo caso Moreau-Lislet fue abogado de la demandada.

⁹⁵ *V.gr.*, actúa como abogado por la parte demandada en Chabot v. Blanc, February 1, 1818, 5 Mart.(o.s.) 328.

⁹⁶ Harvey v. Fitzgerald, April 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 530. En ese único fallo la referencia a las Siete Partidas es mediante la obra de Juan Sala, quien hizo referencia a la partida quinta en la página 238 de su primer tomo del año 1803.

⁹⁷ Morgan v. Livingston, February 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 19.

⁹⁸ Derbigny se abstuvo de opinar. Gravier v. Livingston, February 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 281.

⁹⁹ Andry v. Foy, June 1, 1819, 6 Mart.(o.s.) 689.

¹⁰⁰ No debe descartarse, sin embargo, que la traducción fuera utilizada por los profesionales en sus actividades diarias, no siendo naturalmente reflejado en los registros judiciales.

4.2. *Impacto 1820-1828*

Los resultados de la investigación indican que el máximo tribunal de la Luisiana mencionó a las Siete Partidas en 124 fallos durante el período 1820-1828¹⁰¹. Algunas observaciones pueden desprenderse también de esos resul-

¹⁰¹ Abat v. Casteres, January 1, 1825, 3 Mart.(n.s.) 220; Abercrombie v. Caffray, August 1, 1824, 3 Mart.(n.s.) 1; Baldwin v. Gordon, September 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 378; Bazzi v. Rose, May 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 149; Bernard v. Vignaud, January 1, 1822, 10 Mart.(o.s.) 482; Bernard v. Vignaud, January 1, 1822, 10 Mart.(o.s.) 633; Bernard v. Vignaud, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 442; Bernard v. Vignaud, March 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 12; Boatner v. Henderson, October 1, 1826, 5 Mart.(n.s.) 186; Boyer v. Aubert, January 1, 1823, 12 Mart.(o.s.) 655; Bradford v. Brown, April 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 217; Brashears v. Barrabino, August 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 641; Breedlove v. Fletcher, March 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 524; Breedlove v. Turner, March 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 353; Broh v. Jenkins, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 526; Caldwell v. Davis, February 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 135; Canfield v. McLaughlin, February 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 303; Carrel's Heirs v. Cabaret, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 375; Chesneau's Heirs v. Sadler, February 1, 1822, 10 Mart.(o.s.) 726; Chretien v. Theard, February 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 11; Chretien v. Theard, June 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 582; City of New Orleans v. Gravier, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 620; Clay v. His Creditors, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 519; Copelly v. Deverges, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 641; Dauphin v. Soulie, March 1, 1825, 3 Mart.(n.s.) 446; Davis v. Prevost's Heirs, September 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 650; Davis' Heirs v. Prevost's Heirs, September 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 445; Deliole v. Morgan, December 1, 1823, 2 Mart.(n.s.) 24; Delphine v. Deveze, June 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 650; Des Boulets v. Gravier, July 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 420; Ditman v. Hotz, January 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 200; Dorsey v. Vidal, December 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 718; Dressen v. Cox, June 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 631; Dubreuil's Heirs v. Rouzan, April 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 158; Dufour v. Camfranc, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 675; Dufour v. Camfrancq, June 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 235; Duncan's Ex'rs v. Hampton, May 1, 1827, 6 Mart.(n.s.) 31; Dunn v. Vail, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 416; Durnford v. Degruys, June 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 220; Durnford v. Gross, March 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 465; Durnford v. Seghers' Syndics, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 470; Evans v. Gray, December 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 475; Evans v. Gray, January 1, 1823, 12 Mart.(o.s.) 507; Fisk v. Fisk, July 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 676; Ford's Curator v. Ford, June 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 574; Francoise v. Delaronde, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 619; Frederic v. Frederic, July 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 188; Frique v. Hopkins, February 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 212; Fusilier v. Hennen, August 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 266; Gayoso de Lemos v. Garcia, June 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 324; Gilly v. Henry, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 402; Godel v. McLanahan, May 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 435; Gonzales v. Sanchez, June 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 657; Hanna v. His Creditors, June 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 32; Harrod v. Norris' Heirs, May 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 16; Harvey v. Grymes, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 395; Hawkins v. Vanwickle, January 1, 1828, 6 Mart.(n.s.) 418; Henderson v. Morgan, June 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 649; Hennen v. Munroe, May 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 579; Herman v. Sprigg, January 1, 1825, 3 Mart.(n.s.) 190; Hobson v. Davidson's Syndic, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 422; Hodge v. Morgan, January 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 61; Hodge's Heirs v. Durnford, March 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 100; Holliday v. McCulloch,

tados. Vale recordar que el año de corte de la investigación se debe a las dos leyes de la legislatura local que derogaban las leyes anteriores a la sanción del Código de 1825. Vale recordar también que las referencias a las Siete Partidas aumentaron en un 100% luego de la publicación de las traducciones. Debe recordarse por último que la distribución de las copias de la segunda traducción fue ordenada por la legislatura local en 1822.

December 1, 1824, 3 Mart.(n.s.) 176; Hunter v. Smith, October 1, 1826, 5 Mart.(n.s.) 164; Hunter's Syndics v. Hunter, June 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 5; In re De Armas, July 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 158; In re De Armas, June 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 123; Johnston v. Breedlove, May 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 508; Jordan v. White, March 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 335; Kilgour v. Ratcliff's Heirs, March 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 292; Kling v. Fish, April 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 391; Lacroix v. Coquet, April 1, 1827, 5 Mart.(n.s.) 527; Lafarge v. Morgan, May 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 462; Lafon's Ex'r v. Desessart, March 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 71; Lafon's Ex'x v. Gravier, May 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 243; Larche v. Jackson, March 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 408; Le Pretre v. Sibley, September 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 302; Lecesne v. Cottin, July 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 174; Livingston v. Heerman, May 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 656; Ludeling v. His Creditors, June 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 601; Madeira v. Townsley, June 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 84; Marie v. Avart's Heirs, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 512; Martin v. Martin's Heirs, October 1, 1826, 5 Mart.(n.s.) 165; Martinez v. Layton, April 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 368; Melancon's Heirs v. Duhamel, August 1, 1824, 3 Mart.(n.s.) 7; Melancon's Heirs v. Duhamel, September 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 225; Millaudon v. McMicken, May 1, 1828, 7 Mart.(n.s.) 34; Millaudon v. Soubercase, January 1, 1825, 3 Mart.(n.s.) 287; Moore's Assignee v. King, August 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 261; Morse v. Brandt, May 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 515; Natchitoches' Trustees v. Coe, September 1, 1824, 3 Mart.(n.s.) 140; Nolte v. His Creditors, June 1, 1827, 6 Mart.(n.s.) 168; Ory v. Winter, March 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 277; Packwood v. Richardson, June 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 405; Packwood v. Walden, June 1, 1828, 7 Mart.(n.s.) 81; Potter v. Richardson, May 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 276; Powers v. Foucher, June 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 70; Prevost v. Johnson, September 1, 1820, 9 Mart.(o.s.) 123; Prudhomme v. Dawson, September 1, 1824, 3 Mart.(n.s.) 161; Ramsay v. Livingston, May 1, 1827, 6 Mart.(n.s.) 15; Richardson v. Terrel, September 1, 1820, 9 Mart.(o.s.) 1; Roman Catholic Church v. Miller, October 1, 1826, 5 Mart.(n.s.) 101; Ross v. Buhler, March 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 312; Saul v. His Creditors, April 1, 1827, 5 Mart.(n.s.) 569; Sexnander v. Fleming, May 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 256; Shuff v. Morgan, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 592; Simmins v. Parker, January 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 200; Southworth v. Bowie, September 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 537; Stackpole v. Hennen, February 1, 1828, 6 Mart.(n.s.) 481; State v. Orleans Nav. Co., March 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 38; Steer v. Ward, February 1, 1822, 10 Mart.(o.s.) 679; Stockton v. Hasluck, December 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 472; Thuret v. Jenkins, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 318; Treme v. Lanaux's Syndics, February 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 230; Trudeau v. Smith's Syndics, January 1, 1823, 12 Mart.(o.s.) 543; Vannoright v. Foreman, June 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 352; Viales v. Viales' Syndic, April 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 634; Ward v. Brandt, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 625; Ward v. Brandt, May 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 331; Watson v. McAllister, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 368; Weimprender v. Weimprender, March 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 17; Weimprender's Syndics v. Weimprender, June 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 591; Williamson v. Price, April 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 399.

En primer lugar se percibe que durante este período (1820-1828) las Siete Partidas también se citaron para fundamentar o dar apoyo a un reclamo judicial¹⁰². En ocasiones las Siete Partidas eran el fundamento principal, tal como lo ilustra un fallo que comienza diciendo que “este proceso se promueve en cumplimiento de las disposiciones de la ley número 46 del título 2d de la Partida tercera”¹⁰³. En otro fallo se percibe también el uso dado a las Siete Partidas cuando se sostuvo que “para corroborar esas afirmaciones extrañas, cita [la parte] como decisiva la ley 11 del título 16 de la Partida 3. De hecho, es decisiva, pero de una manera muy diferente de lo que él afirma”¹⁰⁴. Incluso en otro fallo se lee que “si esta doctrina fuera a prevalecer, no sólo se postraría la autoridad de las Siete Partidas, sino que implicaría un absurdo”¹⁰⁵. Los resultados de esta investigación demuestran que en este período se continuaron citando las Siete Partidas como autoridad¹⁰⁶. En ocasiones se citaron las Siete Partidas en español con transcripción española¹⁰⁷. Un número de fallos de 1823¹⁰⁸, 1825¹⁰⁹ y 1828¹¹⁰ demuestran que luego de la traducción siguieron citándose pasajes en español. En ocasiones se mezclaron el español y el inglés. Ilustra sobra la confusión existente un pasaje que sostiene en su forma original (*n.b.*, sin traducción)

The Partida supposes a sale, and inquires only a quien pertenesce el pro o el daño en las cosas, que se suelen contar o pesar o medir o gustar despues que fuesen vendidas. The law declares, el daño que acaesciere en la cosa depues que la vendida es complida; diximos que es del comprador, maguer non sea la cosa que compro venida a su poder. Pero casos y a que non seria assi. What is not the case? What is the antecedent of assi?¹¹¹

Un segundo ejemplo ilustra cuando se transcribe en su forma original: “If the judge, by his sentence against any lawyer, on account of his ill fame, or any other just cause, o por alguna razon derecha, forbid him to practise, he will no

¹⁰² Véanse, *v.gr.*, Thuret v. Jenkins, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 318 y Dunn v. Vail, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 416.

¹⁰³ Livingston v. Heerman, May 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 656.

¹⁰⁴ Bernard v. Vignaud, January 1, 1822, 10 Mart.(o.s.) 482.

¹⁰⁵ Trudeau v. Smith’s Syndics, January 1, 1823, 12 Mart.(o.s.) 543.

¹⁰⁶ Véanse, *v.gr.*, Herman v. Sprigg, January 1, 1825, 3 Mart.(n.s.) 190 y Morse v. Brandt, May 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 515.

¹⁰⁷ Véase, *v.gr.*, Marie v. Avart’s Heirs, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 512.

¹⁰⁸ Bernard v. Vignaud, March 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 12.

¹⁰⁹ Herman v. Sprigg, January 1, 1825, 3 Mart.(n.s.) 190.

¹¹⁰ Stackpole v. Hennen, February 1, 1828, 6 Mart.(n.s.) 481.

¹¹¹ Shuff v. Morgan, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 592.

longer be permitted to practise. Part. 3, 6, 11¹¹². Se advierte así que las Siete Partidas eran una fuente consultada en la Luisiana y debían ser interpretadas.

Las Siete Partidas pervivieron¹¹³ en la Luisiana, si bien algunos fallos indicaron lo contrario¹¹⁴. Las dudas existieron, incluso en 1827, cuando se sostuvo en un fallo que: “por lo tanto, conforme los términos afirmativos y expresos del artículo citado, la disposición de las Siete Partidas es conservada [y] no derogada”¹¹⁵. La pervivencia se dio también con otras fuentes. Así se advierte que las Siete Partidas fueron citadas junto al Digesto de 1808¹¹⁶, la Curia Filípica¹¹⁷ y el trabajo de José Febrero. Un fallo postuló la siguiente pregunta: “¿ignora [la parte] que la ley de las Siete Partidas requiere y Febrero enseña que la voluntad debe contener esta cláusula?”¹¹⁸ También se advierten mezclas entre sistemas en la pervivencia en la Luisiana cuando, por ejemplo, se citaron las Siete Partidas junto a las obras de Jean Domat y Robert-Joseph Pothier¹¹⁹. Un fallo sostuvo que “el mismo derecho se encuentra en todas las autoridades franceses, en las Siete Partidas y en el Digesto de 1808”¹²⁰. La pervivencia se hizo presente también junto al *common law*, ya que un fallo incluyó a las Siete Partidas junto a, entre otros, Joseph Chitty¹²¹; mientras que otro fallo expuso que “la regla es la misma tanto en el *common law*, de la cual toma gran parte de lo relativo a la prueba, como en las Siete Partidas”¹²².

En segundo lugar se observa que la traducción fue mencionada en los fallos de este nuevo período. Por ejemplo, la traducción se citó en un fallo como autoridad, al decir que:

¹¹² In re De Armas, July 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 158.

¹¹³ Véanse, *v.gr.*, Bernard v. Vignaud, January 1, 1822, 10 Mart.(o.s.) 633; Canfield v. McLaughlin, February 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 303; Carrel’s Heirs v. Cabaret, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 375; Marie v. Avart’s Heirs, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 512.

¹¹⁴ Véanse, *v.gr.*, Durnford v. Gross, March 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 465; Hobson v. Davidson’s Syndic, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 422; Simmins v. Parker, January 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 200.

¹¹⁵ Lacroix v. Coquet, April 1, 1827, 5 Mart.(n.s.) 527.

¹¹⁶ Véanse, *v.gr.*, Bradford v. Brown, April 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 217; Davis’ Heirs v. Prevost’s Heirs, September 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 445; Frederic v. Frederic, July 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 188.

¹¹⁷ Brashears v. Barrabino, August 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 641.

¹¹⁸ Marie v. Avart’s Heirs, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 512.

¹¹⁹ Melancon’s Heirs v. Duhamel, September 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 225. El tronco común del derecho romano podría explicar ese vínculo, sin embargo.

¹²⁰ Davis v. Prevost’s Heirs, September 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 650.

¹²¹ Williamson v. Price, April 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 399.

¹²² Jordan v. White, March 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 335.

El juez Moreau[-Lislet] y el Sr. Carleton, los dos caballeros que, en virtud de un acto de la legislatura, han publicado recientemente las leyes de Las Siete Partidas, que aún están en vigor en el estado de la Luisiana, han preservado las leyes de la tercera partida, que se consideran aquí, como no derogadas por ninguna ley del estado¹²³.

La traducción volvió a ganar autoridad en un fallo de 1823 que lee:

Esta ley ha sido considerada como estando ahora en vigor por los dos caballeros, designados por el legislador, para traducir las partes de las Siete Partidas que son ley [en el estado]. Estoy feliz de encontrar mi argumento sustentado por su juicio imparcial. Si el dictamen del tribunal coincide con nosotros, la controversia que ha surgido en este caso podrá decidirse fácilmente¹²⁴.

Y las referencias siguieron sumándose en el período. Nuevamente en 1823 se preguntó en un fallo “pero, entonces ¿está en vigor esta ley en la Luisiana? Los traductores de las Siete Partidas dicen que no; y el comité, al que la traducción fue referido por el legislador, dice lo mismo”¹²⁵. En 1826 el impacto se siguió advirtiendo cuando se citaron las Siete Partidas acompañadas de las siglas “Mor. & Car.”¹²⁶. En ese mismo fallo el juez George Mathews concluyó diciendo que “puede que no sea inapropiado referir a una nota en la traducción de las Partidas por Moreau[-Lislet] y Carleton”¹²⁷. La traducción de las Siete Partidas se había ganado para ese entonces un lugar en la comunidad jurídica. Bien vale detenerse en dos puntos finales sobre el uso de la traducción. Primero, que los traductores reconocieron los límites de su trabajo. Así, en un fallo de 1822 Moreau-Lislet reconoció un error en la traducción de Partida 3, 28, 40¹²⁸ y en otro del mismo año fue crítico de su trabajo¹²⁹. Segundo, que la traducción también se utilizó en la Luisiana para acceder a la glosa de Gregorio López¹³⁰.

¹²³ In re De Armas, July 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 158.

¹²⁴ Trudeau v. Smith’s Syndics, January 1, 1823, 12 Mart.(o.s.) 543. En ese mismo fallo se transcribió entre comillas parte de la traducción para Partida 3, 28, 46 y se indicó “Moreau and Carleton’s translation.”

¹²⁵ Evans v. Gray, January 1, 1823, 12 Mart.(o.s.) 507.

¹²⁶ Copelly v. Deverges, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 641.

¹²⁷ Esa referencia es a la nota en la página 398 (Partida 3, 30, 8) de la traducción. Copelly v. Deverges, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 641.

¹²⁸ Dufour v. Camfranc, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 675.

¹²⁹ Copelly v. Deverges, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 641.

¹³⁰ Ford’s Curator v. Ford, June 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 574. Nótese que existe un error material en el fallo, ya que la extensa nota se encuentra en las páginas 532-535 de la traducción.

En tercer lugar se advierte que siguieron existiendo problemas con las traducciones de textos durante los procesos por ante los tribunales de la Luisiana. Existieron problemas en el período, continuaron los acalorados debates¹³¹ y se cuestionó el mérito de la traducción¹³². La traducción de Moreau-Lislet y Carleton no puso fin entonces a las demás traducciones: los profesionales siguieron realizando sus propias traducciones¹³³.

En cuarto lugar se nota que en 46¹³⁴ de los 124 fallos (37%) se mencionó a alguno de los cinco actores¹³⁵. Nótese que en los fallos de los años 1824, 1825

¹³¹ Carrel's Heirs v. Cabaret, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 375.

¹³² Copelly v. Deverges, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 641.

¹³³ Harrod v. Norris' Heirs, May 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 16.

¹³⁴ Bazzi v. Rose, May 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 149; Bernard v. Vignaud, January 1, 1822, 10 Mart.(o.s.) 482; Bernard v. Vignaud, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 442; Bernard v. Vignaud, March 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 12; Bradford v. Brown, April 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 217; Breedlove v. Fletcher, March 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 524; Breedlove v. Turner, March 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 353; Broh v. Jenkins, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 526; Carrel's Heirs v. Cabaret, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 375; Chesneau's Heirs v. Sadler, February 1, 1822, 10 Mart.(o.s.) 726; Chretien v. Theard, February 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 11; City of New Orleans v. Gravier, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 620; Clay v. His Creditors, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 519; Copelly v. Deverges, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 641; Davis' Heirs v. Prevost's Heirs, September 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 445; Dubreuil's Heirs v. Rouzan, April 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 158; Dufour v. Camfranc, June 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 675; Dufour v. Camfrancq, June 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 235; Duncan's Ex'rs v. Hampton, May 1, 1827, 6 Mart.(n.s.) 31; Dunn v. Vail, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 416; Durnford v. Gross, March 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 465; Durnford v. Seghers' Syndics, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 470; Françoise v. Delaronde, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 619; Frederic v. Frederic, July 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 188; Frique v. Hopkins, February 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 212; Gilly v. Henry, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 402; Gonzales v. Sanchez, June 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 657; Harvey v. Grymes, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 395; Hobson v. Davidson's Syndic, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 422; Hodge's Heirs v. Durnford, March 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 100; In re De Armas, July 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 158; Jordan v. White, March 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 335; Lafarge v. Morgan, May 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 462; Lafon's Ex'x v. Gravier, May 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 243; Lecesne v. Cottin, July 1, 1821, 10 Mart.(o.s.) 174; Livingston v. Heerman, May 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 656; Marie v. Avart's Heirs, July 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 512; Martinez v. Layton, April 1, 1826, 4 Mart.(n.s.) 368; Powers v. Foucher, June 1, 1822, 12 Mart.(o.s.) 70; Ramsay v. Livingston, May 1, 1827, 6 Mart.(n.s.) 15; Saul v. His Creditors, April 1, 1827, 5 Mart.(n.s.) 569; Vannoright v. Foreman, June 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 352; Viales v. Viales' Syndic, April 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 634; Ward v. Brandt, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 625; Ward v. Brandt, May 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 331; Watson v. McAllister, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 368.

¹³⁵ Algunos fallos no incluyen el nombre de los abogados (*v.gr.*, Ford's Curator v. Ford, June 1, 1824, 2 Mart.(n.s.) 574), mientras que otros parecerían presentar errores materiales en los nombres. El fallo Stackpole v. Hennen, February 1, 1828, 6 Mart.(n.s.) 481 refiere a Mazereau como abogado de la parte demandada, si bien podría tratarse de un error

y 1828 ninguno de los cinco estuvo presente¹³⁶. Ilustran esta observación un número de fallos. Derbigny, al igual que en el período anterior, estuvo presente en su carácter de juez, pero también luego como abogado¹³⁷. Moreau-Lislet en algunas de sus participaciones hizo referencia al derecho español desde el inicio¹³⁸. En un fallo Derbigny representó a la parte actora y Moreau-Lislet a la parte demandada¹³⁹, Livingston estuvo activo como abogado y como parte¹⁴⁰, Mazureau trabajó en un caso con Livingston para la parte actora¹⁴¹ y Carleton participó en un número de casos como abogado para la parte demandada¹⁴².

Esos 124 fallos ayudan a demostrar que las Siete Partidas pervivieron en la Luisiana durante el segundo período. Las Siete Partidas lograron sobrevivir tanto la adopción del Digesto de 1808 como del Código de 1825. La traducción, la cual fue autoritativa desde un momento temprano, pudo ayudar en esa pervivencia.

5. Recapitulación y acotaciones

Esta investigación abordó cambios experimentados en el derecho de la Luisiana durante la primera mitad del siglo XIX y presentó la traducción al inglés de las Siete Partidas como un vehículo de pervivencia del derecho español. En primer lugar se exhibió a la Luisiana como una jurisdicción moldeada por el derecho continental europeo, así entendiendo la presencia de las Siete Partidas durante el período sujeto a estudio. En segundo lugar se informó sobre dos traducciones (1818, 1820) de títulos de las Siete Partidas, con especial

material o de digitalización. El autor de esta investigación no tuvo acceso al soporte papel oficial del fallo, no obstante otro digesto se refiere a Mazureau (*i.e.*, J. BURTON HARRISON, *Condensed Reports of Cases in the Superior Court of the Territory of Orleans, and on the Supreme Court of Louisiana*, vol. 4, Nueva Orleans, E. Johnson & Co, 1840, p. 32).

¹³⁶ No es posible dilucidar las razones de ello y debe advertirse que quizá alguno de los asociados de los cinco actores podría encontrarse en los pleitos. Esta investigación se limitó a la participación directa de los cinco actores. También debe notarse que los abogados de las partes aparecen mencionados por apellido, la mayoría de las veces sin referencia al nombre.

¹³⁷ *V.gr.*, Chesneau's Heirs v. Sadler, February 1, 1822, 10 Mart.(o.s.) 726.

¹³⁸ *V.gr.*, Carrel's Heirs v. Cabaret, January 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 375 y Viales v. Viales' Syndic, April 1, 1820, 7 Mart.(o.s.) 634.

¹³⁹ Chretien v. Theard, February 1, 1822, 11 Mart.(o.s.) 11.

¹⁴⁰ *V.gr.*, Dubreuil's Heirs v. Rouzan, April 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 158 y Vannorgh v. Foreman, June 1, 1823, 1 Mart.(n.s.) 352.

¹⁴¹ Ward v. Brandt, April 1, 1821, 9 Mart.(o.s.) 625.

¹⁴² *V.gr.*, Bazzi v. Rose, May 1, 1820, 8 Mart.(o.s.) 149.

atención a la vida y obra de los cinco actores que estuvieron involucrados en la tarea de traducción. En tercer lugar se expusieron los resultados de un estudio que se focalizó en los 136 fallos judiciales de la Luisiana resueltos en el período 1818-1828 en los cuales se hizo referencia a las Siete Partidas. Se pudo así comprobar que las Siete Partidas en efecto pervivieron en la práctica por ante los tribunales.

Vale resaltar dos aspectos finales relativos a la pervivencia del derecho español en la Luisiana decimonónica temprana. Por una parte, es dable indicar que los actores parecerían ser adecuados para esa tarea de traducción. Fueron representantes de ambos sistemas jurídicos, algunos estaban formados en el *common law* y otros en el sistema continental europeo, mientras que otros lo fueron en ambos sistemas. Asimismo, los actores también manejaban varios idiomas, principalmente los utilizados en la Luisiana. Finalmente, los actores eran parte del discurso jurídico y supieron interactuar con, y ser parte de, los otros poderes del estado. Por otra parte, es dable resaltar que las traducciones sirvieron como vehículo para la pervivencia del derecho español en la Luisiana, sirviendo como una prolongación del derecho español que supo existir en esa región sur del continente norteamericano.

EL DERECHO INDIANO EN LOS APORTES DE LOS OBISPOS
LATINOAMERICANOS A LA PRIMERA CODIFICACIÓN DEL DERECHO
CANÓNICO DE 1917

THE *DERECHO INDIANO* IN THE CONTRIBUTIONS OF LATIN
AMERICAN BISHOPS TO THE FIRST CODIFICATION OF CANON LAW
IN 1917

CARLOS SALINAS ARANEDA

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

carlos.salinas@pucv.cl

Resumen: La redacción del primer Código de Derecho Canónico que tuvo la Iglesia católica latina fue ordenada por el Papa san Pío X en 1904. La tarea codificadora, empero, no fue obra de un grupo cerrado de expertos, sino que tuvo en cuenta el parecer de todo el episcopado, el que fue consultado en dos momentos diferentes, el primero de los cuales, que se aborda en estas páginas, pretendía que los prelados propusieren las modificaciones necesarias al derecho canónico vigente. Se presentan, a partir de documentación guardada en el Archivo Secreto Vaticano, algunos aportes de obispos latinoamericanos que se inspiraron en el derecho indiano.

Palabras clave: derecho indiano, derecho canónico indiano, Código de Derecho Canónico de 1917, *Postulata episcoporum*, obispos latinoamericanos, primera codificación.

Abstract: The drafting of the first Code of Canon Law of the Latin Catholic Church was ordered by Pope Saint Pius X in 1904. The codification, however, was not carried out by a closed group of experts, but considered the opinion of the whole episcopate. This opinion was consulted on two different occasions. The first one –addressed in these pages– intended that the prelates would propose the modification required to update current canon law. Some contributions by Latin American bishops inspired in the *Derecho Indiano* are offered here. The documentation was obtained from the Vatican Secret Archives.

Keywords: *Derecho Indiano*, canonical *Derecho Indiano*, Code of Canon Law 1917, *Postulata episcoporum*, Latin American bishops, first codification.

Sumario: 1. Una introducción necesaria. 2. El Tercer Concilio Mexicano como fuente inspiradora. 3. Experiencia indiana en materia matrimonial. 3.1. Esponsales. 3.2. Autorización, durante todo el año, de la Misa nupcial. 4. Derogación de prácticas indianas: arancel eclesiástico para cada diócesis. 5. Extensión de toda la Iglesia de privilegios y prácticas hispano indianas. 5.1. Trinación en el día de difuntos. 5.2. Ayuno y abstinencia. 6. Delegación permanente a los obispos para enajenar bienes eclesiásticos. 7. A modo de conclusión

1. Una introducción necesaria

El 4 de agosto de 1903 fue elegido Romano Pontífice, el patriarca de Venecia, Giuseppe Sarto, quien eligió el nombre de Pío X¹. Siete meses después, el 19 de marzo de 1904, el nuevo Pontífice promulgó el *motu proprio Arduum sane munus*² con el que dio inicio oficial a la codificación del derecho canónico³, el que hasta entonces se encontraba recogido en el *Corpus Iuris Canonici*. Era éste un conjunto de colecciones iniciada hacia 1140 con el Decreto de Graciano que, con el paso de los siglos, se había ido complementando con una abundante legislación surgida al calor de las diversas circunstancias históricas por las que había ido pasando la Iglesia, que había hecho que las leyes eclesiásticas crecieran de tal manera y habían llegado a formar tal cúmulo de colecciones que, como expresaban once obispos franceses durante el Concilio Vaticano I (1869-1870), “podemos decir que estamos aplastados por las leyes”⁴ o, según los obispos napolitanos en la misma asamblea conciliar⁵, “la colección concreta de nuestros cánones sería tan pesada, que un camello tendría dificultades para transportarla”.

En el artículo 4 del *motu proprio Arduum sane munus*, el Papa manifestaba su deseo de que todo el episcopado, conformándose a las reglas que se darían oportunamente, colaboraran y concurrieran a la importante obra de la codificación⁶. Dicha consulta fue llevada a la práctica mediante

¹ La más actual y completa biografía de este Pontífice es la de GIANPAOLO ROMANATO, *Pio X. Alle origini del cattolicesimo contemporaneo*, Torino, Lindau, 2014, 584 pp., que es revisión de un libro anterior del mismo autor, *Pio X. La vita di papa Sarto*, Milano, Rusconi Libri, 1992, 346 pp. También la de CRISTINA SICCARDI, *San Pio X. Vita del Papa che ha ordinato e riformato la Chiesa*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2014, 444 pp. Pueden igualmente consultarse los trabajos incluidos en GIANNI LA BELLA (a cura di), *Pio X e il suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 2003, 840 pp.

² *Acta Sanctae Sedis* 36, 1903-1904, pp. 549-551. Fue publicado bajo el decisorio título “*De Ecclesiae legibus in unum redigendis*”.

³ El trabajo más completo y actual sobre la codificación del derecho canónico de 1917 es el de CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. 1: *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*; t. 2: *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Milano, Per la storia del pensiero giuridico moderno 76, Giuffrè Editore, 2008, 1282 pp. con amplia bibliografía.

⁴ J. D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio, Sacrosancti Oecumenici Concilii Vaticani*, 53, col. 331-352, esp. 341-341.

⁵ *Ibid.*, col. 552-553.

⁶ “*IV. Volumus autem universum episcopatum, iuxta normas opportune tradendas, in gravissimum hoc opus conspirare atque concurrere*”.

la circular *Pergratum mihi*, de la Secretaría de Estado, de 25 de marzo de 1904, enviada a todos los metropolitanos de la Iglesia⁷. En ella se disponía que los arzobispos, después de haber oído a sus sufragáneos y otros ordinarios que debieren estar presentes en el sínodo provincial, debían hacer llegar a la Santa Sede, dentro de los cuatro meses siguientes, en pocas palabras, las principales modificaciones y correcciones que debían hacerse al derecho canónico en vigor. En la misma circular se hacía presente que era deseo formal del Romano Pontífice que todo el episcopado concurriera y tomara parte activa en una materia que importaba al bien y a la utilidad de la Iglesia en grado máximo. Puesto que se trataba de que el nuevo texto legal tuviera un marcado carácter práctico, había parecido conveniente unir la experiencia del episcopado en la actuación cotidiana del derecho de la Iglesia, al trabajo de los consultores encargados de la redacción del nuevo texto quienes, por lo general, eran más bien teóricos⁸.

El episcopado respondió según los deseos del Papa, llegando a Roma numerosas respuestas de obispos del mundo entero, entre las que se encuentran numerosas respuestas de obispos latinoamericanos⁹, todas las cuales fueron conocidas con el nombre común de *postulata episcoporum*. No fue la única consulta hecha a los obispos, pues, cuando empezaron a estar preparados los proyectos de los cinco libros en que estaba diseñado el *Codex Iuris Canonici*, estos les fueron enviados a los prelados para sus observaciones, las que fueron conocidas bajo el nombre común de *animadversiones episcoporum*. Para los efectos de esta comunicación, empero, me limitaré a la primera.

Pues bien, algunas de las propuestas hechas por obispos latinoamericanos arrancan de la experiencia indiana, la que es expresamente mencionada en sus *postulata*, lo que constituye, así, una virtualidad poco conocida del derecho indiano que se ve proyectado a una época tan avanzada en el tiempo como la codificación del derecho canónico de inicios del siglo XX, codificación destinada a regir a toda la Iglesia latina durante buena parte del siglo. En el decimosexto congreso organizado por el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano el año 2008, en Santiago de Chile, presenté una comunicación en la que mostraba como el derecho indiano había servido a los

⁷ *Acta Sanctae Sedis* 36, 1903-1904, pp. 603-604.

⁸ A. VETULANI, "Codex Iuris Canonici", en R. NAZ, R. (dir.) *Dictionnaire de Droit Canonique*, Paris, 1942, t. 3, col. 920.

⁹ Sobre la participación de los obispos latinoamericanos, en general, y de los obispos chilenos, en particular, en esta primera etapa de la codificación puede verse los trabajos de CARLOS SALINAS ARANEDA que se incluyen en la bibliografía.

obispos chilenos para hacer algunas propuestas en su respuesta a la consulta promovida por la Santa Sede¹⁰. En las páginas que siguen hago lo mismo, pero ampliando mi mirada, ahora, a otros episcopados latinoamericanos. Es lo que pretendo mostrar a través de algunos ejemplos.

2. El Tercer Concilio Mexicano como fuente inspiradora

En los *postulata* presentados por los obispos de la provincia eclesiásticas mexicana de Antequera¹¹, piden, en la última de las ocho propuestas que formulan, que, de acuerdo con las normas del Tercer Concilio Mexicano, se prohíba a las congregaciones religiosas arribadas más recientemente, que envíen a otras partes las contribuciones de las Misas sin la previa autorización del obispo¹².

El III Concilio Provincial Mexicano (1585)¹³ había dispuesto a todas las personas a cuyo cargo estaba el hacer decir Misas, como curas, capellanes, albaceas o ejecutores de testamentos, mayordomos de cofradías o congre-

¹⁰ CARLOS SALINAS ARANEDA, “*El derecho canónico indiano en la codificación del derecho canónico de 1917 a través de los postulata de los obispos chilenos*”, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO (ed.), *El derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América. Actas del Decimosexto Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en Santiago de Chile, desde el 29 de septiembre al 2 de octubre de 2008*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2010, t. 2, pp. 719-732.

¹¹ El arzobispado de Antequera (Oaxaca) estaba integrado por los obispados sufragáneos de Campeche, Chiapas, Tabasco, Tehuantepec y Yucatán. Era arzobispo de Antequera, Eulogio Gillow; el obispado de Campeche estaba vacante; obispo de Chiapas era Francisco Orozco Jiménez; obispo de Tabasco, Francisco Campos; obispo de Tehuantepec era Carlos Jesús Mejía, de la congregación de la Misión; y obispo de Yucatán, Martín Tritschle y Córdoba. La respuesta enviada a Roma está firmada por el arzobispo de Antequera y el obispo de Chiapas, quienes informan que los obispos de la archidiócesis se reunieron en Ciudad de México, donde habían acudido los obispos mexicanos con ocasión del 150 aniversario de la Virgen de Guadalupe. El arzobispo de Antequera, Eulogio Guillow, y el obispo de Chiapas, Francisco Orozco, al Papa Pío X, 4-VI-1904, ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, Commissione (Pontificia) per la codificazione del diritto canonico, scatola 84.

¹² “*Ad normam Concilii III Mexicani prohibeatur ne stipendia Misarum alio mittantur praesertim a Congregationibus recentioribus sine venia Episcopi*”. Guillow y Orozco a Pío X, 4-VI-1904 cit.

¹³ Utilizo *Decretos del concilio tercero provincial mexicano (1585)*. Edición histórico-crítica y estudio preliminar por Luis Martínez Ferrer, México, El Colegio de Michoacán, Universidad Pontificia de la Santa Cruz, 2009, 2 vols.

gaciones “que no embíen missas e limosna dellas para que se digan fuera de la diócesi, donde residen, y mucho menos a España, so pena de excomuniación mayor «*latae sententiae*»”, a menos que para algún caso particular y muy urgente el prelado diere licencia, “sobre lo cual se le encarga la consciencia” (lib. III, tít. 15, ley 20)¹⁴. Esta norma amerita una explicación: la costumbre de ofrecer a un sacerdote una suma de dinero para que aplicará a la Misa por una intención particular parece haberse introducido en la Iglesia a principios del siglo VIII, y fue llamada ordinariamente estipendio. Esta suma de dinero, según explicaba Justo Donoso¹⁵, quien escribía a mediados del siglo XIX recogiendo la práctica canónica existente en América que, por esos años, se regía todavía por el derecho canónico de las decretales actualizado por el derecho canónico indiano, no se daba ni recibía como precio del “divino sacrificio”, pues eso habría significado simonía, sino como una erogación debida al sacerdote quien, “ocupado en el servicio del altar, tiene derecho para percibir, del altar, su congrua sustentación”. El monto de este estipendio era fijado por el obispo. Podía ocurrir, empero, que quien recibía “*stips missae*” no estuviera en condiciones de poder celebrar por sí mismo la o las Misas encomendadas, de donde se autorizaba para que transmitiera los estipendios y la obligación de celebrar la o las Misas encargadas a otros sacerdotes para que estos pudieran celebrarlas. La norma conciliar mexicana aludida por los prelados de la provincia de Antequera no impedía esta práctica, sólo le imponía un límite: los estipendios podían ir de un sacerdote a otro pero sólo al interior del obispado donde residía el sacerdote a quien se entregaba el estipendio, a menos que se contara con la licencia del prelado para que pudiera enviarse fuera.

El Código de Derecho Canónico dispuso que a nadie le era lícito aceptar, para celebrarlas por sí mismo, tantas Misas que no pueda cumplirlas en el plazo de un año (can. 835); sin perjuicio de ello, quien tuviere Misas que debían ser celebradas por otros, debía distribuirlas cuanto antes (can. 837) y quien tenía algún número de Misas de las que podía disponer, podía dárselas a sacerdotes que fueran de su agrado, si con toda certeza les constaba que no tenían tacha o que estaban recomendados por testimonio de su Ordinario propio (can. 838); uno y otro debían traspasar, sin merma, los estipendios

¹⁴ III CONCILIO MEXICANO, “*Libri Tertii, titulus decimus quintus, De celebratione missarum, et divinorum officiorum, § XX Ne extra Dioecesim, multo minus extra Americam, Missarum stipendia pro earum celebratione mittantur*”.

¹⁵ JUSTO DONOSO, *Instituciones de derecho canónico americano*, t. 2, Valparaíso, 1849, pp. 86-87.

recibidos, a menos que el oferente les hubiese permitido expresamente retener una parte (can. 840 § 1). En todo caso, los que encargaban a otros la celebración de Misas recibidas de los fieles o de cualquier modo confiadas a su fidelidad, permanecían obligados, en tanto no se les participara que aquellos habían aceptado la obligación y habían recibido el estipendio (can. 839). Nada dijo el Código acerca de lo postulado por los obispos de la provincia eclesiástica de Antequera.

Existía, sin embargo, lugares en los que el derecho particular, como había sucedido con el III Concilio Mexicano, establecía la prohibición de enviar Misas fuera de las diócesis, lo que motivó una consulta a la Sagrada Congregación del Concilio en orden a si podía mantenerse en vigor la ley diocesana. La respuesta de la Congregación romana, hecha el 19 de febrero de 1921¹⁶, fue en estos términos: “Subsiste en cuanto a las Misas fundadas¹⁷, cuasimanuales¹⁸ y manuales¹⁹, dadas en consideración a una causa pía; en las demás, guárdese el canon 838²⁰”. Es decir, salvada la excepción, se entendió que las leyes particulares que habían establecido la prohibición de enviar Misas fuera de la diócesis habían quedado derogadas²¹. De esta manera la propuesta de los preladados del arzobispado mexicano de Antequera no sólo no fue acogida, sino que se entendió que estaba derechamente derogada.

¹⁶ *Acta Apostolicae Sedis* 13, 1921, pp. 228-230.

¹⁷ Misas *fundadas* son aquellas cuyos estipendios proceden de los réditos de una pía fundación estrictamente tal. Cuando se trataba de un capital dejado en favor de cualquier obra pía o benéfica no erigida en persona moral eclesiástica las Misas y los estipendios se entendían *manuales* [ARTURO ALONSO LOBO, OP.-LORENZO MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ-SABINO ALONSO MORÁN, OP., *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, t. 2: *cánones 682-1321*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1963, p. 235].

¹⁸ Misas *cuasimanuales* o *a manera de manuales* eran las que estaban fundadas en una iglesia o iban anejas a un beneficio, pero que no podían celebrarse en la iglesia asignada ni por el beneficiado, en cuyo caso debían celebrarse en otros lugares o entregarse a otro sacerdote [ALONSO-MIGUÉLEZ-ALONSO, *op. cit.*, pp. 235-236].

¹⁹ Misas *manuales* eran las encargadas por los fieles dando el estipendio libremente, o por encargo del testador; pueden encomendarse a cualquier sacerdote para que las diga donde mejor le parezca [ALONSO-MIGUÉLEZ-ALONSO, *op. cit.*, p. 235].

²⁰ Código de Derecho Canónico [1917], canon 838: “Los que tienen algún número de Misas de las que pueden disponer libremente, pueden dárselas a sacerdotes que sean de su agrado, si con toda certeza les consta que no tienen tacha o que están recomendados por testimonio de su Ordinario propio”.

²¹ ALONSO-MIGUÉLEZ-ALONSO, *op. cit.*, pp. 242-243.

3. Experiencia indiana en materia matrimonial

3.1. Esponsales

Los prelados de las provincias eclesiásticas de Michoacán²² y de Ecuador²³ hicieron varias propuestas en materia matrimonial una de las cuales, referida a los esponsales, común en ambas propuestas, se inspiraba en una práctica que venía desarrollándose desde el período indiano. En concreto sugerían “no reconocer los esponsales, sino los consignados en «instrumento público»” y la razón que daban los obispos ecuatorianos era “la licencia de costumbres que desgraciadamente se han extendido, licencia que ocasiona frecuentísimas transgresiones de las leyes eclesiásticas”.

Aun cuando, en lo que ahora me interesa, se exigía que los esponsales se manifestasen con palabras u otros signos equivalentes, no había prescrita canónicamente ninguna formalidad especial, aunque la idea ya había sido adelantada con ocasión del IV Concilio Mexicano (1771). En efecto, con ocasión de disponer a los provisos que no admitiesen instancia sobre esponsales contraídos en condiciones de desigualdad, aun cuando hubiese precedido cópula, se había encargado un estudio a los juristas Vicente Antonio de Ríos y Mateo Antonio Arteaga, quienes habían considerado la conveniencia de imponer algún género de solemnidad al contrato de esponsales, de modo que, de no haber sido celebrado con testigos de buena nota y ante escribano o notario público, pudiese ser declarado nulo. Este estudio contó con la aprobación del metropolitano y

²² El arzobispado de Michoacán estaba integrado por los obispados sufragáneos de León, Querétaro y Zamora. El texto lo firma sólo el arzobispo de Michoacán. Arzobispo de Michoacán a Secretario de Estado, s.f. ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, COMMISSIONE (Pontificia) per la codificazione del diritto canonico, scatola 96.

²³ En marzo de 1904, cuando se hace la primera consulta, la provincia eclesiástica de Ecuador estaba integrada por el arzobispado de Quito y los obispados sufragáneos de Cuenca, Guayaquil, Ibarra, Loja, Portoviejo y Riobamba. El arzobispado de Quito estaba vacante por fallecimiento del arzobispo Pedro Rafael González y Calisto, ocurrido el 27 de marzo de 1904, precisamente en los mismos días en que se enviaba desde Roma la consulta. Obispo de Ibarra era Federico González y Suárez, que había sido electo el 30 de julio de 1895. Obispo de Riobamba era Arsenio Andrade, preconizado el 13 de noviembre de 1884. Obispo de Guayaquil era Roberto Matía Pozo y Marín sj., nombrado el 13 de noviembre de 1884. Se encontraban vacantes, además del arzobispado, los obispados de Cuenca, Loja y Portoviejo. La respuesta, fechada el 10 de octubre de 1904, la envió el obispo de Riobamba. Arsenio Andrade, obispo de Riobamba, a cardenal Rafael Merry del Val, Secretario de Estado, 10-X-1904. ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, Commissione (Pontificia) per la codificazione del diritto canonico, scatola 96.

de sus sufragáneos. La idea, sin embargo, no era nueva, pues, como lo señaló el fiscal del Consejo de Indias al examinar el texto conciliar, ya aparecía en los *Discursos apologéticos* del jesuita vallisoletano Francisco de Mendoza, el referirse al Concilio de Ilíberis, (c. 300, 324) como también en Francisco Ramos del Manzano, presidente del Consejo de Indias (1662-1671) en su *Ad legem Iuliam et Papiam*²⁴, si bien todo había quedado en meras aspiraciones²⁵. Poco después, el sínodo celebrado en La Plata en 1773, exhortaba a los curas a que desde el púlpito y el confesionario aconsejaren a sus feligreses hacer sus esponsales por escrito, con la firma de ambos esposos y de dos o tres testigos, pero se trataba de exhortaciones cuyo incumplimiento no acarrearía la nulidad de los mismos²⁶.

La ley real, en cambio, se encargó de ello: fue la pragmática-sanción de 23 de marzo de 1776 sobre matrimonios de hijos de familia, de Carlos III, que se mandó aplicar a Indias por real cédula de 7 de abril de 1778²⁷. Disposiciones reales de 1779 y 1780 adaptaron la real pragmática a la situación americana, como así mismo algunos auto acordados dictados por las reales audiencias. En ellas se exigía el asenso de diversas personas, según los casos, para la concertación de esponsales de los hijos de familia menores de 25 años, pero no hubo una solemnidad precisa para ellos hasta una pragmática de Carlos III de 28 de abril de 1803²⁸, que dispuso que “en ningún tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas según los expresados requisitos y practicados por escritura pública”, caso en el que se procedería como si fueran asuntos puramente civiles. La exigencia de escritura pública en que constaran los esponsales fue requisito para dar curso a las demandas “que el tribunal eclesiástico cumplió cabalmente y resulta de toda lógica, toda vez que eran corrientes las demandas infundadas, tras las que solían esconderse turbios designios”²⁹.

²⁴ FRANCISCO RAMOS DEL MANZANO, *Ad legem Iuliam et Papeam et quae ex libris jurisconsultorum fragmenta ad illos inscribuntur, commentariis et reliquationes*, Matriti, Ex typographia imperiali apud Josephi Fernández de Buendía, 1678, lib. 2, cap. 13, p. 256, n^o 11.

²⁵ Sobre esta materia se pueden ver las documentadas páginas de ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Esquema del derecho de familia indiano*, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano Pereira, 2003, pp. 59-110, con amplia bibliografía.

²⁶ *Sínodo del arzobispado de La Plata* (1773), lib. 4, tít. único, c. 15.

²⁷ Fue incorporada al proyectado Nuevo Código de las Leyes de Indias 1, 8, 1.

²⁸ Recogida en Nov. Rec. 10, 2, 18.

²⁹ DOUGNAC, *op. cit.*, p. 79.

La utilidad de esta disposición real lo prueba el reconocimiento posterior de la misma, no sólo en el derecho patrio de algunas naciones hispanoamericanas³⁰, sino por el reconocimiento que de ella hizo la Sagrada Congregación del Concilio la que, en 1880³¹, respondiendo una duda, había declarado que “los esponsales celebrados en España sin escritura pública, deben ser considerados nulos”. Reconocimiento que sirvió para que desde Chile el arzobispo de Santiago, Mariano Casanova, en 1894 solicitara a la S. Congregación del Concilio que se extendiera a la arquidiócesis de Santiago la vigencia de la respuesta dada en 1880 para los esponsales celebrados en España³² y lo mismo hiciera el Concilio Plenario Latinoamericano celebrado en Roma en 1900, en el que los padres conciliares, quizá inspirados por Casanova quien tuvo una destacada participación en el mismo, solicitaran al Papa León XIII la extensión a América Latina de la declaración que, para España, había dado la S. Congregación del Concilio el 31 de enero de 1880, es decir, pedir que se extendiera para todo el continente, lo que Casanova había pedido para su arquidiócesis, a saber, que “los esponsales en nuestras provincias, son inválidos, si no se contraen mediante escritura pública”, la que no podía ser suplida por las informaciones matrimoniales ni las diligencias practicadas en la curia diocesana con el fin de obtener la dispensa de algún impedimento, “aunque de ellas se infiera la promesa formal de contraer matrimonio”. Esta petición conciliar fue benignamente acogida por el Romano Pontífice quien, por decreto de la S. Congregación de Asuntos Eclesiásticos extraordinarios de 1 de enero de 1900³³, concedió la extensión solicitada de la que se dejó expresa constancia en las actas del Concilio³⁴.

Los obispos chilenos, en una propuesta similar –si bien no idéntica– a la de los preladados mexicanos y ecuatorianos, postularon la celebración de los mismos por “escritura pública”³⁵.

³⁰ Una exigencia similar se hacía en la ley patria chilena dictada en 1820 sobre el matrimonio de los menores y conocida como pragmática de matrimonio [*Boletín de Leyes*, 1846, pp. 158-167]. El Código Civil (1855), sin embargo, cambió radicalmente la disciplina al disponer que los esponsales eran “un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil” (art. 98 inc. 1º).

³¹ Su texto en FERNANDO RETAMAL FUENTES, *Chilensia Pontificia. Monumenta Ecclesiae Chilensia*, v. 2, t. 2, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 634-645.

³² Su texto *ibíd.*

³³ Su texto *ibíd.*, pp. 952-953.

³⁴ *Concilio Plenario de América Latina* (1900), decr. 592, n. 1.

³⁵ *Codex Iuris Canonici, Postulata Episcoporum in ordinem digesta a Rmo. P. Bernardino Klumper O. F. M. Consultore* (Romae, Typis Vaticanis, 1905), p. 140, ARCHIVIO

El Código de Derecho Canónico, dispuso que la promesa de matrimonio, tanto la unilateral como la bilateral o esponsales, era nula en ambos fueros “si no se hace por medio de escritura firmada por las partes y además por el párroco u ordinario del lugar, o al menos por dos testigos” (can. 1017 § 1). Esto es, dispuso una formalidad expresa para la validez de los esponsales, con lo cual se hacía eco de las peticiones hechas en este sentido; pero no llegó a exigir un instrumento público como lo sugerían los obispos, aunque tal posibilidad no quedaba descartada, proposición que, al tener que extenderse la escritura pública ante una autoridad estatal y no eclesiástica, no estaba exenta de un cierto sabor regalista. Por otra parte, la doctrina de la Iglesia como sociedad jurídicamente perfecta sostenida por esos años por el derecho público eclesiástico no favorecía recoger una solución como la postulada por los obispos³⁶.

3.2. Autorización, durante todo el año, de la misa nupcial

El quinto de los *postulata* del arzobispo de Lima sugería que se estableciera la “autorización, en todo el año, de la misa nupcial, como está concedido a los indios en las letras apostólicas «*Trans oceanum*»”, a fin de evitar que los fieles que se casaban en el tiempo vedado se quedasen sin recibir la bendición nupcial *infra Missam*³⁷.

Entre las condiciones prescritas por el derecho para la celebración del matrimonio había dos bendiciones nupciales. La primera tenía lugar en el acto mismo de la celebración, inmediatamente después de la expresión del

SEGRETO VATICANO, Commissione (Pontificia) per la codificazione del diritto canonico, scatola 4. CARLOS SALINAS ARANEDA, “El primer aporte de los obispos chilenos a la codificación del derecho canónico de 1917: los «postulata episcoporum»”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* n° 30, 2008, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 317-342, esp. 333.

³⁶ RAFAEL FERNÁNDEZ CONCHA, *Derecho público eclesiástico*, Santiago de Chile, 1872, 2 vols., *passim*.

³⁷ Llegada la petición desde Roma, el arzobispo de Lima, Manuel Tovar y Chamorro, la transmitió a los obispos sufragáneos –Arequipa, Chachapoyas o Maynas, Cusco, Guaman-ga o Ayacucho, Huánuco, Huaraz, Puno y Trujillo–, pero, “a causa de las distancias y por hallarse en visita pastoral algunos de los preladados” sólo recibió respuesta del obispo de Puno y administrador apostólico de Trujillo, Ismael Puirredón, por lo que reunió el Consejo de Administración Diocesana, quienes dieron su parecer. Arzobispo de Lima, Manuel Tovar y Chamorro, a Pedro Gasparri, secretario de la Comisión codificadora, 3-10-1904, ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, Commissione (Pontificia) per la codificazione del diritto canonico, scatola 96.

consentimiento. La segunda, se confería en la Misa nupcial, después de la oración *Libera nos*, y se llamaba bendición solemne, “cuya institución es anti-quísima en la Iglesia. Esta bendición solemne (velación se llama en América) es de precepto respecto de las primeras nupcias”³⁸. Esta segunda bendición, sin embargo, no podía impartirse en todo tiempo, pues, según el concilio de Trento³⁹, había períodos litúrgicos en que ella estaba prohibida, en concreto, desde la primera dominica de Adviento hasta Epifanía, y desde el miércoles de Ceniza hasta la octava de Pascua inclusive. En los demás tiempos, el mismo concilio permitía que los matrimonios se celebraren solemnemente, con la advertencia de “que cuidarán los Obispos se celebren con la modestia y honestidad debida”.

Había teólogos que pretendían que en los tiempos señalados no sólo estaban prohibidas las bendiciones solemnes, sino la celebración misma de los matrimonios ante el párroco y los testigos, lo que era contradicho por otros teólogos que alegaban en su favor “la terminante autoridad del Ritual Romano” según el cual el matrimonio podía celebrarse en todo tiempo. “La general práctica en todas las iglesias de la América Española, está de acuerdo con esta declaración del Ritual; y por consiguiente, se omite, en los tiempos prohibidos, la solemne bendición nupcial, pero jamás la celebración del matrimonio”⁴⁰. El problema era que quienes contraían matrimonio en los tiempos prohibidos no recibían la bendición solemne y así continuaban permanentemente, lo que era motivo de preocupación, especialmente porque esto sucedía con frecuencia entre los indígenas. Es por lo que algunos sínodos de la época indiana se preocuparon particularmente del tema⁴¹.

³⁸ DONOSO, *op. cit.* t. 2, p. 180.

³⁹ Conc. Trid. ses. 24, cap. 10 de ref. matr.

⁴⁰ DONOSO, *op. cit.*, t. 2, p. 172.

⁴¹ El Sínodo de Lima de 1613 (lib. 4, tít. 1, cap. 10) se expresaba en estos términos: “porque la experiencia muestra que algunos después de desposados suelen cohabitar mucho tiempo y hacer vida maridable sin haberse velado, contra lo que ordena el Santo Concilio Tridentino; mandamos que los curas procuren que sus feligreses no cohabiten en manera alguna hasta que se hayan hecho las velaciones y hayan recibido las bendiciones de la Iglesia; y si acaso se hubieren pasado seis meses desde el día del desposorio sin que se haya velado, darán noticia de ello a nuestro provisor y a los vicarios para que los excomulguen y penen como les pareciere, hasta que cumplan con su obligación; y cuando los que se han de casar fueren pobres o indios o negros, en que hay mayor peligro de que se difieran sus velaciones, harán que se desposen y velen en un día, como sea tiempo, en que puedan velarse”. Véase también el *Sínodo de Concepción* (Chile, 1744), cap. 5, const. 12; *Sínodo de La Paz* (1738), cap. 3, ses. 7, const. 15, 17; *Sínodo de La Plata* (1773), lib. 4, tít. único, cap. 17-18.

En la undécima de las normas contenidas en las letras apostólicas *Transoceanum* (1897), de León XIII (1878-1903)⁴², que habían sistematizado y actualizado los privilegios indianos, se disponía que “los indios y los negros pueden recibir la bendición nupcial en cualquier época del año, con tal de que no echen mano de aparatosa pompa en aquellos tiempos litúrgicos en que dichas bendiciones son prohibidas por la Iglesia”. Se trataba, empero, de un privilegio, porque la bendición solemne seguía prohibida en algunos tiempos del año para quienes no eran indios ni negros de América Latina. De hecho, el Concilio Plenario de América Latina (1900), abordando expresamente este tema, recogía una declaración hecha por el Santo Oficio el 31 de agosto de 1881, en la que se reiteraba la disciplina tradicional sobre esta materia⁴³. Es por lo que el arzobispo de Lima pedía su extensión a toda la Iglesia.

El Código de Derecho Canónico dispuso en el canon 1108 que podía contraerse matrimonio en cualquier tiempo del año (§ 1), pero quedaba prohibida la bendición solemne de las nupcias desde la primera dominica de Adviento hasta el día de la Natividad del Señor inclusive y desde el miércoles de Ceniza hasta el domingo de Pascua también inclusive (§ 2). Podían, sin embargo, los Ordinarios locales, observando las leyes litúrgicas, “permitir por alguna causa justa que se dé la bendición aun en los tiempos expresados, amonestando a los esposos para que se abstengan de pompa excesiva” (§ 3). La petición de los obispos peruanos, así, no fue acogida en los mismos términos propuestos, pero lo fue en parte, al facultarse a los obispos para permitir las bendiciones en los tiempos prohibidos “con justa causa”.

4. Derogación de prácticas indianas: arancel eclesiástico para cada diócesis

Hay ocasiones en que la práctica desarrollada en el período indiano, que se presenta poco adecuada al tiempo de la codificación, fue motivo para solicitar un cambio. Es lo que hace el arzobispo de Buenos Aires quien, en la novena de sus propuestas, referida a los aranceles eclesiásticos, sugería que el arancel eclesiástico fuese para cada diócesis y no para toda la provincia eclesiástica, “pues

⁴² PETRUS GASPARI, (ed.), *Codicis Iuris Canonici Fontes*, Romae, Typis Polyglottis Vaticanis, 1933-1962), t. 3, n. 633, pp. 512-515. Su texto bilingüe, latino-español, en FERNANDO RETAMAL FUENTES, *op. cit.* v. 2, t. 2, pp. 808-817.

⁴³ *Concilio Plenario para América Latina* (1900), decr. 598.

entre nosotros este es imposible por la diversa condición de los católicos en las distintas diócesis de esta provincia eclesiástica⁴⁴.

La Recopilación de Leyes de Indias (1680)⁴⁵, había establecido que los aranceles eclesiásticos, esto es, las erogaciones pecuniarias que debían hacer los fieles por actos del ministerio parroquial y demás auxilios espirituales de la religión y que eran una parte importante de la congrua sustentación de los párrocos⁴⁶, debían dictarse en los concilios provinciales y, en todo caso, era menester para su fuerza legal y ejecución, que concurriese el asenso y aprobación de la autoridad civil competente. Poco antes, en 1678, Inocencio XI (1676-1689) había dispuesto, mediante la bula comúnmente llamada *Inocentiana*, una serie de medidas con la finalidad de procurar la uniformidad de las tasas, es decir, de los emolumentos que debían entregar los fieles por alguna gracia o dispensa obtenida o con ocasión de algún ministerio sagrado ejercido en su favor⁴⁷. Se trataba de una materia particularmente sensible y, por lo mismo, se encuentra en las normas conciliares y sinodales⁴⁸.

Esta modalidad de fijación de los aranceles, sin embargo, tenía un arraigo probado por el tiempo, no solo en tierras americanas, sino también en el resto de la Iglesia, al punto que pocos años antes de la propuesta bonaerense, el 10 de junio de 1896, la S. Congregación del Concilio⁴⁹, había reiterado esta disciplina al declarar que no debía dejarse a disposición de cada obispo el señalar las tasas que hubieran de regir en las respectivas diócesis, antes bien se tratara de eso en los concilios provinciales o en las asambleas de obispos, bajo la condición de fijar, en cuanto fuera posible, una tasa uniforme para cada provincia eclesiástica. El Concilio Plenario de América Latina (1900),

⁴⁴ ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, Commissione (Pontificia) per la codificazione del diritto canonico, scatola 96.

⁴⁵ Rec. Ind. 1, 8, 9, en que se recogen cédulas de 1538, 1549 y 1575.

⁴⁶ DONOSO, *op. cit.*, t. 1, p. 254.

⁴⁷ SABINO ALONSO MORÁN, OP.-MARCELINO CABREROS DE ANTA, CMF., *Comentarios al Código de Derecho Canónico con el texto legal latino y castellano*, t. 3: *Cánones 1322-1998*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1964, p. 154.

⁴⁸ P. ej. *Sínodo de Santiago de Chile* (1688), Apéndice III de la edición de Nueva York, 1858, reproducido en el *Sínodo de Concepción de Chile* (1744), cap. 12, const. única. Para los sínodos de la arquidiócesis de La Plata, véase NELSON DELLAFERRERA-MÓNICA MARTINI, *Temáticas de las constituciones sinodales indianas (s. XVI-XVIII)*, *Arquidiócesis de La Plata*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2002, pp. 32-36.

⁴⁹ GASPARRI, *op. cit.*, t. 6, n. 4298.

refiriéndose a esta norma, había pedido expresamente que se observase “al pie de la letra” (art. 862) y su texto lo incluyó en el apéndice⁵⁰.

Se trataba, pues, de una práctica no sólo vigente al momento de hacerse este *postulatum*, sino hondamente arraigada en la Iglesia. Es por lo que la sugerencia argentina, que pretendía innovar en esta materia, no era de fácil acogida, como de hecho no lo fue, pues el canon 1507 del Código de Derecho Canónico dispuso que pertenecía “al concilio provincial o a la asamblea de obispos de la provincia el fijar las tasas que se han de pagar en toda la provincia eclesiástica” por los diversos actos de la jurisdicción voluntaria o por ejecutar los rescriptos de la Sede Apostólica o con ocasión de administrar los sacramentos o sacramentales; la norma agregaba que dichas tasas carecían de todo valor si antes no eran aprobadas por la Sede Apostólica.

5. Extensión a toda la Iglesia de privilegios y prácticas hispano-indianas

5.1. Trinación en el día de difuntos

En el punto 3 de sus *postulata*, el arzobispo de Lima⁵¹ sugería la “extensión a la Iglesia universal de la facultad de celebrar tres Misas el día de la Conmemoración de los fieles difuntos”, un privilegio que durante el siglo XVIII había concedido el papa Benedicto XIV (1740-1758) a todos los dominios de España, incluidas las Indias Occidentales.

Cuando aún vivían los Apóstoles, la celebración de la Eucaristía la hacían cuando y donde podían. Esta situación vivida en los primeros tiempos de la Iglesia fue cambiando en la medida que fue aumentando el número de obispos y presbíteros, lo que permitió introducir la costumbre de que la Eucaristía se celebrara en fechas determinadas, la que era presidida por el obispo o por un presbítero que lo representaba y concelebrada junto a otros presbíteros. A partir del siglo IV se dio inicio a las Misas privadas, lo que dejó a los presbíteros en libertad para celebrarlas por su cuenta, incluso varias veces al día si lo juzgaban conveniente. Los abusos que se introdujeron llevaron a Ino-

⁵⁰ *Appendix ad Concilium Plenarium Americae Latinae Romae celebratum anno Domini MDCCCXCIX* (Romae, Typis Vaticanis, MCMI), apéndice XC, pp. 580-583.

⁵¹ Véase antes nota 37. Arzobispo de Lima era Manuel Tovar y Chamorro [ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, Commissione (Pontificia) per la codificazione del diritto canonico, scatola, scatola 96].

cencio III (1198-1216) a prohibir a los sacerdotes celebrar más de una Misa al día, exceptuada la festividad del Nacimiento del Señor⁵².

No obstante la prohibición anterior, por antigua costumbre emanada, al parecer, de privilegio apostólico, en los territorios de la Corona de Aragón –Aragón, Valencia, Cataluña e islas de Mallorca– todos los sacerdotes seculares, el día de conmemoración de todos los fieles difuntos, celebraban dos Misas, y los regulares tres Misas, todas ellas con estipendio. Benedicto XIV (1740-1758), a instancias de Fernando IV (1746-1759), extendió a todos los sacerdotes seculares y regulares residentes en cualquier punto de los dominios de España, mediante la constitución *Quod expensis*, de 26 de agosto de 1748⁵³, el privilegio de que pudieren celebrar tres Misas en dicho día, si bien con la condición de que los nuevos privilegiados estuvieren obligados a aplicar dos de las tres Misas por todos los fieles difuntos, sin poder recibir estipendios por ellas, bajo suspensión reservada a Su Santidad⁵⁴. A finales del siglo XIX, León XIII (1878-1903), mediante las letras apostólicas *Trans oceanum*, de 18 de abril de 1897⁵⁵, extendió este privilegio a “todas y cada una de las circunscripciones de América Latina, sin excepción” (n. VII).

La propuesta limeña, sin embargo, no prosperó inicialmente, pues el proyecto de Libro III que se distribuyó a los obispos en 1913 para sus observaciones, permitía celebrar tres Misas tan sólo el día del Nacimiento del Señor⁵⁶. Un hecho imprevisto vino a cambiar este criterio y permitió, en definitiva, el éxito de la propuesta peruana. Mediante la constitución *Incrumentum altaris*, de 10 de agosto de 1915⁵⁷, Benedicto XV (1914-1922), en plena Primera Guerra

⁵² ALONSO-MIGUELEZ-ALONSO, *op. cit.*, t. 2, p. 204.

⁵³ GASPARRI, *op. cit.*, t. 3, n. 2391.

⁵⁴ La constitución no innovó respecto de quienes ya gozaban de dicho privilegio, los que pudieron seguir recibiendo estipendios por las tres Misas. A ruegos del rey portugués Juan V (1706-1750), el Papa Benedicto XIV otorgó la misma gracia al reino de Portugal [ALONSO-MIGUELEZ-ALONSO, *op. cit.*, t. 2, p. 205; DONOSO, *op. cit.*, t. 2, p. 69].

⁵⁵ GASPARI, *op. cit.*, t. 3, pp. 512-515, n. 633. Su texto bilingüe latino-español, en RETAMAL, *op. cit.*, v. 2, t. 2, pp. 808-817. Como he dicho antes, estas letras apostólicas sistematizaron y actualizaron los privilegios indios.

⁵⁶ *Codex Iuris Canonici, Proyecto de Libro III* (1913): can. 84: “§ 1. Con excepción del día del Nacimiento del Señor en el que se puede ofrecer tres veces el sacrificio eucarístico en la Iglesia latina, no es lícito a los sacerdotes celebrar varias Misas en un día si no es en virtud de indulto apostólico o de autorización concedida por el Ordinario. § 2. No puede, sin embargo, conceder el Ordinario esta facultad a no ser cuando una parte notable de fieles no puede oír Misa en día festivo de precepto a causa de la escasez de sacerdotes; más no está dentro de sus atribuciones el permitir que un mismo sacerdote celebre más de dos Misas”.

⁵⁷ *Acta Apostolicae Sedis* 16, 1924, p. 116.

Mundial y antes de la promulgación del *Codex*, extendió dicha gracia a todo el orbe, con la finalidad de ayudar espiritualmente al gran número de las víctimas de la guerra; la segunda Misa debía ser celebrada por los difuntos en general y la tercera, por el Papa, ambas sin estipendio. El código finalmente promulgado recogió esta innovación en el canon 806, cuyo texto, idéntico al del proyecto, incluyó, junto a la Natividad del Señor, “la Commemoración de todos los fieles difuntos”.

5.2. Ayuno y abstinencia

Fue también el arzobispo de Lima quien sugirió la “atenuación de la disciplina del ayuno y abstinencia de un modo uniforme para toda la Iglesia, sin perjuicio de los privilegios particulares concedidos por la Santa Sede” (n. 4^o)⁵⁸. Se inspiraba el arzobispo peruano en la experiencia indiana y latinoamericana que establecía un régimen privilegiado aplicable en una región extensa, por lo que era posible aplicarlo de manera general. Otro episcopado de América Latina, el chileno, hizo sugerencias en materia de ayuno y abstinencia⁵⁹. La falta de espacio, empero, me impide desarrollar esta materia, la que me limito a consignar. Baste decir que el Código de Derecho Canónico hizo como lo sugería el arzobispo, estableciendo una disciplina menos rigurosa para la generalidad de la Iglesia (can. 1250-1254).

6. Delegación permanente a los obispos para enajenar bienes eclesiásticos

Fue la sexta de las propuestas que llegaron a Roma desde Lima, en la que se sugería una “delegación permanente a los Obispos para enajenar los bienes eclesiásticos previas las condiciones exigidas por el derecho”⁶⁰.

La enajenación de los bienes eclesiásticos ha sido un tema que ha estado presente en el derecho de la Iglesia desde los primeros tiempos, no sólo para reivindicar el derecho que tiene la Iglesia de enajenar sus bienes, siem-

⁵⁸ ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, Commissione (Pontificia) per la codificazione del diritto canonico, scatola 96.

⁵⁹ Postulata, cit. p. 205. SALINAS, “El primer” cit. pp. 317-342, esp. 334.

⁶⁰ ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, Commissione (Pontificia) per la codificazione del diritto canonico, scatola 96.

pre que ella lo estime oportuno, sino también para proteger su patrimonio de malversaciones y dilapidaciones para lo cual ha ido, a lo largo de los siglos, estableciendo las normas necesarias⁶¹. Un hito importante lo señaló la constitución *Ambitosae* de Paulo II (1458-1471) de 1468⁶², en la que se afirmó la inalienabilidad de los bienes eclesiásticos y se establecieron diversos controles superiores necesarios para que los obispos y los clérigos pudiesen enajenar los bienes eclesiásticos, como la aprobación del concilio provincial o de los obispos vecinos y la especial autorización del Romano Pontífice. Las penas establecidas para quienes incumplieran estas exigencias eran la nulidad de los actos realizados; la excomunión al que enajenaba y al que recibía los bienes enajenados; y al que enajenaba bienes eclesiásticos “inconsulta Romano Pontifice” se le castigaba con el entredicho *ingressus Ecclesiae*, si gozaba de la dignidad pontifical o abacial, quedando “eo ipso suspensus” del régimen y de la administración de su iglesia o monasterio si durante los seis meses siguientes no cambiaba de actitud; si el enajenante era un eclesiástico de condición inferior, se le privaba del oficio. Esta disciplina fue retomada por Urbano VIII (1623-1644)⁶³.

El concepto de enajenación en derecho canónico era un concepto amplio⁶⁴ pues, además de comprender todo acto por el cual se transfería a otro el dominio de una cosa o había traslación de dominio –como la donación, venta o permuta– quedaban incluidos los actos que pudieran limitar la propiedad –el feudo, la locación de más de tres años, el empeño, la hipoteca–. El derecho se encargaba, además, de señalar los bienes cuya enajenación estaba prohibida: i) los bienes inmuebles o raíces –bajo los cuales quedaban comprendidos los derechos, acciones, servidumbres, censos o réditos anuales–; ii) los muebles preciosos –entendiéndose por estos los vasos de oro y plata, las piedras preciosas, los ornamentos ricos, las reliquias insignes de santos, una biblioteca copiosa–; iii) los ganados de ovejas, vacas u otras especies, pero no sus frutos o partos que podían enajenarse; iv) los árboles frutales o necesarios a un predio que, al cortarse, se deteriore notablemente⁶⁵.

⁶¹ FEDERICO R. AZNAR GIL, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, 2ª edición, Salamanca, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 1993, pp. 401-403.

⁶² Extravag. Com. 3, 4, 1.

⁶³ GASPARRI, *op. cit.* t. 5, pp. 230-231.

⁶⁴ DONOSO, *op. cit.*, t. 2, pp. 278-281.

⁶⁵ De estas prohibiciones había excepciones, en concreto, ciertas donaciones que se permitía hacer a quienes tenían la plena administración de las cosas temporales: i) ciertas pequeñas donaciones que eran conformes por costumbre; ii) las que demandaba la piedad y misericordia, porque se entendía que los bienes eclesiásticos estaban grabados con esa

Que hubiera prohibición de enajenar los bienes eclesiásticos, sin embargo, no significaba que su enajenación no fuera posible, si bien se requería que hubiera causa justa⁶⁶ y el cumplimiento de algunas solemnidades, una de las cuales era el consentimiento y venia del Sumo Pontífice⁶⁷ establecida por Paulo II en el siglo XV. Según Donoso, sin embargo, buen sistematizador de la praxis canónica indiana, esta venia pontificia no se requería en América, por la distancia y difícil recurso a la Santa Sede⁶⁸. Pero la exigencia paulina fue actualizada por el beato Pío IX (1846-1878)⁶⁹ quien mantuvo la excomunión *latae sententiae* para los que intentaren enajenar o adquirir bienes de la Iglesia sin el beneplácito de la Sede Apostólica. Quedaron así, abrogadas las costumbres contrarias en que se fundaban algunos canonistas para sostener que la extravagante *Ambitosae* de Paulo II, que prescribía este requisito, no estaba vigente en algunos lugares, entre ellos, América Latina.

A la luz de la disciplina que acabo de resumir y que era la vigente al momento de la propuesta del arzobispo peruanos, parece claro que lo que el prelado pedía era continuar con el régimen que durante largo tiempo había imperado en América indiana, disciplina que había perdurado después de la independencia⁷⁰.

carga; iii) las donaciones remuneratorias, hechas con título de justa gratitud por méritos especiales contraídos a favor de la Iglesia.

⁶⁶ Se entendía por tal: i) evidente necesidad de la Iglesia, a que no se podía subvenir de otro modo, como podía ser reparar la iglesia que amenaza ruina; ii) manifiesta utilidad de la iglesia; iii) piedad para socorrer a los necesitados; iv) agregando algunos canonistas el caso de incomodidad o escasa utilidad, cuando la posesión de la cosa, p. ej., fuese notablemente molesta o dispendiosa. Cualquiera de estas causas era suficiente para la enajenación de un bien eclesiástico.

⁶⁷ Además: i) debía preceder el conocimiento y deliberación del capítulo o convento, que debía deliberar acerca de la existencia de justa causa de enajenación y conveniencia; ii) el consentimiento de todo el capítulo o convento o, al menos, de la mayor parte del mismo si la enajenación la hacía el obispo; o el consentimiento del obispo, si la enajenación la hacía alguna autoridad inferior a él sometida, como un párroco.

⁶⁸ DONOSO, *op. cit.*, t. 2, p. 280: "Sin embargo en orden a la extravagante "*Ambitosae*" de Paulo II, que prescribe este requisito, bajo de graves penas, gran número de canonistas asegura, que en muchos lugares no está recibida en la práctica, al menos en cuanto a las penas. En América sin duda por la distancia y difícil recurso a la Silla Apostólica, parece cierto, que a más de la causa justa y las otras solemnidades de derecho, solo se ha exigido la aprobación del obispos o superior respectivo".

⁶⁹ Constitución "*Apostolicae Sedis*", de 1869, *Acta Sanctae Sedis* 5, 1869, p. 299; GASPARRI, *op. cit.* t. 3, pp. 24-31.

⁷⁰ Los obispos de la provincia eclesiástica de Cincinnati, en los Estados Unidos de América, hicieron una propuesta similar, si bien agregaban un dato que no aparecía en la pro-

El *Codex* no eliminó la exigencia de la aprobación por parte de la Santa Sede, por lo que no acogía la propuesta limeña en sus términos originales; pero el canon 1532 estableció, en lo que ahora me interesa, una limitación cuantitativa al disponer que era la Santa Sede la legítima autoridad que debía autorizar la enajenación sólo respecto de aquellos bienes que excedían los 30.000 liras o francos. Los bienes cuyo valor era menor podían ser enajenados por los obispos sin necesidad de acudir a Roma, por lo que puede entenderse que la propuesta peruana fue acogida parcialmente.

7. A modo de conclusión

En los anteriores congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano se ha ido poniendo de relieve la prolongada vigencia que el derecho indiano tuvo a lo largo del siglo XIX en las jóvenes naciones hispanoamericanas. En las páginas que anteceden he mostrado una dimensión poco conocida de dicha vigencia, la que se proyecta más allá del siglo XIX y alcanza un ámbito diverso al derecho de los Estados, cual es el derecho canónico y lo hace en un momento en que el derecho de la Iglesia católica se preparaba para estrenar una nueva forma de fijación de sus normas, que a esas alturas de la historia, no era una novedad para el derecho secular, pero sí lo era para el derecho canónico: el primer "*Codex Iuris Canonici*". Con ello, el derecho de las Indias occidentales entraba en contacto con una forma de fijar el derecho que le había resultado del todo ajena, no obstante lo cual tuvo la capacidad de inspirar propuestas que se tuvieron a la vista al momento de la redacción de un texto elaborado a la luz de los nuevos métodos fijadores. La suerte de esas propuestas fue dispar, pero queda el hecho de que el derecho indiano, tanto real como el canónico, hondamente arraigados en la vida jurídica hispanoamericana, permanecía vivo en la conciencia de los obispos y fue el inspirador de propuestas que supieron poner al servicio de la elaboración de un texto que estaba llamado a tener una vigencia universal.

posición limeña: que de la enajenación debía darse cuenta a la Santa Sede en la visita "*ad limina*" [*Postulata*, cit. (n. 14), p. 235].

MENDOZA, DE MUNICIPIO INDIANO Y CIUDAD CAPITAL
DE GOBERNACIÓN-INTENDENCIA A LA NUEVA PROVINCIA EN 1820

MENDOZA, FROM COLONIAL MUNICIPALITY AND CAPITAL
OF INTENDANCY TO THE NEW PROVINCE IN 1820

INÉS SANJURJO DE DRIOLLET

*Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas,
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)*

isanjurjo@mendoza-conicet.gov.ar

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo revisar el proceso de transformación de Mendoza en tanto ciudad sufragánea de la Intendencia de Córdoba a partir de 1783, hasta su transformación en provincia en 1820, como consecuencia de la disolución del gobierno central de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Se centra la atención en el funcionamiento de la institución rectora de la ciudad, el cabildo, a finales del siglo XVIII. Luego se estudiará su comportamiento en la primera década independiente y el posterior proceso de adecuación de los órganos de gobierno al constitucionalismo liberal y a la nueva situación de provincia “independiente”.

Palabras clave: independencias, orden constitucional, nuevas provincias, Provincia de Mendoza, municipio indiano, transformación.

Abstract: This contribution reviews the transformation process of Mendoza as a suffragan city of the Intendency of Córdoba from 1783 until its transformation into a province in 1820, a consequence of the dissolution of the central government of the United Provinces of Río de la Plata. We focus on the operation of the city's governing institution, the cabildo, at the end of the eighteenth century. The focus then shifts to the cabildo during the first decade of independent as well as the subsequent process of adaptation of the governing bodies to the liberal constitutionalism and to the new situation as an “independent” province.

Keywords: independence, constitutional order, new provinces, Province of Mendoza, colonial municipality, transformation.

Sumario: 1. El cabildo a fines del período indiano. 2. El cabildo en el período revolucionario. 3. Surgimiento de la Provincia de Mendoza y creación de la Junta de Representantes. 4. El ocaso del cabildo. 5. Consideraciones finales.

La crisis de la Monarquía española desembocó en independencias que desencadenaron cambios político-institucionales en sus territorios americanos. Sin embargo, fue común que continuaran vigentes instituciones y formas jurisdiccionales de gobierno que tardaron en ser cambiadas, o bien, fueron resemantizadas. Sin embargo, la supresión de los cabildos en el Río de la Plata constituyó un cambio excepcional en el contexto de la América hispana, donde incluso hubo en muchos lugares un impulso del régimen municipal a raíz de la aplicación de la Constitución de Cádiz¹. La extinción de los cabildos de Buenos Aires en 1821 tuvo, sin dudas, influencia en las demás provincias del interior del país. Desde la perspectiva del ministro Bernardino Rivadavia, la medida era un paso necesario porque la convivencia de ambas formas solo conducía a un estado de permanente conflicto, que se veía agravado por la práctica asambleísta de los cabildos abiertos; los cabildos eran “solo compatibles con la existencia de un ‘Gobierno Monárquico Absoluto’ en donde el pueblo necesita reservarse ‘un resto de autoridad’, pero ‘incompatible con un Gobierno Representativo en que esa autoridad suprema’ del monarca ‘ha retrovertido a la sociedad’². La interferencia de la acción capitular en el sistema de división de poderes que se trataba de instrumentar, también preocupó a un jurista como Manuel Antonio de Castro, para quien todo poder no derivado de los tres órganos y, por lo tanto, no subordinado a ellos, “como que no trae su origen de la soberanía, es un poder monstruoso, heterogéneo, ilegítimo y perjudicial”³. Sin embargo, la interpretación clásica de que la supresión de los cabildos bonaerenses haya sido parte de un plan de reformas programadas por su falta de adecuación a la moderna representación ha sido discutida o matizada⁴.

¹ MARTA LORENTE, “División de poderes y contenciosos de la administración: una –breve– historia comparada”, CARLOS GARRIGA (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2010.

² Alocución de Bernardino Rivadavia en la Sala de Representantes de 6 de diciembre de 1821 (RUBÉN DARÍO SALAS, *Lenguaje, Estado y Poder en el Río de la Plata (1816-1827)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1998, p. 142.

³ En: CARLOS MOUCHET, “Las ideas sobre el municipio en la Argentina entre 1810 y 1837”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, n° 11, Buenos Aires, 1969, pp. 23-46.

⁴ MARCELA TERNAVASIO, “La supresión del cabildo de Buenos Aires: ¿Crónica de una muerte anunciada?”, *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”*, n° 21, 2000, pp. 33-73. Por su parte, Gabriela Tío Vallejo, aborda el proceso del cabildo de Tucumán, que perdió el lugar central que había ocupado en el go-

Para el caso de Córdoba recientemente se ha visto que, por debajo de los ropajes discursivos modernos utilizados, se trató de una decisión en la que cuestiones coyunturales pesaron posiblemente más que la influencia de Rivadavia y la idea de que el tipo de representación antigua estorbaba la nueva representación que se quería imponer: principalmente, la crisis económica, que exigía un reordenamiento fiscal y que había quebrado el viejo sistema de participación honoraria en los cargos concejiles, sobre todo en el orden de las magistraturas ordinarias de carácter lego. Estas habrían sido las razones que llevaron a la Sala de Representantes a adoptar una medida que la dirigencia local aceptó casi con naturalidad. Alejandro Agüero se pregunta el porqué de esta “naturalidad”, y la respuesta es que continuó siendo la misma república con un ropaje distinto, y las nuevas autoridades tuvieron el mismo ámbito territorial de poder que había tenido el cabildo, la ciudad y el territorio de la campaña, y porque no había anidado en la elite cordobesa el nuevo concepto de municipio, e instaurar en los partidos rurales otros cabildos hubiera significado la subdivisión de la república⁵.

Estos planteos nos llevan a revisar el proceso de supresión del cabildo de Mendoza, uno de los sucesos centrales en la transformación de esta ciudad, de capital de la gobernación intendencia de Cuyo en la nueva provincia de Mendoza, cuando, transcurrida una década desde la revolución de 1810, se disolvieron las autoridades centrales de las Provincias Unidas del Río de la Plata por el rechazo de los hombres del interior al centralismo de los gobiernos de Buenos Aires. Nos centramos en esa institución de gobierno municipal desde fines del período indiano, para conocer la vitalidad con que llegó al momento revolucionario, y cómo se desarrolló en esta nueva situación. Asimismo, observaremos su desempeño en el momento de formación de la actual provincia de Mendoza, en 1820, atendiendo a la organización política que se intentó configurar a partir de entonces según los lineamientos del constitucionalismo liberal, en un espacio que de municipal se transformaba en provincial. Esto permitirá ver los cambios y continuidades que se produjeron en relación con

bierno de la ciudad, ocupando este sitio la Sala de Representantes. (GABRIELA TÍO VALLEJO, *Antiguo Régimen y Liberalismo. Tucumán, 1700-1830*, Tucumán, 2001; y “Papel y grillos, los jueces y el gobierno en Tucumán, 1820-1840”, DARÍO BARRIERA (coord.), *Justicias, jueces y culturas jurídicas en el siglo XIX rioplatense, Nuevos mundos. Mundos nuevos*, 2010 [en línea] <http://nuevomundo.revues.org/59266> [07-06-2016].

⁵ ALEJANDRO AGÜERO, “La extinción del Cabildo en la República de Córdoba, 1815-1824”, *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”*, n° 37, Buenos Aires, 2012.

las distintas funciones desempeñadas originalmente por el cabildo –policía y justicia–, y cómo se proyectaron en el gobierno del territorio que había sido de su jurisdicción⁶.

1. El cabildo a fines del período indiano

La ciudad de Mendoza tiene la particularidad de haber constituido, junto con las de San Juan y San Luis, uno de los corregimientos en que se dividió la capitanía de Chile, el único ubicado al este de la cordillera de los Andes. Mendoza fue la sede del corregidor y Justicia Mayor de Cuyo, quien presidía su cabildo como parte de él, en tanto que para las otras dos ciudades, o para Mendoza cuando se ausentaba, este funcionario nombraba un teniente. La pertenencia al reino de Chile finalizó en 1776, cuando Cuyo fue incorporado al nuevo virreinato del Río de la Plata, y la institución del corregimiento fue suprimida con la aplicación de la Real Ordenanza de 1783. Por esta reforma, las tres ciudades pasaron a ser, por separado, sufragáneas de la Gobernación Intendencia de Córdoba del Tucumán, algo que significó una decepción para los mendocinos, pues pretendían seguir siendo la capital de la provincia cuyana, tal como había previsto la versión original de la Ordenanza de Intendentes, de 1782. Pero el rédito de la elite mendocina con asiento en el cabildo estuvo en que la corporación quedó como máxima autoridad política de la ciudad. En efecto, al nombrarse para las ciudades sufragáneas a subdelegados de dos

⁶ Sobre el caso mendocino se cuenta, entre otros, con: EDBERTO O. ACEVEDO, “Investigaciones sobre el cabildo mendocino en la época independiente”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, n° 14, Buenos Aires, 1963; INÉS SANJURJO DE DRIOLLET, *Muy Ilustre cabildo Justicia y Regimiento. Estudio Institucional del cabildo mendocino en el siglo XVIII*, Mendoza, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo, 1995; JORGE COMADRÁN RUIZ, “Notas sobre la creación y evolución de la Legislatura de Mendoza (1820-1854)”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, n° 24, Buenos Aires, 1978; ELVIRA LUISA MARTÍN DE CODONI, “El intento de gobierno de Juntas de 1811 en el Río de la Plata”, *Anuario de Estudios Americanos*, t. XXXI, Sevilla, 1976, pp. 843-953; MARÍA CRISTINA SEGHESSO DE LÓPEZ, *Historia Constitucional de Mendoza*, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1997; EUGENIA MOLINA, “La disputa por la legitimidad: discursos subversivos y conspiraciones en el contexto de la desaparición del Cabildo de Mendoza, Río de la Plata, 1822-1825”, *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerika*, 51, Weimar/Wien, 2014 [en línea]; INÉS SANJURJO DE DRIOLLET, *La organización político-administrativa de la campaña mendocina en el tránsito del Antiguo Régimen al orden liberal*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2004.

causas –hacienda y guerra– las de policía y justicia quedaron en manos del ayuntamiento. Éste defendió su nueva posición ante las demás autoridades locales: el subdelegado y el comandante de armas, algo que tuvo su más visible manifestación en el protocolo seguido en las ceremonias. En una fiesta del Santo Patrono Santiago el comandante de armas Joseph Francisco de Amigorena solicitó el lugar que antes ocupaban los corregidores, pero el cabildo se negó a cedérselo, e incluso no asistió, y en carta al gobernador intendente Sobremonte dijo acerca de los alcaldes del cabildo, que:

...conformidad al nuevo reglamento, obteniendo el mando de policía y justicia, son, por lo mismo, el jefe y la cabeza de este cabildo, y consiguientemente les compete el lugar y asiento preeminente que en él obtenían antes los gobernadores o corregidores, que en fuerza del mismo mando político y de justicia, y sólo en calidad de tales tenían intervención y presidían los cabildos...⁷.

La libertad que adquirieron los cabildos sufragáneos hizo que en 1792 el gobernador intendente Rafael de Sobremonte solicitara al Virrey Nicolás Arredondo el establecimiento de subdelegados con facultades en las cuatro causas, como ocurría con los pueblos de indios. En la nota explicaba las desventajas del régimen de subdelegados de dos causas, que por no tener asiento en los cuerpos del cabildo, como antes tenía el corregidor, no permitía que esta institución fuera controlada por el gobernador⁸. Solo en 1809 hubo un intento de designar un Teniente de Gobernador con atribuciones en las cuatro causas para las ciudades sufragáneas, y el cabildo mendocino realizó gestiones para evitarlo, incluso ante la Corte, pidiendo volver a la jurisdicción de la Capitanía de Chile con tal de evitarlo. Si no había obtenido ser el cabildo de una capital provincial, al menos trataría de evitar perder las funciones que lo convertían en máxima autoridad política de la ciudad.

Las prerrogativas adquiridas con la aplicación de la Ordenanza de Intendentes se vieron también reflejadas en el ámbito del gobierno de los pueblos y villas de la campaña, fundados bajo la dirección de la Junta de Poblaciones de Santiago desde mediados del siglo XVIII. En cuestión de poblamiento, la Junta fue la máxima autoridad antes de 1776, en tanto que en el orden local lo fue

⁷ ESTEBAN FONTANA, “El Patrono Santiago y su festividad en la época colonial”, *Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza*, II, n° 2, Mendoza, 1962, p. 156.

⁸ JORGE COMADRÁN RUIZ, “La Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata”, *Anuario de Estudios Americanos*, t. IX, Sevilla, 1994, pp. 35 y ss.

el corregidor y justicia mayor de Cuyo, y para llevar a cabo la obra misma de erección de villas y pueblos, y gobernarlos, aquel organismo nombró además unos superintendentes, que fueron justicia mayor de esos núcleos. El cabildo no tuvo intervención en esta cuestión, pues los alcaldes de hermandad que nombraba anualmente solo entendían en un radio cercano a la ciudad, en tanto que los nuevos pueblos se encontraban a mayor distancia y caían bajo la autoridad del superintendente y el corregidor.

Pero con la incorporación al virreinato de Río de la Plata, el gobierno de la campaña dejó de tener como máxima autoridad a la Junta de Poblaciones de Santiago, y a partir de la aplicación de la Ordenanza de Intendentes, con la desaparición del corregidor, el cabildo pasó a cumplir una importante función, en subordinación al gobernador intendente de Córdoba. Desapareció la figura del superintendente de villa, y se colocó a un juez de policía nombrado por el gobernador, con funciones en esta materia; en tanto que el cabildo fue el encargado de nombrar jueces pedáneos que por lo general fueron vecinos de la villa y le quedaron subordinados. La apelación de las causas en que entendieron los pedáneos se hizo ante los alcaldes ordinarios, y en este sentido, el cabildo cumplió un rol destacado por la neutralidad que demostró en la solución de conflictos de las villas frente a los problemas que causaba la cercanía de los pedáneos con la población local⁹.

Vale decir que, tanto en materia de gobierno y justicia de la ciudad propiamente dicha, como en cuestiones relativas a los pueblos rurales, encontramos a una institución capitular fortalecida al finalizar el período indiano.

2. El cabildo en el período revolucionario

Al producirse la revolución, la elite mendocina tuvo expectativas de conseguir un mayor margen de autonomía para la institución, pero se vio defraudada. La Junta Provisional de Buenos Aires, de tendencia centralista, llevó a cabo la reforma proyectada en 1809, y nombró un Teniente de Gobernador con

⁹ Un análisis de casos de juicios originados en los nuevos pueblos y resueltos por el cabildo: INÉS SANJURJO DE DRIOLLET, "Gobierno, territorialización y justicias. El curato de Corocorto (ciudad de Mendoza) en el período de cambio de jurisdicción de la Capitanía General de Chile al Virreinato del Río de la Plata", MACARENA CORDERO FERNÁNDEZ, RAFAEL GAUNE CORRADI y RODRIGO MORENO JERIA (coord.), *Cultura Legal y espacios de justicia en América, siglos XVI y XIX*, Santiago de Chile, DIBAM-Universidad Adolfo Ibáñez-Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, en prensa.

atribuciones en las cuatro causas, que debía presidir el cabildo¹⁰. Éste apeló la decisión pero no obtuvo favorable respuesta y debió recibir al Capitán José Moldes designado para ese cargo. En 1811, sin embargo, un Reglamento de la Junta Provisoria de Buenos Aires dispuso la creación de juntas provinciales en las capitales de provincia, y subalternas en las otras ciudades, con las mismas funciones que habían tenido los subdelegados de real hacienda y guerra (art.7), por lo que el cabildo recuperaba su carácter de máxima autoridad en justicia y policía. Si bien se le daban a la junta subalterna funciones especiales en lo relativo al cuidado de la seguridad dentro del orden revolucionario, el artículo 16 resguardaba expresamente la función de la justicia contenciosa a cargo de los alcaldes de los cabildos. Es decir que, a pesar del espíritu centralista de esta reforma, al igual que con la Ordenanza de Intendentes los alcaldes de cabildos sufragáneos quedaban como máximas autoridades judiciales de la ciudad, y también en materia de policía, en el sentido que tenía en el Antiguo Régimen, vinculado a la tradicional *oeconómica*¹¹.

Pero las juntas tuvieron corta vida, pues, con motivo de verse “en cada pueblo desaparecer la tranquilidad, romper la armonía política y excitarse los enconos más arraigados” el gobierno central las eliminó¹². Un problema

¹⁰ SEGHESSO DE LÓPEZ, op. cit., p. 22

¹¹ Una cuestión de protocolo puso en evidencia la voluntad del cabildo de preservar su lugar de máxima autoridad política que emanaba del reglamento. En la fiesta conmemorativa del 25 de mayo de ese año los capitulares se negaron a dar lugar preferencial a la Junta, en razón de considerar que estaban a su cargo los asuntos más importantes. Ésta, que estimaba sus facultades “de notoria preferencia a las dos causas de justicia y policía”, solicitó ocupar al menos un lugar de igual jerarquía que el cabildo, pues, según expuso, aunque en ella “se refunden las facultades de la Comandancia y la Subdelegación –hacienda y guerra– no por eso debe ser su representación la misma que tuvieron esos empleos separadamente, como supone VS. Hoy compone un cuerpo en que reunido el conocimiento de las causas de Real Hacienda y Guerra, debe velar sobre la tranquilidad, seguridad y unión del pueblo encargado de su cuidado, de modo que están a su cargo los conocimientos más importantes [...] en que se vincula la seguridad de la patria”. Esta Junta subalterna reclamaba el lugar de gobierno supremo de la ciudad, en la línea del que gozaba la junta de Buenos Aires, pero como el cabildo no accedió, los miembros de aquella prefirieron asistir en calidad de particulares (Archivo General de la Provincia de Mendoza –en adelante: AGPM–, Independiente, C. 10 y 5). Pronto llegó el orden de que ambos ocuparan en las ceremonias un lugar conjunto, aunque correspondiendo el primer asiento al presidente de la Junta, lo que produjo la oposición del cabildo, que elevó una representación ante la superioridad acusando a la junta subalterna de abandono e indiferencia hacia Mendoza. MARTÍN DE CODONI, op. cit., pp. 69 y ss.

¹² Supresión de las Juntas Provinciales al Gobierno de Córdoba, 1811. MARÍA LAURA SANMARTINO DE DROMI, *Documentos constitucionales argentinos*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid, 1994, pp. 1923-1924.

radicaba en las pretensiones capitulares, por lo que se volvió a nombrar tenientes de gobernadores con funciones en las cuatro causas a los que debían subordinarse las corporaciones.

No obstante, el año de 1813 marcó un cambio muy importante para Mendoza: la Asamblea reunida en Buenos Aires creó la Gobernación Intendencia de Cuyo, con lo que la ciudad volvía a adquirir el viejo estatus de capital de la provincia, como había ocurrido durante el corregimiento. Se cumplía el anhelo de independizarse de la Intendencia de Córdoba. Ciertamente, el ayuntamiento pasó a ser presidido por el gobernador-intendente con facultades en las cuatro causas, como ocurrió antiguamente con el corregidor, pero contaría con los beneficios que de hecho tuvieron los concejos de las capitales de provincia.

Los gobernadores, por su parte, no prescindieron de la corporación, pues ella constituía la institución especializada necesaria para llevar a cabo el gobierno municipal, además de contar con las tradicionales facultades de justicia ordinaria en manos de los alcaldes. Para la ejecución de disposiciones en materia de policía, el cabildo, presidido por el gobernador, contaba con el regidor juez de policía que junto con sus subalternos, los decuriones –que ocuparon el lugar de los antiguos alcaldes de barrio, aunque ahora distribuidos también en núcleos de población de la campaña– se transformaron en una herramienta fundamental del gobierno de la ciudad, sobre todo en relación con la seguridad durante la guerra de independencia¹³. A las cuestiones de instrucción pública, abasto, aguas, administración de la cárcel, tránsito, urbanización, higiene y seguridad, el cabildo agregó, a través de estos agentes, el registro de las personas sospechosas de ser contrarias a la causa de la libertad y el cobro del gravamen mensual y extraordinario de guerra. También tuvo a cargo otras atribuciones vinculadas a la nueva situación que se vivía, como la distribución de las contribuciones “indispensables al sostén de las tropas” que preparaba San Martín y las facultades conferidas por el Decreto de Libertad de Imprenta de 1811. El cabildo no dejaba de tener la tradicional función representativa de la ciudad, en el sentido corporativo de Antiguo Régimen, de acuerdo con lo cual San Martín se refería a “este pueblo, que VS dignamente representa”¹⁴.

¹³ EUGENIA MOLINA, “Notas sobre las relaciones sociales y la organización administrativa del espacio en la campaña mendocina en los inicios del proceso revolucionario (1810-1814)”, *Mundo Agrario*, v. 8, n° 16, primer semestre de 2008 [en línea] <http://www.mundoagrario.unlp.edu.ar/>

¹⁴ Sobre la colaboración del cabildo con la obra sanmartiniana en Mendoza y la confianza del Libertador en la antigua corporación: ACEVEDO, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

Su situación de cabildo de capital de provincia, y la buena relación con el Libertador, hicieron que en determinadas ocasiones su jurisdicción abarcara no solo el ámbito municipal sino también el provincial. Es decir, con influencia sobre las tres ciudades de Cuyo. Esto no solo se vio en una cuestión protocolar como la recepción y jura de los gobernadores ante él, según antigua costumbre, sino también en otros casos. Por ejemplo, cuando San Martín renunció al cargo de gobernador de Cuyo y el Director Supremo Alvear lo aceptó, el ayuntamiento mendocino convocó a un cabildo abierto que decidió solicitarle que continuara. En 1814, ante la necesidad de ausentarse, San Martín consultó con su Asesor pues “a pesar de lo prevenido por el Código de Intendentes dudaba si el mando político debía recaer en el M. I. Cabildo o en el Asesor General”¹⁵, y la respuesta fue que correspondía a este último. Sin embargo, el gobernador tuvo en cuenta el antecedente de que el gobernador de Córdoba Santiago Carrera, nombrado en 1812, había entregado el mando en iguales circunstancias al cabildo, por lo que consultó con el Director Supremo¹⁶. Lo cierto es que en adelante en distintas oportunidades dejó al ayuntamiento con el mando político de la intendencia de Cuyo, lo cual muestra una ampliación territorial de su función gubernativa, como ocurrió con otros cabildos. En varios documentos de 1816 aparece nombrado como “cabildo gobernador de la provincia”¹⁷.

Este rol, que excedía el ámbito geográfico de jurisdicción de la ciudad, fue cumplido por última vez en enero de 1820, en oportunidad del levantamiento del Regimiento Nro. 1 de San Juan, que hizo que el gobernador de Cuyo, Toribio de Luzuriaga, renunciase a su cargo. El vecindario de Mendoza reunido en cabildo abierto le aceptó la renuncia y confirió al ayuntamiento el mando político de Cuyo, según se dijo, “por unánime votación del Pueblo en

¹⁵ AGPM, Independiente, C. 10. La Real Ordenanza de Intendentes establecía en su artículo 12 que el Teniente Letrado “ejerza por sí la Jurisdicción contenciosa Civil y Criminal en la Capital y su particular territorio, y que al mismo tiempo sea Asesor ordinario en todos los negocios de la Intendencia, supliendo las veces del Jefe de ella en su falta, enfermedades, y ausencias que hiciere á visitar su Provincia, ó con otra justa causa”.

¹⁶ AGPM, Independiente, C. 4.

¹⁷ *Ibidem*. En esto, siguió un camino similar a otros cabildos, que perdieron su primitivo carácter municipal “para transformarse en una institución con jurisdicción provincial, cuando no nacional”. ABELARDO LEVAGGI, “Formación de la provincia: eclipse del municipio”, *La Gaceta*, San Miguel de Tucumán, 15 de diciembre de 1985. Otros cabildos, como el de Buenos Aires, ostentaron ese título en casos de acefalía del gobierno, algo que si bien tenía raíces en el período indiano, se profundizó en el período revolucionario.

esta corporación que se ha prestado a este servicio por el bien de la Patria”¹⁸. En cuanto a la causa de guerra, recayó en un oficial. En esa situación, el cabildo elaboró la lista de personas elegibles para desempeñar el cargo de gobernador de Cuyo a fin de que el gobierno central de Buenos Aires eligiese entre ellas, algo que incrementaba las funciones políticas de la institución. Como dice Acevedo, estos hechos muestran que “el ayuntamiento fue hasta entonces la única institución política capaz de sobrepasar todas las difíciles situaciones que se presentaban”¹⁹.

3. Surgimiento de la Provincia de Mendoza y creación de la Junta de Representantes

Sin embargo, el 1° de febrero de 1820 el Directorio caía derrotado en Cepeda y seguidamente San Juan y San Luis se declaraban independientes, en lo que la historiografía ha llamado el movimiento autonomista provincial, y que era una continuación del rechazo que, sobre todo a partir de 1810, tuvieron los pueblos o ciudades sufragáneas con jurisdicción ordinaria frente a las capitales de intendencias de las que dependían²⁰. Este proceso dio lugar a que cada una de las ciudades con su territorio circundante se convirtiera en jurisdicción independiente, desarticulándose así el orden intendencial. En el caso de Cuyo, surgieron las nuevas provincias de San Juan, San Luis y Mendoza y, así, lo que habían sido espacios municipales adquirieron el estatus de Estados soberanos, que se vincularon entre ellos mediante pactos –incluso las tres provincias de Cuyo hicieron intentos de darse una organización en común, aunque no tuvieron éxito–²¹, siempre con la idea de ser parte de una unidad

¹⁸ AGPM, Independiente, C. 24.

¹⁹ ACEVEDO, *op. cit.*, p. 34.

²⁰ Ver ALEJANDRO AGÜERO, “Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930)”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n° XLIII, 2014, pp. 341-392 (<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/43/index.htm>).

²¹ Los intentos de integración de las tres provincias cuyanas se plasmaron en la Constitución de los Pueblos de Cuyo, en 1821, los tratados de San Miguel de las Lagunas, en 1822, y de Guanacache, en 1827, que no prosperaron. FERNANDO MORALES GUIÑAZU, *El Proyecto de la Constitución de Cuyo en 1821 y los tratados de San Miguel de las Lagunas y Huanacache*, Mendoza, 1942; HERNÁN BRANSBOIN, *Mendoza federal. Entre la autonomía federal y el poder de Juan Manuel de Rosas*, Buenos Aires, Prometeo, 2014, pp. 127-161.

mayor conformada por todas, que se formalizaría mediante un futuro congreso. Cada una intentó darse una organización interior mediante estatutos más o menos provisorios, acorde a lineamientos del constitucionalismo liberal, aunque en algunas solo se trató de bosquejos.

Mendoza, que hasta entonces se había regido según la Real Ordenanza de Intendentes, el Estatuto de 1815 y el Reglamento de 1817, se dio a partir de 1820 una organización que no se basó en una constitución o reglamento de tipo constitucional como ocurrió en otras provincias del país, sino en un grupo de leyes –llamadas “fundamentales” por Juan Bautista Alberdi en su *Derecho Público Provincial*– que se sancionaron según las necesidades que se fueron presentando²². En esto, la provincia trató de adaptar a la realidad local la Constitución de 1819, aunque ésta no se aplicara en todo el ámbito de las Provincias Unidas. De allí que “en múltiples ocasiones y con referencia a diversos aspectos de su naciente vida institucional, se seguirá refiriendo a ella, especialmente durante el primer quinquenio de la década del 20”, aplicando también ciertas medidas del Reglamento Provisorio de 1817 y el Estatuto de 1816²³.

El primer gobernador de la nueva provincia, designado en elecciones convocadas por el cabildo, fue Tomás Godoy Cruz, y a iniciativa suya en un cabildo abierto, al que concurrieron noventa y dos personas, se creó una Junta Representativa “del pueblo soberano”, cuyos miembros –cinco vecinos– fueron elegidos en ese mismo acto a pluralidad de votos²⁴. En la propuesta del gobernador el énfasis estaba puesto en que la Junta debía crearse para que “expida por sí todos los negocios en que haya de intervenir la soberana voluntad del pueblo”, y que pudiese “expresar su voluntad de *modo fácil y ordenado*, concurriendo en grupo”²⁵. Lo dicho mostraba la oposición a que se siguieran realizando cabildos abiertos, esas asambleas a las que se invitaba a la “parte sana del vecindario”, encabezadas por el cabildo ordinario, y que con gran asiduidad se habían reunido en los últimos años con el fin de que el “pueblo soberano” diera su opinión. Sobre ellas, muchos hombres de la época, en particular los afines a la Ideología, opinaban que eran “tumultuarias”²⁶.

²² JUAN BAUTISTA ALBERDI, “Derecho público provincial”, *Obras Selectas*, t. XI, Buenos Aires, Librería La Facultad, 1920, p. 181.

²³ COMADRÁN RUIZ, “Notas sobre la creación...”, cit., pp. 15 y 24.

²⁴ AGPM, Independiente, C. 399 bis, citado en: COMADRÁN RUIZ, “Notas sobre la creación...”, cit., pp. 16-17.

²⁵ AGPM, Independiente, C. 397. El resaltado es nuestro.

²⁶ SALAS, op. cit., pp. 140-145. Un trabajo más reciente que se refiere a esta cuestión:

Lo que se ponía en tela de juicio era la capacidad de los cabildos abiertos, muchas veces de resultados fortuitos, para tomar decisiones de gobierno acertadas, y no la actuación del cabildo ordinario, que no aparece como sujeto de imputación soberana²⁷. Se consideraba que tales asambleas ejercían la soberanía de manera directa y desordenada, y que la Junta de Representantes, por su corto número de miembros podría decidir con más eficacia, y haría efectivo el moderno sistema representativo.

Ahora bien, los capitulares no tuvieron mayores problemas ni resquemores en que se estableciera dicha Junta –similar a las que se dieron otras provincias– para que entendiese en aquellos asuntos en que era necesario consultar la voluntad del pueblo, y en esto seguramente tuvo incidencia el hecho de que en la práctica el cabildo quedaba con el control de la institución. En efecto, tenía el manejo de la Junta Electoral, que elegía a los miembros del cabildo entrante, y que desde 1820 elegiría a los de la Junta de Representantes, lo que daba continuidad y seguridad a la elite capitular, y provocaba que "los personajes que alternaban en el municipio, la Junta Electoral y la Junta de Representantes eran casi siempre los mismos", como ha dicho Comadrán Ruiz²⁸.

En cuanto al cabildo ordinario, en 1821 continuaba ejerciendo las funciones de siempre, tal como lo muestra la Ordenanza que especificaba las funciones de los distintos cargos concejiles, dictada el gobernador Tomás Godoy Cruz. La Junta de Representantes la aprobó, salvo en lo atinente a la alzada de lo juzgado por el regidor juez de policía, de cuyos fallos debería

Fabián Herrero, "Ley y orden. Buenos Aires, hacia fines de 1820", *Quinto sol*, n.12, Santa Rosa ene./dic. 2008.

²⁷ Los ayuntamientos fueron los representantes de "los pueblos" –o ciudades– en los que recayó la soberanía después de la crisis española de 1808. En el transcurso del proceso revolucionario la institución fue perdiendo esa representación de tipo corporativo, algo en lo que tuvo incidencias el surgimiento de la nueva representación basada en el sufragio y la tendencia al abandono del antiguo pluralismo y al nacimiento de una sociedad política compuesta de simples individuos. Mendoza siguió al Reglamento de 1817 para la elección de los empleos concejiles. Este Reglamento, en seguimiento del Estatuto de 1815 y el de 1816, dispuso la elección indirecta en villas y ciudades donde hubiere cabildos, las que debían dividirse en secciones, debiendo votar los ciudadanos inscriptos en el registro cívico del cabildo por un número de electores proporcional al número de habitantes. El acto debía ser presidido por los dos alcaldes y un regidor, y el escrutinio debía ser realizado por el cabildo, siendo elegidos para electores quienes tuvieran el mayor número de sufragios, los que pasaban a conformar la Junta Electoral. Ésta debía elegir a los miembros del cabildo del año entrante, quienes serían posesionados por el cabildo saliente. SANMARTINO DE DROMI, *op. cit.*, pp. 2280-2281; SEGHESSO DE LÓPEZ, *op. cit.*, p. 51.

²⁸ COMADRÁN RUIZ, "Notas sobre la creación...", *cit.*, p. 28.

apelarse no ante el alcalde ordinario en lo civil sino ante el gobernador, por tener éste, según se dijo, facultades de alta policía. Un deslinde de funciones que se acentuaría con el tiempo. La Junta consideró al reglamento “muy necesario en una sociedad bien organizada [por] establecer el orden y método de que hasta aquí había carecido el cabildo”. Poco antes se había sancionado un Reglamento de Estancias, que debía hacerse observar en la campaña por el alcalde provincial, y un Reglamento de Policía, a cargo del juez de policía; se hablaba, además, de la necesidad de sancionar el de aguas, para ser cumplido por el juez de aguas, todos funcionarios del cabildo. Esto muestra la gran vitalidad que tenía la institución en momentos en que en Buenos Aires se decidía suprimirla. De manera más reglamentada, seguía ejerciendo en 1821, con cambios no muy significativos, todas las funciones que había tenido tradicionalmente, además de controlar la elección de los miembros de la Junta Electoral que debía elegir a los capitulares y a los miembros de la Junta de Representantes, y de la función de justicia ordinaria ejercida por los alcaldes ordinarios²⁹.

²⁹ Las “Ordenanzas del Muy Ilustre Cabildo de la Provincia de Mendoza”, establecían en el art. 1º: “La naturaleza del cuerpo capitular y sus facultades son las mismas que constan hasta aquí señaladas en la Ordenanza de Intendentes y en las demás Leyes generales o particulares, publicadas con posterioridad a aquel Código y se halle en su fuerza y vigor”. Luego detallaba las atribuciones del *alcalde de primer voto*, quien debía desempeñar “las mismas funciones que le señala la Ordenanza de Intendentes”, y confirmaba su jurisdicción ordinaria en las causas civiles y criminales. El capítulo 8 se refería a la jurisdicción ordinaria del *alcalde de segundo voto*, señalando como su principal objeto “la apertura de los testamentos cerrados y reducción de los nuncupativos o memorias simples a escrituras públicas y el conocimiento exclusivo en primera instancia, de los asuntos en que medien intereses o persona de algún menor siendo, por lo tanto, Juez de menores”. Luego, se ocupaba del *alcalde provincial*: debía hacer cumplir el Reglamento de Estancias de 20 de octubre de 1820, para lo que debía recorrer por lo menos una vez al año las haciendas y lugares de su jurisdicción, “para administrar justicia y examinar si la han administrado bien los jueces subalternos”. El capítulo 10 trataba del *alguacil mayor*, quien, subordinado a los alcaldes ordinarios tenía a su cargo la cárcel, tratamiento de presos, nombramientos de tenientes y alcaide de la prisión. El 11, trataba sobre las atribuciones del *juez de policía*, quien debía entender en las obras públicas, observar y hacer cumplir el Reglamento de Policía de 15 de setiembre de 1820, tener un teniente a cargo de celar el orden en abastos, calles, plazas y otros lugares públicos; intervenir en las quejas entre los decuriones y en cuestiones entre el teniente de policía y otros oficiales subalternos con los vecinos, y en materia de multas e infracciones al Reglamento de Policía. Al *fiel ejecutor* se le encargaba “procurar la abundancia y aseo de todos los artículos de comestibles y abasto”, cuidando “el monopolio en el mercado” y facilitando la libre concurrencia de los vendedores; vigilar el arreglo de las entradas de la ciudad, tener jurisdicción sobre “los que usaren falsos

Si tenemos en cuenta los fundamentos expresados por el gobernador en su propuesta de creación de la Junta de Representantes, ésta debía tener la función preeminentemente consultiva que hasta entonces habían cumplido los cabildos abiertos, cuyas decisiones, sin embargo, tuvieron un peso que las transformaba en vinculantes a la hora de ser llevadas a cabo por las autoridades ordinarias. En efecto, se estableció que la Junta debía “aconsejar al gobierno en materias de grande importancia y que tengan trascendencia con la pública tranquilidad o suerte de este pueblo”. Sin embargo, en el acta de creación se le especificaron facultades en lo relativo a supresión o aumento de empleos civiles y militares; aumento o disminución de sueldos; y para que pudiese “el Gobierno, con acuerdo de la Junta, dictar cualquier otra providencia del género de aquellas que el Reglamento atribuye primitivamente al Poder Ejecutivo y al Congreso”³⁰. En el ejercicio de tales atribuciones, Junta fue cumpliendo paulatinamente un papel cada vez más relevante. El gobernador y el propio cabildo aumentaron considerablemente el número y temas de consultas a este órgano, y sus resoluciones fueron tomadas como ley desde el principio.

La suspensión o no del impuesto de la carne, el pago de deudas a diputados por Mendoza al congreso de Córdoba, la toma de conocimiento de gestiones del diputado Godoy Cruz ante Buenos Aires según las instrucciones que

pesos y medidas" y los contratos de compra venta de comestibles, imponer multas a los infractores de los bandos de abasto, visitar regularmente las tiendas y pulperías. Al *Juez de aguas* se le otorgaba jurisdicción ordinaria en cuestión de aguas, debiéndose encargar del reparto, abasto, prevención de inundaciones y hacer cumplir el Reglamento que se debía sancionar en la materia. Se refería también al *defensor general de menores* y al *de pobres*; este último debía visitar la cárcel, el presidio, los hospitales, hospicios, panaderías y casas de corrección, encargándose de los padecimientos que pasaban los pobres –también los esclavos en presidios y hospitales–, y se asesoraría con un abogado. El capítulo 16 especificaba las funciones del *Síndico Procurador de la Ciudad*, uno de los principales empleos del cabildo, a cuyo cargo estaba hacer cumplir las ordenanzas municipales, ejercer la personería de la ciudad en pleitos que los particulares o corporaciones promovieran contra el ayuntamiento y controlar la buena administración de rentas públicas. El *regidor de comisiones*, se ocuparía de las funciones que no estuvieran detalladas en el Reglamento y ayudaría a los capitulares recargados en sus trabajos. El *asesor letrado* debía asistir a todas las sesiones, encargándose de "extraer los oficios, redactar los expedientes y las representaciones del cabildo", en tanto que el *secretario* debía llevar los copiadores, atender el despacho ordinario de demandas y representaciones, conservar los documentos públicos y llevar el archivo. También se reglamentan las funciones del *escribano* y el *portero del cabildo*. AGPM, Independiente, C. 151 y ACEVEDO, op.cit.

³⁰ AGPM, Independiente, C. 399 bis, citado por COMADRÁN RUIZ, “Notas sobre la creación...”, cit., pp. 16-17.

se le habían dado, las instrucciones que se darían al diputado por Mendoza para entrar en la liga del Cuadrilátero y posterior suspensión de la incorporación de la provincia a dicha liga, la impresión de un registro ministerial con las resoluciones de la junta y del gobierno, la aprobación de un proyecto del cabildo para arreglo del río, el nombramiento de un tribunal de cuentas para controlar la administración de todos los ramos, la aprobación de una reforma de cargos públicos por parte del gobierno, la conformidad para la fabricación de un puente y la obra de baños termales, el tratamiento del pedido de San Martín para que los pueblos cuyanos ayudaran a concluir la guerra continental en Perú, son cuestiones de las que se ocupó la Sala, según se desprende de las actas de la Legislatura entre 1820 y 1823³¹.

Asimismo, nombró comisiones de alzadas para casos especiales, y un tribunal de apelación en negocios de hacienda –que fue el propio gobernador–, y decidió que los miembros del tribunal de justicia pudieran ser también representantes por la necesidad de que “entren en la sala hombres que con sus luces sean capaces de desempeñar las altas funciones”; incentivó la producción de las minas y el tabaco, tomó medidas proteccionistas de las industrias locales y reglamentó la moneda; trató sobre diversas cuestiones relativas a las relaciones con otras provincias –como el pedido de armas por parte de San Luis para contener a los indios en la frontera–, impulsó la reunión de los gobernadores de Cuyo, dando las debidas instrucciones al representante de Mendoza, en el marco del desquiciamiento de la nación –como se dijo– y ratificó el Tratado de San Miguel de las Lagunas firmado por estos pueblos; deliberó sobre la firma del tratado de paz con su Majestad Católica que llevaba adelante el gobierno de Buenos Aires; realizó un censo de población y dividió curatos; autorizó gastos y la realización de obras públicas por parte del cabildo, controló el uso del ramo de propios, reglamentó la demanda de tierras baldías y la ley de impuestos, liberó al hospital del pago de impuestos; dictaminó sobre la reelección de un individuo en el cargo de alcalde de aguas; intervino en cuestiones de patronato ante el pedido de los agustinos de Mendoza de que sancionase su independencia respecto de la casa de San Juan, resolvió rencillas entre los miembros del convento de los agustinos que acudieron a pedir una solución ante la Sala y aceptó la renuncia de un prior, reglamentó la libertad de imprenta prohibiendo los libelos infamatorios, etc.³²

³¹ *Actas de la Legislatura de Mendoza*, t. I: 1820-1827, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1988, pp. 1-151.

³² *Actas*, pp. 1-51

Este listado muestra las múltiples cuestiones sobre las que la Junta llegó a dictaminar en corto tiempo, muchas de las cuales habían estado en manos del gobernador intendente y del cabildo, además de otras que podrían considerarse de tipo constituyente, como organizar las facultades de alguno de los órganos de poder según las necesidades que fueron surgiendo³³. En cuanto a las múltiples cuestiones sobre Patronato en que intervino, en gran medida se debieron a que, además de no haber relaciones con la Santa Sede, las jurisdicciones de las nuevas provincias no coincidieron con las eclesiásticas y hubo casos en que no quedaba claro para las órdenes religiosas de qué autoridad dependían³⁴. Muchas de esas decisiones se tomaron basándose, como hemos dicho, en lo establecido por el Reglamento de 1817 y la Constitución de 1819, que sirvieron para el ordenamiento institucional de la naciente provincia de Mendoza, tal como surge de las numerosas menciones que sobre esos documentos aparecen en las actas; no podemos dejar de mencionar, en este sentido, las referencias a la Ordenanza de Intendentes.

4. El ocaso del cabildo

Tal fue la importancia que alcanzó la Junta de Representantes, que en abril de 1823, cuando el gobernador debió ausentarse durante ocho días, le consultó si podía dejar el mando político en su secretario y el militar en un oficial de grado. Discutida la cuestión sobre si convenía depositarlo como de costumbre en el cabildo, pues innovar podía causar “algún resentimiento” en la “Municipalidad”, unos sostuvieron con energía que el gobierno debía quedar en el secretario. Pero también se dijo que debía dejarse el mando político en el presidente de la H. Junta, lo que fue aceptado por todos los miembros presentes en la sesión³⁵. La resolución se tomó expresamente en seguimiento de la Constitución de 1819, que establecía que en ausencia del Director de Estado se dejaría el Poder Ejecutivo provisionalmente en presidente del Senado³⁶. Esto muestra no solo cómo se fue definiendo en estos

³³ Se puede mencionar la creación de una Cámara de Apelaciones y la sanción de su Reglamento en 1822. *Actas...*, cit., pp. 70-71. O la discusión sobre si el Ejecutivo podía tener la iniciativa en la formación de las leyes. *Actas*, p. 128.

³⁴ BRANSBOIN, *op. cit.*, pp. 197 y ss.

³⁵ *Actas...*, cit., pp. 103-104.

³⁶ Constitución de 1819, Sección 3, Capítulo I, “LXI. En caso de enfermedad, acusación o muerte del Director del Estado, administrará provisionalmente el Poder Ejecutivo el

tres años el carácter de la Junta como un poder legislativo, sino también su fortalecimiento frente a un cabildo que, además de subordinarse a la Junta –dado que todo lo consultaba con ésta convirtiéndose las más de las veces en un simple ejecutor de sus resoluciones–, se resentía por la ausencia de sus regidores, que solicitaban licencia continuamente para dedicarse a sus asuntos particulares, y cuyo prestigio disminuía.

En medio de este proceso de adecuación de las instituciones de gobierno a la nueva situación de provincia según los lineamientos del moderno constitucionalismo, se produjo una crisis política en la elite local, que se dividió en facciones, una de las cuales tuvo su base en el cabildo. El hecho que dio pie al enfrentamiento fue la presencia en Mendoza de Juan Crisóstomo Lafinur, un hombre afín al grupo rivadaviano de Buenos Aires que ocupó el cargo de preceptor del Colegio de la Santísima Trinidad cuyo patrono era el cabildo. Partidario de la Ideología y el Método Lancasteriano de enseñanza, en 1822 se hizo patente el choque con los capitulares, a quienes molestaban las ideas liberales y deístas que impartía en sus clases. Atizó la pugna el hecho de que el preceptor y su pensamiento innovador convocaron en torno a él a un grupo de jóvenes, que tuvieron como vehículo de expresión al periódico *El Verdadero Amigo del País*, en donde publicaban artículos en contra del cabildo. Éstos solían, asimismo, concurrir a la barra en las sesiones de la Sala, para desalentar las medidas que no les eran afines, y recurrieron a la distribución de libelos anónimos para desacreditar a la antigua institución³⁷.

Uno de los incidentes con el cabildo se debió a que los encargados de la imprenta se negaron a editar unos documentos oficiales. Los capitulares se quejaron ante la Junta e incluso los alcaldes anunciaron que dejarían su puesto en caso de seguir así la situación, lo que dio pie a una reprensión a los capitulares para que se reuniesen y continuaran con sus funciones, que estaban paralizadas:

...21 días del mes de agosto de 1822 [...] se tuvieron en consideración dos oficios uno del comandante general de armas dando parte cómo el pueblo había quedado sin gobierno por el retiro de algunos regidores de sus desti-

Presidente del Senado, quedando entretanto suspenso de las funciones de senador”, SAN-MARTINO DE DROMI, *op. cit.*, p. 2316.

³⁷ ESTEBAN FONTANA, "Contribución al esclarecimiento de la pugna tradición-revolución hispanoamericana: la postración del Colegio de la Santísima Trinidad en 1822", *CUYO. Anuario de filosofía argentina y americana*, v. 2 Primera época, Mendoza, 1966, pp. 107-159.

nos, y otro de los señores alcaldes protestando su separación e igualmente juzgándose agraviados por la morosidad en resolver a la queja interpuesta sobre la resistencia del impresor a dar a la prensa un papel de la muy ilustre municipalidad; y se acordó que se conteste a los alcaldes que el no haberse resuelto sobre el particular ha sido por no haber podido reunirse los vocales hasta el numero de sala: y que se oficie al ilustre cabildo dirigiéndose al presidente para que convoque y reúna al cuerpo y continúe en el ejercicio de sus funciones paralizadas con escándalo del público que se halla expuesto a ver vacilante su tranquilidad, de cuyos males que pueden inferirse no podría menos que cargar el cabildo con su responsabilidad³⁸.

Ante la protesta de la Municipalidad por los agravios recibidos, la Junta mandó que no se imprimiesen papeles anónimos o sin firma como habitualmente se hacía. En ese contexto, el cabildo denunció ante la Junta la existencia de una “revolución”, entendiendo por tal expresión “un indicante de que podía haberla en virtud de hallarse las autoridades divididas en sí mismas y el pueblo en partidos por los motivos que las fomentaba”; palabras que podían referirse a que algún miembro de la Junta simpatizaba con los lancasterianos, o también, como veremos, a jefes militares, un sector fortalecido como consecuencia de la guerra de la independencia. Los capitulares solicitaron entonces la inmediata expulsión de Lafinur de la ciudad, pero la Junta se decidió por una medida un poco más atenuada: expulsarlo luego de que pasara el invierno, para que pudiera atravesar la cordillera hacia Chile, a donde había sido convocado para ocupar un cargo en un colegio³⁹.

El enfrentamiento entre los lancasterianos y el grupo dominante en el cabildo –y en la Junta Electoral– se manifestó también en torno a otros asuntos, como la discusión a fines de 1822 sobre el aumento de los miembros de la Junta, propuesta por un representante que era afín a los primeros. No hubo acuerdo en cuanto a si era la misma Sala la que debía decidir sobre la cuestión o si debía hacerse mediante una “asamblea del pueblo” convocada por el cabildo, pues –se dijo– era el “pueblo” el que había creado a la Junta de Representantes⁴⁰. Por tal motivo la reforma no se realizó de momento.

Algo que también buscaron los innovadores fue que la elección de los representantes fuera directa y no por medio de la Junta Electoral, lo cual anu-

³⁸ *Actas*, p. 72.

³⁹ Quien propuso esta medida menos perjudicial para Lafinur fue el representante Francisco Delgado, cuyo hermano Agustín escribía en las páginas de *El Verdadero Amigo Del País*. *Actas*, pp. 74.

⁴⁰ *Actas*, p. 80.

laría la influencia del cabildo sobre la sala de Representantes. En efecto, en setiembre de 1823, el gobernador interino Bruno García, hombre afín a los lancasterianos, manifestó en la Sala la relevancia de la “creación y el origen de la autoridad Representativa” y la necesidad de que “para formarse legítimamente” se estableciera el “voto libre y espontáneo de los individuos”, pues sin esos principios “será difícil que adquieran (sus resoluciones) aquella fuerza y respetabilidad necesaria para hacerse exigibles”. García solicitaba la elección directa porque, según dijo, la practicaban los “Pueblos libres”, y porque no era recomendable concentrar el poder en unas pocas personas. Se refirió también a la falta de representatividad de la Junta de Representantes en razón de que no asistían a formarla los ciudadanos de la campaña –si bien éstos podían ir a votar a las mesas instaladas en la ciudad– y expuso que la experiencia había mostrado la manipulación a que daba lugar el sistema indirecto⁴¹.

El asunto fue discutido en varias sesiones, pero la propuesta del sector liberal no obtuvo mayoría⁴². Por su parte, la Junta Electoral respondió con indignación la nota de García, planteando su legitimidad en cuanto que era una corporación “en quien el Pueblo ha depositado su mayor confianza”, y sugiriendo intenciones ocultas en las palabras del gobernador interino, que respondía a un sector que aprovechaba el puesto transitorio del funcionario para forzar la situación –pues, dijo, no era desconocida “toda la tendencia de estas pretensiones”–; al mismo tiempo, defendió el honor de sus miembros. Cuando Pedro Molina retomó su puesto como gobernador propietario, por bando del 13 de noviembre convocó a elección de electores para el 15 de noviembre, como era habitual. Sin embargo, el día de los comicios, bien temprano, los

⁴¹ Bruno García propuso, además, la incorporación de la campaña al sufragio, mediante la división del territorio en departamentos. AGPM, Independiente, C. 753, en SEGHESSO DE LÓPEZ, op. cit., p. 51. El Reglamento de Policía de 1828 dispuso la división de la campaña en departamentos, pero no fue a los fines electorales (SANJURJO DE DRIOLLET, *La organización político administrativa*, cit., pp. 40 y ss.)

⁴² Bruno García expuso: "Hasta aquí la Junta Electoral, creadora del cabildo ha sido encargada igualmente de la elección de Representantes en la Honorable Junta de Representantes. Pero un tal sistema de elecciones, en todo semejante al de que trata el capítulo 49, sección 5°; del Reglamento Provisorio [Estatuto Provisional] como dictado para la formación de un gobierno principal de unidad, no parece el más adecuado para el Popular vo que hemos entablado después, según las fórmulas que se han adoptado. A éste le es, sin duda, más propia, y casi precisa, la elección directa de los Representantes por los representados, y así vemos practicarlo en todos los pueblos libres que merecen, justamente, tomarse por modelo en el particular". Mensaje del Gobernador Bruno García de 16 de setiembre de 1823. AGPM, C. 401.

declaró suspendidos, presentando a la Sala una nota que fundamentaba su decisión. La anulación se debía al “quebrantamiento de las leyes del país” por parte del cabildo y del alcalde de 1º voto por no tener registro cívico como ordenaba el Reglamento de 1817 y emitir boletas en blanco. El 24 de noviembre de 1823 la Junta resolvió sobre la medida tomada por el Poder Ejecutivo:

...con motivo del sumario levantado por el mismo sobre el quebrantamiento de las leyes del país por el ilustre cabildo, y el alcalde de primer voto: aquél en la notable falta de no llevar el registro cívico que ordena el reglamento, y éste en la emisión de boletas en blanco: cuyas causales y otros incidentes exponía el gobierno que habían movido su celo en protección de la libertad civil y la observancia de las leyes, de cuyo cumplimiento era encargado por ellas mismas. *Discutido suficientemente lo que se resolvería para que las elecciones populares se hiciesen con la pureza posible se acordó decretar: 1º Todas las boletas de registro emitidas hasta la fecha son de ningún valor y efecto; 2º El ilustre cabildo formará el registro cívico conforme al reglamento; 3º Para formar el registro cívico se señala el término que corre desde el día 26 del presente hasta el 10 de diciembre, en cuyo día serán las elecciones con arreglo a las leyes vigentes...*⁴³.

Realizada la elección nuevamente el 10 de diciembre, se impuso el partido capitular, resultando reelectos los miembros salientes de la Junta Electoral. Pero la situación que se planteaba por el problema de la circulación de moneda falsa⁴⁴ y las medidas que se pensaba tomar respecto de ello –retirar el numerario con un descuento del 12 % a los poseedores–, fueron causa de un estado revolucionario. Molina presentó su renuncia más de una vez, y en abril de 1824 una asamblea popular, sin duda manejada por el cabildo, unánimemente proclamó gobernador a Juan Agustín Maza, quien debió jurar “ante la Municipalidad y el pueblo”⁴⁵. Sin embargo, jefes militares interpusieron un oficio ante la Junta, a la que reconocían como “única autoridad suprema legítima” y “pedían que se les diese un gobierno legal pues el que se acababa de hacer re-

⁴³ *Actas*, pp. 139-140. El destacado nos pertenece.

⁴⁴ Como “telón de fondo” de la encrucijada política que se vivía, estaba “el problema de la falsificación de moneda que, presente desde el año anterior, alcanzó niveles que paralizaron los intercambios comerciales a pesar de los esfuerzos del gobernador Molina y la Sala por sancionar medidas para reprimir a los delincuentes y obligar a los abastecedores a recibir la moneda resellada”. MOLINA, *op. cit.*, pp. 13 y ss. Esta grave cuestión para la economía de la provincia dio lugar incluso a una “sesión secreta”, en la que se hizo despejar “la barra”, para tratar un proyecto sobre prohibición de la moneda falsa (*Actas*, p. 143).

⁴⁵ SEGHESSO DE LÓPEZ, *op. cit.*, p. 25-26.

conocer por la plaza era obra del tumulto y no de la parte sana del pueblo”⁴⁶, es decir, que no se había seguido el mecanismo de elección del gobernador por la Sala. Ante tal presión, Maza dimitió y, tratando de solucionar la crisis política, la Junta de Representantes entregó el gobierno a cinco miembros del cabildo, medida que tuvo corta vida por la necesidad de tomar decisiones con rapidez. Tampoco tuvo éxito el nombramiento de un triunvirato.

Ante ello, la Junta de Representantes devolvió el título de gobernador a Pedro Molina, quien sin embargo renunció a principios de julio por presión del partido capitular, haciéndose cargo del gobierno un partidario de estos últimos: José Albino Gutiérrez. Pero el desenlace no sería a favor del cabildo, pues un levantamiento de cuerpos cívicos afines a los lancasterianos derrocó a Gutiérrez, y convocó a una asamblea “del pueblo”. Ésta disolvió la Junta de Representantes existente, eligiendo otra con mayoría de lancasterianos, y nombró gobernador a una persona vinculada a esta corriente de pensamiento, Juan de Dios Correas⁴⁷. Las prácticas asambleístas continuaron, como puede verse, por parte de uno y otro partido.

La nueva Junta tomó decisiones que constituyeron un golpe mortal a la antigua institución. El 6 de julio le sustrajo el ejercicio de la justicia ordinaria al suprimir a los alcaldes de 1º y 2º voto. El cabildo se quedaba, así, sin una de sus funciones peculiares, que había constituido un derecho privativo de las ciudades y sus vecinos en el período indiano. En sustitución, la Junta creó dos jueces ordinarios de primera instancia que, a diferencia de los alcaldes de cabildo, fueron ajenos a toda facultad de tipo gubernativo. En cuanto a la función de policía, que incluía entre otras cuestiones las de ordenamiento urbano, abasto y seguridad, quedó en manos de un juez de policía, que debió hacerse cargo también de las facultades del regidor juez de aguas, y que ya no dependería del cabildo sino que estaría directamente subordinado al gobernador, aunque se le otorgaba a dicho agente jurisdicción ordinaria en la materia. Finalmente, el día 13 la Junta dispuso que el gobierno fuera quien proveyera los gastos de los presos y se hiciera cargo de las “otras atribuciones que eran de la inspección del cabildo, entre tanto se determina lo conveniente sobre la corporación”⁴⁸.

⁴⁶ AGPM, Independiente, C. 751. Citado por SEGHESSO DE LÓPEZ, op. cit., p. 26.

⁴⁷ La trama política del enfrentamiento entre lancasterianos y capitulares –llamados éstos despectivamente godos o pelucones– y la incidencia en los sectores militares, es analizada por MOLINA, “La disputa...”, cit.

⁴⁸ *Actas*, pp. 178-181. También en 1824 se logró el voto directo para la elección de diputados nacionales, y en 1827 se dictó una ley que estableció las anheladas elecciones directas para los representantes de la Sala. SEGHESSO DE LÓPEZ, op. cit., p. 52.

Si bien desde entonces el cabildo en los hechos no existía, su supresión fue formalizada por la Junta en 1825, a instancias del nuevamente gobernador interino Bruno García⁴⁹. En su mensaje a la Sala, García expresó que con la creación de los jueces de primera instancia a éstos se los había independizado del gobierno y constreñido a sus verdaderas atribuciones. Asimismo, señaló las ventajas de la creación de la judicatura de Policía, que “en este ramo ha traído bienes incalculables al País”, puesto que

...el aseo de las calles, la recomposición de los puentes, el paseo, las obras públicas, todo ha recibido su mejora [...] uno u otro asesinato y los robos que se habían hecho frecuentes han desaparecido. La Policía ha hecho su influjo menos directo, pero más eficaz [...] “He aquí el contraste que se presenta, señores, entre la antigua corporación del cabildo y los magistrados que se han creado en su lugar⁵⁰.

Constreñir el poder de los jueces y dar autonomía a la función de gobierno, era una línea directriz en este proceso, en la que subyacía la idea de la necesidad de terminar con la naturaleza esencialmente judicial del poder, propia del Antiguo Régimen, y la búsqueda de la capacidad coercitiva autónoma, apartada del poder judicial, que era necesario que adquiriera la función *administrativa*, la cual, bajo el término policía, seguía abarcando todo lo relativo al arreglo urbano, al orden y la seguridad, y otras cuestiones que hacían al interés público. Si aplicamos conceptos de Luca Mannori, podríamos decir que con la creación de un juez de policía dependiente del gobernador, y unos jueces limitados a los litigios, comenzaban a configurarse “dos tipos de autoridades totalmente nuevas, la judicial y la administrativa: la primera consistente en aplicar la ley a los casos contenciosos, la otra dirigida a los casos de interés público bajo las órdenes del gobierno”, lo que tendía a “la existencia de un poder coercitivo y dispositivo completamente autónomo respecto a la

⁴⁹ La resolución de supresión de la institución dictada el 11 de mayo de 1825 por la Sala, declaraba “suprimido el cabildo que había quedado sin objeto desde la instalación de la Sala de Representantes”, estableciendo en lugar de los alcaldes de 1º y 2º voto “dos jueces de primera instancia con jurisdicción ordinaria”. MANUEL DE AHUMADA, *Código de las leyes, decretos y acuerdos que sobre la administración de justicia se han dictado en la Provincia de Mendoza*, Mendoza, Imprenta El Constitucional, 1860, pp. 39 y ss.

⁵⁰ AGPM, Independiente, C. 402. Se dijo entonces que la institución “había quedado sin objeto a raíz de la creación de la Sala de Representantes”. EDBERTO O. ACEVEDO, *Orígenes de la organización judicial de Mendoza*, Buenos Aires, 1979, p. 31.

declaración de derecho, e intrínsecamente ‘político’ en tanto que instrumental para la realización de los fines empíricos del Estado”⁵¹.

El Reglamento de Policía de 1828 transformó al juez de policía en Jefe de Policía de la Provincia, dependiente del gobernador. El Jefe de Policía fue la cabeza de un aparato jerárquico y centralizado de funcionarios distribuidos en todo el territorio provincial, que, según disponía el Reglamento, debía ser dividido en departamentos y cuarteles –siguiendo el modelo francés– que quedaban a cargo de comisarios y decuriones respectivamente, con funciones policiales⁵². Se cancelaba la historicidad del territorio, sustituyendo la antigua superposición de jurisdicciones diversas, “por una jerarquía única de circunscripciones”⁵³. Paralelamente, para dos pueblos de lugares alejados de la campaña –la Villa Nueva de los Barriales y la Villa de San Carlos– seguían funcionando unos jueces subdelegados con facultades de primera instancia en cuestiones civiles y criminales creados en 1820 por el gobernador Godoy Cruz⁵⁴. Era una modalidad, para estos ámbitos periféricos del gobierno provincial, que tendía a separación de funciones⁵⁵.

Sin embargo, ese modelo de organización del espacio de corte más bien racional sufrió, en la década siguiente, marcados solapamientos con formas *más tradicionales*. En efecto, en 1834 se sancionó un Reglamento de Estancias que otorgó amplias funciones de gobierno a los jueces subdelegados de villas rurales, al modo de los jueces comisionados o pedáneos indianos, que habían mostrado gran eficacia para el gobierno de los pueblos de la campaña⁵⁶.

5. Consideraciones finales

El análisis muestra un cabildo totalmente fortalecido en los prolegómenos de la revolución en Mendoza, cuyas prerrogativas defendió frente a los inten-

⁵¹ LUCA MANNORI, “Justicia y Administración entre antiguo y nuevo régimen”, publicado en R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997, pp. 136-137. Traducido al castellano por Alejandro Agüero y M^a Julia Solla.

⁵² Reglamento de Policía de la Provincia de Mendoza, 1828. AHUMADA, op. cit., pp. 52 y ss.

⁵³ LORENTE, op. cit., p. 327.

⁵⁴ Archivo de la Legislatura de Mendoza, Actas de la H. Sala de Representantes, t. I, Sesión del 28 de febrero de 1821.

⁵⁵ A los agentes policiales, el Reglamento de 1828 les otorgaban funciones judiciales de ínfima cuantía.

⁵⁶ SANJURJO DE DRIOLLET, pp. 48 y ss.

tos de los gobiernos patrios establecidos en Buenos Aires, de someterlo a los funcionarios que designaban para las ciudades del interior. La creación de la Gobernación Intendencia de Cuyo lo posicionó como cabildo de capital de intendencia, el que, por los vínculos y cooperación con el gobernador José de San Martín en momentos de preparación del ejército de los Andes, cumplió funciones que excedieron sus tradicionales facultades, como las de cabildo gobernador de la provincia en ocasiones de ausencia del Libertador.

En 1820, cuando comenzó a organizarse la nueva provincia de Mendoza en el contexto de la caída del gobierno central de las Provincias Unidas, a propuesta del primer gobernador de ella y con la anuencia del cabildo, el pueblo reunido en cabildo abierto creó la Junta de Representantes. No debe pensarse que esto eclipsó inmediatamente a la secular institución, a la que en 1821 se le dio una Ordenanza que confirmaba sus tradicionales funciones, además de otras más modernas que ejercía, como el control de la elección de los miembros de la Junta Electoral que elegía a los capitulares.

Si bien la creación de la Junta de Representantes se hizo con la finalidad de que se tomaran determinaciones de gobierno de una manera más ordenada que la que tenían de los cabildos abiertos, hemos podido observar que en los cuatro años posteriores continuaron las prácticas assembleístas. No obstante, no podemos denominar a esas reuniones del pueblo necesariamente como cabildos abiertos, porque muchas de ellas no fueron convocadas ni por el cabildo ni por el gobernador. En febrero de 1824, por ejemplo, fue la Junta la que dispuso preparar “una sala donde la honorable Junta se reúna con más comodidad y le sea más fácil la *concurencia del pueblo*”, para deliberar sobre el problema de la moneda⁵⁷. Y fue mediante una asamblea a la que asistieron hombres de las milicias, que los ideólogos pudieron romper el círculo de poder del cabildo.

La derrota del partido de los “godos” o capitular y el cambio de los miembros de la Junta de Representantes, dominada desde entonces por la facción lancasteriana, dio lugar, en 1824, al “vaciamiento” de la antigua corporación en el corto lapso de una semana. A partir de entonces no tuvo funciones que cumplir, aunque formalmente fue suprimida en 1825. Queda claro que la supresión del cabildo mendocino tuvo una causa ideológica y partidaria, cuyo origen puede encontrarse en el enfrentamiento entre el grupo que dominaba en el cabildo, y Lafinur, en razón de las doctrinas afines a la Ideología y al método de enseñanza de Lancaster –de filiación protestante y tono deísta– que

⁵⁷ *Actas*, p. 156. El destacado nos pertenece.

éste aplicó como preceptor del colegio. Aunque la corporación logró expulsarlo de la ciudad, quedó un grupo de lancasterianos que, frente al dominio que el cabildo tenía sobre la Junta, y luego de varios intentos de sofocar por diversos medios la influencia del primero sobre la segunda, promovieron un golpe en el que tuvieron importante participación sectores militares, gracias al cual pudieron imponer como representantes a personas que les eran afines. Fue entonces cuando las horas de la vieja corporación estuvieron contadas.

Pero, además de las mencionadas causas políticas, se ha podido observar que entre 1820 y julio de 1824 la institución capitular fue progresivamente aumentando su dependencia de la Sala, mientras que ésta rápidamente acrecentó sus funciones. Todos los problemas de mayor o menor importancia que se suscitaron en la nueva provincia le fueron consultados, y sus decisiones tuvieron fuerza de ley. Por eso no debe extrañar que Bruno García solicitara, en una sesión de la Legislatura, que le explicaran qué función cumplía el cabildo, porque a su entender no tenía ninguna⁵⁸. Cabe considerar, como se ha hecho para Córdoba, que en esa pérdida de facultades de la vieja institución incidió el hecho de que el espacio sobre el que ésta ejerció jurisdicción se había transformado de municipal en provincial. La Junta de Representantes, que fue establecida en el momento de surgimiento de la provincia, parece haber sido más adecuada a esta nueva espacialización política, tanto como a la moderna representación. La supresión del cabildo contribuyó a la vez, mediante el deslinde de sus funciones en diversos agentes, a la conformación de una esfera específicamente política de gobierno, con su fuero privativo (el administrativo) y su propio recurso de coerción (la fuerza de policía), diferente de la esfera judicial. Sin embargo, se trató de una época de importantes continuidades, entre las que no fueron menores el ejercicio de facultades judiciales por el nuevo funcionario de policía, y el posterior establecimiento de unos jueces rurales con facultades de gobierno.

⁵⁸ *Actas*, p. 87.

APRENDER A COLONIZAR: UNA ADMINISTRACIÓN CIVIL
PARA FILIPINAS (1870-1898)

LEARNING TO COLONIZE: A CIVIL ADMINISTRATION
FOR THE PHILIPPINES (1870-1898)

MARÍA JULIA SOLLA SASTRE

Universidad Autónoma de Madrid (España)

mjulia.solla@uam.es

Resumen: El final de la década de los 60 del siglo XIX presenció el arranque del colonialismo europeo moderno. El contexto impulsó una nueva reflexión sobre el papel de España en el tablero colonial, llevándola a adoptar estrategias institucionales de colonización “moderna” que no la descolgaran de los avances de las grandes metrópolis que se advertían en las posesiones del Pacífico. Sería el momento, pues, de experimentar una nueva tecnología colonial en su laboratorio más exótico: Filipinas.

Una de las medidas adoptadas fue la de formar un nuevo modelo de administrador de aquel Archipiélago que fuera capaz de administrar con eficiencia y sacar el máximo provecho económico de unas islas que se estimaban infraexplotadas.

La formación en 1870 del cuerpo de administradores civiles para Filipinas constituye, así, una de las claves para adentrarse en aquel giro colonial y en los instrumentos institucionales que articularon esa pretendida nueva política, así como para comprender sus limitaciones y su anunciada debilidad.

Palabras clave: educación colonial, administración colonial, administración civil, Filipinas, colonialismo español, siglo XIX.

Abstract: The end of the 1860s witnessed the beginning of modern European colonialism. The context prompted a new reflection on the role of Spain in the colonial chessboard, leading it to adopt institutional strategies of “modern” colonization that did not deplete it from the advances of the great metropolis that were taking place in the Asian possessions. It was now time to experiment with a new ‘colonial setup’ in its most exotic laboratory: the Philippines.

One of the first measures to be adopted was to form a new model of administrator to efficiently manage and make the most of the economic advantage of islands that were considered under-exploited.

The creation and training of a civil administrator corps for the Philippines in 1870 is therefore one of the main keys to approach this new colonial turn and the institutional instruments that articulated that supposed new policy, as well as to understand its limitations and its foreseeable weaknesses.

Keywords: colonial career, colonial administration, civil administration, Philippines, spanish colonialism, 19th century.

Sumario: 1. Introducción. 2. De repente, aprender a administrar. 3. Enseñanza colonial filipina. 3.1. Las lenguas indígenas. 3.2. La práctica de las oficinas. 4. Frente a la insurrección, formación.

1. Introducción

Comencemos arrojando algunas someras notas acerca de los estudios para empleados coloniales en la Europa de la segunda mitad del siglo XIX¹. Acudo para ello a dos ejemplos muy concretos: el holandés y el inglés, que no constituyen una elección casual, sino muy intencionada, como enseguida se verá.

En Holanda se ocupaban de formar empleados para sus colonias la Universidad de Delf, la Universidad Politécnica de Delf y el Instituto de las Indias; en la enseñanza que se llevaba a cabo en Gran Bretaña, por su parte, estaban involucradas las universidades de Oxford y de Cambridge, así como la Escuela de Estudios Orientales de Londres, el Trinity College de Dublín, los colegios de Sandhurst y Halesbury y el Imperial Service College. En España, los cursos de formación se impartieron residualmente en la Universidad Central de Madrid, sin adscripción a ninguna carrera ni a facultad alguna.

En relación con la docencia, tanto en Holanda como en Gran Bretaña los estudios se centraron en el conocimiento de sus respectivas posesiones; así, mientras que los empleados de las colonias holandesas debían estudiar javanés, malayo, Ciencias naturales o Teneduría de libros, y los británicos se formaban a su vez en el idioma de la provincia de destino, en Historia india, Derecho e instituciones de la India, Derecho penal, procesal o Sistema fiscal, en España la única asignatura que llegó a impartirse consistió no en asuntos concernientes a las posesiones que habían de administrarse, sino en tratar de aprender cómo colonizaban tanto ingleses como holandeses. El título de la sola asignatura que se implantaría resultaba a esos efectos de lo más revelador: “Historia y civilización de las posesiones inglesas y holandesas”.

Era de suponer que fueran numerosos los docentes que habrían encargarse de formar empleados para las colonias holandesas e inglesas, así como numerosos los alumnos que recibirían aquella formación específica desde que se fundaron los estudios; piénsese en que la escuela de Delf se había fundado, por ejemplo, en 1843. Desconozco las cifras globales, pero no es tan relevante esa ausencia cuanto el contraste con las españolas: en 1874 existía un único

¹ Los datos los he extraído de H. L. WESSELING, *The European colonial empires (1815-1919)*, London and New York, Routledge, 2013, pp. 45 y ss.

profesor que se ocupara de aquella docencia; un dato, eso sí, que no resultaba demasiado disonante si se tiene en cuenta que el número de alumnos oficialmente matriculados en esos estudios en aquellas fechas ascendía a cero.

Los canales formativos estaban directamente vinculados con el número de empleados civiles en las posesiones asiáticas de aquellas potencias: en los años noventa del siglo XIX, en Java había alrededor de trescientos empleados holandeses; en la India, en torno a novecientos británicos²; en todas las Islas Filipinas, unos treinta españoles³.

Se puede objetar que los parámetros son capciosos y que los datos son imprecisos y sesgados, así como desconectados de un panorama de conjunto. Y el lector llevará toda la razón. Pero intérpretese al contrario: incluso una información tan abrupta, poco elaborada y desvinculada de entramados mucho más complejos que la dotarían de pleno significado revela una serie de tendencias divergentes respecto a la actuación colonial en el Pacífico de España y el colonialismo asiático de potencias como Gran Bretaña u Holanda.

¿Por qué acudir a estos modelos en concreto? Como ya había anunciado, hay una razón muy precisa: porque en 1870 el Gobierno español quiso establecer una carrera civil para Filipinas a semejanza de las de Holanda y Gran Bretaña, cuyas trayectorias colonizadoras consideraba paradigmáticas en Asia. De hecho, expresamente se invocó como ejemplo de colonización avanzada

la experiencia incontestable de pueblos, no sólo más adelantados, sino más prácticos en la administración de sus colonias, y cuyos sistemas están además consagrados por una brillante experiencia. Inglaterra, lo mismo que Holanda, han llegado al desarrollo de su inmenso poder colonial y a la civilización de las comarcas que en el Océano Índico poseen, por el cuidado con que han procurado por todos los medios posibles confiar su administración, a un personal en alto grado celoso e inteligente. No sólo los títulos académicos; no sólo el conocimiento del idioma, de las costumbres, de los usos del país; no sólo la economía política, la legislación, el derecho administra-

² “As a very rough guide c. 1,800 colonial servants are listed in 1874 and about c. 4,500 in 1927. However, this excludes the large number of locally employed staff (drivers, policemen, prison guards etc.), who numbered more than a couple of hundred in Hong Kong alone at the turn of the century, and probably many thousands across the empire” (<http://blog.nationalarchives.gov.uk/blog/uk-government-did-we-rule-the-empire-with-4000-civil-servants/>, consultado el 30 de noviembre de 2016).

³ Me he servido aquí de algunas nóminas de empleados comunicadas al Ministerio de Ultramar en expedientes sobre Administración civil recogidos en el Archivo Histórico Nacional (AHN). La cifra no es exacta porque las categorías de empleados dependientes son imprecisas y los números son oscilantes.

tivo y cuanto pueda formar la capacidad más vasta de un administrador, sino hasta conocimientos complementarios de química, de historia natural y de dibujo, han parecido necesarios a aquellos países para garantizar la suficiencia de sus empleados. El colegio de Delft, establecido desde 1842 en Holanda, y el de Haileyburg en Inglaterra, en los cuales se preparan los que aspiran a formar parte de la administración colonial, son dos modelos de enseñanza que preparan para los concursos públicos (...)⁴.

Pero más significativo aún que el hecho de que España fijara su atención en aquellos países colonizadores lo es que acudiera a ellos como modelos en concreto de enseñanza de empleados coloniales. Y sorprende porque la pregunta que surge de inmediato es ¿por qué ese interés en ese momento tan concreto en formar administradores para las colonias?

2. De repente, aprender a administrar

Parece que en 1870 se produjo un intento de giro en la política colonial que hizo a las autoridades españolas pasar de pretender *gobernar colonias*⁵ a querer *administrarlas*, transformación para la que parecía que era necesario adoptar una serie de medidas entre las que se encontraba, como prioritaria, la de “aprender a administrar”.

El año de 1870 marcó, pues, un antes y un después en la percepción de la política colonial en una España consciente de lo decisivo de esa nueva etapa recién inaugurada en el viejo continente. 1870 era el momento de la III República Francesa, de la unificación italiana y de la Alemania de Bismarck. A su vez, la posición continental de estas nuevas potencias dependía de su primacía en el resto del mundo, lo que les impulsaba a reestructurar la colonización en Asia y expandirse por África para engrandecerse dentro de las fronteras del mapa de una Europa con un manifiesto y nada comedido espíritu colonizador. España, que asistía a todo este juego de posicionamientos estratégicos en el tablero colonial, empezó a revalorizar sus históricas posesiones asiáticas, las Islas Filipinas, que eran las piezas de que disponía para meterse en la liga de las modernas potencias imperialistas.

⁴ Exposición de motivos del Decreto de 16 de agosto de 1870, del Ministerio de Ultramar, en *Decretos creando y organizando el cuerpo de administración civil de Filipinas*, Madrid, Imprenta de los Señores Rojas, 1870.

⁵ Aprovechando la afortunada expresión de JOSEP M. FRADERA: *Gobernar colonias*, Barcelona, Península, 1999.

La nueva colonización, además, no sólo había dejado de mirar a Occidente, sino que cuando miraba a Oriente lo hacía inmersa en la lógica de la revolución industrial. La nueva era establecía una correlación indisoluble: para promover la expansión, comercio y desarrollo interno de las naciones cristianas y civilizadas europeas, era necesaria la explotación creciente de los recursos de las colonias.

De que el giro colonial de España no fue ajeno a esta segunda revolución daba buena cuenta el manual de esos nuevos estudios para colonizadores que comenzarán en la década de los años 70, los *Principios generales del arte de la colonización* de Joaquín Maldonado y Macanaz. Los *Principios generales* ofrecían un soporte teórico para incorporar a España a una carrera europea por la colonización precisamente en esos términos de explotación de recursos cuando definía el colonialismo como “el monopolio, en beneficio de la metrópoli, de la producción y consumo de sus colonias”⁶. Esa era la óptica imperante que hacía contemplar a Filipinas como problema y, a su vez, calificar el “problema filipino” como una cuestión de desaprovechamiento de recursos. En efecto, desde esta perspectiva, el diagnóstico oficial que se emitía era que en aquellas islas

la colonización española no adelanta, el comercio no prospera, la riqueza no se desarrolla; en una palabra, la civilización española parece como que no toma posesión de aquel suelo, ni se apodera de los infinitos gérmenes que sólo esperan la actividad y la iniciativa para convertirse en veneros de riqueza⁷.

No obstante, la explotación económica para el progreso de las naciones blancas y cristianas no constituía discursivamente un fin en sí misma, sino que se ponía al servicio de una cosmovisión mucho más amplia y trascendente, que era la de la “misión de colonizar”. La colonización en esta época se concebía ciertamente como una misión, una misión divina de la humanidad cristiana por la que la raza blanca –superior a todas las demás– estaba llamada a poblar toda la tierra, explotarla y, en definitiva, civilizar todo el orbe. Este era el fin que habían de perseguir las naciones civilizadas, que según los parámetros del

⁶ JOAQUÍN MALDONADO MACANAZ, *Principios generales del arte de la colonización*, Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 2ª ed., 1875, p. 175. La 1ª edición fue publicada en 1873.

⁷ Exposición de motivos del Decreto de 16 de agosto de 1870, *cit.*

estándar de civilización⁸, además de tener que proteger constitucionalmente, por vía de tutela judicial, la vida, la seguridad, la propiedad privada, la libertad comercial, tener un código que garantizara las relaciones entre privados y actuaciones del poder, debían ser además naciones *burocratizadas*.

En ese sentido Inglaterra, por ejemplo, ya había centralizado en 1858 el gobierno colonial de la India, haciéndolo depender directamente del *Foreign Office*, jerarquizando su administración al organizar el *Indian Civil Service*. España, por su parte, inmersa en una nueva etapa política de constitucionalismo liberal-revolucionario que se acababa de inaugurar en 1868, ya llevaba desde finales de los años sesenta del XIX en una fase de construcción de los cuerpos de empleados públicos⁹. El nuevo ejercicio de erigir un cuerpo de administradores civiles se inscribía en esa dinámica de “ascenso irresistible” de la burocratización. Se trataba ahora, pues, de mostrar que se tenía un aparato administrativo eficaz y unos administradores capaces y preparados para la gestión de los espacios coloniales, para explotar sus recursos y para comerciar con ellos.

Ese era, a grandísimos rasgos, el contexto europeo en que tuvo lugar el planteamiento sobre la enseñanza de la administración filipina: se trataba, a semejanza del modelo inglés y holandés, de establecer un sistema de formación que preparara para ingresar a un cuerpo especializado de nueva creación que habría de administrar las colonias como las modernas potencias lo hacían.

El funcionamiento de la Administración civil duraría hasta principios de 1898, fecha de la pérdida definitiva de Filipinas, pero el del cuerpo de administradores civiles fue inexistente: una vez diseñado, nunca se articuló. La pregunta lógica que se hará el lector es, entonces, ¿y para qué estudiar la educación colonial teniendo en cuenta que no tendría la menor relevancia práctica? A esta pregunta puedo ofrecer dos respuestas que en realidad no fundamentaré en estas páginas, pero que me atrevo a pedirle al lector escépc-

⁸ GERRIT W. GONG, *The standard of ‘civilization’ in international society*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

⁹ Para construir un nuevo grupo social es necesaria una coherencia interna entre los miembros (compartir valores, normas, estilo de vida semejantes, cultivar un fuerte sentimiento de pertenencia, junto a la visión por parte del resto de la sociedad de que se trata de un grupo cerrado, lo que se traduce en endogamia, convenciones sociales comunes, indumentaria...). La coherencia se estructura y refuerza por la creación de normas burocráticas que regulan el grupo en cuestión. Para ello, véase JEAN-PHILIPPE LUIS, “La construcción d’une catégorie sociale au XIXe siècle”, en Jean-Philippe Luis (ed.), *L’État dans ses colonies. Les administrateurs de l’empire espagnol au XIXe siècle*, Madrid, Casa de Velázquez, 2015, pp. 59 y ss.

tico que admita por anticipado: en primer lugar, porque se trató de una preocupación aguda y constante de las autoridades, coloniales y metropolitanas, y siempre he tendido a pensar que lo que preocupaba –y en los términos en los que lo hacía– a los hombres del momento que se estudia nos tiene que resultar revelador, por peregrino que en un principio nos pueda parecer; en segundo lugar, porque la formación colonial constituye una puerta de ingreso que nos introduce, al mismo tiempo, en el vasto y complejo entramado del cómo se concibió la colonización del archipiélago filipino y de las limitaciones de ese mismo proceso.

En definitiva, asomarse al proyecto y posterior fracaso de la enseñanza de los administradores coloniales da cuenta, paralelamente, del descabro de la propia administración del Archipiélago. Soy consciente de lo parcial que resulta esa perspectiva, en la medida en que no atiendo al resto de dinámicas en las que se inserta y a las que responde, tales como el concepto de administración, la articulación institucional de la Administración civil, la conformación de una nueva carrera en un maremágnum indeterminado de cuerpos y regímenes de empleados. Pero dadas las características de este escrito, sólo puedo ocuparme en él del extremo relativo a los intentos de instaurar una específica formación para empleados coloniales. Si el lector escéptico fuera además paciente, le invitaría a esperar a las páginas más extensas que están por llegar acerca del significado de la pieza de la enseñanza colonial en el puzle de la administración filipina¹⁰. Si además de escéptico es impaciente, sólo me queda pedirle que se conforme con las someras pinceladas de un cuadro inédito pero que a buen seguro sabrá imaginar.

3. Enseñanza colonial filipina

A la pregunta de por qué resultaba tan relevante formar a los empleados coloniales para administrar las colonias, parecería obvio responder que una gestión eficaz de los recursos de las islas por parte de personal convenientemente preparado promovería el desarrollo de la colonia y, en consecuencia, el de la metrópoli. Con toda claridad lo proclamaba el Gobierno al reclamar

¹⁰ El presente trabajo, que anticipa una investigación en curso, se ciñe en la medida de lo posible a la intervención correspondiente en el XIX Congreso de Derecho Indiano. Por ello las referencias que se hacen consistirán eminentemente en remisiones a fuentes. Un estudio mucho más detallado con mayor aparato bibliográfico y más prolija construcción será publicado con posterioridad.

de los administradores de Filipinas “una educación superior y una serie de conocimientos más que ordinarios, a fin de que se encuentren en disposición de desarrollar bajo todos los aspectos posibles la vida y la riqueza de ese Archipiélago”¹¹.

En realidad, había sido ésta una preocupación constante que se podía explicar por la reiterada importancia del papel del empleado en un contexto, el del siglo XIX español, en el que las dificultades para instaurar un Estado jerárquico y centralizado e implantar un orden efectivo de legalidad eran tan estructurales que era necesario confiar el éxito de la gestión del territorio y de la misión de gobierno antes a la bondad de los administradores que a la de la Administración que representaban. Así las cosas, en lo que merece la pena fijarse es precisamente en la renovada importancia que cobró ese argumento de la también renovada preparación del empleado en el nuevo contexto al que nos referimos con anterioridad.

El Sexenio progresista arrancaba, pues, con un diagnóstico que ya estaba en realidad consolidado y que afirmaba que la pésima administración del Archipiélago se debía en gran medida a que no había empleados bien formados. Pero además se hacía de esta realidad una lectura en clave política, a mi juicio mucho menos retórica que realmente sentida, teniendo en cuenta el ya mencionado peso que se depositaba en la calidad del personal. Así, se reiteraba que desde hacía más de trescientos años el prestigio de los españoles en aquellos dominios derivaba de ser un ejemplo de moralidad y honradez; en los últimos tiempos, sin embargo, la corrupción, el oportunismo, el desinterés y la apatía de los empleados estaban provocando un (peligroso) desapego de la metrópoli¹². Había un problema, pues, que tendía a focalizarse en el personal destinado a la administración filipina cuya trascendencia afectaba al gobierno colonial.

Ante situación tan sensible, consultadas autoridades peninsulares y filipinas acerca de las deficiencias del aparato administrativo y de su personal, de entre las múltiples causas alegadas se reiteraba en los informes que no había en el Archipiélago empleados bien formados para tan especial administración¹³.

¹¹ AHN, Ultramar, leg. 5346, exp. 5.

¹² Las declaraciones en ese sentido son frecuentes. Por ejemplo, en AHN, Ultramar, leg. 1, exp. 39. A ese respecto, vid. XAVIER HUETZ DE LEMPS, *L'Archipel des épices. La corruption de l'Administration espagnole aux Philippines (fin XVIIIe-fin XIXe siècle)*, Madrid, Casa de Velázquez, 2006.

¹³ AHN, Ultramar, leg. 1, exp. 39.

El desaliento más completo ha llegado a embargar los ánimos del escaso número de Jefes y empleados celosos que aún existen, por estar ya persuadidos de que nada pueden hacer ni adelantar con el personal de ejecución, insubordinado, ignorante, desaplicado y desmoralizado puesto a sus órdenes¹⁴.

Frases como esta del Consejo de Filipinas en 1872 pueblan los extensos expedientes sobre el estado de la administración insular. En estas fechas le parecía a las autoridades del Archipiélago que más que nunca estaba dañado el prestigio de los españoles y más que en otras ocasiones se requería con urgencia una buena gestión y los conocimientos oportunos en el despacho de los negocios de la Administración pública. El terreno estaba abonado, pues, para un discurso que consistía en establecer una relación causal entre el conocimiento especializado de los administradores y la recuperación de esa confianza en la metrópoli.

La nueva y buena administración, pues, implicaba administradores nuevos y buenos, y esa bondad se traducía por la idea de ser buenos conocedores de la idiosincrasia de las islas. Para ello, el Ministro de Ultramar en 1870, Segismundo Moret y Prendergast, articuló un proyecto muy claro para Filipinas que se plasmó en un conjunto de Decretos promulgados de agosto a octubre de 1870 y que tenían como objetivo formar un cuerpo especializado de administradores al que se accediera por oposición en la que el aspirante mostrara haber adquirido los conocimientos específicos para ello¹⁵.

El conjunto de medidas que planteaba esos Decretos marcaba el inicio de esta nueva etapa de educación colonial. Comencemos este recorrido asomándonos, pues, al contenido de esas disposiciones. Los administradores, —decían—:

además de los conocimientos generales que suponen por necesidad los especiales que se les reclaman, habrán de estar versados en la Historia natural, conocer exactamente la Geografía de la India y de la Oceanía, y estar familiarizados con la Economía política, el Derecho administrativo y la teoría de la Hacienda pública.

Habrán de tener después una preparación especial acerca de los usos, costumbres y condiciones del Archipiélago y de la manera con la cual ha sido organizado por la Península, así como de las modificaciones que ha su-

¹⁴ Memoria reservada del Consejo de Filipinas al Ministro de Ultramar, 1872 (AHN, Ultramar, leg. 5314, exp. 9).

¹⁵ Me refiero al conjunto de *Decretos de 1870 creando y organizando el cuerpo de administración civil de Filipinas*, ya citados.

frido desde la conquista hasta nuestros días, para poder comparar todo esto con lo que otras naciones han hecho en sus posesiones vecinas.

Deberán, en fin, como complemento y condición indispensable, conocer el idioma del país¹⁶.

Con este objetivo en 1870 se plantearon tres cátedras en la Universidad Central de Madrid. La primera de ella estaba dedicada a la *Lengua tagalo y sus principales dialectos*; la segunda debía ocuparse de la *Historia y civilización de las posesiones inglesas y holandesas del Asia y Oceanía; costumbres, usos, religión, literatura, instituciones políticas, religiosas, etcétera de sus pueblos indígenas; instituciones europeas bajo todos sus aspectos y examen crítico de las mismas*. En tercer lugar, se preveía una cátedra dedicada a la *Historia y civilización de las islas Filipinas; costumbres, usos, instituciones religiosas, políticas, etcétera de los pueblos indígenas; legislación e instituciones españolas; su examen y crítica*¹⁷.

Pues bien, esta última cátedra, que parecía responder a la principal demanda de conocimiento del Archipiélago para su mejor administración (y que, además, era la materia que más se aproximaba al enfoque que se le daba a la enseñanza colonial en Holanda y en Gran Bretaña) ni siquiera se convocó, con lo que nunca llegó a impartirse. Las dos únicas cátedras convocadas se cubrieron por oposición en las personas de Francisco Coria (Tagalo) y Joaquín Maldonado (Historia y civilización de las posesiones inglesas y holandesas).

Desde el primer momento, sin embargo, esas cátedras adolecieron de irregularidades. Los catedráticos no llegaron a formar parte del claustro de profesores ni las asignaturas llegaron a adscribirse a una enseñanza oficial (por ejemplo, Derecho o Administración), con lo que funcionaron, el tiempo que funcionaron, prácticamente como asignaturas “libres”¹⁸.

Respecto a las disciplinas, la enseñanza del tagalo tuvo una vida especialmente breve. Comenzó a impartirse en 1871 y dejó de hacerse, para no volverse a retomar, en 1873, con el fallecimiento del catedrático.

Comparado con ello, la asignatura de Maldonado tuvo bastante más fortuna. Para aquella materia elaboró el catedrático un Manual, los *Principios generales del arte de la colonización* antes citados, que daban forma a una novedosa historia de la colonización española o, si se quiere, un esforzado planteamiento de España como moderna potencia colonial. En efecto, inven-

¹⁶ Exposición de motivos del Decreto de 16 de agosto de 1870, *cit.*

¹⁷ AHN, Ultramar, leg. 1, exp. 39.

¹⁸ AHN, Ultramar, leg. 5312, exp. 41.

tar una disciplina en un momento determinado y al servicio de unos objetivos políticos concretos implicaba construir una historia congruente en este caso con la posición de la España colonizadora, en función de un fin que es el marcado por las preguntas contemporáneas a las que hay que responder.

En el relato de esa (re)construcción del pasado, España, desde su conversión en un estado unitario y centralizado, siempre habría tenido colonias y ahora pretendía inscribirse en esa carrera colonial con aquel patrimonio histórico. Para ello, la nueva disciplina construía una cronología de España en la que ésta, como todos los estados modernos, llevaría poseyendo verdaderas colonias desde finales del siglo XV.

En la relectura de esa historia, España no sólo podría aportar la extensa y provechosa experiencia colonizadora al tablero de juego, sino además una actitud ejemplar de beneficencia, protección, bondad y humanidad para gobernarlas brillantemente plasmada en unas Leyes de Indias que habrían servido de paradigma a otras naciones.

Sin embargo, las Leyes de Indias habrían perdido su potencial a la luz del nuevo contexto internacional. Ciertamente el discurso político no abandonaría la asentada inercia de apelar a ellas, pero la brecha parecía insalvable y era necesaria una nueva forma de gobernar que se desembarazara de la rígida lógica de los dispositivos de justicia para adentrarse en la prometedora dimensión de la eficacia administrativa¹⁹.

Pues bien, el curso de Maldonado Macanaz empezó a impartirse a finales de 1871. De 1873 databa la primera edición de los *Principios generales*. Un pequeño puñado de alumnos empezaba a asistir a las clases. Atendiendo a estos datos, podría parecer que comenzara la andadura de una disciplina que estaba abocada a asentarse. Sin embargo, el siguiente curso académico se inició con una contrariedad que lo desmentiría: en 1874 no se matriculó ningún estudiante.

Fue honda la preocupación de Maldonado por la fortuna de la cátedra, y así lo hizo saber a las autoridades del Ministerio²⁰. Las instancias oficiales trataron de elaborar alguna explicación al hecho, apuntando al desinterés profundo de los alumnos por esos estudios. Sin embargo, la explicación más evidente y plausible era la que el docente sin alumnos reiteraba: no existía ningún marco jurídico en el que insertar dicha asignatura porque ni se había

¹⁹ Esta línea argumental puede apreciarse, por ejemplo, en el “Proyecto de reforma de la administración civil, local y provincial en Filipinas” (AHN, Ultramar, leg. 5346, exp. 22).

²⁰ AHN, Ultramar, leg. 5346, exp. 11.

formado –ni se formaría– la carrera de administración civil de Filipinas para la que dichos estudios habilitaba.

Las razones del bloqueo se encontraban más allá de los propios estudios. Causas de índole política como la recentísima rebelión en Cavite en 1872 había conducido al Ministerio, con Víctor Balaguer al frente, a frenar toda clase de medidas calificadas por los sectores conservadores como demasiado reformistas; y la carrera de la administración civil se había considerado una de ellas.

Maldonado Macanaz, sin embargo, no cejó en su intento y ante el fracaso del curso precedente y precisamente movido por esta idea de enseñar “administración” que seguía tratando de implantar a la espera de la formación de la carrera, propuso en 1875 sustituir su cátedra por otra: “Administración española en las provincias ultramarinas”²¹. La transformación respondía a que no le parecía que los empleados necesitaran tener unos conocimientos tan sumamente profundos respecto a la colonización extranjera como suponía la materia que venía impartiendo. Por el contrario, entendía que lo realmente necesario era el estudio de la Administración española en sus posesiones de Ultramar, así como de la legislación filipina, porque sus condiciones especiales hacían indispensable un conocimiento también especial²².

A pesar de la aparente buena acogida de su propuesta por parte del Consejo de Filipinas y del propio Ministerio, siguió impartándose la misma materia –la única– hasta 1897, sin llegar a insertarse nunca en una estructura oficial organizada de formación de los empleados coloniales.

En relación con los estudios querría detenerme brevemente en dos elementos que a mi juicio son especialmente relevantes a estos efectos: el primero de ellos es la importancia de los idiomas; el segundo, el acceso de los filipinos a la carrera de la administración civil.

3.1. Las lenguas indígenas

De entre todas las materias que se consideraban esenciales para la formación de un buen administrador, la lengua revistió una importancia capital. Si ya el tratamiento institucional de la lengua constituye un elemento revelador de los rasgos de un proceso de construcción estatal, en las Filipinas la política del idioma era particularmente decisiva. La situación de incomunicación, no sólo

²¹ AHN, Ultramar, leg. 5346, exp. 11.

²² AHN, Ultramar, 1, 39.

geográfica sino lingüística en el archipiélago entre peninsulares y autóctonos, y de estos a su vez entre sí, era dramática. En aquellas islas se hablaban más de treinta lenguas. A las alturas de 1882, de los casi seis millones de pobladores de las islas, más de tres se comunicaban en tagalo y bisayas, y alrededor de dos hablaban cebuano, ilocano, vicol, pangasinán y pampango. De todos ellos, escasos doscientos mil hablaban castellano²³.

Sin haber sido capaces de convertir el castellano en la lengua oficial, en 1870 los Decretos de agosto se preocuparon de que fueran los administradores los que conocieran las lenguas vernáculas, al menos el tagalo y sus principales dialectos. Se pensaba dar, así, una solución a una realidad de tal heterogeneidad lingüística que hacía el territorio ingobernable. En ese sentido, tuvieron un gran eco las conocidas palabras de Segismundo Moret que en 1870 declaró:

No es posible gobernar un país cuya lengua se ignora; no se puede administrar una colonia cuyos usos y costumbres se desconocen; no se hace progresar una industria y una agricultura que apenas se ven de lejos y por breve espacio de tiempo; no cabe reformar un pueblo en cuyo interior no se penetra; y es imposible, en fin, civilizar una raza, cuando todo lo que forma su esencia, el lenguaje, las creencias, los usos y las costumbres, permanecen extraños a la raza dominadora y al país colonizador²⁴.

En 1862 Patricio de la Escosura, enviado como comisario regio a las Filipinas, ya había llamado la atención sobre la clamorosa falta de uniformidad de la lengua, que generaba unas consecuencias, a su juicio, insostenibles. En primer lugar, la indefensión de los indígenas era absoluta, en la medida en que dependían de intermediarios y de su buena fe para conocer sus derechos, las disposiciones gubernativas, las reformas políticas, etcétera. La cuestión representaba un verdadero asunto de Estado si se tiene en cuenta que la eficacia de las medidas gubernativas (piénsese en la transferencia de órdenes, pero también en la recaudación de impuestos) dependía de una cadena de transmisión de autoridades locales y, muy especialmente de los párrocos, los únicos que al parecer habían aprendido los dialectos y podían comunicar tanto las instrucciones del Gobierno como las de la Hacienda. Así las cosas, otro gran inconveniente era que no se podían ni prever ni evitar las conspira-

²³ Todos estos datos los aporta FRANCISCO CAÑAMAQUE en su prólogo a PATRICIO DE LA ESCOSURA, *Memoria sobre Filipinas y Joló redactada en 1863 y 1864*, 2ª ed., Madrid, Librería de los Sres. Simón y Osler, 1882, p. XIV.

²⁴ Exposición de motivos del Decreto de 16 de agosto de 1870, *cit.*

ciones, salvo cuando los religiosos que conocían el dialecto las descubrían y tenían a bien denunciarlas²⁵.

En definitiva, la ínfima presencia del castellano hacía imposible mantener una política de Estado centralizado, porque la ausencia de un idioma oficial de comunicación generaba un cortocircuito insalvable en la cadena de mando y, en consecuencia, en las vías de intervención estatal. Tal y como diagnosticó con toda crudeza el Consejo de Filipinas en 1872, “allí no hay ni asomo de Administración ni de Intervención”²⁶.

3.2. *La práctica de las oficinas*

El diseño de la carrera de la administración civil fue manifiesta y notablemente reacia a la incorporación de filipinos, esto es, de españoles naturales de esas islas. El hecho de que se organizara sólo y exclusivamente en Madrid, a pesar de que había Facultad de Leyes en Manila, ya era toda una declaración de intenciones: se trataba de controlar la enseñanza a través de la centralización, de tal manera que no se corriera el riesgo de que se propagaran en las aulas ideas perniciosas entre aquellos que habrían de ser empleados en el Archipiélago²⁷.

Los filipinos, pues, se veían obligados a desplazarse a la Península y permanecer allí durante el programado periodo de estudios. Para paliar los gastos y los inconvenientes, en 1870 se había establecido un premio que se ganaba por oposición en Manila y que cubría el pasaje de ida y vuelta para participar en la oposición al cuerpo²⁸. La medida era claramente insuficiente y materialmente excluyente, pero se apelaba a su introducción una y otra vez para replicar la crítica a la imposibilidad fáctica de cursar la carrera por parte de los naturales de aquellas islas.

De poco servirían en todo caso las previsiones, más o menos factibles, teniendo en cuenta que nunca llegaría a constituirse una carrera y, por lo tanto, tampoco el premio. Descartado el nuevo procedimiento, se mantenía la situación existente, que permitía que los filipinos accedieran a la carrera administrativa por nombramiento del Gobernador General en los puestos más bajos de la Administración y que fueran ascendiendo con posterioridad.

²⁵ CAÑAMAQUE, *op. cit.*, p. XXV.

²⁶ AHN, Ultramar, leg. 5314, exp. 9.

²⁷ AHN, Ultramar, leg. 1, exp. 39.

²⁸ Art. 7 del Reglamento del Ministerio de Ultramar para la aplicación del Decreto de 16 de agosto, creando el cuerpo de administración de Filipinas, en *Decretos..., cit.*

Su participación en la Administración había gozado tradicionalmente de buena acogida, porque en general los administradores en el Archipiélago les consideraban laboriosos y grandes conocedores de la práctica de la Administración, de los expedientes y del despacho de los asuntos. De hecho, un consejero de Filipinas llegó a decir en 1875 que los indígenas “prestaban en muchos casos, aunque el decirlo cueste rubor, más y mejores servicios que algunos de los oficiales enviados de la Península, que no tenían la más ligera noción de aquello en que habían de entender”²⁹.

Sin embargo, a principios de los setenta se despojó al Gobernador General de las facultades que tenía de nombramiento de naturales para esos cargos, cerrando así las puertas al ingreso en la Administración a los que probablemente más práctica tuvieran y desde luego más habilidad con los idiomas locales.

El Consejo de Filipinas denunció que aquella medida había generado un “desorden” y una “paralización” en los servicios públicos, porque ocasionó la “separación en masa de los hijos del país (...) que conservaban las verdaderas tradiciones de las oficinas, sustituyéndolos con niños imberbes que sólo serían de estorbo en ellas”³⁰.

Hubo varias ocasiones ulteriores para reconsiderar la entrada de los españoles filipinos en la Administración, a propósito de los intentos de regular la carrera administrativa en Filipinas, pero movidos por el espíritu declarado en los Decretos de 1870, nunca se llegó a contemplar su participación.

Así pues, frente a las instancias más sensibles con los asuntos filipinos que mantenían que no sólo esto era un problema político de desafección a la metrópoli y que la experiencia ya había demostrado que reincorporar a los filipinos serviría para “volver a estrechar los lazos de asimilación y fraternal cariño que jamás debieron aflojarse”³¹, parece que acabó triunfando la postura peninsular más conservadora que sostenía que, de haberles dejado entrar en la carrera y llegar a ocupar altos cargos, la Administración se habría poblado de aquellos indígenas. “Y cuando se tienen en cuenta los caracteres de aquellas razas asiáticas, indolentes, rutinarias, enemigas del progreso y petrificadas, se ve claramente que aquella medida estancararía la Administración”³².

²⁹ AHN, Ultramar, leg. 5314, exp. 17.

³⁰ “Moción del Consejo relativa al malestar que reina en las islas Filipinas, causas que lo producen y medios de combatirlo”, de 1872 (AHN, Ultramar, leg. 5314, exp. 9).

³¹ AHN, Ultramar, 5346, 11.

³² Así se pronunciaba un Negociado del Ministerio de Ultramar (*id.*).

4. Frente a la insurrección, formación

En 1897, ante la insurrección tagala en Luzón de 1896 que sería la antesala de la independencia en 1898, el Gobierno metropolitano realizó un análisis de la situación que arrojaba un resultado sorprendente: entre las causas fundamentales de los disturbios se encontraba la mala administración a causa los administradores poco preparados.

En septiembre de 1897 se dictó un Real decreto que, en esencia, confería muchos más poderes al Gobernador General en materia de orden público³³. En ese mismo marco, se ocupaba este decreto de excepción de los idiomas: las lenguas filipinas se enseñarían en Manila, Madrid y Barcelona y los empleados tenían la obligación de conocerlas, porque sólo así podrían preverse y controlarse futuras revueltas. Y, por supuesto, quedaba radicalmente descartada la posibilidad de que los filipinos entraran a formar parte de ninguna estructura administrativa.

En octubre de 1897 tomó de nuevo el mando del Ministerio de Ultramar Segismundo Moret y urgió al Consejo de Filipinas de una manera un tanto obsesiva (al parecer irrumpía agitado en sus sesiones dando instrucciones) a que se ocupara de concluir la reforma de la carrera de administración civil en Filipinas³⁴. Para ello, lo verdaderamente urgente era establecer la enseñanza especializada que diera ingreso a la carrera.

El obediente Consejo de Filipinas retomó el estudio del “Plan Completo” que suponían los Decretos de 1870 y llegó a varias conclusiones. A su juicio la experiencia recomendaba que aquella asignatura nunca impartida, la extensa y amplia *Historia y civilización de las Islas Filipinas, costumbres y usos de los pueblos indígenas y legislación española con su examen y crítica*, fuera sustituida por otra “más breve y de lección diaria” que se titulase: *Derecho administrativo y legislación de Hacienda pública en las islas Filipinas, con noticia histórica de la dominación de España en las mismas y de las Leyes de Indias*³⁵.

Por su parte, la asignatura que impartía Maldonado Macanaz, *Historia y civilización de las posesiones inglesas y holandesas en el Asia y en la Oceanía*, se trataba, a juicio del Consejo, de una enseñanza muy útil, pero era

³³ Real decreto de 12 de septiembre de 1897, reformando la legislación vigente en las Islas Filipinas, Madrid, Imprenta de los hijos de M. G. Hernández, 1897.

³⁴ Actas del Consejo de Filipinas y de las posesiones del Golfo de Guinea, sesión de 13 de octubre de 1897, apud ISABEL MARTÍNEZ NAVAS, *El gobierno de las islas de Ultramar. Consejos, juntas y comisiones consultivas en el siglo XIX*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 267.

³⁵ Todos estos argumentos y los que siguen en AHN, Ultramar, leg. 5312, exp. 41.

tan especial y requería tales conocimientos que, después de haber oído precisamente al profesor que venía desempeñando esa cátedra, consideraba que podía ser remplazada por los *Principios generales de colonización, historia y estadística de la colonización moderna*.

A su vez, para hacer accesibles los estudios se proponía en primer lugar que se implantaran en otras instituciones oficiales o incluso libres, al margen de la Universidad Central; y asimismo que la matrícula fuera gratuita.

En términos generales –estimaba el Consejo– las asignaturas propuestas en un principio no se asentaron porque en la enseñanza moderna imperó una *política de uniformidad* que cuadraba mal con la formación especializada que la administración del Archipiélago requería.

De hecho –apunto yo– aquellas asignaturas respondían a un discurso teórico de ese periodo que se denominó “descentralización administrativa”. Esta teoría mantenía que la administración de un territorio no podía realizarse exitosamente sin atender a las peculiaridades e idiosincrasia de la localidad. A mi juicio, con este planteamiento se consagraban en términos administrativos la excepcionalidad constitucional de las colonias y, al mismo tiempo, se justificaba la imposibilidad del Estado español decimonónico de gobernar conforme a principios racionales e impersonales, establecer normas generales y abstractas, centralizar políticas de gobierno, jerarquizar órdenes o intervenir directamente en sus territorios.

En consecuencia, conforme a esta teoría, que era precisamente la de Moret, tenía todo el sentido proclamar que “empleados (...) que han representado siempre las ideas de la centralización, no son aptos ni tienen autoridad para llevar a cabo la descentralización” en las colonias³⁶.

Filipinas se independizaba oficialmente el 12 de junio de 1898. Sólo pocas semanas antes, en un asombroso ejercicio de falta de imaginación, el Ministerio de Ultramar seguía considerando que lo que había que hacer era retomar la enseñanza de los empleados. Lo cierto es que, en 1898, poco importaba ya si Segismundo Moret llevaba o no treinta años teniendo razón.

³⁶ AHN, Ultramar, leg. 5346, exp. 5.

Clausura

DISCURSO DE CLAUSURA DEL XIX CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR

Berlín, 2 de septiembre de 2016

Profesor Dr. Thomas Duve, Director del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte y Director de la Comisión Organizadora de este XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

Profesor Antonio Dougnac, Presidente Honorario del Instituto Internacional del Historia del Derecho Indiano.

Queridas y queridos colegas miembros del Instituto.

Señoras y Señores asistentes al Congreso:

A la hora de clausurar nuestro XIX Congreso deseo comenzar mi intervención con la misma palabra clave utilizada al inaugurarlo: gracias. Si entonces esa gratitud era fundamentalmente por los minuciosos preparativos que se habían llevado a cabo para celebrar el encuentro, ahora lo es por su efectiva y magnífica realización. Gracias Prof. Thomas Duve, gracias José Luis Egío, Jorge Núñez y Nicole Pasakarnis. Hasta el último momento nos habéis hecho llegar vuestra eficacia y amabilidad, consiguiendo hacernos sumamente grata y fructífera nuestra estancia berlinesa.

Gracias también al organismo patrocinador, el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte y, en especial, a esta sede que el Max-Planck ha puesto a nuestra disposición: las magníficas instalaciones de la Harnack Haus cuyo personal nos ha atendido con la mayor hospitalidad.

Y gracias, por último, a todos los miembros del Instituto y asistentes al Congreso por vuestra presencia, laboriosidad y cordialidad.

Desde la perspectiva de estos intensos cuatro días llenos de sesiones, de convivencias y de asambleas ha llegado el momento de hacer balance.

A nivel científico es difícil acometer una correcta valoración sobre lo que el Congreso ha supuesto y nos ha deparado. La gran cantidad de comunicaciones presentadas y su sincrónica exposición no le ha permitido a nadie escucharlas

todas y consiguientemente estar en condiciones de hacer una conjunta valoración ponderada. Tan sólo cuando se disponga de las correspondientes *Actas del Congreso* se estará en condiciones de hacerlo. Pero lo que sí se puede hacer ahora es una relación aproximativa, trazar una panorámica general de lo que a nivel científico ha supuesto el Congreso. Y desde esa perspectiva, en modo alguno sería exagerado afirmar que el resultado del mismo ha sido excelente.

El principal indicador que sirve para sustentar tal opinión lo constituyen los contenidos habidos en cada uno de los grandes temas articuladores del Congreso.

A juzgar por las treinta y una comunicaciones presentadas al *Derecho Indiano en el siglo XIX*, ésta ha sido la temática que más interés ha suscitado. El seguimiento de la huella indiana se ha efectuado a través de los más variados prismas a lo largo y ancho de todo el continente americano e islas Filipinas. Se han pergeñado perspectivas generales (para el Rio de la Plata, Mendoza, las provincias internas, Filipinas) o bien se ha preferido rastrear su presencia en la labor de los tribunales (en los de Buenos Aires, México, Chile) o en el lenguaje constitucional y codificador, e incluso en actas de Cortes (como las de Cádiz). Otras veces esas huellas se han buscado en los comportamientos de gremios o de juristas, en conceptos o en específicos derechos (la tolerancia religiosa, los derechos humanos).

A este tema le ha seguido en cultores el referido a *Sociedad, justicia y gobierno*. Al mismo se han presentado veintisiete comunicaciones que se han ocupado de un amplio elenco de temas institucionales referidos a un no menos variado ámbito espacial. Así, sobre justicia se han analizado aspectos concretos de instituciones judiciales como la Real Audiencia de la Nueva España y su Sala del Crimen, la Audiencia de Lima, de Charcas, tribunales de la Florida y la segunda Audiencia de Buenos Aires; también ha interesado la problemática referida a sus miembros (oidores), personal (secretarios y escribanos), los recursos procedimentales utilizados, los sistemas de control judicial, y los profesionales que orbitan en torno al ámbito judicial (juristas, abogados y letrados). Por su parte, en cuanto a materia gubernamental, se ha estudiado el control realizado tanto sobre el correcto funcionamiento de las instituciones (visitas) como sobre la ortodoxia religiosa (Inquisición en México y en Córdoba). No han faltado tampoco aportaciones referidas a específicos oficiales reales, como los corregidores, intendentes y alcaldes de sacas.

A distancia de estos temas se ha situado el relativo al *Derecho y otros saberes normativos*. Sobre el mismo, sus catorce intervinientes han abordado aspectos diversos. En los análisis teóricos destacan los referidos a conceptos anali-

zados a través de escuelas (la segunda escolástica) o a través de concretas obras de religiosos, teólogos y canonistas. Por su parte, en el ámbito institucional han sido objeto de interés temas referidos al regio patronato, bula de la Santa Cruzada, consuetas, inmunidad eclesiástica y reforma religiosa. En algunos casos se ha descendido al análisis de las divergencias surgidas entre la ley y los usos eclesiásticos, o entre la propia preceptiva eclesiástica y las prácticas cotidianas.

Similar nivel de intervinientes ha tenido el bloque temático referido a *La circulación de ideas y prácticas jurídicas*. En las trece comunicaciones presentadas se ha mostrado con ejemplos precisos como se ha producido la dinámica de la proyección e influencia que han tenido ordenamientos, códigos, proyectos, textos, discursos, libros e incluso catálogos, sin olvidar el análisis de algún ejemplo de interrelaciones textuales.

En cuanto a la temática sobre *Orden jurídico y diversidad cultural* (amplio enunciado en el que se han englobado los derechos indígenas, y el pluralismo jurídico y judicial) se han presentado once ponencias que han ofrecido tanto aportaciones de carácter general sobre el control de población y la condición femenina, como consideraciones específicas sobre la población indígena, examinando su estatus jurídico, élites y nobleza, su defensa y la de sus propiedades, incluyendo también el tratamiento de sus problemas jurisdiccionales y procesales.

Ocho comunicaciones han sido las presentadas sobre la problemática del *Derecho indiano en la historia europea y global*. Aparte de algunas precisiones conceptuales, se han tomado como términos comparativos tanto al Derecho portugués en su interrelación con el brasileño como al Derecho Indiano en su relación con otros grandes sistemas jurídicos (Derecho eclesiástico, *Ius commune* y *Common law*). Tampoco ha faltado el análisis de esta problemática en un más específico ámbito local (como es el caso de Nueva Orleans).

La *Historia de la historiografía del Derecho indiano* ha suscitado la atención de seis ponentes que han suministrado visiones de conjunto a partir de parámetros temporales (primera mitad del siglo XX) o espaciales (el ámbito chileno). Igualmente se han ofrecido análisis monográficos referidos a enseñanza, inquisición, penitenciaristas y movimientos independentistas.

Por último, sobre el *Derecho indiano provincial y local* han versado cinco comunicaciones en las que se han abordado concretos problemas en el ámbito de la América portuguesa, Nueva España, Capitanía de Pernambuco, Lima y el Virreinato del Río de la Plata.

Resumiendo, de todo lo expuesto puede constatarse que el creciente interés por la temática del devenir del Derecho Indiano tras la independencia, ha dejado en un segundo lugar al que habitualmente fue el tema estrella de

nuestros congresos: el entramado institucional. Igualmente es evidente, en segundo término, que se detecta un mayor flujo de estudios hacia los derechos indígenas, parcela ésta tradicionalmente poco tratada en nuestros congresos. Por último, reviste asimismo el mayor interés comprobar la emergencia y el afianzamiento de estudios sobre los nuevos planteamientos metodológicos referidos a la inserción del Derecho Indiano en la historia europea y global.

Si del nivel científico se pasa a la consideración de otro nivel, el nivel humano, el resultado de nuestro encuentro no ha sido menos satisfactorio. Se ha convivido amigablemente durante estos días, pudiéndose así reactivar intercambios y establecer nuevos contactos. Pero sobre todo es de resaltar la grata noticia de la incorporación de nuevos miembros. Tal evento reviste un alto significado para el Instituto, como ponía de relieve la gráfica valoración que de estos flujos renovadores hacía el Prof. Mariluz Urquijo en el Congreso de Buenos Aires en 1997: “quisiera subrayar el espectáculo alentador de ver reunidas personas de diferente edad y de diferentes niveles de experiencia. Ex catedráticos con un dilatado historial de investigación y de enseñanza, profesores sobre los que recae actualmente la responsabilidad de explicar nuestra disciplina, y jóvenes que hacen sus primeras armas. Es justamente este eslabonamiento de generaciones sin solución de continuidad lo que permite augurar un futuro promisorio”. Así pues, a nuestros recién incorporados, los Profs. José Arturo Burciaga Campos, Jean Baptiste Busaall, Matthew Campbell Mirow, Patricio Javier López Díaz Valentín, Susana López Río, Sergio Rodolfo Núñez y Ruiz-Díaz, Inés Sanjurjo de Driollet y Romina Zamora Reimundi, les damos nuestra más cordial enhorabuena.

Y ya, por último, a nivel institucional en nuestra Asamblea General se han rendido cuentas de las gestiones efectuadas, se han acordado nombramientos, se ha procedido a renovar el Comité Ejecutivo, tal y como establecen los Estatutos, y se ha fijado lugar y fecha para nuestro futuro XX Congreso.

En suma, a la vista de toda la actividad desplegada durante estos días hay motivos para sentirse satisfechos y despedirnos de la experiencia berlina para alojarla ya en el ámbito de nuestros más gratos recuerdos y vivencias congresuales.

Auf Wiedersehen Berlín! Dank für alles.

Nos vemos en La Rábida el 2019.

Queda clausurado el XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

PLAN GENERAL DE LA OBRA

VOLUMEN I

Prefacio	7
Discurso de bienvenida al XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano THOMAS DUVE	15
Discurso de apertura del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR	35
Conferencia inaugural: O 'direito de Índias' no contexto da historiografia das colonizações ibéricas ANTÓNIO MANUEL HESPANHA	43
 Historia de la historiografía del Derecho Indiano	
El éxito del método. El método de estudio de la Historia del Derecho <i>The success of method: research methods for Legal History</i> EDUARDO MARTIRÉ	87
Avance para un estudio de la historiografía jurídica indiana chilena <i>Preview of a study of the Chilean juridical historiography of the Indies</i> FELIPE VICENCIO EYZAGUIRRE	125
Escritura de la historiografía sobre los tribunales inquisitoriales americanos <i>The Historiographical Writings Relating to the inquisitorial tribunal in Hispanic America</i> PILAR MEJÍA	161
Ricardo Levene y su obra sobre historia del Derecho Indiano de 1924 <i>Ricardo Levene and his work on the history of Derecho Indiano from 1924</i> VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI	181
Una visión de la independencia de México en documentos españoles posteriores <i>A vision of Mexico's independence in later Spanish documents</i> MANUEL TORRES AGUILAR	199

El Derecho Indiano en la historia europea y global

¿De qué hablamos cuando hablamos de Derecho Indiano?

What we talk about when we talk about Derecho Indiano?

CARLOS GARRIGA 223

El Derecho Indiano en Nueva Orleans (1769-1803). Gobernar, administrar justicia y vivir en la Nueva Orleans hispánica

Derecho Indiano in New Orleans (1769-1803): governing, administering justice, and living in Hispanic New Orleans

VIVIANA KLUGER 249

Entre Derecho Indiano y Derecho Internacional: tradición jurídica europea y crítica del eurocentrismo

Between Derecho Indiano and international law: the European legal legacy and Western colonialism

LUIGI NUZZO 271

De la Andalucía bajomedieval, vía islas del mar Océano, a América fundando ciudades y villas

From late-medieval Andalucía via the Atlantic Islands to America: founding cities and towns

HORST PIETSCHMANN 291

As variações do direito português no brasil a experiência de um jurista na justiça colonial

Brazilian varieties of Portuguese law – the experience of a jurist in the colonial justice system

ARNO WEHLING 313

Circulación de ideas y prácticas jurídicas: casos y métodos de análisis (obras jurisprudenciales)

Republicanism y tradición jurídica en los albores de la independencia: la significación americana del Tratado de los Oficiales de la República de Antonio Fernández de Otero

Republicanism and legal tradition at the dawn of independence: the Latin-American significance of Antonio Fernández de Otero's Treaty on the Officials of the Republic

ALEJANDRO AGÜERO y FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS 329

La circulación de literatura normativa pragmática en Hispanoamérica (siglos XVI-XVII)

The circulation of pragmatic normative literature in Spanish America (16th-17th centuries)

OTTO DANWERTH 359

La barroca cultura jurídica del licenciado Tomás Durán, asesor del gobernador de Chile y virrey del Perú José Antonio Manso de Velasco, Conde de Superunda <i>The baroque legal culture of the licenciado Tomás Durán, assessor of the Governor of Chile and Viceroy of Peru José Antonio Manso de Velasco, Count of Superunda</i> ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ	401
La relación entre la tarea recopiladora de Encinas, León Pinelo y Paniagua en algunos títulos de la Recopilación de Leyes de Indias <i>The relationship between Encinas, Pinelo and Paniagua in some titles of de Recopilación de Leyes de Indias</i> MERCEDES GALÁN LORDA	423
El derecho en los catálogos de venta de los librereros sevillanos: la circulación de impresos jurídicos en el mundo atlántico (1680-1689) <i>The subject of law in the sales catalogues of Seville's booksellers: the circulation of law books in the Atlantic World (1680-1689)</i> PEDRO RUEDA RAMÍREZ	453
El Nuevo Código de Indias de 1792: sus vicisitudes de elaboración <i>The new code of the Indies, 1792: the vicissitudes of its development</i> JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA	475
Un espacio local para el fenómeno jurídico. Tempranas encomiendas y trabajo indígena en el Tucumán <i>A local framework for juridical development: early encomiendas and indigenous labour in Tucumán</i> ROMINA ZAMORA	495
 Derecho y otros saberes normativos (derecho real y canónico, teología moral)	
Problematizando el patronato regio. Nuevos acercamientos al gobierno de la Iglesia ibero-americana desde la perspectiva de la Santa Sede <i>Problematizing royal patronage: New approaches to the governance of the Ibero-American church from the perspective of the Holy See</i> BENEDETTA ALBANI - GIOVANNI PIZZORUSSO	519
Las desamortizaciones eclesiásticas del siglo XIX –1804 y 1822– y la reforma religiosa de Rivadavia <i>The ecclesiastic confiscations of the 19th century –1804 and 1822– and the religious reformation of Rivadavia</i> RAQUEL BISIO DE ORLANDO	545
Prestaciones de la dogmática: algunos ejemplos de Alonso de la Peña Montenegro <i>Dogmatic benefits: some examples of Alonso de la Peña Montenegro</i> FRANCISCO CUENA BOY	565

El espacio de los derechos en el pensamiento tardoescolástico. Una perspectiva iushistorica <i>The space of the rights in latescholastic thought: a perspective from legal history</i> MECCARELLI MASSIMO	589
Influencia peninsular en las consuetas indianas <i>Peninsular influence over indigenous consuetas</i> ANA MARÍA MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ	599
El concepto de propiedad en la obra del padre Domingo Muriel, S. J. <i>The concept of property in the work of the father Domingo Muriel, S. J.</i> SERGIO RODOLFO NÚÑEZ Y RUIZ-DÍAZ	621
 Orden jurídico y diversidad cultural (derechos indígenas, pluralismo jurídico y judicial)	
Política de congregación de pueblos de indios y procesos de despoblación en la Nueva Galicia, siglo XVI <i>The policy of congregation of indigenous villages and depopulation processes in 16th century. New Galicia</i> JOSÉ ENCISO CONTRERAS	639
La condición jurídica del indio a través de los informes de los virreyes novohispanos en el siglo XVI <i>The legal status of indians in the reports of the viceroys of New Spain in the 16th century</i> BEATRIZ BADORREY MARTÍN	669
Produzir provas ou interpretar o direito? Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil <i>Producing evidence or interpreting the law? Uses of history in the definition of indigenous territorial rights in Brazil</i> SAMUEL BARBOSA	694
Tierras de indios y conflictos de propiedad en Córdoba a finales del siglo XIX <i>Indian lands and conflicts of property rights in Córdoba at the end of 19th century</i> PAMELA ALEJANDRA CACCIAVILLANI	707
Propiedad comunitaria de los Huarpes: ¿realidad histórica o construcción ideológica? <i>Communal property of the Huarpes: historical reality or ideological construction?</i> PATRICIO JAVIER LÓPEZ DÍAZ-VALENTÍN	725
Control real y política poblacional en Indias (s. XV-XVI) <i>Control by the Spanish monarchy and population policy in the Indies (15th-16th centuries)</i> MARÍA MAGDALENA MARTÍNEZ ALMIRA	747

Derecho Indiano provincial y local (reinos, provincias, repúblicas)

La aplicación del derecho en el Virreinato del Río de la Plata <i>The application of law in the Viceroyalty of the River Plate</i> MARÍA ROSA PUGLIESE LA VALLE	781
El derecho provincial de la Nueva España (aproximación conceptual y características) <i>Provincial law in New Spain (conceptual approach and characteristics)</i> MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ	807
Justiça entre pares: configurações das disputas comerciais do império português ao brasileiro (meados séculos XVIII e início do XIX) <i>Justice by pairs: settings of trade disputes from the Portuguese Empire to the Brazilian Empire (mid 18th and early 19th centuries)</i> ANDRÉA SLEMIAN	827
La construcción de la cultura jurídica en Córdoba del Tucumán. Siglos XVIII-XIX-XX. La enseñanza del Derecho Indiano en las aulas universitarias <i>The construction of juridical culture in Cordoba del Tucumán. 18th-19th-20th centuries. Teaching Derecho Indiano in university's classrooms</i> RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA	847
Plan general de la obra	871
Programa Historia del Derecho	881

VOLUMEN II

Sociedad, justicia y gobierno (instituciones y prácticas)

Notas sobre la conquista de Chile, el Derecho Indiano y la esclavitud de los indígenas <i>Notes on the conquest of Chile, Derecho Indiano and indigenous slavery</i> EDUARDO ANDRADES RIVAS	899
El Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán en el período tardo colonial <i>El Santo Oficio of the Inquisition of Cordoba del Tucuman in the late colonial period</i> MARCELA ASPELL	919
La normativa sobre corregidores en Indias durante el siglo XVIII <i>The normative about corregidores in Indias during the 18th century</i> AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR	943

<p>Corona española, política económica e indígenas a través de la normatividad de las cédulas reales en la Audiencia de La Plata de los Charcas, siglo XVI <i>The Spanish crown, economic policy and indigenous subjects through the norms of the royal cedulas in the Audiencia of La Plata de los Charcas, 16th century</i> JOSÉ ARTURO BURCIAGA CAMPOS</p>	961
<p>La Real Audiencia de Lima en el proceso de la independencia del Perú <i>The Royal Audiencia of Lima in the process of Peruvian independence</i> JOSÉ DE LA PUENTE BRUNKE</p>	983
<p>Traducción e interpretación en la propuesta de rescate del derecho consuetudinario prehispánico de Alonso de Zorita <i>Translation and interpretation in Alonso de Zorita's proposal for the recovery of pre-hispanic customary law</i> JOSÉ LUIS EGÍO</p>	999
<p>Notas sobre el paso del Derecho Indiano al republicano y la concepción racionalista de los derechos humanos en Chile <i>From colonial to republican law in Chile. Notes on the rationalist conception of human rights</i> MARÍA ANGÉLICA FIGUEROA QUINTEROS</p>	1015
<p>Un caso de apropiación del Ius Commune: las nociones de dominio en los pueblos de indios en el Perú del siglo XVI <i>A case of appropriation of Ius Commune: the concept of dominium in indigenous pueblos in 16th century Peru</i> DAMIAN AUGUSTO GONZALES ESCUDERO</p>	1037
<p>El asedio a la Sala del Crimen de la Real Audiencia de México: injerencias del Conde de Galve en la jurisdicción criminal <i>The siege of the criminal court of the Real Audiencia of México: the interference of the Count of Galve in the criminal jurisdiction</i> PATRICIO HIDALGO NUCHERA</p>	1049
<p>El Dr. Alonso de Coronado y Ulloa. Letrado, catedrático y rector de San Marcos. Aproximación a su labor forense <i>Doctor Alonso de Coronado y Ulloa. Lawyer, professor and rector of San Marcos. An approach to his forensic work</i> RAFAEL JAEGER REQUEJO</p>	1071
<p>La imagen social del abogado en el tránsito del derecho premial al orden legislativo de la monarquía moderna <i>The social image of the lawyer in the transit of prize law to the legislative agenda of the modern monarchy</i> ALBERTO DAVID LEIVA</p>	1087

Hipoteca de esclavos. Garantías reales mobiliarias entre Derecho Indiano y legislación ultramarina <i>Chattel mortgage of slaves. Security interests in Spanish colonial law in America</i> FERNANDO MARTÍNEZ PÉREZ	1097
Los tribunales de la Florida Oriental <i>Tribunals of East Florida</i> MATTHEW CAMPBELL MIROW	1119
<i>Modicam controversiam</i> sobre valoración de elementos jurídicos no sustantivos de determinadas <i>figurae iuridicae</i> en el sistema del derecho común y su proyección india <i>Modicam controversiam on the values of non-substantive legal items of certain figurae iuridicae in the ius commune system and its 'indian' projection</i> EMMA MONTANOS FERRIN	1141
El recurso de suplicación en el Consejo de Indias <i>The right to appeal in the Council of the Indies</i> MIGUEL PINO ABAD	1163
La ocultación de bienes del Arzobispo Feliciano de la Vega y el Breve Apostólico de Inocencio X, dentro de la visita general de Juan de Palafox y Mendoza a la Nueva España (1640-1647) <i>The hiding of property of Archbishop Feliciano de la Vega and Apostolic Brief of Innocent X, in the general visit of Juan de Palafox y Mendoza to New Spain (1640-1647)</i> JUAN PABLO SALAZAR ANDREU	1185
Injurias verbales en el Río de la Plata en tiempos de la Segunda Audiencia <i>Verbal indignities in the Rio de la Plata at the time of the Second Audiencia</i> CLAUDIA G. SOMOVILLA	1199
Los alcaldes de sacas en las ordenanzas del gobernador Juan Ramírez de Velasco <i>The alcaldes de sacas appointed in Juan Ramírez de Velasco's government ordinances</i> MARIO CARLOS VIVAS	1215
Percepción e ideas acerca del Derecho Indiano en las Cortes de Cádiz <i>Perception and ideas about Derecho Indiano at the Cortes de Cádiz</i> FELIPE WESTERMAYER HERNÁNDEZ	1237
La supervivencia del Derecho Procesal Español en nuestro derecho argentino en la obra doctrinaria de Salvador de la Colina <i>The survival of procedural Spanish law in our Argentinian law in Salvador de la Colina's doctrinal work</i> LUIS MAXIMILIANO ZARAZAGA	1259

**El Derecho Indiano en el siglo XIX: derecho civil y público
y constitucionalismo moderno**

<p>La pervivencia de la cultura jurídica indiana en un significativo debate porteño de 1838 sobre la administración de justicia en la Argentina independiente <i>The persistence of colonial legal culture in a significant debate on justice administration in independent Argentina (Buenos Aires, 1838)</i></p>	1277
<p>EZEQUIEL ABÁSULO</p>	
<p>Presencia del Derecho Indiano en la praxis judicial chilena durante el siglo XIX, a través de la formación jurídica de los Ministros de Corte <i>Presence of Spanish colonial law in Chilean judicial praxis during the nineteenth century, observed through the legal training of the Ministers of Court</i></p>	1289
<p>ROBERTO CERÓN REYES</p>	
<p>La defensa del privilegio territorial de un pueblo hospital de la Nueva España: Santa Fe de la Laguna, Michoacán <i>The defense of territorial privilege in the hospital town of Santa Fe de la Laguna (Michoacán, New Spain)</i></p>	1313
<p>JUAN CARLOS CORTÉS MÁXIMO</p>	
<p>El Derecho Indiano en los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (Argentina), 1875-1881 <i>The Derecho Indiano in the Supreme Court's decisions in the province of Buenos Aires (Argentina), 1875-1881</i></p>	1331
<p>MARÍA ANGÉLICA CORVA</p>	
<p>Presencia del Derecho Indiano en la administración de justicia insurgente: la actuación del Tribunal de Ario <i>Presence of Derecho Indiano in the administration of insurgent justice: the action of the Ario's Court</i></p>	1361
<p>JAIME DEL ARENAL FENOCHIO</p>	
<p>Sobre orígenes, continuidades e criações: a posse da liberdade nos decisionistas portugueses (sécs. XVI-XVIII) e no direito da escravidão (séc. XIX) <i>On origins, continuities, and creations: possession of freedom amongst Portuguese "decisionistas" (16th-18th centuries) and in slavery law (19th century)</i></p>	1379
<p>MARIANA ARMOND DIAS PAES</p>	
<p>Presencia del Derecho Indiano en la organización política y administrativa del Río de la Plata luego de 1810 <i>Presence of Derecho Indiano in the political and administrative organization of the Rio de la Plata after 1810</i></p>	1407
<p>JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO</p>	

Nuevas consideraciones en torno al tema de las Ordenanzas de Intendentes <i>New considerations on the topic of the Ordinances of Intendants</i> RAFAEL DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO	1439
La reintegración de las misiones orientales a las Provincias Unidas del Río de la Plata: pervivencias indianas en la constitución del Soberano Consejo de San Borja (1828) <i>The reintegration of the Guaraní-Jesuitic oriental missions to the Provincias Unidas del Río de la Plata: colonial continuities in the constitution of the “Soberano Congreso de San Borja” (1828)</i> ALFREDO DE J. FLORES	1461
De persona moral a persona jurídica. Las corporaciones y su clasificación entre España y América (Siglos XVIII-XIX) <i>From moral person to legal entity. corporations and their classification between Spain and America (18th-19th centuries)</i> JAVIER GARCÍA MARTÍN	1481
El pago de lo indebido en el Derecho Indiano y en las codificaciones iberoamericanas <i>Payment of the undue in Derecho Indiano and in Ibero-American codifications</i> ALEJANDRO GUZMÁN BRITO	1507
La tradición jurídica indiana en el Michoacán decimonónico <i>The Latin American legal tradition in 19th century Michoacán</i> LEOPOLDO LÓPEZ VALENCIA	1513
Leyes de los Reynos de Indias y Derecho Internacional. Bulas, descubrimientos y evangelización vs. Ocupación efectiva del territorio en el conflicto de las Carolinas (1885) <i>Laus of the Reynos de Indias and International Law. Pontifical bulls, discoveries and evangelization vs. effective territorial occupation in the conflict of the Carolinas (1885)</i> MARTA LORENTE SARIÑENA	1531
Opinión pública y diputados americanos en las Cortes de Cádiz: las galerías <i>Public opinion and American deputies in the Cortes of Cádiz: the galleries</i> JULIA MONTENEGRO VALENTÍN	1553
Pervivencia del derecho mediante la traducción de normas: las Siete Partidas y el discurso jurídico del estado de la Luisiana durante la primera mitad del siglo XIX <i>Survival of law through the translation of norms: the Siete Partidas and the legal discourse of the state of Louisiana during the first half of the nineteenth century</i> AGUSTÍN PARISE	1575
El Derecho Indiano en los aportes de los obispos latinoamericanos a la primera codificación del Derecho Canónico de 1917 <i>The Derecho Indiano in the contributions of Latin American bishops to the first codification of Canon Law in 1917</i> CARLOS SALINAS ARANEDA	1597

Mendoza, de municipio indiano y ciudad capital de gobernación-intendencia a la nueva provincia en 1820 <i>Mendoza, from colonial municipality and capital of intendency to the new province in 1820</i>	
INÉS SANJURJO DE DRIOLLET	1617
Aprender a colonizar: una administración civil para Filipinas (1870-1898) <i>Learning to colonize: a civil administration for the Philipinnes (1870-1898)</i>	
MARÍA JULIA SOLLA SASTRE	1643
 Clausura	
Discurso de clausura del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano	
AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR	1663
Plan general de la obra	1667
Programa Historia del Derecho	1677

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES
ISSN: 2255-5137

1. Luis Grau, *Origenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe/ Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>
8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>

12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16023>
17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Líbano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero / Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18295>

25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18340>
26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía de imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20199>
33. Massimo Meccarelli y Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20259>
35. A. F. J. Thibaut, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, Madrid 2015, 42 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21166>
36. J.-J.-R. de Cambacérès, *Discursos sobre el Código civil*, Madrid 2015, 61 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21254>
37. Ramon Llull, *Arte breve de la invención del derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2015, 233 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21406>

38. F. C. von Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid 2015, 130 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21520>
39. Joaquín Marín y Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid 2015, 40 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22079>
40. Rafael Ramis Barceló, *Petrus Ramus y el Derecho. Los juristas ramistas del siglo XVI*, Madrid 2016, 250 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22197>
41. Emanuele Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición de Marta Madero, Madrid 2016, 194 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22261>
42. *Constituciones españolas: 1808-1978*, edición de Javier Carlos Díaz Rico, Madrid 2016, 259 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22905>
43. Giacomo Demarchi, *Provincia y Territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral*, Madrid 2016, 362 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22906>
44. Miguel Ángel Ladero Quesada / César Olivera Serrano (dirs.), *Documentos sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, Madrid 2016, xx + 1446 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23015>
45. Gustavo César Machado Cabral / Francesco Di Chiara / Óscar Hernández Santiago / Belinda Rodríguez Arrocha, *El derecho penal en la edad moderna: Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*, Madrid 2016, 217 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23021>
46. Lope de Deza, *Juicio de las leyes civiles*, estudio preliminar de Víctor Tau Anzoátegui, edición de María José María e Izquierdo, Madrid 2016, 136 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23228>
47. Henrik Brenkman, *Historia de las Pandectas*, estudio preliminar, traducción y notas de Juan Lorenzo, Madrid 2016, 426 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23317>
48. Massimo Meccarelli (a cura di), *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione*, Madrid 2016, 287 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23792>
49. Beatrice Pasciuta, *El diablo en el Paraíso. Derecho, teología y literatura en el Processus Satane (s. XIV)*, Madrid 2017, 264 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24439>
50. Maximiliano Hernández Marcos, *Tras la luz de la ley: legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de Ilustración jurídica*, Madrid 2017, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24488>

51. Eleonora Dell'Elicine / Paola Miceli / Alejandro Morin (Comp.), *Artificios pasados. Nociones del derecho medieval*, Madrid 2017, 307 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24514>
52. Eva Elizabeth Martínez Chavéz, *Redes en el exilio. Francisco Ayala y el Fondo de Cultura Económica*, Madrid 2017, 145 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24715>
53. Pierre de Jean Olivi, *Tratado de los contratos*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2017, 171 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25200>
54. Daniel Panateri, *El discurso del rey. El discurso jurídico alfonsí y sus implicaciones políticas*, Madrid 2017, 284 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25377>
55. Joaquín Costa, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el estatus individual, el referéndum y la costumbre*, Madrid 2017, 85 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25578>
56. Massimo Meccarelli (ed.), *Reading the Crisis: Legal, Philosophical and Literary Perspectives*, Madrid 2017, 224 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25705>
57. Pablo Ramírez Jerez / Manuel Martínez Neira, *La historia del derecho en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Los concursos de derecho consuetudinario*, Madrid 2017, 322 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25809>

