

FUENTES DEL DERECHO INDIANO ¹

Historia externa del derecho de Indias.—La ley escrita y la aplicación de la ley.—El desprecio de la ley.—Naturaleza de este sentimiento jurídico.—El derecho indígena: no pocas instituciones legisladas por España refiérense a modalidades de la organización de los indios.—El derecho consuetudinario indiano.—La doctrina de los juristas.—Los juristas indianos impulsaron la elaboración del derecho del Nuevo Mundo.—La legislación no se desenvolvió al ritmo del pensamiento liberal de los juristas.—Definición de la legislación de Indias.—Organos distintos con potestad legislativa.—El requisito de la confirmación real exigida para las ordenanzas que hicieron virreyes, audiencias, gobernadores, comunidades, ciudades.—Carácter particular o universal de las leyes que se dictaban.—Profusión y heterogeneidad de las leyes de Indias.—Razones que explican la necesidad de coordinarlas y compilarlas.

La historia externa del derecho de Indias comprende el estudio de sus fuentes y de los sucesos políticos y sociales que la explican. No penetra, pues, en el conocimiento de las instituciones jurídicas y principios del derecho, materias propias de la historia interna. Se limita a fijar la autoridad legal o política de que están investidas las leyes, la concurrencia de causas que explican históricamente su promulgación, la relación cronológica que guardan entre ellas, las diferencias en la técnica, en el método, en el plan; las fuentes de reglas jurídicas que se refieren al derecho consuetudinario, jurisprudencia de los tribunales y doctrina de los juristas ².

¹ Del libro en preparación *Introducción a la historia del derecho indiano*.

² No es posible establecer diferencia científica entre ambos aspectos en el estudio del derecho. Pero la distinción entraña un sencillo plan para impulsar las investigaciones históricas. Las siguientes palabras de Altamira evidencian las dificultades que se oponen para establecer aquella separación entre

Reconocemos que el estudio exclusivamente externo del derecho no sólo es incompleto, por cuanto no refleja la totalidad de las manifestaciones del fenómeno jurídico, sino que puede inducir a grave error a quien, sin munirse de las prevenciones necesarias considerara tal estudio como una expresión viva de la historia de un pueblo.

En el curso de esta exposición se verá dilatarse por momentos el abismo que se abría entre el enunciado teórico o ley escrita y la aplicación de la ley. En principio todas las cédulas del Rey debían ser obedecidas, respetadas y reverenciadas. El acatamiento se prestaba siguiendo una formalidad. Abierta la Real Cédula o Provisión, el funcionario, de pie y descubierto, la besaba y ponía sobre su cabeza, respetándola como emanada del Rey y mandando se guardara y ejecutara. De esta formalidad se dejaba constancia.

Una ley de Indias del año 1528 imponía a los virreyes, presidentes y oidores, alcaldes del crimen, gobernadores, corregidores y alcaldes mayores, la obligación, bajo severas penas, de cumplir y ejecutar los mandamientos reales, pero autorizaba y daba licencia para que se pudiera suplicar de ellos, no pudiéndose suspender su cumplimiento, salvo que siendo el

la historia externa e interna del derecho: "Hay todavía muchos jurisconsultos para quienes, prácticamente y aun teóricamente, reducen la historia externa a la historia de la legislación; teniendo, pues, la ley como única fuente del derecho y descartando la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina científica... ¿qué se va a decir, en efecto, de la costumbre en la historia externa? ¿Nos limitaríamos a decir que existía, en qué ordenes del derecho y en qué países o localidades en cada período, con enumeración de los testimonios que lo acreditan, o correremos el peligro, caso de ahondar algo más, de caer inmediatamente en la historia interna, exponiendo la vida misma del pueblo, la entraña de la actividad jurídica social? Y por lo que toca a la Ciencia (suponiendo que la tengamos como fuente), ¿qué otra cosa cabe en la historia externa sino una seca enumeración de nombres, títulos de libros y sucesión de escuelas, dado que en cuanto pretendamos exponer la sustancia de las ideas de cada autor o de cada corriente, entramos de lleno en lo interno de la fuente misma, como forma de vida jurídica? (*Historia del derecho español*, 41, Madrid, 1903). Así, pues, estudiando historia externa del derecho indiano, tal como la definimos, hacemos también historia interna en la parte en que es posible referirse a ella en un texto de *Introducción* como el presente.

negocio de tal calidad que si se cumpliera se seguiría escándalo conocido o daño irreparable¹.

Los tratadistas desarrollaron el concepto de que el principio de obediencia y cumplimiento de las leyes admite fundadas excepciones².

¹ *Recopilación de Indias*, lib. II, tít. I, ley XXIV.

Con motivo de la observancia de ciertas cédulas de permisión, informaba el Obispo al Cabildo de Buenos Aires, a principios del siglo XVII, que "el fin que tiene el Rey nuestro Señor como católico y cristianísimo en las cédulas que despacha es el servicio de Dios Nuestro Señor y el bien y aumento de la república y de sus vasallos", por tanto, "si alguna cédula emanase contraria de este fin sería por falsa y siniestra información, y los gobernadores la an de reverenciar, pero no executalla, en cuanto es repugnante a dicho fin". Y agregaba: "que no se han de executar algunas cédulas reales con todo el rigor que la letra parece significar, si no antes se an de ynterpretar..." (*Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires*, edición del Archivo general de la Nación, I, 1923.)

Mandaba una ley de Indias que los ministros y jueces obedezcan y no cumplan las cédulas y despachos en que interviniesen los vicios de obseción y subrepción y en la primera ocasión debían avisar de la causa (*Recopilación de 1680*, ley XXII, tít. I, lib. II). Las audiencias debían abstenerse de representar inconvenientes y razones de derecho en lo mandado, "pues cuando lo disponemos y mandamos están las materias muy bien vistas y mejor entendidas y así lo guarden y observen precisa y puntualmente" (*Recopilación de 1680*, ley XXVI, tít. I, lib. II).

² Dice Bovadilla que las leyes que se dieron contra derecho y perjuicio de partes, no valgan, y sean obedecidas y no cumplidas (*Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra...*, lib. II, cap. X, 386, Madrid, 1775.)

"Es asimismo digno de probar y advertir para reprobar un mal estilo —dice Solórzano— que en algunas cédulas que en estos últimos tiempos se despachan por el dicho Consejo, he visto introducir, poniendo muchas cláusulas graves, conminatorias y poco acostumbradas, y la de la indignación real para exhortar o precisar su ejecución o cumplimiento. Porque esto tengo para mí que cede en desautoridad del Príncipe que la firma, y senado que las ordena y consulta, y así en las antiguas, pocas o ningunas veces se hallaron tales cláusulas, y la más áspera y severa que solía ponerse era: "de lo hazer" así, me tendré de vos por bien servido, y de lo contrario por deservido." (*Política indiana*, 469, Amberes, MDCCIII.)

"Porque es llano —explicaba gravemente el mismo Solórzano— que no puede dexar de aver vicios i pecados donde i mientras huviere hombres; i principalmente en Provincias tan remotas y apartadas de fus Reyes; en las quales, como lo advierten i reconocen varones de grande experiencia, los mandatos de los mímos Príncipes fueren fer vanos, o llegan floxos, y fe descubre ancho campo a los que los habitan o gobiernan para juzgar y tener por lícito todo lo que les pide y perfuade fu antojo. Porque la temeridad humana menofprecia facilmente lo que esta mui diftante..." ("Traducción de la de-

El cuerpo de funcionarios —unas veces citando el “daño irreparable” a que aludía el texto de la ley y otras los principios del derecho natural expuestos por los juristas— se descubría ante la ley, como ante la persona real, pero no la cumplía. En la comprensión de tan importante tema relativo a la teoría y práctica de la ley sería necesario separar con método la parte de responsabilidad que corresponde a la monarquía, en cuanto legislaba para una sociedad sin conocerla cabalmente o conociéndola la contrariaba en su naturaleza, y la que debe adjudicarse al propósito de transgresión y espíritu individualista que animaba a los funcionarios. Cualquiera que sea su origen, es lo cierto que la función repetida de este hecho ha engendrado ese fenómeno característico de la historia indiana que ha sido calificado con sobriedad en esta forma: el desprecio de la ley ¹.

No es necesario subrayar el significado de este fenómeno. El sentimiento del desprecio por la ley en los comienzos de la organización de Indias —fundado en su teorismo o rigorismo, o explicado, como Solórzano, en virtud de que la temeridad humana menosprecia fácilmente lo que está muy distante— contiene en germen la revolución jurídica. Si en el siglo xvii el Obispo de Buenos Aires invocaba la ley de Indias para no acatar los términos de una permisión de comercio que consideraba contraria “al bien y aumento de la república”, dos siglos después, protestando por la salud del pueblo, se podía invocar otra ley de Indias, con el fin de declarar enfermo al virrey Sobremonte y dejarlo cesante.

El derecho indiano —desde el punto de vista externo— tiene innegable importancia. A su luz puede seguirse el origen y transformación del propósito político que ha inspirado la legislación, su carácter teórico y su inaplicabilidad práctica; puede observarse el modo peculiar que le han impreso las costumbres y la época; permite evidenciar sus modestos comienzos, su desarrollo paulatino, su vigoroso enriquecimiento como ins-

dicatoria real y epístolas proemiales del segundo tomo del derecho y gobierno de las Indias occidentales q' a sacado a luz el doctor don Juan de Solórzano Pereyra...” por Gabriel de Solórzano, 3, año 1639.)

1 J. A. García, *La ciudad indiana*, 35, Bs. As., 1900.

trumento de gobierno; trasluce la ignorancia o la clarividencia del conocimiento geográfico, étnico, político y económico del imperio colonial; descubre la orientación de los estudios de derecho y la posible influencia ejercida en la redacción de la ley por estadistas y juristas. Por último, es indispensable el estudio de todos estos órganos productores de reglas jurídicas porque cada uno de ellos va reflejando aspectos múltiples de un derecho vivo de rico contenido. La noción del proceso histórico de este derecho es fundamental. Instituciones y costumbres que no están consignadas en la *Recopilación de 1680* —que sólo inserta las que estaban en vigor— fueron autorizadas por leyes anteriores, derogadas después; pero las instituciones y costumbres subsistieron vigorosamente, a veces, no obstante las disposiciones en contrario de las nuevas leyes.

De ahí la trascendencia que tuvo en América el derecho consuetudinario, pudiéndose decir de él que constituye todo un cuerpo de derecho positivo, formado natural y espontáneamente a espaldas de la legislación que se dictaba.

En primer término corresponde decir que el derecho indígena sobrevivió después de la conquista española e inspiró la legislación indiana más de lo que comúnmente se admite. El desarrollo de tal tópico, en esta oportunidad nos obligaría a apartarnos de nuestro tema principal, que consiste en llamar la atención sobre el fondo de costumbres y prácticas jurídicas y sociales de los aborígenes que sirvió de base a la organización política y social hispano-americana. Hablando de las autoridades de los españoles en el Perú, recomendaba Matienzo a los gobernantes que no entraran “de presto a mudar las costumbres y hazer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conoscer las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra y españoles que en ella habitan, que como es larga son diversas las costumbres, como los temples; hase primero de acomodar a las costumbres de los que quieren gobernar y andar a su gusto, hasta que ganadas con ellos la oppinion y fee con la autoridad que tiene hazerles mudar costumbres, y si de golpe se quissiese quitar las borracheras de los indios que residen en Potosi, yr se an y si de golpe se quissiesen poner en orden a los caciques que no tiranizasen sus Indios, podría resultar de

ello algun daño" ¹. Y agregaba el docto magistrado: "gran prudencia ha menester el que governare."

La metrópoli sustentó la preocupación en el sentido de imponer el estudio y aprendizaje de las lenguas indígenas. Razones de orden político, religioso y cultural hicieron necesario crear cátedras para la enseñanza de las lenguas americanas, inducir a los doctrineros a adquirir el dominio del idioma en la región de su enseñanza, redactar catecismos en lenguas castellana e indígena.

Recordando al padre Acosta, quien, ocupándose del Perú, decía que sólo en él había más de setecientas lenguas diferentes, se plantea Solórzano la cuestión a saber si era conveniente obligar a los indígenas —puesto que estaban bajo el gobierno y dominio de España— a que forzosamente aprendan y hablen la lengua castellana. Si las leyes se han de ajustar —explica exponiendo un profundo concepto jurídico—, no a lo que es fácil decir, sino a lo que en acto práctico se pueda obrar y ejecutar, no parece que esto se pueda conseguir pretendiendo que tanto número de indios y en su propia tierra dejen las lenguas patrias en que se criaron y se apliquen con gusto a hablar la extraña. Debe consignarse, empero, que el autor citado admite más adelante que se obligue a aprender el castellano a los indios que iban incorporándose a la Corona.

Se advierte la enorme influencia ejercida por el despliegue de las costumbres de los naturales de América, si se tiene presente que no pocas instituciones legisladas por España se refieren sustancialmente a modalidades típicas de la organización de los indios. Es superfluo recordar que la Mita es institución aborígen; el régimen tributario impuesto a los indios por los españoles se erigió sobre la base de la organización existente; y que acaso, como trata de probarse hoy, las "provincias" en que estaba dividido el "huno" en el Perú eran distritos que pasaron a convertirse en encomiendas ².

Siguiendo a Gamboa, refiérese un autor a las behetrías en

¹ *Gobierno del Perú*, 118, edición de la Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires, 1910.

² *Observaciones sobre la organización social del Perú antiguo*, por E. Zunkalowski, Lima, 1919.

la organización preincaica del Perú, donde existían las de “mar a mar”. La base de tal behetría peruana —llamada comúnmente ayllu o comunidad— era agrícola. Se trataba de una organización corporativa del trabajo o vinculaciones consanguíneas entre sus miembros. En el seno de cada ayllu, oficiales del poder real intervenían para recaudar el impuesto. Compárese tal hecho con las funciones de los corregidores. Dedúcese en consecuencia el doble carácter de aquella organización: autonomía de los ayllu e intervención del poder central en cada uno de ellos. El gobierno de Toledo, en el Perú, se presenta como ejemplo de la eficaz utilización de la organización existente, adaptándola y haciéndole servir a los fines de la administración hispánica ¹.

El derecho consuetudinario tuvo en Indias una fuerza legal reconocida en muchos casos, aun cuando el texto expreso de la Ley de Toro (que se mandaba observar en defecto de la legislación de Indias) mandaba que los ordenamientos y pragmáticas debían aplicarse sin poderse alegar “que no son usadas e guardadas” ².

¹ *Indian Legislation in Peru*, por Philips Ainsworth Means, en *The Hispanic American Historical Review*, noviembre de 1920.

El estudio del derecho indígena, público y privado es, en gran parte, materia nueva entre nosotros. Los investigadores que reconstruyen el pasado de las culturas pre-coloniales, de las cuencas del Río de la Plata, central, andina y patagónica, han descubierto notables elementos para el estudio de este tema, en punto al derecho privado, como la familia, relaciones de parentesco, propiedad, y en punto al derecho público, como la institución del caciquismo, la guerra, la organización de la justicia, sus leyes y costumbres imperantes.

Tales informaciones, y las que contienen los cronistas y la enorme documentación que puede utilizarse, van integrando el material que servirá para un estudio de síntesis de la vida jurídica y política de los pueblos americanos. Se ocupa en estos trabajos el profesor suplente de la Facultad de Derecho doctor Walter Jacob. Ramón F. Vázquez acaba de publicar en la *Revista de la Facultad de Derecho*, en los números del año 1923, un estudio acerca de “El Tahuantinsuyu.” (Confr. *Historia del derecho argentino*, por C. O. Bunge, I, 5 y siguientes, en *Estudios editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, I, Bs. As. 1912; *Apologética historia de las Indias*, de fray Bartolomé de las Casas, en *Nueva biblioteca de autores españoles, historiadores de Indias*, I, 556 y siguientes, Madrid, 1909, etc.)

² Las Leyes IV, V y VI, tít. II de la Partida 1.^a, se ocupan de la costumbre y sus maneras. Berni admite que la costumbre “o es interpretativa de la Ley o contra la Ley o no aviendo Ley” (*Apuntamientos sobre las leyes de*

El rey Felipe IV, por decreto del 29 de septiembre de 1620 (ley XXI, tít. 11, del lib. II de la *Recopilación*), definió los requisitos que debía reunir la costumbre a que se refieran las mercedes reales ¹.

Solórzano alude varias veces al derecho consuetudinario indiano y exalta su importancia. El ilustre jurista tenía el concepto de que el buen legislador "ha de acomodar sus preceptos, conforme las regiones, y gentes a quienes los endereza, y su disposición y capacidad", debiendo "con su industria y humanidad mirar y disponer lo que les pueda convenir, como más les convenga; como lo aconsejó gravemente Cicerón a su hermano, cuando estaba en el virreynato del Asia". Fundado en el moderno concepto del derecho objetivo e histórico, Solórzano consideraba que "no menos diferentes suelen ser las costum-

Partida, I, pág. 13, Valencia, 1739). "La costumbre que interpreta la Ley no requiere noticia del Príncipe y no puede extenderse de caso a caso ni de lugar a lugar", agrega el autor citado. Se admite que en ausencia de Ley la costumbre tiene fuerza de tal, y Bovadilla afirmaba que la costumbre "hacer callar las leyes y Reescriptos de los Príncipes", concluyendo en que "se había de juzgar por la costumbre si la Ley no tuviera cláusula derogatoria", y en caso que la tenga, se entiende derogar la costumbre pasada, pero no la futura, y que está por introducir, porque ésta tiene fuerza de derogar la Ley, según lo dispone una Ley de Partida, que dice así: "e aun ha poderio muy grande que puede tirar las Leyes antiguas, que fuesen fechas antes que ella." (*Política para corregidores*, cit., lib. III, cap. VIII, núm. 195 y 196.)

HEVIA BOLAÑOS estima que tiene fuerza de ley la costumbre legítimamente usada y prescripta por diez años entre presentes y veinte para ausentes; determinada, a lo menos, por dos actos en el curso de ese tiempo, y precede, aunque sea contra el mismo derecho y para corregirlo, salvo que siendo contra el canónico, ha de ser de cuarenta años. Habiendo dos costumbres, vale la más moderada; y no habiendo costumbre en el lugar se ha de guardar la de la tierra más cercana, conforme a una ley de Partida. Debiéndose observar que cuando en lo que es necesario de Derecho se usa alguna cosa para mayor superabundancia, cautela y consejo, no vale para introducir costumbres que tengan fuerza de ley. (*Curia Philipica*, 46, Madrid, 1767.)

1 "Cuando Nós fuéremos servidos —dice la ley citada de la *Recopilación de Indias*— de conformarnos en respuesta de consulta con lo que parece siendo costumbre: declaramos que ésta no se ha de entender en dos o tres actos solos, sino que muchos continuados, sin interrupción ni orden en contrario. Y para que tengan efecto las mercedes que hiciéramos con este presupuesto se han de fundar en costumbre asentada, fija, sin alteración ni prohibición en contrario y con muchos actos en el mismo género que lo confirmen."

bres de cada región que los aires que las bañan y los términos que las dividen”¹, lamentándose “que varones tan doctos y prudentes hablaran fácilmente con tanta generalidad”².

Especialmente, invoca las prácticas del derecho consuetudinario, atribuyéndoles fuerza legal, en punto a los servicios que podían prestar los indios³, del electo para una iglesia que administra mientras le viene la confirmación⁴ y con respecto a ciertos usos de mercaderes y contratantes de las Indias⁵.

Una prolija búsqueda en los archivos judiciales de la colonia podría suministrar curiosos elementos para estimar la aplicación de que fué objeto el derecho consuetudinario en la magistratura de las Indias. Se sabe la importancia que este derecho tiene en la actividad comercial. Los mercaderes del Río de la Plata, por ejemplo, se negaron a pagar el derecho de alcabala, en 1808, argumentando que “los usos y costumbres que introdujo la duración y sancionó el consentimiento de las autoridades han tenido siempre un lugar muy preferente en los Códigos de la Nación”. Después de aludirse a las leyes de Partida, ya citadas, que se ocupan del derecho consuetudinario, el petitorio termina diciendo: “De aquí nace que la costumbre sea tan sagrada, tan digna de respeto y observancia como lo es la misma voluntad del legislador”⁶.

Si no el origen, por lo menos la vigorosa existencia y continuo funcionamiento de algunas instituciones coloniales, como los cabildos abiertos, sólo se explican a través del derecho consuetudinario. Según Bovadilla, el uso había determinado la reunión de consejos abiertos en los pueblos menores. En la *Recopilación de Leyes de Indias* (Ley II, tít. XI, lib. IV, Real cédula de Felipe IV de 23 de noviembre de 1623) sólo se habla de los cabildos abiertos para consignar la prohibición de elegir de su seno procuradores de la ciudad. Además de reconocer su existencia, no parece sino que la ley no le prohi-

1 *Política indiana*, cit., 109.

2 *Política indiana*, cit., 127.

3 *Política indiana*, cit., 76.

4 *Política indiana*, cit., 273.

5 *Política indiana*, cit., 524.

6 Archivo General de la Nación. *Hacienda*, leg. 137, exp. 3467-

de otra cosa a los cabildos abiertos... Lo cierto es que en los tres siglos de la dominación española, en pueblos mayores y menores, se celebraron cabildos abiertos. Buenos Aires del siglo XVI o de la centuria décimoctava —cuando tenía apenas 1.000 vecinos o cuando su población pasaba de 40.000 habitantes— convocó parte de su vecindario para consultarle sobre asuntos baladíes o importantes cuestiones económicas y políticas. No es posible estudiar la vida del organismo de los cabildos abiertos a través de las variantes de la legislación o con ayuda de la doctrina, en mérito de la insuficiencia de tales antecedentes, si bien suministran los datos elementales para explicar su origen. En cambio debe llevarse a cabo, observando su funcionamiento, aproximándose al fenómeno vivo.

En cuanto a la doctrina científica de los estudiosos, especialmente versados en el derecho de Indias, no es aventurado establecer que la legislación dictada para América de fines del siglo XVI y hasta realizarse la *Recopilación* al terminar el siglo XVII, es obra completa de juristas e historiadores y que las reformas fundamentales del siglo XVIII fueron en gran parte aconsejadas por hombres de estado y economistas, en una época de florecimiento de los estudios de derecho patrio. No corresponde hacer mención en esta oportunidad de la obra legislativa de Juan de Ovando, Diego de Encinas, Aguiar y Acuña, Pinelo, Solórzano, que fué a perpetuarse en la *Recopilación de 1680*; así como tampoco de la labor de Ustáriz, Marqués de la Ensenada, Ward, Ulloa, Rubalcaba, Campomanes, Jovellanos, que proyectaron las vastas reformas de carácter económico de la legislación indiana del siglo XVIII¹; pero queremos significar con respecto a los juristas indianos que, aparte de haber impulsado la elaboración del derecho del Nuevo Mundo, intervinieron en su renovación, mejoramiento y progreso.

Como hombres de ley que eran, afirmaron la necesidad de implantar en las colonias una administración ordenada y bien

1 Hemos aludido tales temas en nuestros trabajos: *Notas para el estudio del Derecho Indiano*, 1918, y *La política económica de España en América y la Revolución de 1810*, 1914.

atendida, una dirección técnica y un gobierno jurídico y no de fuerza.

Matienco proclamaba la conveniencia de que los gobernantes de Indias “sean letrados o Cavalleros principales, sabios y prudentes, y no principales, ni grandes señores, porque estos yendo por virreyes no temen aunque hagan algún exceso por el gran favor que tienen. Gastan más de la Real Hazienda lo qual no se atreve a hazer un pobre cavallero o letrado; lleva un virrey muchos cavalleros y personas principales por criados, que cada uno de ellos piensa que el Perú es poco para él”¹.

Consideraba Solórzano que los virreyes del Nuevo Mundo debían tomar consejo de los hombres “que lo sean de aquella tierra y tengan más experiencia”². Estimaban complejo el gobierno de la sociedad indiana, donde se experimentan “repentinias y peligrosas mudanzas, se ignoran las leyes municipales o no ay las que basten para todos los casos, y si nos queremos valer de las Romanas o de las de Castilla, repugnan con las que de antiguo tuvieron los naturales”. Los nombrados juristas afirmaban que debían enviarse al Nuevo Mundo en carácter de virreyes “a hombres Togados, versados y experimentados en los Supremos Consejos”, y no a “Cavalleros de capa y espada y Señores de Título”.

Es más. La influencia de los juristas indianos ha sido grande en la legislación, hemos dicho, aunque ésta no se desenvolvió al ritmo del pensamiento científico y liberal de aquéllos.

Llamamos la atención acerca de este hecho fundamental: fueron juristas, como Matienco, Ovando, Solórzano, los que vislumbraron el porvenir revolucionario de las Indias, no sólo porque se mandaba a América, muchas veces, mandones sin escrúpulos en vez de magistrados probos, sino porque se desplazaba a los criollos de la administración, se les repudiaba moralmente y apenas los juzgaban dignos del nombre de racionales, como observó el último de los nombrados. Los juristas indianos fueron los abogados de los españoles americanos y

¹ *Gobierno del Perú*, cit., 117.

² *Política indiana*, cit., 447.

reclamaron la "igualdad" con los españoles europeos. Una de las causas más graves determinantes de la explosión emancipadora de 1810 fué la agravante "desigualdad" de hecho entre peninsulares y criollos. La Revolución de 1810 tiene su "declaración de los derechos" referentes a la igualdad y libertad, y se inspira en gran parte en los postulados de los juristas indianos.

Se examinará en otra oportunidad la avanzada concepción historicista y científica del derecho profesada por tales maestros, que calificaron el nuevo derecho indiano conforme a sus intrínsecos caracteres determinados por las influencias históricas, racial, geográfica, concepto fundamental que invocaban para destituir a la legislación del carácter teórico y universal que la viciaba.

La legislación de Indias comprende las Reales cédulas u órdenes, pragmáticas, provisiones, autos, resoluciones, sentencias y cartas referentes al derecho público o privado, con lo que se ha querido expresar que en su elaboración y promulgación han intervenido órganos e instituciones distintas, desde el Rey al Consejo de Indias, al Ministerio de Indias, a los Virreyes, Audiencias, Cabildos, Consulados, Intendencias, etc., sin nombrar a la que derivaba de concordatos y convenios internacionales.

Cédula Real es la provisión o despacho que expide el Consejo, concediendo alguna gracia o mandando lo conveniente o dando providencia útil al público. Los albalaes (documentos de menos importancia que las "cartas plomas", llamadas así por su sello) se iniciaban con la fórmula: "Yo el Rey, fago saber", llevando las firmas del Rey y su Secretario. Las Cédulas Reales reemplazaron a los albalaes, con la diferencia fundamental de ir escritas en letra cortesana¹.

La voz pragmática significa una resolución del rey impresa y publicada con importancia. Por lo común, las pragmáticas comprendían leyes de carácter general.

¹ Definen esta voz y las subsiguientes: CORNEJO, en *Diccionario histórico y forense del derecho real de España* (Madrid, MDCCLXXIX), y MUÑOZ y RIVERO en *Nociones de Diplomática española* (Madrid, 1881)

Auto es la sentencia judicial; provisiones, los despachos expedidos por las Audiencias en nombre del Rey, extendiéndose con toda la autoridad Real, pues se imprime en ellas el sello del Rey.

Carta abierta —que equivale a nuestras modernas circulares— es todo despacho concedido en términos generales, otorgando a alguien cierta gracia o merced, dirigiéndose a todos indefinidamente, para en caso de que el interesado la proponga a alguno, se dé el debido cumplimiento.

En buena parte la legislación dictada para las Indias era de derecho público, especialmente político, administrativo y penal, pues en materia de derecho privado se mandaba aplicar la legislación castellana subsidiariamente. Empero, la organización de la propiedad, de la familia, del trabajo, del régimen de sucesión, el procedimiento civil, revistieron necesariamente caracteres nuevos, dictándose a tales fines la legislación pertinente. Incurren en grave error los autores que estudian el derecho privado de Indias en la legislación castellana, siendo así que las leyes dictadas para el Nuevo Mundo fueron fijando y reconociendo la estructura de las instituciones básicas del derecho privado, la propiedad y la familia, de las cuales no se puede tener cabal idea a través de las disposiciones del derecho materno¹.

1 Pueden servir de base a la afirmación del texto los documentados trabajos de un discípulo y continuador de Rafael Altamira, el doctor José María Ots Capdequi, titulados *El derecho de familia y el derecho de sucesión de nuestra legislación de Indias* (Madrid, 1921), y *Bosquejo histórico de la mujer en la legislación de Indias* (Madrid, 1920).

Dice el señor Rafael Altamira en el prólogo de esta última obra del señor Ots: "Cuando en fecha reciente la influencia general de la nueva historiografía y el deseo de ahondar en la vida colonial han llevado al estudio de las instituciones mismas, todavía son las públicas las que han atraído más y en primer término. Así van esbozándose las historias del Juicio de residencia, del Adelantado, del Entregador de la Mesta, del Gobierno municipal, de la Administración de justicia, la Política sanitaria, el Estado y el gobierno general de las colonias, etc. A la vez, el atractivo de las cuestiones económicas y sociales, llevando la atención de algunos investigadores hacia la política financiera y comercial, la organización del trabajo, la esclavitud, la historia del Comercio, la del Correo y algunos particulares más que van acumulando literatura útil, aunque, por lo general, fragmentaria (quiero decir, que estudia la cuestión en un solo territorio, a veces en una localidad) o insuficien-

Señalamos la característica fundamental de que la legislación de Indias emanaba de órganos o instituciones distintas. Nos vemos precisados a repetir que incurren en grave error los tratadistas que han considerado que toda la legislación de Indias derivaba del Consejo, limitándose a estudiar esta parte que se inserta en las Recopilaciones ensayadas o promulgadas, dejando de lado —acaso su faz más importante— la legislación que emanaba de órganos o instituciones con potestad legislativa, como Virreyes, Audiencias, Cabildos, Consulados —para no citar sino los más destacados—, que constituyen otras tantas fuentes vivas y caudalosas del derecho indiano, como que las ordenanzas que podían dictar se inspiraban en las necesidades prácticas y más evidentes de las poblaciones a cuyo inmediato cargo tenían el gobierno y la justicia.

Pocos elementos de comprensión suministrará la *Recopilación de 1680* al estudioso inquieto por conocer la vida de la legislación de Indias en el Buenos Aires colonial, por ejemplo: y muchos y muy preciosos le sugerirá la cautivante lectura de Bandos de gobernadores y virreyes, de Ordenanzas del Cabildo, de la Audiencia, del Consulado.

Las provisiones, cédulas, cartas e instrucciones y otros despachos que se libraran en el Consejo de Indias —prescribía la ley LXVI del título II, del libro II— debían firmarse o señalarse según el estilo de todos los del Consejo que en él se hallaren, aunque no hubieren intervenido en su determinación. No po-

te si abarca la totalidad del asunto, verbigracia, en los libros de Desdeseis sobre los reyes y el régimen general aductor durante el siglo XVIII.

Un grupo de instituciones que participan conjuntamente del carácter público y privado —las instituciones religiosas— han tenido sobre la base de una tradición más que historiográfica, doctrinal, referida a América, un desarrollo especialísimo, provocado, de una parte, por las cuestiones que modernamente ha planteado en las nuevas repúblicas la herencia del Patronato; de otra, por las polémicas, que todavía preocupan a muchos, sobre los jesuitas las misiones del Paraguay, y también por el atractivo singular que la Inquisición ha producido sobre los escritores de todo género.

“Pero el Derecho privado *strictu sensu*, así como los aspectos civiles de algunas de las instituciones antes apuntadas, no han seducido todavía bastante a los jurisconsultos (que son los llamados a historiarlas) y se hallan, por tanto, salvo algunos diminutos temas, en manifiesto atraso respecto de lo conseguido en el dominio del Derecho público.”

dían pasarse provisiones —disponía otra ley— que no estuvieren firmadas, por lo menos, del presidente y cuatro consejeros. Para las cosas universales de gobierno, como hacer leyes y pragmáticas, erecciones de audiencias y de iglesias, división y unión de ellas, debían concurrir y estar juntos todos los miembros del Consejo.

Requeríase confirmación real en todas las ordenanzas y estatutos que en las Indias hicieren los virreyes, audiencias, gobernadores, universidades, comunidades, ciudades y villas, hospitales y colegios. Pero los dictados por virreyes y audiencias debían ejecutarse de inmediato; en cambio los propuestos por gobernadores, ciudades y demás comunidades no se podían ejecutar sin previa aprobación del virrey o audiencia del distrito, debiéndose también enviar al Rey para su confirmación¹.

La legislación de Indias emana, pues, de fuentes diversas y heterogéneas, debiéndose agregar a este antecedente la circuns-

1 “Tratado de confirmaciones reales, encomiendas, oficios y casos en que se requieren para las Indias occidentales...”, parte 2.^a, cap. XXIII, Madrid, 1630. Reimpresión del Instituto de investigaciones históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, tomo I de la “Biblioteca Argentina de libros raros americanos”, Bs. As. MCMXXII. He aquí algunas disposiciones incorporadas a la *Recopilación de Indias* y relacionadas con el gobierno legislativo: la ley XXXII, título I, libro II, según la cual las audiencias reales debían examinar las ordenanzas que hicieran las ciudades para su gobierno, y hallándolas justas, hacerlas cumplir por tiempo de dos años, remitiéndolas al Consejo de Indias para su confirmación. Los descubridores principales (ley XVII, tít. III, libro IV) también podían hacer ordenanzas para la gobernación de la tierra y labor de las minas, con calidad de llevar confirmación del Consejo de Indias dentro de dos años. Si las ciudades, villas y lugares presentaban sus ordenanzas a los virreyes, podían apelar de su resolución para las audiencias reales (ley XXXIII, tít. I, libro II).

La ley XXXIV del mismo título y libro de la *Recopilación* ordenaba a los virreyes, oidores, arzobispos, obispos, cabildos, etc., “para que, visto todo por los de nuestro consejo, se tenga la noticia necesaria del estado de cada cosa”. La ley XXIV, título II, libro II, mandaba al Consejo que las leyes y provisiones “se publiquen donde y cuando convenga, y que de la publicación y cumplimiento de ellas se tenga siempre en el consejo aviso y certificación, salvo si pareciere que alguna provisión sea secreta... Ordenamos que en las que se hubiesen de publicar se ponga la forma, tiempo y lugar que se publiquen”.

tancia de su frondosa profusión. Para corroborar este aserto, baste decir que sólo en la *Recopilación de Indias de 1680*, donde no aparecen las leyes derogadas o en contradicción con las nuevas, se insertan 6.377 leyes¹. Ambas dificultades aparecen como invencibles para poder realizar un estudio orgánico y completo de sus caracteres extrínsecos.

Su conocimiento arranca de las capitulaciones de Santa Fe, firmadas por Cristóbal Colón con los Reyes Católicos cuando el temerario navegante salió en busca de las islas o tierras nuevas de cuya existencia tenía noticias². Las capitulaciones que hacían a Colón y sus descendientes gobernador de las tierras que descubriera y propietario en la décima parte de sus productos preciosos, debieron revocarse cuando los herederos reclamaron la fabulosa herencia ante el espectáculo insospechado de la revelación de un continente³.

Soberanos por derecho eminente del Nuevo Mundo, los

1 En IX libros con 218 títulos: Juan de la Reguera Valdelomar, *Guía para el estudio del derecho patrio*, Madrid, 1805.

Según declara Pinelo, en la recopilación que llevó a cabo "serán las leyes recopiladas, cerca de diez mil que se componen de más de veinte mil cédulas reales (Medina, *Biblioteca Hispano-Americana*, VII, pág. XXXVIII).

El mismo Pinelo atribuye valor legal a las cédulas no recopiladas. Refiriéndose a las que él no incorpora a la Recopilación de que es autor, dice que son "ejemplares y casos de mucha importancia para el gobierno. A que también inducen no pocas consultas, decretos, autos, sentencias y otras determinaciones, que si bien no hacen derecho, donde éste falta, son de grande consecuencia".

2 Y no en busca de una vía marítima que le comunicara con las Indias orientales, como se ha repetido (*Histoire critique de la grand entreprise de Christophe Colomb*, par Henri Vignaud, II, 483, París, 1911).

3 Diego Colón aspiró a suceder al padre por derecho propio. El pleito inicióse en 1508. En 1511 se declaró a favor de Diego Colón y sus sucesores que les pertenecía el gobierno en las tierras descubiertas por su padre. Pero como fueran extendiéndose los descubrimientos, pretendió que le pertenecía todo en el mismo carácter, así como también ejercer el gobierno, percibir las rentas, administrar justicia, etc. A partir de entonces se suceden una serie de cuestiones, dictanse diversas sentencias y el complicado asunto termina, en parte, en una sentencia arbitral, dada en 1536, acordándose a Luis Colón, tercer almirante, y sucesores, el título de almirante de las Indias, diez mil ducados de renta, la isla de Jamaica y 25 leguas cuadradas en Veragua (*Co-lección de documentos inéditos*, segunda serie publicada por la Real Academia de la Historia, VII, con introducción de Cesáreo Fernández Duro).

Reyes de Castilla trasplantaron el derecho y las instituciones hispánicas.

La legislación dictada para América respondía de inmediato a las necesidades o reclamos para satisfacerlos; gradual y progresivamente fué solucionando las innumerables cuestiones jurídicas, políticas, económicas, que planteaba la nueva sociedad en formación y se extendía hasta las regiones donde alcanzaban los más atrevidos exploradores o penetraban los colonizadores para dominar nuevos pueblos.

Desde el punto de vista externo la legislación de Indias fué particularista y progresista, es decir, destinada a resolver los casos que se presentaban y abierta a las nuevas prescripciones que sin cesar sucedían a las antiguas para mejorarlas o simplemente complementarlas, en un movimiento de reformas que no terminó sino con la dominación misma. El jurista Aguiar y Acuña reconocía que las leyes dictadas para las Indias habían sido sabias, pero faltándoles hasta ahora la calidad de universales. Para Solórzano existía la duda a este respecto, debiéndose esclarecer si las cédulas que se dirigen a una provincia se deben guardar en otras gobernadas por diferentes Virreyes, Presidentes o Magistrados. La cuestión cobraba más alto interés si se considera la gran diversidad y variedad de las provincias. Solórzano era de opinión que las cédulas se extendían de unos lugares a otros "a quien quadraren, si lo que por ellos se manda y ordena es general"¹.

Una lección práctica, por el despliegue de ricos elementos jurídicos o históricos que implica, sería la reunión en orden cronológico y serial de todas las cédulas referentes a una ma-

1 *Política indiana*, cit., 467. Decía que las leyes no pueden comprender todos los casos, y, por tanto, se traen en argumento y por vía de símil de unos a otros, ampliándose de casos a casos, todas las veces que su decisión está manifiesta en alguno de ellos. Y así solemos decir que cuando la razón se ajusta bien, la disposición es la misma, no tanto por vía de extensión como de comprensión. (*Política indiana*, cit., 200.) Ocupándose de las leyes de las encomiendas expresaba el mismo autor que las leyes para una provincia corren en todas "si se despacharon con ese ánimo de que fuesen generales y corriesen generalmente y en las dichas provincias militase la misma razón. Porque de otra suerte, las leyes, costumbres y observancias que son y se llaman locales no se deben extender a otras provincias". (*Política indiana*, cit., 211.)

teria o institución —acerca del Consejo de Indias o de la justicia ordinaria de una ciudad, por ejemplo— desde los primeros tanteos legislativos hasta las más perfeccionadas leyes.

Antes de cumplirse medio siglo de iniciada la legislación era tal su profusión y heterogeneidad, que los soberanos y juristas se preocuparon de compilarla y unificarla. Aparte de razones superiores de ordenación legal, imperiosas circunstancias de carácter judicial hacían necesaria la recopilación. Sucedió muchas veces, en efecto, que las leyes “no llegaban a noticias de los jueces porque se expedían a favor de particulares, que por cualquier motivo no usaban de ellas, quedando, como dice un jurisconsulto de aquellos tiempos, en sólo los oficiales de papeles el dar o quitar el derecho a las partes, resucitando la cédula que es en favor del amigo y escondiendo o negando la que no lo es”¹.

Desde el punto de vista político, la promulgación de un código común para las colonias pretendería hacer universales las leyes circunscritas y particulares, reduciendo a la unidad jurídica la diversa naturaleza de los pueblos indios.

El intento de coordinar —antes que de recopilar— las leyes de Indias se enuncia a mediados del siglo XVI y la *Recopilación* promulgóse en 1680, es decir, más de un siglo después. Es importante el estudio del largo proceso de los ensayos de recopilación proyectados en esa extensa etapa histórica y de la labor paciente realizada por algunos juristas, que fué a derramarse obscuramente en la obra de 1680; pero son muchos los vacíos que no podemos llenar en este ensayo. El conocimiento de las fuentes de esta materia sólo puede obtenerse después de un completo registro de los Archivos de España. Para estimar el estado incipiente de estos estudios, bastará de-

¹ Icazbalzeta, *Advertencia del cedulaario de Puga*, 7. En 1649 se había dictado real cédula (*Recop.*, ley XLI, t. I, libr. II), disponiendo que los virreyes, gobernadores, etc., cuando alegaren ordenanzas o cédulas, debían citarlas “puntual y ajustadamente” enviando “copias auténticas”, porque a veces no citaban las fechas o lo hacían con incertidumbre, y de ahí que “sucede muy de ordinario no hallarse por este defecto o por faltar algunos libros antiguos”.

cir que los manuscritos de los trabajos sobre la recopilación, originales de los grandes juristas Pinelo y Solórzano, no se han encontrado. Ojúpanse con gran empeño de la materia el profesor Rafael Altamira ¹ y sus discípulos, en desempeño de la cátedra sobre Instituciones de América, en la Universidad de Madrid.

He debido decir estas palabras previas explicativas de los vacíos que existen en este trabajo y el carácter provisional de algunas de sus conclusiones ².

Los ensayos de recopilación anteriores a 1680, pueden referirse a los siguientes momentos:

1.º Desde el comienzo de la legislación hasta el año 1596, en que el oficial de la Secretaría Diego de Encinas publicó cuatro tomos que contienen provisiones, cédulas, ordenanzas, instrucciones libradas y despachadas en diferentes tiempos. En 1570 Felipe II mandó hacer la recopilación de las leyes "para que todas pudiesen ser sabidas y entendidas, quitando las que ya no convenían y proveyendo de nuevo las que faltaban, de-

1 Así nos lo expresaba el reputado profesor en carta de 1.º de enero de 1917, diciendo que redactaba un trabajo "sobre instituciones de derecho privado y uno sobre Solórzano, como preparación de una edición crítica a la política indiana". El señor Altamira ha publicado sus *Notas sobre la historia de la recopilación de las leyes de Indias por Solórzano y Pereyra en "XIX International Congress of Americanists"*, Washington, 1917 (páginas 503-505), en cuyo párrafo final dice: "Reunidos todos estos materiales (refiérese al inventario completo de las diferentes compilaciones generales y especiales y a los cedularios) podremos saber realmente los elementos de que estuvo formada nuestra historia legal en América, clasificarlos y preparar la edición crítica e histórica de la *Recopilación de 1680*, obra indispensable para una acertada resolución de muchos problemas que preocupan a los eruditos."

2 Lo llevamos a cabo en atención al insistente pedido de mis discípulos de la Facultad de Derecho para satisfacer exigencias del aula, pues se sabe que buena parte de este material encuéntrase disperso en documentos inéditos o no y en una abundante bibliografía. Además, esta enseñanza es en parte nueva en la orientación de la cátedra de Introducción a las ciencias jurídicas y sociales, debiéndose reconocer que el profesor J. J. Montes de Oca dedicaba en su programa un lugar al estudio de la *Recopilación de 1680*; que Juan A. García escribió interesantes capítulos sobre los orígenes del derecho argentino en la *Introducción al estudio de las ciencias sociales*, y que Carlos Octavio Bunge consagró dos nutridos volúmenes al estudio del derecho castellano.

clarando y concertando las dudosas y repugnantes, distribuyéndolas por sus títulos y materias comunes”¹.

2.º A partir del Código de Encinas debe destacarse la obra de los grandes juristas Aguiar y Acuña, Pinelo, Solórzano, etc., que abarca hasta mediados del siglo XVII.

3.º Por último la promulgación de la *Recopilación de 1680*.

RICARDO LEVENE.

1 Del decreto de Carlos II. En la edición de 1841 de la *Recopilación* se consigna erróneamente que esta Real cédula es de 1560.