

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

Berlín 2016

Coordinador:

Thomas Duve

Volumen I



Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

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

Berlín 2016

VOLUMEN I

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 I

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

PREFACIO

En este volumen presentamos las Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en la ciudad de Berlín (Alemania) del Lunes 29 de Agosto al Viernes 2 de Septiembre de 2016.

En este volumen se han incluido 74 (setenta y cuatro) comunicaciones presentadas en el Congreso. Tal como establecen las normas del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, se han publicado todos los trabajos presentados en el Congreso, que han sido entregados por los autores en el plazo establecido y sin proceso de evaluación previa. Una excepción ha sido hecha en el caso del trabajo del Dr. Eduardo Martiré, Presidente del Instituto en el período 2003-2008 y testigo de la fundación de dicha institución en Buenos Aires, en 1966.

El Dr. Martiré había sido invitado a Berlín a presentar, en ocasión de la conmemoración del quincuagésimo aniversario de la fundación del Instituto, en la tarde del día 30 de Agosto de 2016, algunas reflexiones sobre la historia del Instituto y del campo de investigación que se cultiva dentro de esta institución científica. Por circunstancias personales, no ha podido asistir al evento y exponer sus reflexiones. Sin embargo, nos ha parecido importante incluir sus ideas, entregadas en forma escrita, en este volumen.

La publicación de las Actas hubiera sido imposible sin la labor del Dr. Jorge Núñez, de la Sra. Nicole Pasakarnis y el apoyo del Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo, de Frankfurt. También agradecemos al equipo de edición de la Universidad Carlos III de Madrid.

Prof. Dr. Thomas Duve
Frankfurt, Octubre de 2017

ÍNDICE DEL VOLUMEN

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? <i>What we talk about when we talk about Derecho Indiano?</i> CARLOS GARRIGA	223
El Derecho Indiano en Nueva Orleans (1769-1803). Gobernar, administrar justicia y vivir en la Nueva Orleans hispánica <i>Derecho Indiano in New Orleans (1769-1803): governing, administering justice, and living in Hispanic New Orleans</i> VIVIANA KLUGER	249
Entre Derecho Indiano y Derecho Internacional: tradición jurídica europea y crítica del eurocentrismo <i>Between Derecho Indiano and international law: the European legal legacy and Western colonialism</i> LUIGI NUZZO	271
De la Andalucía bajomedieval, vía islas del mar Océano, a América fundando ciudades y villas <i>From late-medieval Andalucía via the Atlantic Islands to America: founding cities and towns</i> HORST PIETSCHMANN	291
As variações do direito português no brasil a experiência de um jurista na justiça colonial <i>Brazilian varieties of Portuguese law – the experience of a jurist in the colonial justice system</i> 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 <i>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</i> ALEJANDRO AGÜERO y FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS	329
La circulación de literatura normativa pragmática en Hispanoamérica (siglos XVI-XVII) <i>The circulation of pragmatic normative literature in Spanish America (16th-17th centuries)</i> 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	695
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

DISCURSO DE BIENVENIDA AL XIX CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

THOMAS DUVE

Berlín, 29 de agosto de 2016

Estimado señor Presidente, estimadas autoridades y miembros del Instituto, queridos colegas y amigos:

Resulta especialmente grato para mí darles la bienvenida, en nombre de la Sociedad Max-Planck y en nombre del Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo y de todos sus miembros, a este XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Es un honor para mí que nos hayan elegido a nosotros como organizadores de este encuentro. Lo considero también una alegría y un privilegio personal. Más aún, creo que el hecho de que este Congreso se celebre por primera vez en un lugar que no pertenece al mundo hispánico es muy significativo, puesto que pone de relieve el proceso de sucesivo y mutuo descubrimiento entre las tradiciones historiográficas del derecho indiano y del derecho europeo que hemos podido observar en las últimas décadas.

I

Volveré sobre este mutuo descubrimiento, o –¿por qué no?– encuentro de culturas y tradiciones académicas en un instante. Antes, quisiera iniciar mis saludos con una breve presentación del lugar en el cual nos encontramos hoy, a modo de una pequeña introducción a la cultura académica en la que se forjó la vertiente de la historiografía jurídica europea que el Max Planck representa: la de cuño alemán. Reunidos en este edificio, la llamada Harnack Haus, construida en los años 20 del siglo pasado, nos hallamos a pocos metros del que fue el primer Instituto de la llamada *Kaiser Wilhelm Gesellschaft*, Sociedad del Emperador Guillermo, fundada en el año 1911¹. Desde el jardín de la

¹ Acerca de la historia de la Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft RUDOLF VIERHAUS, BERNHARD VOM BROCKE (Eds.), *Forschung im Spannungsfeld von Politik und Gesellschaft*.

Harnack-Haus, se puede ver aún hoy en día el edificio del primer Instituto de la Sociedad, el *Kaiser-Wilhelm-Institut für Chemie*. Fue el núcleo histórico de una institución de investigación que iba a tener un papel transformador para las ciencias en Alemania en las décadas siguientes. Símbolo de la voluntad del Imperio de establecerse como una potencia no sólo industrial y militar sino también científica, fue fundada gracias a la iniciativa conjunta de industriales –Siemens, Krupp y otros– y académicos alemanes, preocupados por los avances científicos que estaban logrando otros países gracias a la creación de instituciones como los institutos Pasteur, Nobel, o, en los Estados Unidos, la pujante *Carnegie Foundation*. El mismo nombre de la nueva sociedad es fiel reflejo de esta emulación internacional, puesto que fue la *Royal Society* la que sirvió de modelo a la Kaiser Wilhelm Gesellschaft. Las fotos que muestran al Emperador, junto al primer presidente de la Sociedad, el teólogo y arquitecto de la modernización del sistema científico alemán del guillermismo, Adolf von Harnack, con militares y representantes de la industria, nos permiten apreciar algo del espíritu de esa época². Una época de un férreo conservadurismo, militarismo, y marcado nacionalismo, por un lado; y, al mismo tiempo, de una acelerada modernización y una creciente globalización. También son años marcados por una riquísima producción intelectual en el campo jurídico, histórico-jurídico y de las ciencias sociales, con autores de la talla de Max Weber, Eugen Ehrlich, Georg Jellinek, Gustav Radbruch o Josef Kohler, por mencionar solamente algunos de los más conocidos internacionalmente.

Como sabemos, pocos años más tarde, la creciente tensión entre las potencias europeas hizo estallar la Primera Guerra Mundial. A pesar –y, en cierta forma, incluso debido a– la catástrofe de la guerra y la derrota alemana, la Sociedad siguió creciendo. Limitados los anhelos imperiales precedentes, la República de Weimar apostaba por el crecimiento en el sector de las ciencias, mano a mano con la industria. La ciencia sirvió para reinsertar a Alemania en el escenario internacional; la investigación debía favorecer el resurgimiento de la producción industrial y el aumento de los conocimientos sobre el mundo. No es una casualidad que este proceso tuviera lugar durante los mismos

Geschichte und Struktur der Kaiser-Wilhelm-/Max-Planck-Gesellschaft. Aus Anlaß ihres 75 jährigen Bestehens, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1990; para un panorama de la historia de las ciencias y su entrelazamiento con la política y la sociedad PIERANGELO SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, Il Molino, 1987.

² Cfr. por ejemplo las fotos de la inauguración del primer instituto, en: Bundesarchiv Bild 183-R15350, Einweihung des Kaiser-Wilhelm-Instituts in Dahlem.jpg.

años en los que, en muchos lugares de Alemania, se fundaron institutos dedicados a la investigación de las historias, culturas y aún derechos de otros países y regiones. En el seno de la sociedad del Emperador Guillermo se fundaron los primeros institutos de investigación jurídica en el ámbito del derecho privado y público, hoy en día los institutos Max Planck de Derecho Privado en Hamburgo y de Derecho Internacional y Derecho Público Extranjero en Heidelberg, nacidos con la clara orientación pragmática de facilitar el comercio y acompañar las negociaciones del Tratado de Versalles³. El Instituto Ibero-Americano, fundado en Berlín para albergar la biblioteca del argentino Ernesto Quesada –intelectual y jurista con una cierta influencia sobre el joven Ricardo Levene⁴– por entonces recién adquirida, es parte de estos intentos de crear infraestructuras intelectuales para que Alemania pudiera reubicarse en el mundo⁵. La vida intelectual y científica florecía en este período, especialmente en Berlín. La *Harnack-Haus* se estableció como una especie de centro de encuentro académico y club para sus miembros. En la misma sala en la cual nos hallamos celebrando este acto, Max Planck, presidente de la Sociedad del Emperador Guillermo desde 1930, Albert Einstein, director de un Instituto de la Sociedad desde 1917, y otros colegas, debatían sobre los últimos avances científicos de la época.

Sin embargo, se trata de los mismos años en los cuales ya se estaba fraguando la próxima gran tragedia europea, provocada por Alemania. En los años del nacionalsocialismo, la Sociedad fue un fiel reflejo del pueblo alemán, con su fascinación y apoyo a Hitler, su participación activa y pasiva en

³ THOMAS DUVE, „Deutscher Geist‘,‘Deutsche Wissenschaft‘ und die Lateinamerika-Forschung“, en PIM DEN BOER, HEINZ DUCHHARDT, GEORG KREIS, WOLFGANG SCHMALE (Eds.), *Europäische Erinnerungsorte. Europa und die Welt*, t. 3, München, Oldenbourg Verlag, 2012.

⁴ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “De la Sociología al Derecho indiano. Contrapuntos entre Ricardo Levene y Ernesto Quesada”, *Revista de Historia del Derecho*, t. 34º año 2006, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006.

⁵ Cfr. SANDRA CARRERAS, “Die Quesada-Bibliothek kommt nach Berlin. Zu den Hintergründen einer Schenkung”, en SANDRA CARRERAS, GÜNTHER MAIHOLD (Eds.), *Preußen und Lateinamerika. Im Spannungsfeld von Kommerz, Macht und Kultur*, Münster, LIT Verlag, 2004; SANDRA CARRERAS, “Spengler, Quesada y yo...”. Intercambio intelectual y relaciones personales entre la Argentina y Alemania”, en EUGENIA SCARZANELLA, MÓNICA RAISA SCHPUN (Eds.), *Sin fronteras. Encuentros de mujeres y hombres entre América Latina y Europa (siglos XIX-XX)*, Madrid, Frankfurt am Main, Iberoamericana, Vervuert, 2008; THOMAS DUVE, “El contexto alemán del pensamiento de Ernesto Quesada”, *Revista de Historia del Derecho*, t. 30º, año 2002, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2002.

las políticas impulsadas por el NSDAP, sus atrocidades, la expulsión de las instituciones de los, hasta entonces, venerados colegas judíos con sus oportunismos y también algunos fugaces momentos de valentía y resistencia. La *Harnack-Haus* reflejó también esta época. La Sala Bismarck hoy hall de entrada siguió sirviendo como sala de reunión de los miembros del Club, ahora bajo la imagen de Adolf Hitler⁶.

El fin de la guerra no supuso el fin de la historia del lugar en el que nos encontramos. La *Harnack-Haus* se convirtió en un club muy diferente –un lugar de encuentro para los oficiales del ejército norteamericano, los nuevos soberanos en esta parte de Berlín–. Desde entonces, el general Lucius D. Clay, sucesor de Eisenhower, y sus pares fueron los huéspedes de esta casa. Hasta los años 90, se vivía aquí una vida norteamericana. Los edificios donde nos alojamos y los nombres de calles, bibliotecas y colegios testimonian este pasado norteamericano del pueblo de Dahlem, rural hasta fines del siglo XIX. Sólo en los años 2000, una vez culminada la reunificación alemana, pudo recuperar la casa su finalidad original, volviendo a ser utilizada como centro de convenciones.

Terminada la guerra, algunos de los investigadores que habían formado parte de la Sociedad fundaron una nueva asociación⁷. La Sociedad Max-Planck nació pocos meses después de la muerte de aquel que le dio su nombre y apoyó su refundación. Podemos hablar, en este caso, de una continuidad espiritual, que, posteriormente, se trasladó también al plano institucional. Hoy en día, la Sociedad esta conformada por más de ochenta institutos de investigación en Alemania y en el exterior y cuenta con más de veinte mil empleados. Se ha convertido no solamente en una institución que interactúa globalmente, sino que también es en sí misma profundamente internacional. En la actualidad, la mayoría de los investigadores de la Sociedad provienen del exterior. En el caso de los doctorandos son más de la mitad; entre los post-doctorandos, más del 70% no tienen nacionalidad alemana. La nueva Sociedad Max-Planck tiene tres secciones, una de las cuales está dedicada

⁶ Acerca de la historia de la Harnack Haus cfr. ECKART HENNING, “Berlin. Das Harnack-Haus”, en PETER GRUSS, REINHARD RÜHRUP, SUSANNE KIEWITZ (Eds.), *Denkorte. Max-Planck-Gesellschaft und Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft. Brüche und Kontinuitäten 1911-2011*, Dresden, Sandstein Verlag, 2010 (con imágenes), esp. p.129.

⁷ MANFRED HEINEMANN, “Der Wiederaufbau der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft und die Neugründung der Max-Planck-Gesellschaft (1945-1949)”, en RUDOLF VIERHAUS, BERNHARD VOM BROCKE (Eds.), *Forschung im Spannungsfeld von Politik und Gesellschaft. Geschichte und Struktur der Kaiser-Wilhelm-/Max-Planck-Gesellschaft. Aus Anlaß ihres 75jährigen Bestehens*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1990.

exclusivamente a las ciencias culturales y humanas. Esta sección cuenta con aproximadamente veinte institutos; la mayoría (once institutos), se dedican a la investigación de materias jurídicas.

El Instituto de Historia del Derecho Europeo forma parte de la sección mencionada. Su fundador, Helmut Coing, acometió una clara misión, expresada en el mismo nombre del Instituto: escribir una historia europea del derecho. Su visión se nutría de la catástrofe de dos guerras mundiales y alentaba un proyecto europeo para el futuro. La idea rectora de su labor fue mostrar la unidad de las tradiciones jurídicas nacionales en Europa, provenientes de lo que él y muchos de sus colegas consideraban una cultura jurídica homogénea, la del *ius commune*. La –explícita– finalidad política de este proyecto consistía en sobreponerse a los nacionalismos, contribuir a la armonización de los derechos en Europa y facilitar así la integración política y cultural que en este período se estaba gestando⁸.

Sin menospreciar la autenticidad de la vocación europea de los actores de esta generación, no se puede obviar que, especialmente para países como Alemania, el movimiento europeo ofrecía también la posibilidad de integrar la propia historia en un marco de referencia positivo, con una tradición milenaria a sus espaldas y sin apelar a los nacionalismos y germanismos del pasado. La Europa de los alemanes había sido, sin embargo, la Europa de Lutero, Goethe y Kant y resultaba muy diferente a la Europa francesa, a la italiana y, aún más, a la Europa inglesa. Con la distancia de algunas décadas y frente a la crisis europea actual, vemos más claramente las deficiencias de este imaginario nacional de Europa, subyacente a esa identidad europea fragmentada y frágil que tanto nos preocupa.

Las dos décadas siguientes estuvieron marcadas por esta agenda intelectual, que trajo aparejados muchos frutos⁹. La historiografía del derecho europeo como campo de saber renovado podía ser tan eficiente, en cierta medida, gracias a un cierto reduccionismo. La historia del derecho llevada a cabo en el Instituto era, básicamente, una historia del derecho privado con una fuerte

⁸ Cfr. THOMAS DUVE, “Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive”, *Rechtsgeschichte - Legal History*, t. 20^o año 2012, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2012; una breve síntesis en THOMAS DUVE, “Los desafíos de la historia jurídica europea”, *Anuario de historia del derecho español*, año 2016, Madrid, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado (BOE), 2016.

⁹ Cfr. el balance en DUVE, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, *op.cit.*, t. 20.

orientación en las ideas rectoras de la Escuela Histórica, su concepto del derecho, prácticas académicas y cánones de saber. La investigación se concentraba en la dimensión europea de la historia jurídica de las naciones en el plano del derecho erudito. La atención espacial se distribuía de manera muy particular, acorde a la evolución temporal descrita por Franz Wieacker con la imagen de la ‘antorcha del *ius commune*’, en estos mismos años, concretamente, en la segunda edición de su obra magistral sobre la historia del derecho privado moderno¹⁰. Esta antorcha migraba desde lo que se consideraba la cuna de las ciencias jurídicas en el norte de lo que hoy es Italia a las regiones de habla francesa, y luego, en el siglo XVIII, a las de habla holandesa y alemana. Para muchos historiadores del derecho, no sólo germanos, la Escuela Histórica Alemana y las codificaciones nacionales posteriores, parecían la culminación de esta larga historia y la base para una nueva integración jurídica del espacio europeo en el siglo XX. De nuevo, tal como en los días de Savigny, iban a ser los juristas expertos los constructores de un orden jurídico duradero para Occidente.

Jubilado Helmut Coing, el Instituto atravesó una historia más diversa. A Coing, que contó ya con un codirector, Walter Wilhelm, le sucedieron Dieter Simon y Michael Stolleis, acompañados por Marie Theres Fögen. Cada uno de ellos fue desarrollando un nuevo campo dentro de la investigación histórico-jurídica: la apertura hacia los métodos de las ciencias sociales, en el caso de Dieter Simon y Marie Theres Fögen, y a la historia del derecho público y su ciencia, entre otras muchas cosas, en el caso de Michael Stolleis. Desde que se nombró el año pasado a Stefan Vogenauer, de la Universidad de Oxford, como nuevo codirector, nos encontramos en la feliz situación de volver –después de más de diez años– a tener dos directores, con dos departamentos autónomos integrados en una misma estructura institucional e intelectual. Gracias a ello, podemos cumplir también un largo anhelo: integrar la historia de la *common law* en nuestro imaginario histórico-jurídico.

Las aproximadamente 150 personas que trabajan en el Instituto –entre las cuales el nutrido grupo de “los latinos”– nos dedicamos a investigaciones sobre la historia del derecho de las épocas bizantina, medieval y moderna, con especial atención a los mundos europeos, iberoamericanos y a las regiones de la *common law*. Todos los proyectos forman parte de una estructura intelectual con cuatro puntos de enfoque. Invertimos mucho tiempo y atención en ser

¹⁰ FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2ª edición, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 169.

un lugar de encuentro de investigadores y proveedor de infraestructura académica. Tratamos, además, de complementar nuestras colecciones bibliográficas continuamente, como lo pudimos hacer en el campo del Derecho Indiano con la incorporación de la biblioteca de Gastón Doucet¹¹. Llevamos a cabo numerosos proyectos de digitalización –en los últimos días, por ejemplo, hemos concluido la digitalización de todas las revistas jurídicas de los territorios alemanes entre 1703 y 1830– poniéndolas a disposición de los investigadores de todo el mundo¹². Editamos aproximadamente veinte libros por año en dos series, una revista –el número de este año contiene varios trabajos sobre el derecho indiano¹³– y una *Research Paper Series*¹⁴. Consideramos que es nuestra obligación promover el diálogo entre historiadores del derecho de distintas regiones. Como parte de la orientación global de la Sociedad Max-Planck y respondiendo, al mismo tiempo, a nuestra situación particular como instituto no universitario de investigación, el otrora *Instituto de Historia del Derecho Europeo* se ha transformado en un instituto que aspira a contribuir a la formación de una historia del derecho europeo que incorpore perspectivas globales¹⁵.

II

Antes de dedicarme a responder qué es lo que entendemos bajo esta consigna –“historia del derecho europeo que incorpore perspectivas globales”– quisiera llamar la atención sobre una coincidencia notable, especialmente en este momento en el que celebramos los cincuenta años de la fundación del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Me refiero al hecho de que el Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo y el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, creados ambos con el claro propósito de trascender fronteras nacionales, fueron fundados casi simultáneamente: en 1964, el Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo, y, en 1966, el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Poco después, en 1967, se publicaron dos artículos programáticos que iban a marcar la agenda intelectual de las comunidades académicas que se esta-

¹¹ http://www.rg.mpg.de/1019556/notice16_02_15_doucet.

¹² Cfr. la biblioteca digital del MPIeR en http://www.rg.mpg.de/library/digital_library.

¹³ <http://rg.rg.mpg.de/de/Rg24>.

¹⁴ <http://www.ssrn.com/link/Max-Planck-Legal-History-RES.html>.

¹⁵ Para un panorama de la actividad del Instituto cfr. los informes, disponible en: http://www.rg.mpg.de/771490/annual_reports.

ban formando en torno a las dos instituciones antes mencionadas. Me refiero al artículo “Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano”, de Alfonso García-Gallo, publicado en la revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, de Buenos Aires, y al artículo de Helmut Coing, con el que se abrió la nueva revista del Instituto Max-Planck, *Ius Commune*, cuyo título rezaba, traducido al castellano “La historia del derecho privado europeo moderno como campo homogéneo de estudio”¹⁶.

En los dos trabajos mencionados, los autores (coetáneos y con llamativos parecidos en sus biografías: García-Gallo nació en 1911, Coing en 1912, los dos se doctoraron muy jóvenes, con veintitrés años, y accedieron a sus primeras cátedras en tiempos muy convulsionados para ambos países, llegando a convertirse en figuras centrales de sus comunidades académicas poco después) se remiten a ideas presentes en sus investigaciones desde los primeros años de la década de 1950. A partir de ahí, los dos desarrollaron un ambicioso programa para investigaciones posteriores, programa que no puedo analizar en detalle en esta ocasión¹⁷. Los dos abogaron, cada uno a su manera, por un método explícitamente jurídico de la historiografía del derecho. Los dos dieron por supuesta una fundamental unidad de su campo de estudio –del derecho europeo en el caso de Coing; del derecho indiano, en el caso de García Gallo–. Los dos asignaron un lugar fundamental al *ius commune* en la formación de las culturas jurídicas nacionales. Los dos consideraron lo europeo y lo hispano-indiano, respectivamente, como algo excepcional dentro de la historia jurídica. Ninguno de los dos logró evitar, por otra parte, la permeación de ciertas proyecciones nacionales en sus respectivos campos de estudio y en sus perspectivas transnacionales.

Considerando esta coevolución, resulta sorprendente la poca atención que estas dos tradiciones e instituciones se prestaron mutuamente. Obviamente, a

¹⁶ HELMUT COING, “Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet”, *Ius Commune: Zeitschrift für europäische Rechtsgeschichte*, t. 1º, año 1967, Frankfurt am Main, Klostermann, 1967, pp. 1-33.

¹⁷ Para un análisis más profundo de la labor de Coing cfr. Duve, “Von der Europäischen Rechtsgeschichte”, cit.; acerca de García-Gallo cfr. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El tejido histórico del Derecho Indiano. Las ideas directivas de Alfonso García-Gallo”, *Revista de Historia del Derecho*, t. 21º, año 1993, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1993; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “Las tradiciones historiográficas en el estudio del Derecho indiano”, *Revista de Historia del Derecho*, t. 24º, año 1996, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1996; LUIGI NUZZO, “Between America and Europe. The Strange Case of the derecho indiano”, en THOMAS DUVE, HEIKKI PIHLAJAMÄKI (Eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015.

García-Gallo no se le escapaba la actividad que se llevaba a cabo en Frankfurt. En una amplia reseña al primer tomo del *Handbuch*, principal publicación del Instituto Max-Planck en sus primeros años, García-Gallo reconoció el valor del proyecto emprendido por su homólogo alemán. No obstante, el estudio del proceso de recepción del Derecho romano en España le parecía “deficientísimo” y sólo parcialmente excusable si se pensaba en la escasa atención que, hasta ese entonces, se había prestado al derecho común en la historiografía española¹⁸.

De hecho, desde el lado alemán, España –y aún más el derecho indiano– parecen haber sido hallazgos tardíos. Sólo recientemente encontramos muestras de un interés significativo. Por ejemplo, en un encuentro organizado en Murcia para subrayar la pertenencia de España a Europa¹⁹ cuyas actas fueron publicadas en 1986. En plena época de la integración política de esta nación a la Comunidad Europea, Helmut Coing destacaba la importancia de España para la historia del derecho europeo, sugiriendo mirar a algunos campos hasta entonces desatendidos. En sus conclusiones, Coing afirmaba que “[s]i a finales del siglo XVIII autores holandeses y alemanes tuvieron un papel importante en la literatura del Derecho común, su trabajo se basó no sólo en el de los italianos y franceses, sino también en el de los españoles”. ¿Acaso es una interpretación malévola leer esta afirmación como si sólo fuera la influencia de España sobre los holandeses y alemanes, la que ratificaría su pertenencia a la historia del derecho europeo? Ya en el año 1954, en un homenaje a Paul Koschaker, el joven Álvaro D’Ors había diagnosticado una “visión demasiado germánica de lo europeo” en la academia alemana²⁰.

Desde el otro lado del Atlántico, sin embargo, las reflexiones de Helmut Coing fueron leídas con mucha atención. En un artículo publicado en 1989, e incluido en los estudios en honor a uno de los tres fundadores del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Alamiro de Ávila Martel, Víc-

¹⁸ ALFONSO GARCÍA GALLO, “Cuestiones de Historiografía Jurídica”, *Anuario de historia del derecho español*, t. 44º, año 1974, Madrid, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado (BOE), 1974, pp. 741-764.

¹⁹ ANTONIO PÉREZ MARTÍN (Ed.) *España y Europa, un pasado jurídico común. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común*, Murcia, Universidad de Murcia, 1986.

²⁰ ALVARO D’ORS, “Jus Europaeum”, *L’Europa e il diritto romano; studi in memoria di Paolo Koschaker*, t. I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 475: “Yo creo que Koschaker, como en general todos los autores alemanes, tiene una visión demasiado germánica de lo europeo [...] El centro de Europa será siempre Roma, pero no por ser la Urbs, sino por ser el centro de la Cristiandad y del Orbe todo.”

tor Tau Anzoátegui llamó la atención sobre las reflexiones de Coing, estimulando a los investigadores del Derecho Indiano a profundizar en ellas²¹. ¿Sería porque en 1981 Coing y el ‘joven’ profesor Tau Anzoátegui –así lo anota Coing en sus memorias²²– se habían conocido con ocasión de la visita de Coing a Ricardo Zorraquín Becú, el tercer fundador del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, al regreso del primer viaje a Chile?

Aunque fugaces, estos encuentros entre los fundadores de los institutos, junto a los diálogos en persona o a distancia sobre el *ius commune*, España y las Indias y las primeras estancias de investigadores como Alejandro Guzmán Brito o Bernardino Bravo Lira en el Instituto Max-Planck de Frankfurt a finales de los 70 e inicios de los 80, supusieron el comienzo de un proceso de mutuo descubrimiento entre la historiografía jurídica europea y el Derecho Indiano. A partir de este momento se inició una reflexión más profunda sobre las razones por las que los historiadores del derecho europeo tendrían que tomar en consideración el Derecho Indiano²³, y sobre las implicaciones del trasplante de la cultura del Derecho común en el Derecho Indiano²⁴.

Hay otro factor que resulta digno de mención. En este mismo período, comienzan a alcanzar repercusión a ambos lados del Atlántico los trabajos de algunos intermediarios claves en este proceso: colegas italianos como Paolo Grossi y Manlio Bellomo; también colegas españoles y portugueses, de manera muy marcada, Antonio Manuel Hespanha. Muchos de ellos han sido claves en la renovación de la iushistoriografía europea emprendida en sus respectivas comunidades académicas nacionales en los 80 y, a partir de los 90 también, a nivel europeo. A partir de esta década, podemos, de hecho, observar

²¹ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “¿Humanismo jurídico en el mundo hispánico?: a propósito de unas reflexiones de Helmut Coing, *Anales de la Universidad de Chile*, 20, pp. 585-594”, en VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI (Ed.) *El Jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 585-594.

²² MICHAEL F. FELDKAMP (Ed.) *Helmut Coing. Für Wissenschaften und Künste. Lebensbericht eines europäischen Rechtsgelehrten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, pp. 110-111.

²³ MANLIO BELLOMO, „¿Por qué un historiador del derecho europeo tiene que investigar las obras de los juristas indianos?“, en LUIS E. GONZÁLEZ VALES (Ed.) *Actas y estudios del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Puerto Rico, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, 2003, pp.5-16.

²⁴ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, „El Derecho Indiano y el trasplante de la cultura del Derecho Común (siglos XVI y XVII)“, en UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE (Ed.) *Cultura jurídica europea: una herencia persistente*, Sevilla, Instituto García Oviado, Universidad de Sevilla, 2002, pp. 23-38.

una cierta convergencia en las reflexiones metodológicas. Los “Nuevos Horizontes en el Estudio Histórico del Derecho Indiano” de Víctor Tau Anzoátegui, presentados en el XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que se celebró en Buenos Aires y publicados en 1997, tres décadas después del artículo programático de García-Gallo, son una clara expresión de esta formación de un campo de reflexión conjunta²⁵.

En este año 2016, transcurridas ya dos décadas desde este aporte pionero, creo que puede afirmarse sin perjuicio de las diferentes tradiciones y las resultantes diversidades de temas, estilos y métodos –muy deseables, por cierto–, que estamos presenciando ya una integración mucho mayor de un espacio intelectual común, nutrido de diferentes tradiciones. Contamos con numerosos estudios que intentan dar una visión integral de la historia del derecho de los espacios europeos y americanos, reconstruyendo los procesos de traducción de autoridades de la tradición jurídica en los distintos contextos locales y las repercusiones que la expansión europea en las Américas tuvo sobre los mismos órdenes normativos en Europa. Se presta mucha más atención a las historias cruzadas entre las regiones europeas y americanas, al derecho común y especialmente, al Derecho Canónico, tan importante para la historia del derecho del Imperio Español. Los autores que han logrado este acercamiento provienen tanto de las Américas como de Europa²⁶. Se trata de

²⁵ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano. XI congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia de Derecho, 1997.

²⁶ Se trata de mencionar solamente algunos trabajos representativos de este tipo de acercamiento, muchos de ellos provinientes del seno del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: JAIME DEL ARENAL FENOCHIO, “Derecho de juristas: un tema ignorado por la historiografía jurídica mexicana”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, t. 15^o año 1991, Puebla, Escuela Libre de Derecho de Puebla, 1991; JAVIER BARRIENTOS GRANDON, *La cultura jurídica en la Nueva España*, Méxicio D. F., Universidad Autónoma de México, 1993; JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *Historia del Derecho Indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación, I: Ius commune - ius proprium en las Indias occidentales*, t. 1, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000; JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, “La literatura jurídica indiana y el ius commune”, en JAVIER ALVARADO PLANAS (Ed.) *Historia de la literatura jurídica en la España del antiguo régimen*, t. 1, Madrid, Marcial Pons, 2000; BELLOMO, *op.cit.*; BERNARDINO BRAVO LIRA, “El derecho común en Ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica”, *Ius Commune: Zeitschrift für europäische Rechtsgeschichte*, t. 150, año 1988, Frankfurt am Main, Klostermann, 1988; BERNARDINO BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989; ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra Vecchio e Nuovo Mondo. Mari, terra, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè Editore, 2004; PAULINO

CASTAÑEDA DELGADO, *El mestizaje en Indias. Problemas canónicos*, Madrid, Deimos, 2008; FRANCISCO JOSÉ CUENA BOY, *Escritos romanísticos de tema indiano*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2016; CHARLES R. CUTTER, “Indians as litigants in Colonial Mexico” en ALEJANDRO R. DÍEZ TORRE, TOMÁS MALLO, DANIEL PACHECO FERNÁNDEZ (Eds.), *De la Ciencia Ilustrada a la Ciencia Romántica. Actas de las II Jornadas sobre “España y las expediciones científicas en América y Filipinas”*, Madrid, Doce Calles, 1995; JOSÉ MARIA DÍAZ COUSELO, “El ius commune y los privilegios de los indígenas en la América española”, *Revista de Historia del Derecho*, t. 290, año 2001, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001; THOMAS DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2008; ALFONSO GARCÍA GALLO, “El Derecho común ante del Nuevo Mundo”, en ALFONSO GARCÍA GALLO (Ed.) *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972; ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, “Salamanca y los concilios de Lima”, en DIONISIO BOROBIO GARCÍA, FEDERICO R. AZNAR GIL, ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA (Eds.), *Evangelización en América*, Salamanca, Europa Artes Gráficas, 1988; ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, „Fuentes y originalidad del Concilio 3 Limense de 1582-3“, en ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA (Ed.) *Iglesia, sociedad y derecho*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1988; ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “La literatura de Derecho Natural Racionalista y la literatura de Derecho Indiano con especial referencia a las “Instituciones” de José María Álvarez”, en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO (Ed.) *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, t. I, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997; TAMAR HERZOG, *Frontiers of Possession. Spain and Portugal in Europe and the Americas*, Cambridge (MA), London, Harvard University Press, 2015; ESTEBAN LLAMOSAS, “La presencia del Derecho Común en la Biblioteca antigua de la Compañía de Jesús de Córdoba del Tucumán”, en FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA (Ed.) *400 años Jesuitas en Córdoba: congreso internacional, 21 al 24 de setiembre de 1999*, t. IV, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1999; MÓNICA P. MARTINI, “Las constituciones sinodales indianas: entre la adecuación y la originalidad”, *Revista de Historia del Derecho*, t. 280, año 2000, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2000; OSVALDO RODOLFO MOUTIN, *Legislar en la América hispánica en la temprana edad moderna. Procesos y características de la producción de los Decretos del Tercer Concilio Provincial Mexicano (1585)*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016; JAMES MULDOON, “Solórzanos ,De Indiarum Iure’: Applying a Medieval Theory of World Order in the Seventeenth Century”, *Journal of World History*, t. 20, año 1991, n° 1, Honolulu, University of Hawaii Press, 1991; ROBERTO I. PEÑA PEÑALOZA, “Fuentes del derecho canónico indiano: los autores. Anacleto Reiffenstuel y el ,Jus Canonicum Universum“, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, t. XXVI, año 1987, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1987; ANTONIO PÉREZ MARTÍN, “Derecho Común, Derecho Castellano, Derecho Indiano”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, t. 50, año 1994, Leonforte, Il Cigno GG Edizioni, 1994; HEIKKI PIHLAJAMÄKI, “La heterogeneidad del ius commune: Observaciones comparativas sobre la relación entre el Derecho europeo y el Derecho indiano” en LUIS E. GONZÁLEZ VALES (Ed.) *Actas y estudios del XIII Congreso del Instituto Internacional*

un espacio que ya ha abierto perspectivas “globales” tanto en la historiografía del derecho europeo como del derecho indiano, insertándolas en un marco de análisis que no está constreñido por los límites territoriales de una nación o de un imperio²⁷. Mirando el programa de este Congreso, estoy seguro de que hablaremos más que nunca sobre cómo analizar esas historias cruzadas, y sobre los espacios jurídicos resultantes²⁸.

Es una especial alegría para mí poder saludar aquí a algunos de esos mediadores entre mundos a los que me referí y a sus discípulos, venidos desde Argentina, Brasil, Chile, Perú y México, así como desde los Estados Unidos, Dinamarca, España, Finlandia, Italia, Portugal y Alemania.

III

Esto me lleva a algunas consideraciones finales, muy breves, acerca del porqué el Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo ha extendido su espacio de actuación a los mundos no-europeos. Una parte de la respuesta

de Historia del Derecho Indiano, t. I, Puerto Rico, Asamblea Legislativa, 2003; CARLOS SALINAS ARANEDA, *El derecho canónico en Chile. Derecho canónico indiano*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014; SEBASTIÁN TERRÁNEO, “Derecho canónico indiano: una hipótesis sobre su naturaleza y contenido”, *Revista de Historia del Derecho*, t. 460, año 2013, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia de Derecho, 2013; SEBASTIÁN TERRÁNEO, OSVALDO MOUTIN (Eds.), *II Jornadas de estudio del derecho canónico indiano*, Junín, Ediciones de las Tres Lagunas, 2015; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común”, en BARTOLOMÉ CLAVERO, PAOLO GROSSI, FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE (Eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio. Firenze - Lucca 25, 26, 27 Maggio 1989*, t. 2, Milano, Giuffrè Editore, 1990; TAU ANZOÁTEGUI, *El Derecho Indiano y el trasplante de la cultura del Derecho Común (siglos XVI y XVII)*, op.cit.; R.A. WILLIAMS, “The Medieval and Renaissance Origins of the Status of the American Indians in Western Legal Thought”, *Southern California Law Review*, t. 570, año 1983, Los Angeles, University of Southern California School of Law, 1983.

²⁷ Cfr. para la historia global del derecho THOMAS DUVE, “Global Legal History: A Methodological Approach”, *Oxford Handbooks Online*, Oxford, Oxford University Press Online; DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199935352.013.25, 2017.

²⁸ Cfr. Acerca de la formación de los espacios jurídicos BENEDETTA ALBANI, SAMUEL BARBOSA, THOMAS DUVE, “Introducción”, *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas / Anuario de Historia de America Latina*, t. 52º año 2015, n° 1, Köln, Böhlau Verlag, 2015; MASSIMO MECCARELLI, MARÍA JULIA SOLLA SASTRE (Eds.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016.

ya está dicha en las reflexiones que les compartí a propósito del acercamiento entre las historiografías indianas y europeas. Lo dicho aquí se podría además ampliar a otros espacios imperiales. He desarrollado estas ideas en algunas publicaciones a las cuales, por razones de tiempo, debo remitirme²⁹. En esta ocasión, me limitaré a destacar solo tres aspectos que me parecen fundamentales para nuestro contexto.

La necesidad de ampliar la dimensión espacial de las investigaciones histórico-jurídicas

El primer aspecto tiene que ver con la necesidad de ampliar la dimensión espacial de nuestras investigaciones. Creo que, hoy en día, nadie duda sobre el hecho de que las categorías espaciales que usamos en la investigación son construcciones historiográficas, insuficientes, muchas veces, para captar la complejidad histórica³⁰. En el caso de la historia del derecho europeo desarrollada por Helmut Coing, el citado artículo del año 1967 muestra claramente que su concepción de un espacio europeo como un “campo homogéneo de estudio” se apoyaba en las ideas de Arnold Toynbee sobre la construcción de lo que éste último llamaba “intelligible fields of study”. Coing entendía que las historias nacionales no se podían comprender sin su contexto europeo. Al mismo tiempo, siguiendo el criterio fijado por Toynbee para la conformación de un “intelligible field of study”, consideraba que la historia europea sí podía ser entendida “in and out of itself”, es decir, sin mirar a los mundos no europeos. La investigación histórica de las últimas décadas ha mostrado, sin embargo, que Europa no puede ser entendida sin sus dimensiones no europeas y que la comparación histórica se enriquece en la medida que incluimos otros espacios, más allá de los propiamente “occidentales”. Las historias de España, Portugal o Gran Bretaña son los ejemplos más claros de esta interrelación de espacios

²⁹ Recientemente en: DUVE, *Global Legal History: Methodological Approach*, *op.cit.*; THOMAS DUVE, “Global Legal History: Setting Europe in Perspective”, en MARKUS DUBBER, MARK GODFREY, HEIKKI PIHLAJAMÄKI (Eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, Oxford University Press, en preparación.

³⁰ Cfr. para más información las contribuciones en MECCARELLI, SOLLA SASTRE, *op.cit.*, especialmente PIETRO COSTA, “A ‘Spatial Turn’ for Legal History? A Tentative Assessment”, en MASSIMO MECCARELLI, MARÍA JULIA SOLLA SASTRE (Eds.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016.

y de la necesidad de incluir, por lo menos potencialmente, todas las áreas del mundo en nuestras investigaciones. Por eso, abrir la concepción espacial de la historia del derecho europeo a sus interrelaciones con espacios no europeos es sólo una consecuencia lógica de esta forma diferente de comprender la interrelación histórica de Europa con otras partes del mundo. Más que el punto de partida, la dimensión espacial de nuestra investigación debe ser el resultado de la investigación y nos puede llevar a una geografía variable, con espacios maleables, inestables en el tiempo y variados, solapándose y cruzándose.

La deseuropeización de las historiografías jurídicas

Hay otro punto, relacionado con el impulso que han dado los Global Studies y la historia global a la historia del derecho. Se trata, nuevamente, de un cambio de perspectiva. Por mucho tiempo, el vocabulario, los conceptos y los cánones del saber empleados para analizar las historias jurídicas en todos los continentes, fueron tomados de la tradición europea y euro-americana. Ello dio lugar no sólo a una refracción de estas perspectivas en la reconstrucción de las historias jurídicas de los pueblos no europeos, sino también a un proceso autorreferencial de afirmación de la singularidad europea. En otras palabras, Europa construyó su lugar singular a partir de una visión muy limitada de las regiones no europeas y menospreció sistemáticamente a las historias de muchos pueblos no europeos.

Hace ya más de dos décadas los estudios postcoloniales y la historia global demostraron –no sin excesos, por cierto– hasta qué punto esta tendencia llevó a escribir la historia de algunas regiones con una cierta ceguera hacia sus formaciones sociales y su organización específica. La poca atención prestada hasta hoy al llamado derecho indígena dentro de la historiografía jurídica indiana testimonia esta situación³¹. Escribir la historia del derecho europeo y de otras regiones a partir de una perspectiva global significa tomar en serio este desafío, sin negar, obviamente, la singularidad histórica que Europa ha tenido dentro del mundo moderno.

³¹ Cfr. para esto la obra de Bartolomé Clavero: BARTOLOMÉ CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México D.F., Siglo veintiuno Editores, 1994; BARTOLOMÉ CLAVERO, *Freedom's Law And Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Boalt Hall (CA), The Robbins Collection, 2005; BARTOLOMÉ CLAVERO, "Consulta indígena e historia colonial", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, t. 44º año 2015, n° 1, Firenze, Giuffrè, 2015.

Un nuevo diálogo con las ciencias jurídicas

Quisiera señalar un último punto que ha sido importante para nosotros en Frankfurt: la necesidad de entablar un nuevo diálogo con las ciencias jurídicas. Hoy en día, las ciencias jurídicas están enfrentando el desafío –yo diría gigantesco– de comprender la formación de nuevos órdenes normativos que, a nivel transnacional, están emergiendo con una fuerza abrumadora, llegando a desplazar incluso, en muchos campos, a los órdenes normativos estatal-nacionales o supranacionales de su posición exclusiva y monopolista. Me refiero al derecho transnacional, cuyo auge a partir de los años 90 es notorio. Junto con los cambios en los medios de comunicación, que afectan profundamente a nuestra organización social y a la forma en la que producimos nuestras normas, este proceso está poniendo en cuestión no pocos de los principios fundamentales de la organización jurídica de la época del constitucionalismo y la codificación. Una historiografía que se ciñera a estudiar la prehistoria del estado y de sus articulaciones e instituciones no lograría hacernos entender este proceso. En Frankfurt consideramos que, como historiadores del derecho, tenemos que participar en estos debates con una historiografía que sin perder sus rasgos específicos y su singularidad como disciplina profesional se muestre capacitada, al mismo tiempo, para afrontar esta tarea³². Esto requiere una apertura sistemática hacia un diálogo interdisciplinario. La experiencia de los últimos años nos muestra que hay una gran apertura –por no decir demanda– a entablar este diálogo por parte de colegas de los ámbitos del derecho internacional, el derecho constitucional, la teoría y sociología del derecho y el derecho comparado.

IV

He llegado al final de mis palabras de bienvenida. Espero que no consideren una falta de cortesía el que, en este discurso hablara mucho de nosotros mismos, de nuestro pasado y presente y de las distintas tradiciones académicas

³² THOMAS DUVE, “German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives”, *Rechtsgeschichte - Legal History*, t. 22º, año 2014, Frankfurt am Main, Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2014; THOMAS DUVE, “La investigación historico-jurídica hoy: desafíos y oportunidades”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, t. 330, año 2016, Dykinson, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2016.

que hoy se encuentran presentes, por así decirlo, en esta sala. Sin ánimo de restar importancia a otros aspectos me ha parecido importante hablarles, en primer lugar, de quiénes somos los que organizamos este Congreso. Varias veces hice referencia a las diferentes culturas académicas que se encuentran hoy aquí. Como no podría ser de otra forma, este *XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* es también un encuentro de culturas. Siendo alemanes, no podemos ofrecer un asado criollo como el que saboreamos en Córdoba (Argentina), ni el Pisco-Sour y los bailes tradicionales de los que disfrutamos en Santiago de Chile. Sin embargo, hemos tratado de hacer lo posible para que el Congreso sea una experiencia agradable para todos ustedes, un éxito académico y, también, un encuentro entre generaciones.

Como verán en el programa, hemos intentado mantener muchas tradiciones, combinándolas, eso sí, con algunas innovaciones. Hemos considerado especialmente necesario dar mayor espacio a estudios dedicados a la historia del derecho de los pueblos indígenas, otras formas de normatividad (como la Teología Moral), perspectivas globales y una integración de los espacios imperiales portugueses y españoles. Es por eso por lo que estamos especialmente felices de poder escuchar en la conferencia inaugural a Antonio Manuel Hespanha, quien, en breves instantes, trazará una comparación entre las historias de las historiografías jurídicas en ambos países. Este tipo de reflexiones es siempre necesario, más aún en un contexto actual marcado por la apertura de nuestra disciplina. Resulta, si cabe, aún más bienvenida con ocasión de un aniversario tan importante como el que celebramos este año, los 50 años del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, y nos invita, al mismo tiempo, a un momento de reflexión sobre nuestra labor.

Si al finalizar esta semana cerramos este Congreso con la sensación de haber logrado algunos de los objetivos expuestos, habrá que considerarlo un mérito de todos los asistentes, las autoridades del Instituto y, especialmente, de su Presidente, a quién quisiera agradecer profundamente la confianza que depositó en nosotros y su cooperación para preparar este encuentro. Doy las gracias, también, por su colaboración a muchos miembros del Instituto Max-Planck de Frankfurt, especialmente a la Comisión Organizadora, integrada por José Luis Egío García, Jorge Núñez y Nicole Pasakarnis. Les doy las gracias a ellos de todo corazón y también a ustedes por haber hecho un largo camino hasta Berlín. Con ésto, devuelvo la palabra al Señor Presidente, para que proceda a la apertura oficial del Congreso.



Agustín Bermúdez Aznar (Presidente del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano) y Thomas Duve (Presidente de la Comisión Organizadora del XIX Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano y Director del Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo).

DISCURSO DE APERTURA DEL XIX CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR

Berlín, 29 de agosto 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:

Quiero que mis primeras palabras sean para dar a todos los aquí presentes la más cordial y afectuosa bienvenida a la celebración de este nuevo Congreso del Instituto. Para los miembros que por motivos diversos no han podido asistir a la reunión les manifestamos desde aquí nuestro añorado recuerdo. Y para aquellos otros miembros que irremediamente ya no se encuentran entre nosotros, como es el caso de Nelly Porro, Consuelo Maqueda, Silvio Zavala, Gastón Doucet, Oscar Edberto Acevedo, Vicente Ugarte del Pino y Teodoro Hampe quede constancia del testimonio de nuestra memoria. Todos ellos nos han dejado el legado inestimable de su obra científica y el recuerdo imborrable de su calidez humana.

El presente congreso, como es habitual entre nosotros, se gestó en el inmediatamente anterior celebrado en el año 2012 en la ciudad argentina de Córdoba. Allí la Asamblea General reunida el 18 de julio conoció la “propuesta del Prof. Dr. Thomas Duve para celebrar el XIX Congreso en la ciudad de Berlín en el año 2016, año de la conmemoración del cincuenta aniversario de la fundación del Instituto Internacional de Derecho Indiano”. Dicha propuesta fue unánimemente aceptada por todos los asistentes a la reunión y comportó un mandato a la Comisión Ejecutiva, y específicamente a su Presidente, para que se adoptasen las medidas pertinentes en orden a su cumplimiento.

En función de ello, y tras unos iniciales contactos epistolares, el 16 de junio del 2014 tuve ocasión de mantener una entrevista personal sobre la puesta en marcha del Congreso en la sede del Max Planck Institut de Frankfurt. En ella facilité al Dr. Duve el protocolo de las actuaciones que habitualmente se suelen seguir en la celebración de nuestros Congresos. Y tras su pertinente análisis y cambio de impresiones, rápidamente se alcanzó un acuerdo que, convenientemente desarrollado, ha hecho posible que estemos hoy aquí en Berlín en esta magnífica sede del Max Planck.

No creo que sea necesario ponderar, pues es de todos conocido, el esfuerzo económico y logístico que supone a todo proponente poner en marcha uno de nuestros Congresos. Máxime si se tiene en cuenta que el Instituto carece de medios económicos propios, no percibe subvenciones de ningún tipo ni exige cuotas periódicas a sus miembros. Pues bien, ambos obstáculos, organización y financiación, han sido amplia y exitosamente superados por el Director del Congreso, Prof. Dr. Thomas Duve y por su Comité Organizador, integrado por José Luis Egío, Jorge Núñez y Nicole Pasakarnis. Y es por ello que, en nombre de todos los miembros del Instituto, me es muy grato hacerles llegar nuestra felicitación y el sincero agradecimiento que sentimos por la labor que han desarrollado. Todos hemos sido testigos de sus intensos preparativos y de los esfuerzos que han realizado para conseguir esta rigurosa y precisa puesta en marcha del Congreso. Estoy seguro que sus logros los vamos a seguir experimentando durante estos días congresuales, según permite presagiar el denso programa de actuaciones previstas. Por supuesto que, en este capítulo de reconocimiento y gratitud es obligado incluir a nuestra gran entidad patrocinadora, el Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt.

Bien, resulta difícil en este momento contener la emoción que creo que a todos nos embarga, no ya sólo por estar inaugurando un nuevo Congreso del Instituto, sino también porque asistimos a un Congreso muy especial, el Congreso del Cincuentenario, el Congreso con el que conmemoramos nuestros cincuenta años de existencia institucional, edad nada desdeñable para una entidad de nuestras características.

Pero ¿de qué tipo de entidad estamos hablando? Obviamente hablamos de una entidad científica que ha alcanzado una antigüedad desde la que ya es posible proceder al análisis de los que podrían considerarse los rasgos esenciales de su fisonomía, a saber: su entidad científica, sus miembros y su peculiar organización.

En efecto, el Instituto es ante todo una entidad científica. Fue fundado, como es bien sabido, en octubre de 1966, con motivo de la celebración en

Buenos Aires del *IV Congreso Internacional de Historia de América*. Tal encuentro brindó la oportunidad de organizar en su seno una *Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano* promovida por los profesores Ricardo Zorraquín Becú (Argentina), Alamiro de Ávila Martel (Chile) y Alfonso García Gallo (España). En la misma, dichos profesores acordaron crear una asociación internacional que, bajo la denominación de Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, tuviera como primordial finalidad la de fomentar el estudio de dicha disciplina mediante la integración en el mismo de estudiosos animados por el común deseo de dar a conocer sus investigaciones y, al propio tiempo, conocer las de sus colegas. Así lo exponía el Prof. García Gallo en 1975 en el IV Congreso celebrado en Morelia: “Formamos el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano un grupo de estudiosos de diferentes países interesados por nuestro pasado jurídico, al integrarnos en él buscamos encontrar eco a nuestra labor individual, comunicar y contrastar nuestros proyectos y trabajos, hallar estímulo y crítica, mostrar un mundo de temas y posibilidades, de técnicas y experiencias, constituimos un cuerpo crítico y laborioso vivificado por nuestro espíritu científico y nuestro entusiasmo”. Para conseguir estos fines se proyectó la celebración periódica de congresos en los que se darían a conocer las investigaciones de los miembros componentes de la entidad.

Así pues, nuestros congresos son desde la fundación del Instituto parte fundamental del mismo; en cierto modo son su elemento vivificador. Puede decirse que existimos institucionalmente en cuanto que nos reunimos en nuestros periódicos congresos. De aquí que durante esos días de intensa actividad sea cuando cumplimos nuestra labor científica, cuando convivimos intensamente y, cuando constituidos en asamblea general, adoptamos nuestras más importantes decisiones.

Han sido ya dieciocho los congresos celebrados hasta éste de Berlín. Trece de ellos se han celebrado en países del continente americano mientras que cinco han tenido lugar en España. Siempre se procuró que los lugares de reunión fueran de las más variadas nacionalidades, empeño difícil de conseguir por los problemas económicos y organizativos que conllevan nuestras reuniones. Por eso han sido frecuentes e inevitables las repeticiones de los países que los han acogido: cinco se celebraron en España, cuatro en Argentina, tres en Chile, tres en México y uno en Quito, Perú y Puerto Rico.

Pero aparte de darnos existencia institucional, los Congresos, como querían los fundadores, nos han nutrido y siguen nutriéndonos científicamente gracias a las aportaciones que sus participantes nos han brindado sobre los

más diversos campos del iusindianismo. Tal y como exponía el Prof. Alamiro de Ávila Martel en el V Congreso de 1978 celebrado en Guayaquil “los congresos del Instituto tienen como principales objetivos correlacionar las investigaciones, mostrar las nuevas vetas que hay que seguir y poner en contacto a los especialistas, que nuestra tarea no es de lobos solitarios sino de hombres de buena voluntad que están prontos a comunicarse y a ayudarse”.

Los primeros Congresos albergaron un limitado número de comunicaciones: 7 y 10 informes en el primero de Argentina, 29 en el segundo de Chile, 38 en el tercero de Madrid. Posteriormente, y de forma sucesiva, el número de comunicaciones ha ido creciendo congreso tras congreso hasta llegar a las 117 presentadas a éste de Berlín.

Debe advertirse, por otra parte, que las comunicaciones expuestas y discutidas en nuestros congresos se insertan en las correspondientes Actas, todas las cuales han sido publicadas. Al decir, *todas* se está incluyendo las del último congreso celebrado en Córdoba (Argentina) en 2012 que precisamente serán presentadas y distribuidas aquí en Berlín en los próximos días. En concreto, las actas de los diecisiete precedentes congresos ocupan treinta y cuatro volúmenes y algo más de veintiuna mil páginas impresas, cifras que dan una idea del cuantioso material científico destilado durante estos cincuenta años. Además, tal aporte, debido a la libertad temática que siempre presidió nuestros congresos, ha motivado que prácticamente no exista parcela importante de nuestra especialidad que no haya sido de un modo u otro objeto de tratamiento. Y eso es válido tanto para los problemas conceptuales y metodológicos como para las fuentes y organización institucional, tanto para la problemática iusprivatista como para la penal o procesal. Tal vez desde esta perspectiva pueda suscribirse el tópico aserto de que en el futuro no será posible escribir una completa historia del Derecho Indiano prescindiendo de nuestras Actas.

Pero si bien la facies científica de nuestro Instituto es importante no lo es menos el factor humano que de manera tan peculiar nos caracteriza. Otro de los fundadores del Instituto, el Profesor Ricardo Zorraquín, lo subrayaba en 1972 con motivo del III Congreso de Madrid: “la colaboración científica y el cordial entendimiento entre todos son felizmente una característica de esta agrupación... El estrecho contacto entre los miembros del Instituto ha servido para afianzar los vínculos personales y científicos que mantenemos con indudable provecho”.

A este respecto debe recordarse que, si bien el Instituto comenzó integrado por 36 miembros, su continuado crecimiento durante este medio lus-

tro ha dado lugar a que actualmente lleguemos a alcanzar la cifra de 166, de los cuales un 23% son de género femenino. A tal crecimiento numérico ha corrido pareja la diversidad nacional de sus componentes. Al principio los contingentes más representativos eran el argentino (con veinte miembros), el chileno (con cinco) y el español (con otros cinco), seguido por un escaso número (uno o dos) de ingleses, peruanos, paraguayos y uruguayos. A día de hoy, los contingentes mayoritarios siguen siendo de las mismas nacionalidades: España (cincuenta y cuatro miembros) Argentina (cuarenta y uno) y Chile (veintitrés). A ellos les siguen dos grupos numéricamente notables: el mexicano con dieciocho miembros y el peruano con nueve. Y ya con un número muy reducido de representantes (uno o dos) se encuentran miembros tanto del resto del continente americano (Estados Unidos, Puerto Rico, Ecuador, Venezuela, Guatemala, Colombia, Brasil, Paraguay y Uruguay) como del continente europeo (Francia, Italia, Alemania, Dinamarca y Finlandia). Por lo tanto, el impulso inicial de las procedencias nacionales mayoritarias del Instituto se ha seguido manteniendo a lo largo de los años aunque se ha logrado ampliar (con muy pocos representantes, desde luego) el espectro de países representados, sobre todo los del continente americano. En cualquier caso, la diversidad nacional es demostrativa, no lo olvidemos, de la actitud abierta del Instituto respecto a la nacionalidad de sus miembros y de la alta valoración que en su seno se ha tenido de las ventajas que podían derivarse de tal disparidad de procedencias. Nunca se llevó a cabo una programación al efecto ni se estableció una taxativa cuota grupal ni se pusieron reparos a la procedencia de quienes querían integrarse como miembros. Por el contrario, era y sigue siendo premisa fundamental el curriculum del candidato y su interés por participar en los trabajos de nuestra institución, condicionamientos únicos que, valorados y votados por el conjunto de los miembros del Instituto reunidos en asamblea general, abren la puerta de acceso al candidato.

Pues bien, este factor humano ha sido desde el inicio del Instituto, y es grato comprobar que sigue siéndolo en la actualidad, una de las peculiaridades distintivas del mismo. La estrecha convivencia humana que se desarrolla durante los días de celebración de congresos, mantenida luego privadamente en los periodos intercongresuales y sustentada a lo largo de decenios, ha terminado dejando entre nosotros una huella de afecto, camaradería y amistad. Y es en cierta medida lógico que así ocurra, porque juntos no sólo hemos trabajado y debatido, sino que también hemos conocido países, visitado castillos, catedrales, conventos, bibliotecas, archivos y museos... Juntos hemos celebrado la alegría de quienes se nos integraban y juntos hemos honrado la

memoria de quienes irremediablemente nos dejaban. Y es así que a lo largo de estos cincuenta años se han generado entre nosotros unos vínculos humanos que nos connotan y que, vistos desde fuera, llaman la atención por la generalizada ausencia de los mismos en instituciones similares a la nuestra.

En último lugar hay que tener presente que, además de su entidad científica y de su característico factor humano, un tercer rasgo de la fisonomía del Instituto viene dado por la peculiaridad de su conformación estatutaria. Y es que el Instituto, como toda asociación, debió dotarse desde sus orígenes de una normativa que en aras de la consecución de sus fines regulara su estructura y estableciera con claridad los medios de acceso al mismo por parte de quienes estuvieran interesados en pertenecer a él. Por eso una nuclear normativa fue ya delineada en el *Acta Fundacional* de 1966, donde tan sólo se contemplaban dos órganos básicos: el Consejo Directivo (integrado conjuntamente por los tres fundadores) y la Secretaría. Pero en el V Congreso de 1978 (Ecuador) se aprobó un Reglamento que contenía una estructuración más compleja: se mantuvo el Consejo Directivo y la Secretaría, pero se añadió un Consejo Adjunto (integrado por diez miembros) al propio tiempo que se precisaron más las funciones de la Asamblea General. Este reglamento, a su vez, fue nuevamente modificado en el X Congreso de 1992, suprimiéndose el Consejo Adjunto y estableciéndose junto al Consejo Directivo un Consejo Ejecutivo. Puede decirse que la actual conformación reglamentaria del Instituto quedó establecida en el XI Congreso de Buenos Aires de 1995 al suprimirse el Consejo Directivo y dejar como único órgano responsable a un Consejo Ejecutivo integrado por su presidente, tres vicepresidentes, dos vocales y dos secretarios. Igualmente, en este último reglamento se establecieron también los requisitos y formalidades a seguir por quienes desearan ser recibidos como miembros del Instituto, exigencias a las que se añadieron las posteriores precisiones que al respecto fueron establecidas por la Asamblea General del 2005.

Esta es en gruesos y apresurados trazos el triple componente de la fisonomía que presenta el Instituto reunido hoy en Berlín. Una cita ésta a la que, según lo expuesto, no resulta en modo alguno exagerado aplicarle el calificativo de hecho excepcional y a la vez profundamente significativo.

Reunirnos en Berlín es un hecho excepcional en cuanto que desde su origen el escenario de nuestros Congresos ha sido España y América. Nunca antes de ahora se celebró un Congreso fuera del ámbito hispano o americano, fuera de las fronteras que albergaron el principal escenario de la historia que investigamos. La práctica de tal proceder puede pensarse que estaba en consonancia con el espacio físico que presidió el acontecer iusindianista, pero

tal práctica también contribuye a explicar que la presencia en el Instituto de miembros de nacionalidades europeas distintas a la española no haya sido nunca significativa. Y tal vez sea esa la razón por la que no hayamos sido suficientemente conocidos ni valorados en países europeos donde la temática iusindianista ha sido y sigue siendo objeto de estudio.

Pero sesionar en Berlín es calificable también de hecho significativo en cuanto que nos depara la oportunidad de contactar con las importantes escuelas americanistas europeas, y en concreto con las alemanas. Y es desde esa perspectiva de ruptura con un no pretendido pero fáctico aislamiento desde la que debemos situarnos para interpretar en clave de apertura este salir al encuentro de otros planteamientos, de otras metodologías que pueden enriquecernos y con las que podamos trabajar para integrarlas e integrarnos en las mismas. Se trata de una nueva experiencia por la que merece la pena apostar.

Así pues, con la esperanza puesta en este nuevo horizonte, y con la certeza del éxito de las tareas que en breves horas vamos a iniciar, queda inaugurado este XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, el Congreso de nuestro Cincuentenario.

CONFERENCIA INAUGURAL

O ‘DIREITO DE ÍNDIAS’ NO CONTEXTO DA HISTORIOGRAFIA DAS COLONIZAÇÕES IBÉRICAS

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA*

Professor aposentado da Universidade Nova de Lisboa (Portugal)

amhmeister@gmail.com

Sumário: 1. Introducción. 2. “Hispanidad”. 3. A historiografia jurídica hispanista. 4. A depuração ideológica da historiografia do direito de Índias. 5. “Luso-tropicalismo”. 6. As estruturas institucionais de um império “amoroso”. 7. A crítica do estatalismo e a revisão da história político-institucional colonial. 8. Conclusão.

1. Introducción

A intenção deste artigo é a de descrever as condições de produção de um objeto historiográfico –o “direito de Índias”– na historiografia ibérica e latino-americana do séc. XX.

A tese defendida é precisamente essa: a de que “direito das Índias” (ou “direito indiano”) é uma construção historiográfica que decorre mais de uma certa compreensão da colonização espanhola nas Américas do que de um conceito ou de uma “realidade” existente nas fontes históricas. Deste ponto de vista, sugere-se que os tópicos de “nacionalismo espanhol”, em Espanha, e de “missão civilizadora”, em Portugal, criaram nas duas historiografias ibéricas a ideia de uma especificidade da estrutura jurídico-institucional dos respetivos “impérios” no seu todo. No caso espanhol, o “direito de Índias” constituiria um todo jurídico-político caracterizado pela expansão ultramarina do direito de Castela, desvalorizando-se tanto as distorções deste nas periferias¹ como a sua eventual mestiçagem com os direitos indígenas (que,

*Agradeço a João Araújo as indicações bibliográficas relativas à imagem da colonização portuguesa no Brasil.

¹ Ou, pura e simplesmente, o ineditismo das soluções: “L’Amérique fut un champ d’expérimentation politique où s’affrontèrent des modèles d’organisation sociale différents et

paradoxalmente, também eram excluídos do conceito de “direito indiano”). A historiografia portuguesa serve aqui, sobretudo, como contraste. Partindo de uma pré-compreensão diferente da colonização portuguesa, ela insistiu antes na pluralidade dos modelos jurídicos e institucionais do “império” português. Uma conceção pluralista e “ecológica” (aberta aos contextos) das molduras jurídicas da colonização foi, por isso, preferida à ideia de homogeneidade adotada pela historiografia do império espanhol. “Direito de Índias” é, assim, um objeto *historiográfico*, criado pela historiografia jurídica relativamente à história do direito colonial de Espanha, mais do que um objeto *histórico*, dotado de uma identidade que se perceba nas suas fontes históricas.

O impacto da noção de “direito de Índias” não apenas enviou a historiografia dos direitos coloniais espanhóis na América (e Filipinas) –desviando-a de uns temas (a diversidade e localismo) e proporcionando-lhe outros (a unidade e monotonia)– como criou falsos problemas a uma história comparativa dos direitos das expansões europeias. Atraídos pelo conceito historiográfico de “direito de Índias”, alguns comparatistas especularam sobre temas tão ariscados como as características dos impérios, como unidades históricas (uma espécie de “espírito” das diversas empresas de colonização). Como se estes –todos eles– não fossem antes o produtos de contextos políticos, institucionais e jurídicos que variaram não apenas entre eles, mas também no seio de cada um deles e, em ambos os casos, em função de conjunturas e de épocas².

où appurent des sociétés dont la construction a été dominée par l'improvisation, l'invention et les combinaisons inattendues d'éléments hétérogènes”, François-Xavier Guerra, “L'état et les communautés : comment inventer un empire?”, em Serge Gruzinski e Nathan Wachtel (*dir.*), *Le Nouveau Monde. Mondes Nouveaux. L'expérience américaine*, Paris, Ed. EHESS, 1996, pp. 351-364. Ou Nuevos mundos/Mundo nuevo [revista eletrónica], publ. Fevereiro, 2005, in: <http://nuevomundo.revues.org/document625.html>.

² Cf. François-Xavier Guerra, “L'état et les communautés : comment inventer un empire?”, *Le Nouveau Monde. Mondes Nouveaux L'expérience américaine*, sous la dir. de Serge Gruzinski et Nathan Wachtel, Paris, ERC et Ed. EHESS, 1996, pp. 351-364., n. 5: “Le mot empire dont nous nous sommes servi pour nommer ces ensembles n'est qu'un terme commode du langage commun pour désigner des États de grande extension territoriale, composés de peuples multiples assemblés sous un gouvernement commun. Mais il ne nous dit rien sur la façon dont ces peuples sont assemblés, ni sur leur statut politique, ni sur les principes qui régissent ces constructions. Plus encore, dans le cas américain, ce terme prête à confusion si on l'applique d'une façon indiscriminée à toute la période considérée [...] Concevoir les ensembles espagnol et britannique sous la forme de vastes États constitués par la métropole et ses possessions d'outremer, n'est pas alors un fait établi, mais un projet profondément novateur qui n'est pas étranger au déclenchement des processus d'Indépendance”.

Ao mesmo tempo, ignoraram-se parentescos –por exemplo, a proximidade do direito colonial espanhol relativamente ao “direito de polícia” da Europa central contemporânea–, propôs-se uma suposta especificidade da história jurídica da expansão espanhola³, ao ter gerado um direito colonial peculiar (o tal “direito indiano”), que outras práticas coloniais não teriam produzido⁴.

O interesse de analisar comparativamente as historiografias espanhola e portuguesa quanto à unidade e especificidade dos respetivos direito coloniais é justamente o de explicar como dados históricos tão semelhantes puderam dar origem a interpretações tão divergentes quanto aos seus sentidos históricos.

Referência ao aparecimento do conceito e ao seu contexto ideológico e metodológico.

Faremos, de seguida, um rápido reconhecimento dos elementos ideológicos sobre os quais se construiu, na historiografia da colonização espanhola, o conceito de *derecho de Índias*, bem como do ambiente cultural e ideológico que, na historiografia da colonização portuguesa, tornava incómodo este conceito.

2. “Hispanidad”

Antonio Feros sintetizou recentemente as origens e componentes da ideia de *Hispanid* como um cimento espiritual comum que não apenas explicava o

³ Que também subjaz à “lenda negra” sobre a colonização espanhola. Cf. António Feros, *America: All Is One. Historiography of the Conquest and Colonization of the Americas and National Mythology in Spain c. 1892-c. 1992*, em Christopher Schmidt-Nowara e John M. Nieto-Phillips (orgs.), *Interpreting Spanish Colonialism. Empires, Nations, and Legends*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 2005; Richard L. Kagan “Prescott’s Paradigm: American Historical Scholarship and the Decline of Spain” *The American Historical Review*, 101.2 (Apr., 1996), pp. 423-446. Sobre a equiparação entre portugueses e espanhóis no âmbito da lenda negra, José da Silva Horta, “A colecção De Bry e a expansão Portuguesa”, em João Medina (org.), *História de Portugal. Dos tempos pré-históricos aos nossos dias*, v. IV, Amadora, Ediclube, 1993, pp. 233-247; David Martín Marcos José María Iñurritegui & Pedro Cardim (orgs.), “Introdução”, a *Repensar a identidade o mundo ibérico nas margens da crise da consciência europeia*, Lisboa, CHAM, 2015.

⁴ A questão foi recentemente colocada expressamente para o colonialismo inglês: Richard J. Ross, “Legal Communications and Imperial Governance: British North America and Spanish America Compared”, em Michael Grossberg & Christopher Tomlins, *The Cambridge history of law in America*, v. I, *Early America (1580-1815)*, Cambridge, Cambridge UP, 2008, 104-142. A comparação parece, no entanto, bastante afetada pelo pressuposto da especificidade da colonização espanhola. Mas essa oposição também tem sido referida na historiografia do “império” português, o qual não teria dado origem a um sistema consistente e diferenciado de direito colonial equivalente ao direito das Índias espanhol.

êxito da construção imperial espanhola como, finda esta, justificava a liderança espiritual de Espanha sobre as novas nações latino-americanas⁵.

A ideia de *Hispanidad*, como fator de identificação cultural, surgiu no início do século XIX. Mas só ganhou relevo nos finais do século – com as comemorações do IV Centenário do Descobrimento da América e com a guerra hispano-americana. Foi então usada defender a existência de um bloco cultural ibero-americano, formado sobretudo por Espanha e suas ex-colónias da América Central e do Sul.

A tese tinha fundamentos racionais e religiosos, justificando um projeto cultural imperialista, centrado na glorificação da “raça”, do catolicismo tradicionalista, da unidade linguística, da história comum (“Festa da raça”)⁶. O hispano-americanismo foi, portanto, um movimento ideológico, político e intelectual propugnado pelas elites peninsulares, mais pelas espanholas do que pelas portuguesas, com o objetivo de afirmar e consolidar uma comunidade transnacional, na crença de que existia uma comunidade cultural a ligar a Espanha e a América⁷. Apelava para uma retórica imperial, dando relevo a identificadores simbólicos, como a bandeira, o hino, a exaltação de figuras históricas e de monumentos, falando de raça, de religião e de história.

Dentro deste quadro sincrético, o hispanismo conheceu ramos distintos. Logo em 1898, teria dominado uma corrente progressista, que propunha o reforço de uma comunidade cultural, criticando do passado centralista e imperial da colonização espanhola⁸. Projetava, em vez disso, uma comunidade cultural que englobasse fraternalmente todos os países de língua ibérica. Porém, o que acabou por dominar foram correntes conservadoras, que identificavam a *hispa-*

⁵ Antonio Feros, “«Spain and America: all is one”. Historiography of the conquest and colonization of the Americas and national mythology in Spain c. 1892 - c. 1992”, in: Schmidt-Nowara, Chr., Nieto-Philips, *Interpreting Spanish Colonialism. Empires, Nations, and Legends*, cit., 109-134 (<https://books.google.pt/books?id=1q38vAP-nvEC&pg=PA109&lp-g=PA109&dq=Feros+antonio+Spain+and+America:+all+is+one&source=bl&ots=yw-PYR7TOog&sig=mgevOXsJxtNHoRzANrXNyZEUDjA&hl=pt-PT&sa=X&ved=oahUKE-wiRmZK6vfLMAhWetBoKHxtSDSUQ6AEIHDAA#v=onepage&q=Feros%20antonio%20Spain%20and%20America%3A%20all%20is%20one&f=false>).

⁶ Paulo Bruno Rodrigues Ferreira, Paulo Bruno Rodrigues Ferreira, *Iberismo, hispanismo e os seus contrários: Portugal e Espanha (1908-1931)*, diss. doutoramento na Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 2016 (http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22974/1/ulsd072479_td_Paulo_Ferreira.pdf), 84/85.

⁷ Paulo Bruno Rodrigues Ferreira, *Iberismo, hispanismo...*, cit., 87.

⁸ Protagonizada pelo *Instituto Libre de Enseñanza* e por Giner de los Ríos. Paulo Ferreira, *Iberismo...*, p. 90.

nidad com a tradição católica tradicionalista. Para Marcelino Menéndez Pelayo, Ramiro de Maeztu, Manuel García Morente, José Maria Pemán, a comunidade hispanista estava unida pelo “espírito espanhol” e pelos resultados da evangelização. A Espanha –na verdade, um outro nome de Castela– teria representado a *Madre Patria*, que educara, evangelizara e unificara. As influências fascistas dos anos 30 originaram uma radicalização do conceito, agora quase exclusivamente centrado no seu pendor religioso, salientando a contribuição de Espanha para a criação de um patriotismo universal da fala espanhola, baseado não no conceito revolucionário de Humanidade, mas na ideia tradicional de Catolicidade e de República Cristã⁹. Embora no centro desta *Hispanidad* estivesse a Espanha –e, mais concretamente, a Castela dos santos, heróis e conquistadores–, a deslocação do centro unificador da “raça” para a religião permitia incluir no conceito, embora em posição claramente subordinada, as restantes nações hispânicas, entre as quais Portugal. E, com isso, atrair alguns (poucos) pensadores nacionalistas portugueses –como António Sardinha que, nos anos 20 (*A Aliança Peninsular*, 1924; *À lareira de Castela*, 1943), adere –improvavelmente– a um certo iberismo, mal visto por outros nacionalistas.

O núcleo ideológico do hispanismo seria a crença num sentimento de autoidentificação dos “espanhóis” gerado a partir do fim da *Reconquista* e reforçado pelos confrontos com povos estranhos. Sobretudo em três momentos: a “reconquista”, as guerras de conquista na América e a resistência anti-napoleónica, cada um deles realçando um aspecto da singularidade hispânica. Respetivamente: o proselitismo religioso na Reconquista, a missão civilizadora na Expansão e o nacionalismo de sentido anti-iluminista nas guerras anti-napoleónicas. Insistindo em aspetos que podiam ser tidos como comuns às várias regiões de Espanha (incluindo Portugal), a ideia de *hispanidad* servia também para unificar a cultura política peninsular e fomentar a ideia de uma Espanha una e grande, quer em confronto com os povos que dominara e colonizara, quer relativamente aos que, no presente, tentavam reduzir a sua grandeza.

A ideia de *Hispanidad* repousava sobre o realce daquilo que, na colonização hispânica (comumente identificada com a colonização espanhola ou mesmo, mais restritamente, com a colonização castelhana), a teria diferenciado e lhe teria conferido um traço distintivo em relação a outras colonizações europeias contemporâneas, designadamente, a colonização inglesa. Quase todos os autores es-

⁹ Fundador e fundamental, Marcelino Menéndez Pelayo, *Historia de los heterodoxos españoles*, 1880-1882.

tão de acordo na identificação desse traço: uma colonização benigna e altruísta, inspirada no ideal de fraternidade cristã, e orientada para a promoção espiritual, civilizacional e material dos povos indígenas. Esta vertente igualitária da relação entre colonizador e colonizado esbate-se porém, face a uma outra componente muito forte da ideia de *Hispanidad*, a ideia de ação (missão) civilizadora, que salienta o aspeto unilateral das trocas, sempre no sentido da transmissão aos indígenas da fé, da cultura, da língua e da civilização dos colonizadores. Teria sido, de resto esta natureza unilateral do encontro colonial que teria atribuído unidade à América de colonização espanhola –em toda ela se tinha transmitido o mesmo–, assim como teria gerado uma relação de identidade entre a “mãe pátria” e as “pátrias filhas”, que tanto excluía os sentidos negativos de “colonialismo”, como permitira que as independências não tivessem significado raturas, mas continuidades da relação filial, embora num diferente quadro político¹⁰.

Com base neste núcleo ideológico comum, a ideia de *Hispanidad* mostrou uma grande adaptabilidade aos contextos políticos. No séc. XIX, constituiu um suporte do pensamento conservador sobre a grandeza e unidade de Espanha (Antonio Cánovas del Castillo, *Discurso sobre las Índias*, 1882). Mas também serviu de mote, na sequência da crise de Cuba, Porto Rico e Filipinas, para os diagnósticos sobre a decadência e a necessidade de uma redenção patriótica (*regeneracionismo*), nomeadamente pelo combate à “lenda negra” de um colonialismo espanhol atrasado e ineficaz (José Tudela (coord.), *EI legado de Espana a América*, 1954). Durante quase um século foi o prato forte das correntes político-ideológicas que exaltavam a missão universalista, missionária e civilizadora de Espanha, em Espanha e na América latina (desde Marcelino Menéndez y Pelayo, *Antología de poetas hispano-americanos* (1893-1895) a Sílvio Zavala, *La filosofía política en la conquista de América*, 1947). Voltando

¹⁰ V., para a aceitação pelas elites culturais coloniais, deste entendimento da *Hispanidad*, José Luis Bendicho Beired, “O hispano-americanismo historiográfico: Espanha e América na perspectiva de Ricardo Levene e Rafael Altamira”, em *História Unisinos*, 13(1):43-53, Janeiro/Abril 2009. Considera o caso Argentino, que não se aplicará tal e qual a outras elites coloniais latino-americanas. Para o Peru, Urpi Montoya Uriarte, “Hispanismo e Indigenismo: o dualismo cultural no pensamento social peruano (1900-1930). Uma revisão necessária”, *Rev. Antropol.*, vol.41.1 (1998), São Paulo; para o México, Jacques Lafaye and James Lockhart, “A Scholarly Debate: The Origins of Modern Mexico - Indigenistas vs. Hispanistas”, *The Americas*, 48.3 (Jan., 1992), pp. 315-330; para o Brasil, Cintia Régia Rodrigues, “A construção da política indigenista na república brasileira a partir das ideias de modernidade”, *Tellus*, 11, n. 21 (2011); Gustavo Lins Ribeiro, “*Tropicalismo e Europeísmo. Modos de representar o Brasil e a Argentina*”, Brasília, 2001, versão digital em https://www.academia.edu/4737909/Tropicalismo_e_Europe%C3%ADsmo.

à ribalta, com umas vestes algo renovadas, depois da queda do franquismo, a ideia de *Hispanidad* aparece como suporte de uma nova imagem de Espanha, como país anti-colonialista e precursor de uma política anti-racista e emancipadora dos povos (Manuel Ballesteros Gaibrois, *História de América*, 1991¹¹), bem como da mundialização da ideia de direitos humanos e pelo Estado de direito (José Manuel Pérez Prendes, *La monarquía indiana y el estado de derecho*, Madrid, Asociación Francisco López de Gomara, 1989).

Embora a expressão mais forte da *Hispanidad* se encontrasse em monumentos épicos, como as crónicas ou as epopeias poéticas, a sua durabilidade no tempo teria sido assegurada pelo direito e pelas instituições¹². Neste último domínio eram destacados traços jurídico-institucionais que refletissem (i) a “moderação” e o “humanismo” da colonização espanhola¹³; (ii) a política de proteção dos indígenas¹⁴, (iii) o intuito missionário e civilizador¹⁵, tomando-os como sinais de uma efetiva moralização da empresa colonizadora e não apenas como dispositivos de legitimação *ex post* da conquista, da ocupação e da colonização. Os tópicos que orientavam esta narrativa historiográfica da singularidade do colonialismo hispânico eram: a introdução da ideia de direitos humanos; a política oficial de miscigenação racial; a disseminação do idioma “espanhol” como sinal de irmandade entre espanhóis e americanos; a vitalidade da produção cultural nas Américas; a criação de um direito moderno e especificamente dirigido às “Índias”; o desenvolvimento económico e social das colónias americanas. Dependendo a valorização relativa dos diversos tópicos das várias apropriações políticas da ideia de colonização hispânica.

3. A historiografia jurídica hispanista

A fortuna da ideia de *Hispanidad* refletiu-se também na história do direito e, muito concretamente, no aparecimento e durabilidade da noção de *derecho de Indias*.

¹¹ Cf. https://books.google.pt/books?id=IGbk_Wkx_TsC&pg=PT2&dq=Manuel+Ballesteros+Gaibrois&hl=pt-PT&sa=X&ved=0ahUKEwig8P6D_vLMAhUFwxQKHQVRAsY-Q6AEIKTAB#v=onepage&q=Manuel%20Ballesteros%20Gaibrois&f=false.

¹² Antonio Feros, “Spain and America: all is one”, cit., 110-111.

¹³ Como o estabelecimento de limites ético-jurídicos à conquista, à escravização e à exploração dos nativos.

¹⁴ Como “encomiendas”, “reducciones”, “protectores de Índios”.

¹⁵ Destacando temas institucionais como o patronato real, as repúblicas índias.

A atenção para o direito colonial espanhol desperta com Ricardo Levene (1885-1958; *Introducción al estudio del derecho Indiano*, 1916), *Notas para el estudio del derecho indiano*, 1917)¹⁶. Concordando com a ideia de uma fraternidade entre a cultura espanhola e as dos países latino-americanos, Levene insiste no caráter não colonial da relação de Espanha com os seus domínios na América Latina, o que atribuiria um caráter singular à estrutura jurídica do “império” espanhol e ao seu específico direito, que pela primeira vez batiza como “direito de Índias”.

A ideia de Levene de que as “Índias” não tinham um estatuto político jurídico diferenciado, não constituindo mais do que “províncias, reinos, senhorios, repúblicas ou territórios de ilhas e terra firme incorporados na Coroa” [de Castela]¹⁷, constituiu a base sobre a qual Alfonso García-Gallo (1911-1992) construiria a sua teoria sobre as fontes do direito das Índias.

García-Gallo partiu da ideia de valorizar o direito de Castela como a versão espanhola do direito comum, forjada pela coroa castelhana para dar unidade ao direito do reino por sobre os direitos das cidades e, ao mesmo tempo, para o emancipar do direito comum italiano. Aí estaria o direito comum de Castela, gozando da força vinculativa própria de uma doutrina (ou ensinamento), vigente sem carecer de expressa outorga a uma cidade e valendo, por isso, como direito geral e subsidiário do reino¹⁸. Esta validade da lei como doutrina comum e como produto da coerência de uma política régio dirigida à unificação do direito do reino autorizavam o historiador a buscar uma coerência interna no corpo legislativo, um espírito comum¹⁹, espírito esse que asseguraria a sua persistência, nomeadamente como suporte e cimento do futuro direito de Índias.

Esta preocupação de encontrar no direito um conjunto consistente de valores correspondia bem ao tópico da “unidade e grandeza de Espanha”, central durante o franquismo. Mas decorria também dos cânones metodológicos da história do direito, tal como era concebida por García-Gallo. De facto, esta não teria como objeto de estudo a infinita variedade das situações de vida a regular, nem mesmo as formas que a vida encontrava de organizar estas situações em instituições. Mas antes o direito, como *ordenação* da vida

¹⁶ José Luis Bendicho Beired, “O hispano-americanismo historiográfico: Espanha e América na perspectiva de Ricardo Levene e Rafael Altamira”, cit.

¹⁷ *Las Indias no eran colonias*. Madrid, Espasa-Calpe, 1973, pp. 10-11.

¹⁸ Cf. “El “Libro de las leyes” de Alfonso el Sabio”, *Anuario de historia del derecho español*, 1951-1952, 345-528.

¹⁹ Que não seria perceptível nas *Partida* apenas por falta de uma edição crítica que distinguisse os seus estratos textuais, *ibid.*, p. 396.

social²⁰, autónoma dos elementos da realidade social regulada e que devia ser estudada de forma depurada (“purificada”), semelhante à adotada pela dogmática jurídica. Este enfoque “jurídico” da história do direito²¹ não deveria traduzir-se numa história do sistema dogmático separado da vida, mas concretizar-se nessa reconstituição da lógica normativa das instituições que lhes permitiam fecundar o futuro e asseguravam, assim, a sua persistência no tempo²². Apesar de a linha argumentativa ser confusa²³, dá para entender que o que se queria evitar era uma conceção sociologista e historicista da história do direito, que valorizasse mais os factos do que os valores jurídicos, mais o contexto histórico do que a continuidade dos valores jurídicos (“a ‘manera’ como los problemas planteados por la convivencia humana [...] fueran resueltos anteriormente”, explica, recorrendo a uma citação de Zorraquín Becú (p. 21, n. 17). Na verdade, o estudo jurídico do direito dirigir-se-ia ao que havia nas instituições de permanente e de imutável (ou, como prefere, de “persistente”) que seria justamente aquilo que diferenciaria o direito de outras atividades humanas²⁴.

²⁰ V. Alfonso García-Gallo, “Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano”, *Revista del Instituto de historia del derecho Ricardo Levene*, 18(1967) 13- 64, p. 17 (on line em <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/revista-historia-del-derecho/rihdrl-18-1967.pdf>).

²¹ Que se distinguiu, sobretudo, da história “das instituições”, tal como se praticava em França a partir da reforma dos estudos jurídicos de 1954 (v. crítica, em Alfonso García-Gallo, “Problemas metodológicos ...”, p. 19 ss.). Mas na mira da crítica está também Luis Garcia Valdeavellano, que teria “prescindido de toda a exposição sistemática das instituições” (v. “Historia, Derecho e Historia del Derecho. Consideraciones en torno a la escuela de Hinojosa”, *Anuario de historia del derecho español*, 23(1953). 5-36 (on line em https://www.boe.es/...derecho/abrir_pdf.php?...HIST.), p. 21).

²² “Recusar la concepción dogmática de la misma [historia del derecho] –como yo he hecho– y adoptar una orientación institucional, no supone confundir la Historia del Derecho con la de las instituciones, tal como esta ha quedado antes caracterizada. Supone prescindir de los conceptos y sistemas dogmáticos –que a veces no existen más que en la mente del investigador y no en el Derecho que estudia– y tomar como base las instituciones. No para estudiarlas –ésta no es tarea del jurista aunque sea historiador–, sino para partir de ellas, por la sencilla razón de que son ellas las que determinan la existencia del Derecho y de sus normas” (p. 21).

²³ O desenvolvimento argumentativo deste passo é muito confuso, senão contraditório (v. nº 5, pp. 19-21).

²⁴ Alfonso García-Gallo, “Historia, Derecho e Historia del Derecho. Consideraciones en torno a la escuela de Hinojosa”, cit., 25: “Han podido variar la forma de expresarlos, los textos que los formulan, e incluso las ideas que los inspiran. Pero los conceptos, principios y normas siguen en pie” [...] “El Derecho –prescindiendo de las normas de excepción– tiene

Ou seja, Ricardo Levene cria o nome e define (como uma extensão do direito de Castela) a coisa que lhe corresponde. García-Gallo reconfigura-a como um *sistema jurídico*, o qual decorreria de uma ideia, seria consistente, não se confundiria com os episódios da sua realização social e, por isto, deveria ser estudado “juridicamente”.

Neste programa metodológico relativo à história do direito já está incluído o programa que García-Gallo traçará para a identificação, estudo e valorização do direito de Índias.

O direito de Índias era o produto de um projeto precoce de extensão à América do direito de Castela, produto apenas original porque a novidade das situações obrigara, em alguns casos, à produção de legislação especial²⁵. Embora no conceito devesse, em teoria, também caber o direito dos povos indígenas, na prática este direito nunca era tomado em consideração (p. 23), porque unidade espiritual que garantiria a persistência histórica do direito “indiano” lhe seria integralmente dada pela imposição aos “índios” de um conglomerado de princípios provenientes do direito de Castela, representando os fatores locais apenas os tais elementos fácticos de que a história jurídica do direito não se havia de ocupar.

Embora tenha sido Ricardo Levene quem mais tenha insistido neste ponto²⁶, a ideia de que a expansão espanhola não correspondia ao conceito moderno colonização estava implícito nesta ideia de García-Gallo sobre a extensão, essencialmente pouco inovadora, do direito de Castela à América. Castela não criara para as Índias um direito especial, estendera a elas o seu próprio direito. E, por outro lado, a ideia do direito de Índias como uma matriz jurídico-cultural persistente, suportava bem a *hispanidad* do direito das nações americanas, mesmo depois da sua independência²⁷, pois nesse afã de

como uno de sus rasgos característicos el de su propia persistencia; aspira a regir indefinidamente y a ser aplicado de la misma manera en todos los casos” (p. 27). Sobre o contexto historiográfico: Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en historia del derecho*, Editorial Dykinson, S.L., 2014, *maxime*, 58 ss. e 72 n. 40; Luigi Nuzzo, “De Italia a las Indias. Un viaje del derecho común”, *Estudios socio-jurídicos*, Bogotá, 10(2008), 87-126 (em <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/349/295>). Fortuna na historiografia do direito indiano: Víctor Tau Anzoategui, *Nuevos Horizontes en el Estudio Histórico del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997.

²⁵ V. Alfonso García-Gallo, “Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano”, cit., pp. 22-23.

²⁶ *Las Indias no eran Colonias*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1948.

²⁷ Embora García-Gallo exclua expressamente o direito pós-colonial americano do âmbito do direito, “Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano”, cit., p. 23.

explicar a vigência do direito atual a partir da continuidade de antigas tradições jurídicas, o jurista que estudasse os direitos contemporâneos das nações americanas iria encontrar esse fundo primordial de direito castelhano²⁸.

As ideias de García-Gallo sobre o direito de Índias foram sendo desafiadas por novos entendimentos da história do direito surgidas a partir dos anos de 70 do séc. XX.

Os primeiros aspetos a suscitar reparo relacionavam-se com o entendimento de García-Gallo quanto às características estruturais do direito indiano.

Em 1992, Vítor Tao Anzoategui problematiza dois aspetos que pareciam centrais na construção metodológica de García-Gallo²⁹ – o legalismo e a sistematicidade do direito indiano. Os dois estudos de Victor Tao³⁰ incorporavam duas importantes componentes do pensamento jurídico europeu do pós-guerra. Por um lado, o anti-positivismo³¹; por outro, o anti-sistemismo (anti-conceitualismo, anti-logicismo)³². Aplicadas ao estudo do direito indiano, estas duas ideias levavam a problematizar, desde logo, o carácter unilateral das transferências jurídicas de Espanha para as Américas, uma vez que, mesmo no caso da lei real, a avaliação histórica do seu impacto deveria incluir a receção da doutrina e práticas jurídicas na periferia, pois estas seriam responsáveis, tanto ou mais do que a vontade do legislador, pela geração dos seus efeitos jurídicos. Assim, os contextos locais de aplicação da lei (as leis “como factos sociais”) ganhavam uma relevância fundamental, como a ga-

²⁸ Alfonso García-Gallo, *Los orígenes de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987.

²⁹ Note-se, em todo o caso, que a pré-compreensão jurídica filosófica de García-Gallo – muito próxima do tomismo e do institucionalismo – limitava tanto o seu legalismo como o seu sistemismo. De facto, ele via na verdadeira lei um “ensinamento” tirado da experiência prudencial dos homens sábios mais do que uma ordem arbitrária e conjuntural do poder político. Por outro lado, reagia expressamente contra a equiparação do direito a um sistema dogmático, separado da vida, aproximando-se das correntes da metodologia que valorizavam os momentos vitalistas e institucionais do direito.

³⁰ *La ley en América hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992; Victor Tao, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

³¹ Gustav Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” [1946], em A. Kaufmann, & L. E. Backmann (coords.), *Widerstandsrecht, Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, 1972.

³² Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, Beck, München, 1953; H. Coing, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1956.

nhavam, no outro polo do processo legislativo, as ideias dos juristas acerca do justo e do injusto, como fundamentos doutrinários da vontade do legislador. Se o segundo aspeto iria valorizar a relevância da doutrina jurídica –nomeadamente, a do direito castelhano no período moderno, mas também, a do direito comum europeu, como realçará, depois, Eduardo Martiré–, o primeiro abalava fortemente a ideia de uma comunidade jurídica hispano-americana, unida por um comum “direito de Índias”.

Por outro lado, a receção por Victor Tao do anti-sistemismo que dominava a reflexão jurídica europeia, salientava que tradição do direito europeu –que pouco simpatizava com a ideia de sistema conceitualmente harmónico– era fundamentalmente casuísta, orientada para encontrar soluções justas em função das circunstâncias concretas. E que, por isso, a pretensão de encontrar normas gerais de um direito indiano defrontar-se-ia sempre com um irreduzível casuismo. O autor não excluía a existência de algum aspeto sistemático no direito latino-americano, mas a sua reconstrução teria sempre que contar com a tendência para as soluções casuístas. Chamar a atenção para o carácter essencialmente casuístico das concepções tradicionais de direito também reduzia o alcance da alegada especialidade do direito indiano, como essencialmente casuísta. O casuismo, mais do que uma especificidade do direito colonial americano, era antes um traço geral do direito europeu pré-moderno.

Combinando esta sensibilidade ao casuismo com a atenção aos momentos de aplicação da lei, o resultado é uma dupla problematização –embora não claramente assumida– da ideia de “direito indiano”. Por um lado, a sua unidade estaria posta em causa, quer pela localização/crioulização/miscigenação da lei, quer pela prevalência das circunstâncias do caso na hora de encontrar a solução jurídica³³. Por outro lado, localismo e casuismo não constituiriam uma singularidade diferenciadora do direito de Índias (como sugeriam autoridades anteriores³⁴), antes marcando o seu estreito parentesco com o direito europeu (desde logo com o castelhano, mas mais para além dele)³⁵ da época. Nas Américas, casuismo e localismo eram ainda promovidos pela diferença e mobilidade do mundo ultramarino³⁶. Restava, como elemento identificador, um seu alegado “espírito”, que aparece como o objeto de indagação histórica de um dos livros de Victor Tao, sem que resulte muito claro de que coisa se trate³⁷.

³³ VictorTau, V. *Casuismo [...]*, cit., p. 86 s.

³⁴ V. *Casuismo [...]*, cit., p. 19 s.

³⁵ V. *Casuismo [...]*, cit., p. 83 ss.

³⁶ V. *Casuismo [...]*, cit., p. 570 ss.

³⁷ Cinco anos depois, Victor Tau sistematiza os resultados das suas investigações, no que

Numa obra ulterior³⁸, Víctor Tau refere ainda um outro fator de inter-diferenciação do direito colonial americano – o caráter compósito do direito indiano: “el Derecho de Castilla como “modelo inspirador” y como normativa aplicable; el Derecho común, como saber de juristas; el Derecho natural, como orden indisponible; el Derecho canónico; el Derecho indiano, en sentido estricto; los Derechos aborígenes; y hasta los usos de la gente de raza negra. Este entramado de Derechos, con sus modos plurales de creación, era invocado y aplicado conforme a las situaciones y casos” (p. 34). Nem todos os especialistas de direito indiano tivessem incluído no direito das Índias os direitos dos povos indígenas³⁹. Contudo, mesmo que ele compreendesse apenas o direito dos colonizadores, segregado pela sua prática do governo/polícia e de justiça, a sua pluralidade seria inevitável, dada a variedade de fontes normativas e de situações, dando lugar a adaptações das normas mais gerais ou, pura e simplesmente, à sua dispensa local (“obedezcase pero no se cumpla”). A simples leitura da lei que refere as fontes deste direito e a sua hierarquia (*Recopilación de 1680*, II)⁴⁰

respeita ao objeto e método da história do direito colonial americano: Víctor Tau Anzoátegui, *Nuevos Horizontes en el Estudio Histórico del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997.

³⁸ Víctor Tau Anzoátegui, *Nuevos Horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, cit., 34 e ainda 85 ss.

³⁹ V., por exemplo, Eduardo Martiré, “Algo más [...]”, cit., 250 (“El Derecho Indiano no es el estudio del Derecho indígena, y si en ocasiones ha habido que referirse a él, será en la medida que ello sirva para entender una norma subsistente o comprender conductas y actitudes de esos pueblos aborígenes”).

⁴⁰ “Recopilación de las Leyes de Indias, II,1 (“[...] y en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta Recopilacion, para las decisiones de las causas y su determinación, se guarden las leyes de la Recopilación, y Partidas de estos Reynos de Castilla, conforme á la ley siguiente:

Ley ii. Que se guarden las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las de las Indias. Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleytos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se deve proveer por las leyes de esta compilacion, ó por Cédulas, Provisiones, ó Ordenanças dadas, y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla, conforme á la de Toro, assi en quanto á la substancia, resolucion y decision de los casos, negocios y pleytos, como á la forma y orden de substanciar.

[...]

Ley iii. Que se guarden las leyes que los indios tenian antiguamente para su gobierno, y las que se hizieren de nuevo, Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenian los indios para su buen gobierno y policia, y sus usos y costumbres observadas y guardadas despues que son Cbristianos, y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religion, ni con las Ieyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y con-

já dá ideia da pluralidade de camadas de normas em vigor nas Índias, algo que fora salientado, afinal, desde os fundadores da disciplina⁴¹.

Dada esta sua estrutura compósita, segundo uma geometria que variava localmente, tornava-se ainda mais problemática uma unidade conceitual do direito colonial hispano-americano que fosse mais do que referência a um domínio territorial de vigência (o que vigorava nas “Índias”). No entanto, até neste sentido a designação seria problemática. Porque, como na época moderna vigora um conceito jurisdicional de território (*spatium armatum iurisdictionis*)⁴², seria preciso provar que a América colonial espanhola constituía um espaço jurisdicional autónomo (separado, limitado) e internamente homogéneo. Ora ambas as empresas têm dificuldades⁴³.

Esta situação de atomização jurídica existia também nos direitos europeus. Também na Europa, os direitos “nacionais” (próprios, particulares) eram, de facto, conglomerados de ordens jurídicas, cuja “unidade” se reconduzia à referência a uma “patria communis”, uma sede jurisdicional onde um

firmamos, con tanto que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor ,y al nuestro, y á la conservacion y policia Christiana de los naturales de aquellas Provincias, no prejudicando à lo que tienen hecho, ni à las buenas y justas costumbres y Estatutos suyos. Em <http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/rldi/indice/indice.html>.

⁴¹ V. Rafael Altamira, “Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII” em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 20(1944-1945), 345-389, e 21(1946), 1-54 e 409-468; Victor Tau Anzoategui, *Nuevos horizontes ...*, cit., 85 ss.. Em contrapartida, Alfonso García-Gallo, afirmava, nesses mesmos anos: “La empresa española en las Indias fue en todo momento dirigida y encauzada por el Estado, que supo estimular y aprovechar la iniciativa privada coordinandola con la propia actuación, con arreglo a unas normas que, a medida que la experiencia se fue acrecentando, adquirieron mayor concreción. Por ello la legislación – Provisiones, Cedillas, Ordenanzas, Capítulos de Carta, etc.– llegaba a adquirir tan extraordinaria frondosidad, que si de una parte constituía un sistema completo y cerrado, de otra suponía una dificultad de hecho casi insuperable para su conocimiento” (“El proyecto de Código peruano, de Gaspar de Escalona y Agüero”, *Anuario de historia del derecho español*, 17(1946), 889-920).

⁴² A. M. Hespánha, “L’espace politique dans l’ancien régime”, em *Estudos em homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*, Coimbra, 1984, 58 ps.; também em “El espacio político” (1984), em A. M. Hespánha, *La gracia del derecho*, Madrid, 1983, Centro de Estudios constitucionales, pp. 85-121.

⁴³ V. Carlos Garriga, “Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV”, em Eduardo Martiré, coord., *La América de Carlos IV (= Cuadernos de Investigaciones y Documentos, I)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006, pp. 35-130.

príncipe, como “senhor natural” que não reconhecia superior, fazia justiça e estabelecia o direito. Isso bastava para que se falasse de direito (próprio) “do reino” que, no reino, era direito comum, pois o seu príncipe não reconhecia superior, sendo equiparado ao imperador⁴⁴. A sua construção como unidades jurídicas é mais um efeito historiográfico do que histórico. Foi a historiografia romântica, nacionalista e estadualista, do séc. XIX que lhes atribuiu a unidade forte que historicamente lhes faltava.

No caso dos direitos das Índias, a sua especialidade em relação ao direito de Castela tornava-os, decerto, direitos particulares ou próprios, no seio do direito de Castela. Mas já é duvidoso que lhes atribuísse a natureza de um “direito comum” das Índias, pois a elevação de um direito próprio a direito comum no âmbito do respetivo território requeria que esse território fosse um reino, ou seja, que o senhor do território não reconhecesse superior, podendo, por isso, ser equiparado ao imperador. Isto não acontecia com as Índias, pois as suas jurisdições indianas conheciam superior⁴⁵. Os direitos de Índias eram apenas “direitos municipais” (num sentido diferente do que hoje é usual) no seio do direito do reino de Castela⁴⁶. Mas isto não lhes con-

⁴⁴ V. Javier García Martín, “En los orígenes del derecho comparado. Pierre Rebuffi (1487-1557) y la creación de una tradición jurisprudencial salmantina en el comentario del derecho regio”, em Salustiano de Dios, Javier Infante y Eugenia Torijano (org.), *Juristas de Salamanca, siglos XV y XX*, Salamanca, Ed. Univ. Salamanca, 2009. Sobre o assunto, A. M. Hespanha, *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750 [...]*, Amazon-Kindle, 2015, § 488. Tratando do direito português, um jurista do séc. XVII, justifica o conceito de direito do reino: “intitulámos assim porque os assuntos nele contidos constam apenas do direito da nossa Ordenação e, por outro lado, nesses tratados quase não se refere o Direito comum e as leis ou os costumes das restantes Províncias, bem como os seus estatutos ou costumes” (Mateus Homem Leitão, *Do Direito Lusitano Dividido em Três Tratados. Agravos, Cartas de Seguro, Inquirições*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, “Ao leitor”, p. 1).

⁴⁵ V., decisivo, Carlos Garriga, “Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV”, cit.. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006, pp. 35-130. Também, C. Garriga, “Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)”, em *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), 34 (2006), pp. 67-160.

⁴⁶ Víctor Tau testemunha o uso da expressão “direito municipal” ou “leis municipais” para designar “las disposiciones particulares dadas para el gobierno de las Indias, ya fuesen dictadas por las autoridades peninsulares, ya lo fuesen por las de cada reino o provincia americana”, contrapostas ao direito comum, ao direito castelhano e ao “Derecho indiano, siempre que por este último entendamos a la totalidad del orden jurídico vigente en las Indias”. V. “El derecho municipal de Perú”, *La ley en America Hispana [...]*, cit., 311-345. Mas a última contraposição é problemática, pois, como refere C. Garriga: “Aunque las disposiciones dictadas para (o en) el Nuevo Mundo formaron desde muy pronto un cúmulo ciertamente abrumador y ya entonces ingobernable, no llegaron a constituir desde

feriria a unidade de um direito capaz de funcionar, no respetivo território, como direito comum, ao contrário do que acontecia com os direitos dos reinos metropolitanos.

Note-se que a historiografia contemporânea do direito comum está cada vez mais longe de aceitar que o direito comum constituísse um “sistema”. Nem um sistema institucional, baseado num “espírito do povo”, nem um sistema dogmático, formado por uma construção conceitual consistente, nem mesmo um sistema coerente de fontes, cujas contradições fossem resolvidas pela natureza principal ou subsidiária das normativo⁴⁷. A ideia hoje dominante é a de que o direito comum é apenas uma expressão cómoda para designar uma massa literária que incluía um repositório de textos de autoridade, de tópicos argumentativos, de figuras de argumentação, entre si privados do uma fundamental consistência.

Há quem busque a identidade do direito de Índias na singularidade dos títulos de legitimidade com que os quais reis de Castela governavam as Índias, desde logo as Bulas de doação, com as missões e preceitos que continham, mas também as capitulações com potentes locais ou com particulares, os tratados internacionais com outras coroas, nomeadamente com a portuguesa sobre os limites territoriais dos descobrimentos ou conquistas). Esta “constituição de Índias” –tal como as leis de cortes ou os pactos jurados na metrópole– estabeleceria um limite à jurisdição real e aos seus poderes normativos e de governo e impregnaria de um espírito correspondente o direito colonial hispano-americano⁴⁸. Mas, como estes títulos serviram mais como dispositivos de legitimação do que como princípios de orientação normativa, não é fácil sustentar –fora de uma leitura ideológica da colonização

el punto de vista de la Corona un orden jurídico *propio*. Esta es, sin duda, la razón por la cual no merecieron en su tiempo ningún otro nombre propio que “derecho *municipal* de las Indias”, que era el que respondía a la naturaleza de la cosa: una parte especial del derecho *propio* de Castilla, que se componía con el *común* para formar el orden jurídico que la Monarquía católica implantó en aquellos territorios” (Carlos Garriga, “Patrias criollas [...], cit.. Já Eduardo Martiré (“Algo más sobre Derecho Indiano. Entre el *ius commune* medieval y la moderno”, cit., 252 ss.) considera que o direito de Índias era direito comum para as colónias americanas. Mas isto parece muito duvidoso.

⁴⁷ Descrição da evolução do conceito historiográfico de “direito comum” em Mario Carevale, *Alle origini del diritto europeo*. *Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, Monduzzi, 2005, 12-21; *Diritto senza legge. Lezioni di diritto commune*, Torino, Giapichelli, 2013, 100-109.

⁴⁸ V. Eduardo Martiré, “Algo más sobre Derecho Indiano. Entre el *ius commune* medieval y la moderno”, cit., 252 ss.

espanhola e do seu direito— que esta “constituição” conferisse um espírito ao direito de Índias, tanto mais que uma parte esmagadora das suas normas se dirigiam a objetivos pontuais e pragmáticos de organização (de “polícia”) da sociedade colonial.

4. A depuração ideológica da historiografia do direito de Índias

Assim, a tese da autonomia, unidade e singularidade do “direito de Índias” tornou-se cada vez menos plausível à medida que se foi expurgando a sua historiografia, quer daquilo a que chamámos o caldo ideológico da *Hispanidad*⁴⁹, quer das consequências que esta ideologia teve no estabelecimento de um método para a história do direito em Espanha. Feita esta depuração, a subsistência de um direito de Índias —substancialmente diferenciado dos direitos coloniais de outros “impérios” europeus— vai depender de se encontrarem ou não traços comuns na prática jurídica das colónias americanas de Espanha.

Ao listar os temas-chave de um estudo do direito indiano, Víctor Tau enumerou os enfoques que deveriam passar a orientar o estudo da prática jurídica indiana⁵⁰. Creio que é a partir do estudo destes temas que se tem que decidir do grau de monotonia e de consistência dos direitos das colónias espanholas na América.

Um primeiro elemento a avaliar é o impacto das referências comuns da tradição jurídica letrada, de matriz espanhola, formada no âmbito dos dispositivos discursivos da tradição literária do direito castelhano e europeu. Se for certo que a colonização espanhola foi, antes de mais, uma “colonização de homens de leis”⁵¹, então é provável que isso tenha gerado uma “esfera de comunicação”⁵² específica e, com isso, traços comuns no direito,

⁴⁹ V. Luigi Nuzzo, “De Italia a las Indias. Un viaje del derecho común”, *Estudios socio-jurídicos*, Bogotá, 10 (2008), 87-126 (em <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/349/295>).

⁵⁰ Víctor Tau Anzoátegui, *Nuevos horizontes...*, cit., 57 ss.

⁵¹ V. Javier Malagón Barceló, “Una colonización de gentes de leyes”, em Id., *Estudios de historia y derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, 1986, 81-100 (M, www.juridicas.unam.mx, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4036>).

⁵² Referências metodológicas: Thomas Vesting, *Die Medien des Rechts: Sprache, Schrift, Buchdruck, Computernetzwerke*, Frankfurt, Velbrück, 2011-2015.

pelo menos a um certo nível do comunicação jurídica⁵³)⁵⁴. Relacionado com este tema estão os da similitude da formação jurídica (em Espanha ou nas Américas) e os das características da cultura jurídica histórica na América Latina⁵⁵, bem como o da circulação de elites jurídicas no mundo colonial espanhol⁵⁶. Na formação de um direito comum, a difusão de livros jurídicos e

⁵³ Rogelio Pérez-Perdomo, *Latin American Lawyers: A Historical Introduction*, https://books.google.pt/books?id=i1OrvWTXl_UC&pg=PA19&dq=#v=onepage&q&f=false.

⁵⁴ Embora se trate de uma questão diferente, interessante é também verificar que grupos sociais se exprimiam por esta via da comunicação jurídica, mobilizando o arsenal discursivo dos juristas. V. Mark A. Burkholder, *Spaniards in the Colonial Empire: Creoles vs. Peninsulars*, Oxford, John Wiley & Sons, 2012 (<https://books.google.pt/books?id=AxBpXiZnf44C&pg=PT154&lpg=PT154&dq=bulkholder+chandler+audiencias&source=bl&ots=RaKSvSOS4l&sig=SV01a2ER45RhQn4H9rBjSKzu48M&hl=pt-PT&sa=X&ved=oahUKEwj-ibqOpP3MAhXHXhoKHVgPCuoQ6AEIRzAH#v=onepage&q=bulkholder%20chandler%20audiencias&f=false>)

⁵⁵ V. Miguel Luque Talaván, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003, *maxime* 44 ss. (rec.: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173814170043>); (<https://books.google.pt/books?id=IZE4SqYRrN4C&pg=PA105&lpg=PA105&dq=luque+talavan+universo+de+opiniones&source=bl&ots=wews6KOvb5&sig=B3AjxaIKdHez-BCOQmbFprMX-F6U&hl=pt-PT&sa=X&ved=oahUKEwio9Ya7toHNahWL2hoKHaTGDIoQ6AEITDAG#v=onepage&q=luque%20talavan%20universo%20de%20opiniones&f=false>); Javier Barrientos Grandon, *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, 286 pp. (on line - <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=269>); Javier Alvarado, (ed.). *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, v. I, Madrid, Marcial Pons, 2000; Javier Malagón Barceló, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*. México, 1959; Bernardino Bravo Lira, “Autores y obras jurídicas de la época del barroco en América y Filipinas”, em *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989; M. Aspell e C. Page, *La biblioteca jesuítica de la Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba del Tucumán, 2000. Sobre as mediações entre cultura jurídica letrada e prática jurídica popular, Carolina González Undurraga, “Lo verbal en lo letrado. Una reflexión a partir de los procedimientos judiciales (Chile, fines de la colonia y principios de la república)”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos [on line]*, Colloques, 2012, <http://nuevomundo.revues.org/63570>; Id., “Las posibilidades del registro judicial para rastrear la recepción de saberes sobre justicia y gobierno”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos [on line]*, 2012, <http://nuevomundo.revues.org/62418>; Luján Muñoz, “La literatura jurídica notarial en Hispanoamérica durante la colonia”. *Revista Interamericana de Bibliografía* (Washington). XXXVII/3 (1987), pp. 355-368.

⁵⁶ Na formulação de Víctor Tau, “Nuevos horizontes...”, cit., 63 ss.: “Cabe, en fin, preguntarse si estas letrados constituían un palo de poder en sí mismos. Ellos monopolizaban la creación del Derecho –civil y canónico–, redactaban las leyes, elaboraban las obras jurisprudenciales y lo aplicaban mediante dictámenes y sentencias;

a composição de bibliotecas coloniais tem uma enorme relevância, pelo que também daqui dependerá a constituição de uma cultura comum de referência⁵⁷. Finalmente, é crucial avaliar a difusão e publicidade das disposições legislativas de Índias⁵⁸.

Um segundo elemento a estudar é o da relação complicada entre uma alegada matriz comum do direito castelhano, a sua refração nas periferias americanas (“direito crioulo”) e as eventuais transações com os direitos indígenas (“mestiçagem jurídica”). Estas questões não foram ignoradas pela historiografia tradicional. Mas também elas devem ser sujeitas a um reexame atento às contaminações ideológicas. De direito crioulo falaram Alfonso Gar-

regían los estudios universitarios; daban sus reglas a la burocracia. Su “auctoritas” escapaba al control de otros poderes en el campo específico. Hasta qué punto puede hablarse de un gobierno y una justicia de letrados? Y aún más. En qué medida los juristas criollos y “radicados” imponen, en el ejercicio de sus funciones, estilos propios, más acomodados al contexto social en que se desenvuelven? Qué contrapunto advertimos, por ejemplo, entre audiencias dominadas por criollos y audiencias, de época tardía, integradas estrictamente por ministros peninsulares? La proyección de los juristas no parece limitarse a estos campos [...]”, 65; Mark A. Burkholder and D. S. Chandler, *From Impotence to Authority. The Spanish Crown and the American Audiencias, 1687-1808*, (University of Missouri Press, Columbia and London, 1977, https://books.google.pt/books?id=27boxCWtIXQC&pg=PA40&lpg=PA40&dq=bulkholder+chandler+audiencias&source=bl&ots=P8ZoceqIGa&sig=1rItE_A33WB7Jafll-VrHS-4colY&hl=pt-PT&sa=X&ved=0ahUKEwj-ibqOpP3MAhXHXhoKHVgPCuoQ6AEIOTAE#v=onepage&q=bulkholder%20ochandler%20audiencias&f=false (ver rec. em *Journal of American Studies*, 10.2(1978)

⁵⁷ Como recorda Víctor Tau, “EI surgimiento del Derecho indiano se produjo en la misma época en que la imprenta empezaba su vertiginoso desenvolvimiento, incluyendo entre sus principales rubros al jurídico. EI libro impreso es, por cierto, iniciador de una nueva fase cultural. Sin embargo, aparece como heredero del manuscrito, sin que haya una fractura esencial entre uno y otro [...] La aspiración de los autores a editar sus obras por la imprenta no sólo posibilitaba su mayor difusión, sino que la letra impresa fue adquiriendo un halo de autoridad, que desplazaba a aquellos escritos que no habían pasado por los tórculos”, Víctor Tau, “Nuevos horizontes ...”, cit., 73; sobre a relação entre imprensa e conteúdo do direito, v. Thomas Vesting, *Die Medien des Rechts. Buchdruck, Wielerwist*, 2013. Para a América hispânica, Alamiro de Ávila Martel, “La impresión y circulación de libros en el Derecho indiano”, em *Revista Chilena de História del Derecho*, 11, (1985), 189-209; Carlos Alberto González Sánchez, “Los Libros de los españoles en el Virreinato del Perú. Siglos XVI y XVII”, *Revista de Indias*, 56.206(1996), 7-46; Teodoro Hampe Martínez, *Bibliotecas privadas en el mundo colonial, Iberoamericana*, 1996.

⁵⁸ Víctor Tau, “Nuevos horizontes ...”, cit., 74 ss.; Juan Manzano y Manzano, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1950 (reed. 1991).

cia-Gallo⁵⁹ e Ismael Sanchez-Bella⁶⁰, referindo-se ao direito local, emanado dos *cabildos* ou de costumes locais das elites hispânicas. Mas nem o mesmo García-Gallo deixou também de chamar a atenção para a necessidade de estudar fenómenos de mestiçagem jurídica, sobretudo depois de ter tido um contacto mais direto com a historiografia mexicana, já nos meados da década de 1970⁶¹. Só que a valorização autónoma dos direitos indígenas e a avaliação de possíveis mesclas com direito hispânico eram prejudicadas pela resistência da ideia de uma colonização jurídica “missionária”, marcada pelo grande desnível das culturas jurídicas em confronto⁶².

Vejamos, agora, como exemplo de contraste, como é que outra historiografia ibérica, a portuguesa, reagiu ao mesmo assunto.

5. “Luso-tropicalismo”

A historiografia colonial portuguesa, que aqui se apresenta como um caso de contraste, ajuda a perceber o modo como o contexto da prática historiográfica

⁵⁹ “[...] criollo, indiano, no sólo por su destino; sino también por su nacimiento, promulgada por las autoridades que residían en India –virreyes, audiencias, gobernadores– para las provincias o lugares de su distrito”, Alfonso García-Gallo, “El proyecto de Código peruano, de Gaspar de Escalona y Agüero”, *Anuario de historia del derecho español*, 17(1946), 889-920, p. 890.

⁶⁰ “Derecho indiano criollo”, *Memoria del X Congreso* [...], Mexico, 1481-1511 (on line, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/819/24.pdf>). Também, Maria del Refugio Gonzalez, “El derecho indiano y el derecho provincial novohispano”, 995, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/210/6.pdf>.

⁶¹ “Este Derecho mestizo –valga la expresión– es Derecho indiano; Derecho consuetudinario de las comunidades indígenas más o menos españolizadas, que llega hasta nuestros días” (citado por Víctor Tau Anzoátegui, “El tejido histórico del derecho indiano. Las ideas directivas de Alfonso García-Gallo, em *Revista de Historia del Derecho*, 21(1993), 9-72, 46 ss.). À parte a possível influência do meio historiográfico mexicano, esta atenção aos direitos indígenas casava com o fundo institucionalista longínquo da família ideológica em que García-Gallo se inseria. Em Portugal, Paulo Merêa –que tem um parentesco cultural forte com García-Gallo– propôs, desde muito cedo, o estudo do direito consuetudinário (“Questionário sobre o direito consuetudinário português”, em *Estudos de História do Direito*, Coimbra, 1923, pp. 246-257).

⁶² V. Víctor Tau, “Nuevos horizontes ...”, cit., p. 101; sobre as influências dos direitos indígenas sobre o direito castelhano, já José M. Mariluz Urquijo, “El derecho prehispanico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano”, *III Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas/Estudios*, Madrid, Instituto Internacional de Estudios Jurídicos, 1973 (= http://www.larramendi.es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000251).

ca se projeta sobre a investigação histórica, sugerindo-lhe narrativas, teorias explicativas e objetos históricos.

O sentido comum sobre a história da colonização portuguesa assentava numa ideia de especificidade portuguesa que destacava tópicos muito distintos daqueles que dominavam a ideia de *Hispanidade*⁶³. As origens desta interpretação portuguesa da expansão remontava às teorias sócio-antropológicas do historiador Oliveira Martins, nos finais do séc. XIX⁶⁴.

Na fase mais elaborada da sua obra, em que se afasta das suas conceções originárias sobre antropologia e história de Portugal⁶⁵, Oliveira Martins procurava no “génio lusitano” o fundamento das características distintivas dos portugueses face aos restantes peninsulares, designadamente face aos castelhanos: o seu lado “vago e fugitivo”, contrastante com a “terminante afirmativa do castelhano”, a “nobreza” que haveria no “heroísmo lusitano”, diferente da “fúria dos nossos vizinhos”, a “nota profunda ou sentimental, irónica ou meiga”, que marca as nossas letras, e não existe na “civilização castelhana”. Enfim, o carácter épico da história portuguesa, enquanto que a espanhola seria sempre “trágica e ardente”⁶⁶. Estes traços da alma lusitana explicariam a atração pelo mar e um naturalismo e apego ao solo, tudo características que teriam origem na aportação dos invasores celtas. Porém, com os restantes ibéricos, os portugueses partilhariam traços comuns ancestrais, entre eles uma abertura a outras raças explicada pelo facto de o génio ibérico “no seu foro mais íntimo” não ser europeu, mas de raiz norte-africana.

São estas as bases da teorização –é certo que flutuante– de Oliveira Martins sobre o colonialismo português, tanto na vertente histórica como no plano das propostas políticas⁶⁷. Deixando de lado este último aspeto, salienta-se como Oliveira Martins acaba por aderir à ideia de um colonialismo que decorre do “ser da nação”. Fora brando e amoroso⁶⁸, diferenciado, pluriforme, “ma-

⁶³ V. Paulo Bruno Rodrigues Ferreira, *Iberismo, hispanismo [...]*, cit., pp. 84 ss.

⁶⁴ V. <http://malomil.blogspot.pt/2013/01/oliveira-martins-e-espanha.html>.

⁶⁵ Que, como Herculano, realçavam o acaso da formação de Portugal, e, como Proudhon, destacavam o papel de uma vontade federadora” na constituição das comunidades humanas. Valentim Alexandre, “Questão nacional e questão colonial em Oliveira Martins”, *Análise Social*, v. 31 (135), 1996 (1.º), 183-201 (em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223390523Q2jYE4ag9Ta84QV4.pdf>), p. 185.

⁶⁶ V. Valentim Alexandre, “Questão nacional [...]”, 190.

⁶⁷ Sobretudo em *O Brasil e as Colónias Portuguesas* (1880), *Portugal nos Mares* (1889), *Portugal em África* (1891).

⁶⁸ Os portugueses, tal como resultam dos *Lusíadas*, “são celtas no amor infinito dos céus, na candura ingénua das almas, na curiosidade febril de conhecer, no encanto mágico

nhoso” (astuto) mais do que sistemático, em virtude a propensão para a miscigenação rática que faria parte do legado antropológico lusitano⁶⁹. Por outro lado, a mesma alma céltica explicaria o lirismo que, fortalecido na expansão, gerara um patriotismo que alcançaria “as culminações de uma piedade quase religiosa”, uma das “mais belas flores que a piedade humana criou”⁷⁰. No plano das propostas de política colonial, seria justamente isso o que haveria que corrigir. Portugal tinha conquistado, mas fora incapaz –em virtude da componente espiritualista céltica do seu temperamento– de exercer, como Roma, o império, de forma racional e organizada. A isto substituindo um espírito aventureiro, lírico, individualista e anárquico de governar⁷¹. A política colonial do futuro devia, por isso, racionalizar, não decerto unificando irrealisticamente a constituição colonial, mas garantindo ao colonizador os meios de, liberto de ilusões filantrópicas, exercer a função imperial a que a supremacia rática o autorizava.

Embora Oliveira Martins já apontasse para esta existência de traços específicos da colonização portuguesa, é o Integralismo Lusitano que vai insistir mais no particularismo português dentro da cultura peninsular, a ponto de acabar criticando o alegado iberismo de Oliveira Martins e de desenvolver uma teoria da singularidade da expansão portuguesa, sobretudo quando contraposta à expansão espanhola⁷². E, ao fazê-lo, vai criar um senso comum acerca do “império português” determinante para a escrita da história do direito da colonização lusa, mesmo antes do impacto do luso-tropicalismo que, de resto, tem aqui mesmo uma das suas raízes mais evidentes⁷³.

da vida, na meiguice da natureza, na humanidade do carácter”, em *Camões*, Lisboa, Guimarães Editores, 1872, p. 31.

⁶⁹ V. Valentim Alexandre, “Questão nacional [...]”, 199.

⁷⁰ Paulo Archer de Carvalho, “Oliveira Martins na (re)visão integralista”, *Revista da Universidade de Coimbra*, 38, 1999, 185-201 (193).

⁷¹ António Machado Pires, “Oliveira Martins e as raízes etnogénicas do povo português”, *Revista da Universidade de Coimbra*, 38(1999), 371-383.

⁷² Sobre a reação dos integralistas a Oliveira Martins, Paulo Archer de Carvalho, “Oliveira Martins na (re)visão integralista”, *Revista da Universidade de Coimbra*, 38(1999), 185-201 (193). Ver ainda Óscar Lopes, “Nação e nacionalidade portuguesas. O legado de Oliveira Martins”, *Revista da Universidade de Coimbra*, 38, 1999, 185-201 (193), 385-396. Abrangendo todo o contexto do nacionalismo e do iberismo, Vamireh Chacon, *A grande Ibéria: convergências e divergências de uma tendência*, São Paulo, UNESP, 2005.

⁷³ Sobre o luso-tropicalismo: Gilberto Freyre, *O mundo que o português criou*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1940; Id., *O luso e o trópico*, Lisboa, Comissão Executiva do V Centenário da Morte do Infante D. Henrique, 1960; Vicente Ferreira, *Colonização étnica da África portuguesa*, II Congresso da União Nacional, Lisboa, Bertrand (Irmãos), Lda.,

Um dos textos mais explícitos na definição das características específicas da colonização portuguesa é o de António Sardinha, integrado no ciclo de conferências proferidas em 1915 na Liga Naval sobre “A questão ibérica”⁷⁴. O seu ponto de partida é o da distinção entre lusitanos e castelhanos, como grupos étnico-culturais no seio da Península Ibérica. Os lusitanos seriam os descendentes de um núcleo originários de povoadores da orla ocidental peninsular (o dolicoide “homem de Muge”), resíduos de uma civilização atlântica, sedentários resistentes às sucessivas invasões pré arianas (iberos, lígures) ou arianas (celta, romana, germânica). Os castelhanos teriam origem na fusão de povos invasores, guerreiros e migrantes. Teria sido esta oposição, rática, civilizacional, psicológica e cultural, que teria marcado dois modos opostos de viver e, no futuro, dois modos diferentes de colonizar. No ariano, habitante da meseta, modos imperiais, aristocráticos e belicistas⁷⁵; no neo-atlântida da orla marítima, benignidade e doçura, apego emotivo ao assentamento tradicional⁷⁶. Este espírito dos dois povos ter-se-ia exprimi-

1944.; Orlando Ribeiro, *Goa em 1956: relatório ao Governo*, Lisboa, Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 1999; Valentim Alexandre, “Configurações políticas”, em Francisco Bethencourt e Kiri Chaudhuri (dir.), *História da Expansão Portuguesa*, v. IV, “Do Brasil para África (1808-1930)”, Lisboa, Círculo de Leitores, 1998, pp. 90-211; Cláudia Castelo, “O modo português de estar no mundo”: o luso-tropicalismo e a ideologia colonial portuguesa, Porto, Edições Afrontamento, 1998; Miguel Vale de Almeida, *Um mar cor da terra: “raça”, cultura e política de identidade*, Oeiras, Celta, 2000.

⁷⁴ António Sardinha, “O território e a Raça”, em *A questão ibérica*, Lisboa, Tipografia do Anuário Comercial, 1916, 13-76.

⁷⁵ “Castela não conhece a linguagem branda do coração. Vibra e desfaz-se toda nas alucinações sangrentas da Epopeia. A Epopeia importa consigo uma origem guerreira, apenas verificável numa raça ocupadora. Já não acontece o mesmo com o lirismo galaico lusitano. Filho da terra, balbuciando queixas ingenuas, em que o fio corrente da emoção é esmaltado de delicadas comparações naturalistas, só uma comunidade que pratica a agricultura, e ama o “verde pino”, e sabe o regresso das Estações, é que o poderia sentir-se e erguer-se a tamanhos voos de sensibilidade”, António Sardinha, “O território e a Raça”, cit., ps. 49/50.

⁷⁶ “Versículo novo da criação do Mundo: fez o Sol a Espanha, fez o Mar a Portugal. E Deus nosso Senhor que promoveu a diversidade do meio, promoveu com isso a diversidade do habitante. De facto, o carácter castelhano, imperialista, duro, truculento, com solenidades que impõem e exageros que chegam a loucura, é bem a psicologia do planalto, sua mansão natal, com rochas a prumo e asperezas bélicas no aspecto contraído. A índole benigna do homem da vertente atlântica, emotivo e criador, entregando-se tanto as vibrações arrebatadoras da Esperança, como aos soluços líricos da Saudade, outra coisa não é senão a riba marítima a transmitir-lhe ao feitio toda a doçura dum clima estável”, António Sardinha, “O território e a Raça”, cit., p. 43; também p. 44. “Como o meio abrupto do platô central da Iberia levaria a um isolamento erriçado de casta, a depressão marítima da

do na forma das respetivas colonizações. A espanhola, violenta, baseada na conquista territorial e na destruição dos nativos, a portuguesa consistindo na gestação emotiva de uma comunidade de sentimentos e de ligações às pequenas pátrias territoriais⁷⁷.

6. As estruturas institucionais de um império “amoroso”

Assim, a colonização portuguesa teria uma matriz emocional pronta a tecer laços com todos os que partilhassem o solo onde os colonos assentassem, a ponto de fazer perigar a integridade da raça (“se não fossem as medidas sanitárias da Inquisição”..., p. 62; um tópico comum aos nacionalismos ibéricos que exaltavam a unidade da fé), ao mesmo tempo que se organizava naquelas mesmas instituições que, já na península, tinham podido exprimir melhor o modelo particularista, localista, de organização comunitária. Na península, referem-se as beatrias, senhorios em que pequenas comunidades de vassalos que se submetiam a um senhor mediante um pacto de proteção, e, claro, os municípios, essas comunidades exclusivas de vizinhos arreigados garantes de uma endogamia que protegia contra a invasão de sangue estran-

vertente ocidental ca usava por força’ das circunstancias uma comunicabilidade constante entre os povos que nela moravam. A predisposição para a convivencia e para o cultivo dos sentimentos delicados da alma é filha no Lusitano do seu equilibrado clima insular. Por igual razão a agricultura floresceria cedo entre os nossos remotos antepassados. A pratica da agricultura, aferrando-os ao solo, imprimiu-lhes preferencias sedentarias e elevou-os á compreensão poética da Natureza através dos ritos agrarios e da adoração internectida dos Logares. Como derivante do sedentarismo e sendo a forma espiritual do instinto que prendia ao solo, – a religião dos Mortos concede ao homem primevo da região galaico-lusitana um sentido especial de existencia em que vivos e defuntos se solidarizam nos laços afectivos duma mesma comunhão. É o ethos comunitario do Português, que o Municipio concretiza admiravelmente como celula primária da Patria”, p. 47.

⁷⁷ “A noção germânica do Poder, definida pela idéa da posse como um apanagio territorial, Castela a incarna, Castela a vulgariza. Não carecemos de mais prova que a historia da sua colonização. É o exterminio do indigena e é o consumo, até ao esgotamento, das riquezas naturaes do solo. Ainda por aqui nos distinguimos, e fundamentalmente. Compare-se o Brasil, como obra do nosso genio, as vizinhas republicas latinas da America. A estabilidade do Brasil repousa na unidade de raça e de sentimentos, de que é tão senhora a gente da zona galecio-lusitana”, António Sardinha, “O território e a Raça”, cit., p. 44-45. “De facto, pelo apego localista, expresso nas instituições municipaes ao depois, é que o Lusitano se defende sempre e se aguenta intacto. O estatuto territorial é o fundamento da sua existencia colectiva, enquanto o genio castelhano, dominando no planalto, se apoia inteiramente no estatuto pessoal” (p. 61).

ho⁷⁸, regidas por forais que eram as normas tradicionais de vida comum e não redações artificiais de alegados costume ordenadas pela coroa. No ultramar –como destacava, desta vez, Ruy Ulrich, um professor de direito colonial–, tinham-se criado instituições específicas, que rompiam com o modelo, adotado por Espanha, de um império institucionalmente homogéneo. Foram as capitânias e os prazos, modelos administrativos ambos adequados a recolher as particularidades dos arranjos da vida local⁷⁹. No plano espiritual,

⁷⁸ “O homem chamado de Mugem descobriu-se-nos no vale do Tejo, praticando já o sedentarismo nesse recuado período mesolítico em que nós não conhecíamos ainda a agricultura. É um facto admiravel que nos entrega a chave da patria vindouira. As simpatias localistas do homem de Mugem geraram sem duvida as instituições agricolas que, ao depois, ao vir da proto-historia, se expressam nas citanias de alem-Doiro, d’aonde em seguida derivam as arimánias, ou federações militares, por meio das quaes o Lusitano se defendeu largos tempos do avanço das tropas romanas. O Municipio, como necessidade da policia e do fisco imperial, define juridicamente esse nosso localismo instintivo. As ligas guerreiras cedem mais tarde o logar às behetrias, ou mancomunidades agrarias da Reconquista, que se apoiavam no estatuto de vizinhança. Com a nossa sociedade histórica já organizada, são finalmente as behetrias que atingem a plenitude duma consciencia una, como razão estrutural da nacionalidade, ao proclamarem um Principe seu regedor vitalicio e hereditario. A nação portugêsa tirou-se de si mesma, - do embrião que o homem de Mugem representa para nós, nos seus decididos gostos sedentarios. Alexandre Herculano enganava-se, por isso, quando nos negava a raça e se sorria da Lusitania de Strabão, na qual supunha ver um pedantismo heráldico dos nossos humanistas de Quinhentos. Comprehende-se já porque é que o Concelho é a lareira sempre animada da Patria. No Concelho reside o meio-vital da Nacionalidade, visto consagrar o gosto do nosso autóctone pelo arreigamento e lhe garantir a incorruptibilidade étnica, mediante a fixidez á terra, como resguardo seguro contra as mestiçagens perturbadoras, mais frequentes e de maior insistencia nos agrupamentos urbanos”, António Sardinha, “O território e a Raça”, cit., 36/37.

⁷⁹ “Em Portugal houve tambem em certo modo a reproducção nas colonias das instituições da metropole, pois a ideia de autonomia colonial so aparece no seculo XIX, mas houve, o que não se deu em Espanha, a formação de instituições originais para as colonias, algumas délas muitissimo interessantes. Assim se criaram as capitânias e os prazos da corôa, As capitânias são um tipo perfeito do regimen feudal-facto estupendo este, pois o feudalismo rigorosamente caracterizado nunca existiu no Portugal europeu. O que aqui não existira julgou-se, porem, adequado para as colonias e lá se creou (p. 207) [...] A curiosa instituição dos prazos teve inegaveis vantagens. Foi um excelente processo de ocupação e de conquista e talvez o unico meio eficaz de obter o trabalho do indigena e de conseguir por tanto o desenvolvimento da agricultura. Foi pois na Zambesia uma criação utilissima e pela sua originalidade e perfeita acomodação as tradições locais honra o criterio dos colonizadores que a adaptaram e déla se serviram. Poucos houve como estes na época antiga, que soubessem compreender e empregar uma instituição de natureza regional, tão diversa das conhecidas instituições da metrópole. De novo o feudalismo serviu com exito de meio

uma instituição, comum à metrópole e ao ultramar, corporizava a dimensão espiritual da comunidade – as misericórdias, uma espécie de modelo concentrado da solidariedade intemporal da “grei”, unindo mortos, vivos e vindouros⁸⁰. No conjunto, o império português adotava, assim, um modelo institucional particularista, localista, multiforme e original, estabelecendo diferenças essenciais com o império espanhol, centralista, institucionalmente monótono e legalista⁸¹.

Este modelo imaginado de um império fundado nos sentimentos, aberto aos contextos locais de convívio, estruturado em comunidades miniaturais, diverso, regido mais por tradições de vida do que por leis do rei, conviveu com outras conceções imperiais, nomeadamente com a de uma colonização radicalmente assimilacionista e federativa⁸² ou de um império verdadeiramente “imperial”, centralizado e praticando uma colonização disciplinadora, racista, de educação ou, no limite, de destruição dos elementos nativos⁸³.

de guerra e de conquista. de novo aqui a concessão de direitos soberanos se justificou como um bom processo de expansão dos domínios coloniais” (Ruy Ennes Ulrich, “Colonizações ibéricas”, em *A questão ibérica [...]*, cit., p. 209).

⁸⁰ “Quanto às nossas instituições civis e economicas, a sociabilidade característica da Raça traduz-se vigorosamente pelo mais enraizado comunitarismo. É como se criam as Misericórdias e os celeiroscomuns, os maninhos e as mercearias. Não ha outra nação no mundo que como a nossa se chamasse Grey, e Grey se sentisse em todas as horas difíceis da sua vida. Possuido desse fornidavel sentido de solidariedade do presente com o passado e com o futuro, João de Barros deixaria nas Décadas meia duzia de palavras inspiradas, em que o espirito da historia portugueza se resume inteiramente. “Grande gloria he morrer por nossa Lei, por nosso Rey, que são as mais justas causas de morrer”, diz o varão insigne de Quinhentos. “A Grey que he a congregação dos nossos parentes, amigos e compatriotas, a que chamamos republica, celebra o nosso nome de geração em geração”. Não se encontra na historia de Espanha um sentimento tão nitido de comunhão nacional”, António Sardinha, “O território e a Raça”, cit., p. 63/64.

⁸¹ “Confrontar a colonização espanhola com a portuguesa é para mais sempre razão de desvanecimento para um portuguez apaixonado pela sua patria, porque neste campo mais uma vez se afirma a superioridade da raça lusitana e o caracter natural e espontaneo da nossa missão historica, a par da feição forçada e facticia da expansão espanhola”, Ruy Ennes Ulrich, “Colonizações ibéricas”, em *A questão ibérica [...]*, cit., 195.

⁸² O assimilacionismo constituía ideologia colonial dominante até c. de 1870; mais tarde, na República, houve propostas federativas, mas quase sempre contemplando apenas as colónias de povoamento com elites locais de colonos brancos (v. Fernando Tavares Pimenta, “Nacionalismo Euro-Africano em Angola: uma Nova Lusitânia?”, em Luís Reis Torgal, Fernando Tavares Pimenta, Julião Soares Sousa, *Comunidades imaginadas: nação e nacionalismos em África*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2008).

⁸³ Como se propõe na fase mais tardia da obra de Oliveira Martins e está presente em alguns dos doutrinadores do Estado Novo (nomeadamente Armindo Monteiro; mas tam-

Numa síntese sobre a colonização portuguesa, que publicou em 1951, Marcelo Caetano –na linha do último Oliveira Martins– não se mostra nada adepto do modelo de convívio fraternal e de miscigenação. A colonização teria um sentido unilateral, impositivo, pretendendo “conquistar” as almas dos colonizados, “chamando-os” ao grémio da “comunidade lusitana”⁸⁴. Porém, a evolução da política internacional depois da II Guerra levou o Estado Novo a investir mais fortemente nas teorias mais amáveis dos integralistas e do luso tropicalismo de Gilberto Freyre que repisou, com novos e mais elaborados argumentos e com o apoio da máquina de propaganda do Estado, os principais tópicos do Integralismo⁸⁵.

A questão da estrutura político-institucional do “império” não estava no centro do luso-tropicalismo de Freyre. Esse centro era ocupado pela questão do estilo especial de relacionamento do “lusó” com o “trópico” e com as populações tropicais – um estilo que teria sido pacífico e empático, mesmo amoroso, embebido em princípios de irmandade católica. Em todo o caso, mais do

bém Marcelo Caetano), antes de as conveniências da política internacional do segundo pós-guerra, forcarem a adotar a versão luso-tropicalista.

⁸⁴ “Respeitando embora a maneira de ser própria dos povos autóctones, os portugueses sempre procuraram transmitir-lhes a sua fé, a sua cultura, a sua civilização, chamando-os ao grémio da comunidade lusitana” (p. 32); “o interesse pelas almas, o desejo de conquistá-las” (p. 33); “Com os próprios indígenas o português trata com amizade, sem embargo da necessária autoridade” (p. 42). Em Marcelo Caetano, *Tradições, princípios e métodos da colonização portuguesa*, Lisboa, Agência Geral do Ultramar, 1951.

⁸⁵ Primeira exposição, em Gilberto Freyre, *Casa-grande & senzala* (1933); seguem-se *Conferências na Europa* (1938) e *O mundo que o português criou* (1940). Extensão ao Oriente em “Uma cultura moderna: a luso-tropical” (Goa, Novembro de 1951) e “Em torno de um novo conceito de tropicalismo” (Coimbra, Janeiro de 1952), integradas na obra *Um brasileiro em terras portuguesas* (1953). Apreciação crítica, de um aliás simpatizante, Orlando Ribeiro, *Goa em 1956: relatório ao Governo*. Lisboa, Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimientos Portugueses-Sínteses de grande difusão, patrocinadas pelo Estado Novo, *Integração portuguesa nos trópicos* (1958) e *O lusó e o trópico* (1961); *Aventura e Rotina* (1952) Crítica contemporânea, Charles Boxer, *Race Relations in the Portuguese Colonial Empire: 1415–1825*, Oxford: Clarendon Press, 1963. Breve síntese: <http://www.buala.org/pt/a-ler/o-luso-tropicalismo-e-o-colonialismo-portugues-tardio>. Sobre o impacto em Portugal, principalmente Cláudia Castelo, “O modo português de estar no mundo”: o luso-tropicalismo e a ideologia colonial portuguesa, cit.; Miguel Vale de Almeida, *Um mar cor da terra: “raça”, cultura e política de identidade*, cit.. Sobre a polémica com Boxer, Diogo Ramada Curto, “The Debate on Race Relations in the Portuguese Empire and Charles R. Boxer’s Position”, em *e-JPH*, V. 11.1, (Summer 2013), em http://www.brown.edu/Departments/Portuguese_Brazilian_Studies/ejph/html/issue21/pdf/v11n1a01.pdf.

que subliminares eram as referências à plasticidade das soluções, à abertura aos contextos culturais locais, à miscigenação, à antipatia por esquemas genéricos e abstratos. Todos estes elementos apontavam para uma abertura do centro às periferias, para a aceitação da iniciativa local e para a atribuição a esta de quotas de poder. Não, talvez, por acaso, os não abundantes estudos sobre as matrizes institucionais no império corresponderam a polos periféricos de poder, para os quais os integralistas já tinham chamado a atenção como sinais característicos da colonização portuguesa. Antes de tudo, o município⁸⁶. Mas também, o “feudalismo tropical” das donatárias⁸⁷ e as concessões para-vassálicas dos “prazos da coroa” no Zambeze⁸⁸, as misericórdias⁸⁹ e as confrarias⁹⁰, nas quais o localismo se combinava com a espiritualismo. Enquanto que Marcello Caetano, mais “imperialista” do que luso-tropicalista, foi dos únicos que se interessaram pela administração central colonial (o Conselho Ultramarino).

Estas duas pré-compreensões da expansão portuguesa tinham muito pouco de compatível. Uma realçava a brandura, a abertura e a variedade da empresa colonizadora. Outra, o espírito de direção imperial, a *vis* colonizadora, o “projeto” colonial e o centralismo. O único traço de união era o da vocação espiritualista do “império”, que, por um lado, unificava a dispersão institucional e, por outro, adoçava a disciplina. Assim, elas conviveram como modelos implícitos da narrativa historiográfica.

Não estamos a afirmar que a historiografia colonial se tivesse vinculado consciente e deliberadamente a uma imagem ideologicamente orientada do

⁸⁶ Estudadas por Ch. R. Boxer, *Portuguese society in the tropics: the municipal councils of Goa, Macao, Bahia, and Luanda, 1510-1800*, University of Wisconsin Press, 1965.

⁸⁷ Estudadas por Manuel Paulo Merêa (“A Solução Tradicional da Colonização do Brasil”, em Carlos Malheiro Dias, *História da Colonização Portuguesa do Brasil*, Porto, Litografia Nacional, 1924, III, 165 e Carlos Malheiro Dias, “O regimen feudal das donatárias”, *ibid.*, 219 e, mais tarde, por António Vasconcelos Saldanha, *As capitânias do Brasil*, 2a ed. Lisboa, CNCDP, 2001. Documentos em *Doações e Forais das Capitânias do Brasil (1534-1536)*, Apresentação, transcrição e notas de Maria José Chorão. Lisboa, Arquivo Nacional da Torre do Tombo, 1999.

⁸⁸ Estudados por Allen F. Isaacman, *Mozambique: the Africanization of a European institution: the Zambesi prazos, 1750-1902*, University of Wisconsin Press, 1972.

⁸⁹ Estudado, por exemplo, por A. J. R. Russell-Wood: *Fidalgos and Philanthropists. The Santa Casa da Misericórdia of Bahia, 1550-1755*, London, Macmillan, 1968; Isabel dos Guimarães Sá, *Quando o rico se faz pobre: misericórdias, caridade e poder no Império Português: 1500-1800*, Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 1997.

⁹⁰ Estudadas por Lagrange Fernandes, Leopoldo da Rocha e Luís de Albuquerque.

“império”. Apenas mostramos como uma certa compreensão da especificidade do povo português se projetou num imaginário sobre a singularidade da sua expansão, criando uma compreensão de senso comum sobre a qual assentou o olhar comum dos historiadores., promovendo uma leitura do império português como marcado pela descentralização, diversidade institucional, tradicionalismo localista. Esta predisposição epistemológica deve ser realçada antes de perguntar se o estudo empírico das instituições coloniais portuguesas autorizam essa leitura.

7. A crítica do estatalismo e a revisão da história político-institucional colonial

Não parece desajustado supor que este imaginário de um império descentralizado, pluralista e variamente estruturado, do ponto de vista constitucional e jurídico, pesou num texto que se revelou seminal da investigação em história institucional colonial nos anos futuros. Trata-se do artigo de Luís Filipe Tomás, “Estrutura política e administrativa do Estado na Índia no século XVI”, publicado em 1985⁹¹, em que o autor construía ideia de que o “império” português investia mais na construção e controle de uma rede de comunicações do que no domínio político e jurídico sobre territórios. Foi esse artigo que sugeriu a vantagem de transportar para o ultramar o modelo historiográfico de uma monarquia pouco centralizada e pouco homogénea que tinha sido apresentada, quase simultaneamente, para a metrópole⁹². O resultado era uma versão em que o espaço colonial aparecia como diversamente organizado, obedecendo a lógicas institucionais distintas, que correspondiam a conjunturas e contextos diversos da colonização. O domínio do centro sobre a periferia aparecia como obedecendo a vários padrões, mesmo no plano jurídico-formal. As mediações e curto-circuitos dos poderes da coroa mereciam muito maior atenção. Insistia-se na atenuação do poder central pela distância e dificuldades de comunicação, ao mesmo tempo que se anotavam os fatores que atribuíam poder às periferias, quer das populações de colonos, quer das

⁹¹ Lisboa, Instituto Investigação Científica Tropical, 1985.

⁹² Cf. António Manuel Hespanha, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Séc. XVII*, ed. autor, 1986. Versão impressa, (castelhano), *Visperas del Léviathan. instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid, Taurus, 1989 (nova ed. portuguesa, Coimbra, Almedina, 1994).

comunidades mestiças ou indígenas⁹³. Ao mesmo tempo, alinhava-se com a tendência para a “desmaterialização/dessubstancialização” do poder corrente na teoria política contemporânea.

Esta imagem da estrutura político-institucional do império assentava numa certa leitura dos sistemas políticos da Europa Moderna, que destacava a sua alteridade em relação aos do período contemporâneo, a eficácia de mecanismos “doces” de condicionamento, o carácter disperso do poder e a natureza pluralista do direito⁹⁴, leitura que assentava sobre um movimento amplo de revisão da historiografia política influenciado, quer pela crítica à teoria política liberal, centrada no Estado, quer pelas escolas críticas e pelo pós-estruturalismo político (nomeadamente, M. Foucault). Com esta genealogia, era natural que esta historiografia crítica das conceções “imperialistas” do império estivesse muito atenta aos perigos de contaminação pelas pré-compreensões de tipo luso-tropicalista, bem como às ambiguidades que daí derivavam. Em todo o caso, estes pontos de vista apareciam como bastante consistentes com o que a história empírica dos poderes ia revelando do entramado político colonial, sobretudo quando se afastava o filtro de uma perspetiva estadualista do sistema de poder.

Um tanto paradoxalmente, esta imagem de um império pouco “imperial” não coincidia com a imagem de senso comum da colonização portuguesa no Brasil, nem com a da história pública aí dominante. Aí, ambas coincidiam em atribuir um papel político determinante à metrópole, o que corresponderia a sublinhar a exploração económicas da colónia. É certo que, naquele dos intérpretes do Brasil que mais detidamente tratou de contradistinguir a colonização portuguesa da espanhola (Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, 1936⁹⁵), a colonização lusitana aparecia caracterizada pelo espírito de aventura, pela a-sistematicidade e pela abertura às circunstâncias do local⁹⁶.

⁹³ A. M. Hespanha, “Le Droit et la domination coloniale européenne. Le cas de l’Empire oriental portugais”, em J. C. Garavaglia y J. F. Schaub, *Lois, justice, coutume. Amérique et Europe latines (16e-19e siècle)*, Paris, 2005; “Uncommon laws. Law in the extreme peripheries of an early modern Empire”, em *Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* (ISSN: 0323-4045), 130(2013), p. 180-204.

⁹⁴ Cf. Jean-Frédéric Schaub, “Novas aproximações ao Antigo Regime português”, em *Penélope*, 22 (2000), 119-140.

⁹⁵ Ed. usada, Companhia das Letras, 26^a ed., 2004. Existe uma edição crítica recente, que dá conta das modificações do texto ao longo dos anos, muito significativas do ponto de vista ideológico: Companhia das Letras, 2016.

⁹⁶ *Maxime*, cap. 4, “O semeador e o ladrilhador”, pp. 93 ss., em que se opõe a colonização espanhola, baseada na disciplina sistemática dos espaços por meio de cidades geome-

Mas a imagem que tendeu a dominar os usos públicos da história no Brasil até à década de 1980 foi a de uma colonização marcada (para o bem, mas principalmente para o mal) pela imposição política e económica da metrópole, imagem na qual confluíam temas mais antigos de uma interpretação histórico-sociológica de pendor racista (a superioridade natural do elemento branco, civilizado) com um permanente substrato cultural hostil ao colonialismo luso⁹⁷. Esta última imagem era consistente com o que os historiadores do direito diziam sobre o direito pátrio brasileiro, que teria sido um simples projeção no Brasil do direito português⁹⁸.

Estas tensões revelaram-se, em 2006, no âmbito de uma curta mas viva polémica acerca do protagonismo político das periferias coloniais, a propósito do caso brasileiro⁹⁹. De novo, o que se discutia era a estrutura do “império português”, mas agora à luz dos resultados da pesquisa histórica mais recente. Segundo o ponto de vista que acabou por prevalecer, a matriz básica da

tricamente organizadas (“por uma aplicação insistente em assegurar o predomínio militar, económico e político da metrópole sobre as terras conquistadas, mediante a criação de grandes núcleos de povoação estáveis e bem ordenados”, 96), à colonização portuguesa, ruralista e localista (renunciando “a trazer normas imperativas e absolutas, que cedeu todas as vezes em que as conveniências imediatas aconselharam a ceder, que cuidou menos em construir, planejar ou plantar alicerces, do que em feitorizar uma riqueza fácil e quase ao alcance da mão”, 95).

⁹⁷ V. Ronaldo Vainfas, “Colonização, miscigenação e questão racial: notas sobre equívocos e tabus da historiografia brasileira”, *Tempo*, 8(Ago., 1999), 3-12.

⁹⁸ V. Arno Wehling e Maria José Wehling, “A questão do direito no Brasil colonial”, em Gizlene Neder (org.), *História & direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*, Rio de Janeiro, Revan, 2007. Exceções: Rodolfo Garcia (*História administrativa do Brasil*, Rio de Janeiro, José Olímpio, 1956) e Oliveira Viana (*Instituições políticas brasileiras*, Rio de Janeiro, José Olímpio, 1949), que salientavam a autonomia de direito consuetudinário local.

⁹⁹ Destacando o protagonismo das periferias coloniais: António Manuel Hespanha, “Depois do Leviathan”, em *Almanack Braziliense*, nº 5 (2007), em (http://www.almanack.usp.br/neste_numero/index.asp?numero=5); republicado em *O caleidoscópio do Antigo Regime*, São Paulo, Alameda, 2012; e, de novo com uma perspectiva mais alargada, em, Id., “Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa”, em *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 41(2012) 101-136. O primeiro texto servia de resposta a uma nota crítica de Laura de Mello e Souza aos que punham em causa a ideia centralista de “pacto colonial” (Laura Mello e Souza, *O sol e a sombra. Política e administração na América portuguesa do séc. XVIII*, São Paulo, 2006). Síntese da polémica: João Fragoso, “Modelos explicativos da chamada economia colonial e a ideia de Monarquia Pluricontinental: notas de um ensaio”, *História* (São Paulo) v.31, n.2(jul/dez 2012), p. 106-145; Francisco Carlos Cosentino, “Uma leitura de António Manuel Hespanha”, em *Cultura histórica & património*, 2.1 (2013), 72-88.

colonização portuguesa teria sido pouco “imperial”¹⁰⁰, facto ocultado por uma historiografia que sofria de enviesamentos euro-centristas ou pós-coloniais, mas agora de novo valorizado pela nova historiografia político-institucional.

A explicação deste facto vai-a esta historiografia buscar a diversos fatores.

Por um lado, o pluralismo político e jurídico ter-se-ia devido a fatores comuns à cultura jurídica do ocidente europeu, designadamente à matriz pluralista que promovia o primado dos direitos particulares sobre o direito comum, do local sobre o geral, do caso sobre a norma geral, matriz que condicionara o pensamento político e jurídico a partir dos fins da Idade Média¹⁰¹ e com a qual se tiveram que confrontar os projetos de alargamento dos espaços políticos para além dos âmbitos naturais de convívio das comunidades medievais¹⁰². A tese era a de que, na hora de resolver juridicamente conflitos políticos –o que constituiria o modelo dominante de dirimir tensões sociais nas sociedades tradicionais europeias¹⁰³–, o direito legitimava preferentemente soluções que antepunham o local ao universal, o caso à regra. Com isto, os poderes e os arranjos políticos locais ganhavam legitimidade perante as pretensões do centro.

Mais diretamente, esta estrutura particularista do “império” (e do seu direito) teria sido devida a uma série de circunstâncias da colonização, algumas provavelmente mais vincadas no caso da colonização portuguesa. Entre elas, a extrema dispersão colonial, a carência de meios humanos e de logística, os padrões de desenvolvimento civilizacional dos povos com que os portugueses se depararam. Estas circunstâncias suscetíveis de verificação empírica substituíam os elementos explicativos míticos do integralismo e do luso-tropicalismo, como a primordial habituação ao contacto com o diferente, a afetividade lusitana, a fraternidade cristã.

Teriam, assim, faltado ao direito colonial português vários dos elementos que teriam estado na origem da noção do *derecho de Índias*.

¹⁰⁰ António Manuel Hespanha, “Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 41 (2012), pp. 101-135; António Manuel Hespanha, “Uncommon laws [...]”, cit.; António Manuel Hespanha, “Ancien régime in the tropics? A debate concerning the political model of the portuguese colonial empire”, em Clifford Ando (ed.), *Citizenship and Empire in Europe 200-1900. The Antonine Constitution after 1800 years*, Wien, Franz Steiner Verlag, 2016, 157-176.

¹⁰¹ A que se acrescentaria a estrutura casuística do direito, realçada por Victor Tao Anzoategui, *Casuismo [...]*, cit.

¹⁰² António Manuel Hespanha, “Uncommon laws [...]”, cit., 184.

¹⁰³ V. Pietro Costa, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, reed. atualizada, 2002.

Faltaria, desde logo, uma legislação geral, que tivesse por objeto a generalidade das conquistas. Existiu, é certo, uma publicação com o pomposo título de *Ordenações da Índia*¹⁰⁴. Mas, afinal, trata-se apenas de um regimento da fazenda real, de 8.9.1520¹⁰⁵. Assim como existiram muitas providências particulares, semelhantes às que se encontram no império espanhol, para regular pontos específicos carentes de disciplina. Estas normas dirigidas a ocorrer a necessidades novas de organização prática da cidade – “pragmáticas”, se lhes chamou – correspondiam a um nível menos elevado do direito, que no mundo da Europa central de então se designava com a expressão “direito de polícia”¹⁰⁶. Mas nunca ocorreu que este direito tivesse uma especial identidade ou que dele se devesse fazer uma compilação aparte¹⁰⁷.

Faltaria, depois, uma homogeneidade do “estatuto constitucional” dos territórios. Nos meados do séc. XVII, João Pinto Ribeiro (c. 1590–1649), jurista e conselheiro régio, dizia do “império” português: “Vencidos [os reis do Oriente], [os reis de Portugal] não os despojavam dos reinos e senhorios que possuíam. Ou os deixavam neles com toda a majestade real, impondo-lhes algum tributo,

¹⁰⁴ *Ordenações da Índia do senhor rei D. Manoel, de eterna memoria [...]*, publicadas por António Lourenço Caminha, muito tardiamente, em 1807. Segundo o divulgador oitocentista, fora encontrada entre os papéis manuscritos de Balthazar Pinto de Miranda (“Discurso preliminar”, 14). (v. http://books.google.pt/books?id=tvoQAQAIAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-PT&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false). Mas existia uma edição do séc. XVI: <http://purl.pt/23486/3/#/20>.

¹⁰⁵ Que, no seu preâmbulo, explica o seu limitado objetivo: “Fazemos saber a quantos este nosso regimento, e ordenações virem, que consirando nós como ho comercio, e trauto das Índias foi tão caro, e tão custoso de aver, e com tanto risco e periguo de gente e por tanto descurso de tempo, no qual algumas pessoas se entremetem, de modo que ligeiramente se poderia em muyta parte danificar, auendo hi tanta razão pera ser muy conseruado, assi pelo muito seruiço de Deos, no acrecentamento da nossa Santa Fee Católica, que se delle seguio, e segue, e esperamos que se siga, como yssso mesmo por resultar, e se trautar de grande proueito comum, e muy uniuersal a todos nossos reynos, e senhorios, e assi pelo que cumpre a nosso particular seruiço; e querendo dar forma, e maneira, que ho dito trauto, e comercio, aja de andar na ordem que deue, e pera ser coseruado, fazemos as ordenações, e regimento seguinte (ps. 29-30).

¹⁰⁶ V. Heiki Pihlajamäki, “The westernization of police regulation: Spanish and British colonial laws compared”, em Th. Duve e Heiki Pihlajamäki, *New horizons in Spanish colonial law. Cotributions to transnational early modern legal history*, Frankfurt, Max-Planck Institut f. europ. Rechtsgeschichte, 2015, 97-123.

¹⁰⁷ É preciso esperar por 1867 para que se faça uma compilação separada da legislação ultramarina: *Boletim do Conselho Ultramarino. Legislação Antiga*, Volume I, 1446 a 1754. Lisboa, Imprensa Nacional, 1867; J. J. da Silva, *Repertório Alfabético ou Índice Remissivo da Legislação Ultramarina desde a epocha das descobertas ate à actualidade*, 1904.

por razão da guerra, ou restituíam o reino a algum rei amigo a que injustamente estava usurpado. Mostraram os nossos capitães o ânimo livre e desinteressado com que procediam nas terras descobertas ou vencidas. A nenhuma mudaram seu antigo nome, a nenhuma o deram de uma cidade ou província de Portugal [...]. Nunca os sereníssimos reis de Portugal se intitularam de alguma província sujeita, se não foi a da Guiné e do senhorio do comércio”¹⁰⁸.

Esta prática de incorporação negociada e de autogoverno explicavam-se, antes de tudo, pela mímica de força para impor soluções, muito mais do que por pruridos éticos ou jurídicos que decorressem da moral católica ou do direito da guerra. Mas a diversidade constitucional era também o resultado da diversidade de modelos institucionais da colonização. De facto, o “império” português era constituído por reinos aliados (como, na África Ocidental, os de Benim e Congo), cujo estatuto constava do tratado de aliança. Mas também por municípios, com estatuto e foral semelhante aos das vilas do reino. Por fortalezas, com o regime que constava das *Ordenações (Ord. fl., 2,47, “Da jurisdição dos capitães dos lugares de África”)*. Por donatarias, concessões para-feudais em que os donatários tinham os poderes estipulados na carta de doação. Por “aldeias limitadas”, com juizes (ou capitães) providos de atribuições jurisdicionais formalizadas em regimentos ou em cartas (como era o caso das tanadarias de Goa ou das aldeias índias do Brasil). Por “prazos” (ou concessões de terras com um particular regime jurídico que, inspirando-se

¹⁰⁸ “Desengano ao parecer enganoso que deu a El-Rey de Castella Filipe IV certo ministro contra Portugal”, 1645, cit. António de Vasconcelos de Saldanha, *Iustum imperium, Dos tratados como fundamento do império dos portugueses no Oriente, Estudo de história do direito internacional e do direito português*, Fundação Oriente Lisboa, n.d. [1998], 192. Este texto faz parte da literatura autonomista que floresce depois de 1640. O seu tópico é o de que o imperialismo castelhano se caracterizava pelo esmagamento da autonomia tradicional das partes conquistadas, por oposição ao que acontecia com no império português. Sobre a literatura acerca das diferenças entre Portugal e Espanha, suscitada ou pela Restauração ou pela questão da admissão de portugueses nas Índias de Castela, Pedro Cardim, “Todos los que no son de Castilla son yguales”. El estatuto de Portugal en la Monarquía española en el tiempo de Olivares”, *Pedralbes*, 28 (2008), 521-552 (v. referência à violência da conquista espanhola, isentando desta os portugueses, p. 540); Jon Arrieta Alberdi, “Las formas de vinculación a la Monarquía y de relación entre sus reinos y coronas en la España de los Austrias”, em Bernardo García García & Antonio Álvarez-Ossorio Alvaríño, eds., *La Monarquía de las Naciones. Patria, nación y naturaleza en la Monarquía de España*, Fundación Carlos de Amberes y Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2004, pp. 303-326; David Martín Marcos José María Iñurritegui & Pedro Cardim (orgs.), *Repensar a identidade o mundo ibérico nas margens da crise da consciência europeia*, Lisboa, C.H.A.M., 2015.

na enfiteuse, na verdade atribuía poderes quase-jurisdicionais aos “prazeiros”¹⁰⁹. A esta diversidade institucional –que se traduzia em diversidade jurídica– somavam-se certas limitações à vigência do direito oficial, conhecidas também na metrópole, mas mais fortes nas periferias coloniais. Referimo-nos às especialidades do direito das populações marginais, conhecido como “direito dos rústicos”¹¹⁰.

Mesmo não contando com a concorrência das jurisdições eclesiásticas¹¹¹, com a confusão das jurisdições seculares do direito metropolitano e com o impacto do arbítrio do juiz na hora de decidir¹¹², tudo isto ocasionava um rede jurisdicional muitíssimo complexa, em que mesmo os tribunais reais tinham que ter em conta direitos indígenas ou em que naturais do reino deviam ser julgados por jurisdições nativas. Luís de Molina, tratando do direito de Angola, refere que “os governadores portugueses, quando querem condenar um chefe indígena, usam os modelos judiciais da terra deste, reunindo uma assembleia militar e propondo a sentença aos juízes nativos competentes”¹¹³. Refere também que a avaliação da legitimidade da escravização dependia do direito nativo que estabelecia a condição do indivíduo¹¹⁴. O mesmo faz outro jesuíta, Baptista Fragoso, sobre o aliás delicado problema jurídico da validade dos casamentos indígenas no Brasil (e na *Nova Hispania*¹¹⁵). Em suma, o ultramar não era um reino, mas um conglomerado não homogêneo de “con-

¹⁰⁹ Cf. António Manuel Hespanha, “Estruturas político administrativas do Império português”, em *Outro mundo novo vimos*. Catálogo, Lisboa, CNCDP, 2001; Id., “Ancien régime in the tropics? A debate concerning the political model of the portuguese colonial empire”, cit.

¹¹⁰ Cf. António Manuel Hespanha, “Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique”, *Ius commune*, 10 (1983), pp. 1-48; versão portuguesa, Id., *A ordem do mundo e o saber dos juristas. Imaginários do antigo direito europeu*, Amazon-Kindle, 2017, cap. VI; v. também António Manuel Hespanha, “The everlasting return of orality”, em Dag Michalsen (ed.), *Reading past legal texts*, Unipax Oslo 2006, 25-56.

¹¹¹ V. Maria Filomena Coelho, *A justiça d'além-mar. Lógicas jurídicas feudais em Pernambuco (séc. XVIII)*, Recife, Massangana, Fundação Joaquim Nabuco, 2009.

¹¹² Que, eventualmente, daria origem a estilos diversas de julgar, próprios de um tribunal (como acontecia, designadamente, nas Relações).

¹¹³ V. Luis de Molina, *Tractatus de iustitiae et de iure*, Cuenca 1593-1600, tr. 2, disp. 34 ss., col. 172 C; António Manuel Hespanha, ‘Luís de Molina e a escravização dos negros’, *Análise Social*, 157 (2001), 937-990.

¹¹⁴ Cf. António Manuel Hespanha, ‘Luís de Molina [...]’, cit.

¹¹⁵ João Baptista Fragoso, *Regimen reipublicae christianae [...]*, Sumpt. Haered. Gabr. Boissat & Laurentij Anisson, Lugduni 1641-52 (ed. usada, Bousquet, Coloniae Allobrogum, 1737), p. 640 ss. (Disp. 22: De conjugio Indorum, § 4, De reliquis quae spectant ad matrimonia inter infideles jure naturae, & an inter eos vera sint?).

quistas” ou de “províncias”, nome que denunciava etimologicamente (*pro+vincere*) um estatuto interino de ocupação militar de que o autêntico direito estava ausente. E, por isso, não tinha um direito, abrigando antes uma constelação de direitos¹¹⁶.

Finalmente, uma outra fonte de diversidade jurídica no seio do império era a frequência no espaço colonial de magistraturas extraordinárias, cujos poderes não estavam estabelecidos em leis ou regimentos gerais, mas, caso a caso, nas suas privativas cartas regimentais¹¹⁷. Magistraturas deste tipo eram os vice-reis, os governadores, os capitães-mor ou capitães-gerais, os *intendentes*, os *comissários*, as juntas *ad hoc*, as quais competiam com as magistraturas ordinárias, de competência mais ou menos fixa. Uma vez que as atribuições dos oficiais extraordinários dependiam de uma comissão pontual do rei e habitualmente continham algum poder arbitrário, a administração comissarial constituía um elemento muito eficaz de contextualização local do governo.

A imposição de alguma regularidade a esta estrutura político-administrativa e jurídica poderia decorrer da eficácia da coordenação central, de resto repartida entre diversos órgãos (principalmente, Conselho Ultramarino e secretários régios). Mas a “descerebração”, típica do regime polissinodal, prejudicava essa promoção da unidade de governo e de justiça do “império”¹¹⁸.

¹¹⁶ V. detalhes empíricos em “Ancien Régime in the Tropics? A Debate Concerning the Political Model of the Portuguese Colonial Empire”, em Clifford Ando (ed.), *Citizenship and Empire in Europe 200-1900. The Antonine Constitution after 1800 years*, Franz Steiner Verlag, 2016.

¹¹⁷ V. António Manuel Hespanha, *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750*, Amazon-Kindle, 2015, §§ 70 ss.. Sobre a oposição entre magistrados ordinários e extraordinários, como um categoria dos modelos administrativos europeus, v. s. Otto Hintze, “Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte” (1910), em *Staat und Verfassung*, Göttingen 1962, 262 ss.; trad. cast., *Historia de las formas políticas*, Madrid 1968, 174 ss.

¹¹⁸ Raros eram os estudos específicos sobre o Conselho Ultramarino. Entre eles destaca-se o de Marcello Caetano, *O Conselho Ultramarino. Esboço de sua história*cit.. Nos últimos anos esse órgão fundamental para se pensar a política imperial portuguesa tem sido objeto de novas abordagens. Cf. Erik Lars Myrup, *To Rule from Afar: The Overseas Council and the Making of Brazilian West, 1642-1807*. Yale: Yale University, 2006 (tese de doutoramento); e, sobretudo, Edval de Souza Barros, “Negócios de tanta importância”: *O Conselho Ultramarino e a disputa pela condução da guerra no Atlântico e no Índico (1643-1661)*. Lisboa, Centro de História do Além-Mar, 2008; Miguel Dantas da Cruz, *O Conselho Ultramarino e a administração militar do Brasil (da Restauração ao Pombalismo): Política, finanças e burocracia*, Lisboa: ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, 2013 (tese de doutoramento); Marcello José Gomes Loureiro, *Iustiam Dare*.

Faltaria, ainda, uma rede de comunicação que fizesse emergir, como objeto de comunicação –como coisa de que se falasse e que fosse tema autónomo de consideração–, um direito próprio do “império”. De facto, recentemente tem sido ainda realçado como a identificação de um direito colonial depende também da arquitetura do sistema de comunicação do direito¹¹⁹. A existência de uma rede de comunicação deste tipo faria emergir o direito colonial, primeiro como um tema (ou problema), depois como um conceito ou um sistema de conceitos (uma dogmática)¹²⁰. Tem-se salientado como o sistema administrativo da monarquia espanhola –com uma burocracia densa e abundantemente letrada, hierarquicamente estruturada, com procedimentos de recurso para a coroa a vários níveis, com procedimentos destinados a colher regularmente informação relevante para a administração– estava bem equipada para alimentar fluxos de informação jurídica e administrativa e criar um ramo diferenciado do direito¹²¹. A existência de universidades na América espanhola poderia ter sido o complemento necessário para criar um conceito e um sistema de direito indiano. Apontam-se, porém, obstáculos a que o sistema comunicativo funcionasse neste sentido. A comunicação era sobre-carregada por muitas pretensões individuais, a multiplicidade de recursos e a confusão jurisdicional tornavam a comunicação jurídica confusa e entrópica, a comunicação horizontal entre polos americanos era pouco densa, os sistemas de difusão das providências jurídicas eram precários¹²².

A gestão da monarquia pluricontinental. Conselhos Superiores, pactos, articulações e o governo da monarquia portuguesa (1640-1668). Rio de Janeiro, PPGHIS-IH-UFRJ, 2014 (tese de doutoramento inédita).

¹¹⁹ Integrado por providências jurídicas do poder, recursos judiciais, livros jurídicos, ensino jurídico, carteiro institucional acerca de assuntos jurídicos.

¹²⁰ Richard J. Ross, “Legal Communications and Imperial Governance: British North America and Spanish America Compared”, cit.

¹²¹ Nos finais do séc. XVII, haveria c. de 400 000 *cedulas* reais dirigidas aos oficiais das Índias de Castela. V. sobre o tema Silvio Zavala, *The Colonial Period in the History of the New World*, trad. e resumo por Max Savelle, Mexico City, Instituto Panamericano de Geografia e historia, 1962. Em Portugal, Pedro Cardim contou 6574 documentos que possuem um carácter inequivocamente normativo incluídos na base de dados o *Ius Lusitaniae* (dos quais 1125 alvarás e 311 cartas de lei).

¹²² Também na metrópole prevaleceu até tarde um sistema de comunicação das decisões jurídicas muito particularizado. V. Rafael García Pérez, “La publicación de las leyes en el Reino de Navarra durante el Antiguo Régimen”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 80 (2010), pp. 137-139; Marta Lorente, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2001.

Um estudo recente da comunicação política no “império” português¹²³ contribui para esclarecer esta questão de saber se existiu – e com que características – uma rede de comunicação de onde emergisse e se diferenciasse um direito colonial. Do material empírico recolhido de peças de comunicação política no âmbito do espaço colonial português resulta desde logo que, em termos quantitativos, a massa de providências normativas era incomparavelmente menor do que a produzida para as Índias de Castela, onde se fala de 400 000 cédulas nos finais do séc. XVII. A base de dados de normas de vários tipos emanadas pela coroa portuguesa, para o período de 1621-1778, contém 6574 espécimes, das quais apenas 2715 revestirão a forma de disposições genéricas (cartas de lei, alvará, decretos) e apenas 954 eram explicitamente destinadas às “conquistas”. Mais de metade das providências normativas genéricas incidiam sobre assuntos económicos, financeiros e fiscais, e militares, ou seja sobre assuntos, ou seja, sobre assuntos “de governo e polícia”, apenas 20 % dizendo respeito a matérias de justiça e de organização judiciária¹²⁴. Para mais, esta “legislação” era ineficientemente comunicada e raramente impressa, não existindo qualquer compilação oficial ou privada impressa durante o período colonial. Ou seja, a rede de comunicação política existia, tendo como principais polos comunicantes a administração central e as suas extensões periféricas. Mas, por exemplo, funcionava pouco entre os poderes centrais e os poderes locais, ou entre os poderes locais uns com os outros, sendo, nestes últimos circuitos, dominantes os temas de governo e, tal como na comunicação da coroa com os particulares, a concessão de mercês.

Se esta imagem é muito elucidativa de como a economia da mercê constituía um poderoso cimento de ligação do império ao poder central – tanto, porventura, como a estrutura institucional de governo¹²⁵ –, também mostra como o sistema de comunicação política contribuía pouco para evidenciar

¹²³ Pedro Cardim, “A Casa Real e os órgãos centrais do governo de Portugal da segunda metade de Seiscentos”. *Tempo*, v. 7, n. 13, julho 2002, p. 13-57.

¹²⁴ Pedro Cardim (CHAM-UNL) e Miguel Baltazar, “A difusão da legislação régia (1621-1808)”, em João Fragoso e Nuno Gonçalo Monteiro (Orgs.), *Um reino e suas repúblicas no Atlântico. Comunicações políticas entre Portugal, Brasil e Angola nos séculos XVII e XVIII*, LOGO CB, Rio de Janeiro, em publicação. Agradeço aos coordenadores terem-me facultado o texto.

¹²⁵ “Nas conquistas, os temas governo e mercês prevaleceram em todos os períodos e apenas se revezaram entre si, ao longo do tempo, nas duas primeiras posições do ranque quantitativo das correspondências. Ou seja, em determinados períodos as mercês ocuparam a primeira posição em outras o tema governo”, em João Fragoso e Nuno Gonçalo Monteiro (Orgs.), *Um reino e suas repúblicas no Atlântico [...]*, cit.

a existência de um direito colonial autónomo e específico. Para fora da máquina administrativa da coroa, o direito não era senão um tema subalterno da comunicação. Nem a esfera de autonomia das câmaras, nem os direitos dos particulares, dependiam de um direito colonial, mas antes de instituições reguladas pelo direito do metropolitano. O estatuto jurídico dos concelhos, o estatuto dos ofícios, o direito de propriedade, dos contratos, das sucessões por morte, o direito penal, era o do reino, com poucas inovações localistas (exceto, porventura, na área fiscal, da mineração e em algumas matérias “de polícia”). É claro que havia processos de localização do direito¹²⁶ metropolitano. Porém, estes não emergiam sob a forma legislativa, nesta esfera de comunicação. Seriam antes visíveis no plano do direito judicial de vários níveis. Direito que não entrava nesta rede da comunicação política, mas antes numa rede que se afigura muito lacunosa e ineficiente de comunicação judiciária, mais inexistente do que existente, sobretudo no nível das primeiras instâncias, onde as tendências localizadoras seriam mais fortes. Mesmo no plano das instâncias de recurso (*Relações*), a divulgação dos acórdãos era absolutamente excepcional¹²⁷.

8. Conclusão

Para um diagnóstico acerca da natureza do conceito de *derecho de Indias* é muito mais produtiva a comparação, a propósito de uma cultura jurídica co-

¹²⁶ “Em outras palavras, as comunicações políticas entre periferia e centro, majoritariamente se traduziam nas relações pessoais entre o rei e seus vassalos (entendidos como famílias), ou seja, o sentimento de pertencimento dado pela economia do dom, na feliz expressão de Ângela Xavier e António Manuel Hespanha. Por esta figura, se vê que nas cinco conquistas consideradas – Maranhão, Bahia, Rio de Janeiro e Minas Gerais – no século XVIII o assunto considerado foi maioritariamente cuidado pelo poder considerado. Em Angola, no século considerado, cerca de 40% ou mais das missivas com o tema considerado tiveram a sua origem no poder doméstico. No Rio de Janeiro aquela participação, não raro, ultrapassou a casa dos 80% das correspondências”, João Fragoso, “Poderes e mercês nas conquistas americanas de Portugal (séculos XVII e XVIII): apontamentos sobre as relações centro e periferia na monarquia pluricontinental lusa”, em João Fragoso e Nuno Gonçalo Monteiro (Orgs.), *Um reino e suas repúblicas no Atlântico. Comunicações políticas entre Portugal, Brasil e Angola nos séculos XVII e XVIII*, LOGO CB, Rio de Janeiro, em publicação.

¹²⁷ Há coleções seiscentistas impressas de decisões, que incluem algumas do ultramar. V. António Manuel Hespanha e José Subtil, “Portugal”, F. Ranieri (ed.), *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800-1945)*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 1992, p. 787-809; Gustavo César Cabral, *Os decisionistas portugueses entre o direito comum e o direito pátrio*, tese inédita na Faculdade de Direito da USP, 2013.

lonial, entre a América espanhola e a América portuguesa do que perguntar-se porque é que um conceito análogo não existiu na colonização inglesa da América do Norte.

De facto entre os impérios atlânticos da Espanha e do Reino Unido há muitas diferenças políticas, institucionais, culturais e religiosas. A tal ponto que a existência de conceitos diferentes para cada uma das colonizações resulta trivial. Já o confronto entre as matrizes institucionais da colonização de Portugal e da Espanha realça alguns paradoxos que estimulam a reflexão historiográfica. Postas lado a lado as duas experiências históricas, parece paradoxal a diferença das construções historiográficas sobre elas, nomeadamente quanto a esta questão de uma matriz político-institucional da colonização. Nos dois casos, as fontes de legitimidade da expansão e conquista são as mesmas – umas bulas papais que concediam as terras descobertas com a condição de serem evangelizadas. Em ambos casos, uma filosofia política e uma teoria da expansão decalcada na teologia jurídica e moral da Segunda Escolástica peninsular, cujos líderes tinham formatado o ensino do direito nas principais universidades de um e outro reino (Coimbra, Salamanca, Valladolid, Évora). Uma literatura jurídica que tinha muito mais de comum do que de diferente e em que as citações recíprocas eram constantes. Uma tradição institucional muito parecida, nomeadamente quanto às instituições usadas na expansão (desde os vice-reis aos municípios, passando pelo direito dos ofícios e pela estrutura dos tribunais). É certo que havia diferenças, como antes se apontou. Mas elas não apontavam decisivamente para uma diversidade fundamentais no plano institucional.

Esta predominante homogeneidade do material histórico aponta para a necessidade de buscar a origem das diferenças historiográficas na cultura de quem fez a história.

Embora neste plano também haja muito de comum –como a relevância dada aos fatores espirituais da colonização¹²⁸–, o contexto ideológico da

¹²⁸ “Da essência ideal que imortalizou as nossas descobertas, e fez, por um instante, na história do globo, de um punhado de marinheiros e de cavadores, a maior Pátria do Mundo, a eleita do Eterno, a encarnação heroica do Divino, três monumentos de beleza augusta nos ficaram: um retábulo, um templo, uma epopeia. Três Lusíadas: os de Nuno Gonçalves, os de Camões, os de Santa Maria de Belém. Criámos Ésquilo e Prometeu, o redentor e o cantor, o herói ovante, que liberta, e o génio irmão, que o traduz em música. A música da luz, a do mármore, a da palavra”, Guerra Junqueiro, “Portugal-Brasil (Discurso pronunciado na sessão dedicada a Olavo Bilac (1912), em Guerra Junqueiro, *Prosas dispersas*, Edições Vercial, 07/01/2014.

historiografia portuguesa foi muito marcada pela oposição entre o português e o espanhol, que se traduziria na tendência do luso para uma relação amorosa, mimética, aberta ao outro, contemporizadora, por oposição à atitude conquistadora e impositiva do castelhano. Este contexto ideológico –no qual se espalhavam as circunstâncias políticas peninsulares da viragem do século e da primeira metade do séc. XX– encaminhou a historiografia portuguesa na senda de uma leitura descentralizada, pluralista e ecológica da expansão, valorizando a diversidade e localismo das formas político-institucionais. Enquanto que, em Espanha, o contexto cultural e ideológico propunham uma leitura imperialista, homogeneizadora, centralista, da empresa colonial e das suas estruturas jurídico-políticas.

Historia de la historiografía del Derecho Indiano

EL ÉXITO DEL MÉTODO. EL MÉTODO DE ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO

THE SUCCESS OF METHOD: RESEARCH METHODS FOR LEGAL HISTORY

EDUARDO MARTIRÉ

Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina)

eduardoclar@yaho.com.ar

...si el análisis del derecho que ha regido en el pasado es indispensable para comprender la evolución social y la cultura de un pueblo, estas circunstancias accesorias no deben hacer perder de vista el objetivo fundamental de esta disciplina, que es eminentemente jurídico.

R. ZORRAQUÍN BECÚ

Resumen: En este trabajo trato de señalar cuanto hay por hacer en el terreno metodológico de la historia del derecho. Llamo la atención sobre los peligros de una historia del derecho que se interne más en lo social que en lo jurídico, abarcando la historia social o aún la historia general; también de una historia del derecho separada de la vida que le toca normar.

Advierto sobre el exceso de rodear o sofocar a la historia del derecho con el resultado de otras disciplinas, aunque ellas cooperen para mejor conocer el ámbito en que se manifiesta el derecho, convirtiéndola en una disciplina subalterna de esas manifestaciones de la historia cultural, como denunciaba Zorraquín Becú. Por ello incitamos a “purificar lo jurídico” (que no es ni mucho menos limitar el estudio de la historia del derecho al estudio de la ley estatal)

Para no caer en falsas generalidades, equivocando alguna vez el sentido de esta recomendación, insisto en el estudio e investigación de la historia del derecho a través de la historia de las instituciones, purificando lo jurídico de esas instituciones de la vida social. Hemos señalado la necesidad de que el cultivador de nuestra historia sea también un jurista o tenga la formación jurídica necesaria para “entender” el derecho de épocas pasadas y presentes.

Bregamos por la comunión de historiadores y juristas en los estudios e investigaciones de la materia, inspirados en la prédica de Grossi y de otros maestros.

Ponemos a la luz problemas fundamentales de la historia del derecho que siguen atezando a los estudiosos de la disciplina y nos deben mantener en guardia para ser fieles a la materia que nos ha llenado toda la vida. La historia del derecho sigue siendo una disciplina joven y “tan diferente” (al decir de Pio Caroni) que como tal debe estar sujeta a su periódica revisión metodológica. Es lo que me he propuesto en esta comunicación.

Palabras clave: Método, Historia del Derecho, Historia de las instituciones, ciencia del Derecho, purificación de lo jurídico

Abstract: In this essay, I make an effort to indicate how much work still remains to be done to construct methodologies for conducting research in Legal History. I call attention to the dangers of a legal history that becomes ever more focused on social questions rather than juridical ones, drifting into social history or even popular history or, on the other hand, of a legal history that becomes completely divorced from the lives of people for whom its norms are fashioned.

I warn of the danger of surrounding or suffocating legal history with the scholarship from other disciplines, even when it might serve to understand better the environment in which law takes form, because it risks transforming into a subordinate discipline of cultural history, as Zorraquín Becú once cautioned. For these reasons, I call for a ‘purification of the juridical’ (by which I hardly mean to limit the study of legal history to state law).

In order to avoid generalized falsehoods that might obscure the intention of my recommendations, I insist on the importance of conducting legal historical studies through the history of institutions, purifying those institutions’ juridical nature from the social life surrounding them. Because of this emphasis, I contend that the responsible historian must also be a jurist with sufficient legal formation in order to ‘understand’ the law of generations past and present.

One must strive to unite historians and jurists in the study of legal history, inspired by the exhortations of Grossi and other masters.

Here I highlight the fundamental problems of Legal History that continue to plague scholars and that should encourage all of us to remain vigilant of our faithfulness to the discipline that has occupied us our whole lives. Legal History continues to be a young discipline, and one ‘so different’ (in the words of Pio Caroni) that, as such, should undergo a periodical methodological revision. That has been my objective in this presentation.

Keywords: method, legal history, institutions history, science of law, legal purification.

Sumario: 1. El método de purificación de lo jurídico. 2. La dogmática jurídica y la historia del derecho.

1. El método de purificación de lo jurídico

Al concluir las Primeras Jornadas de Historia del Derecho Argentino (celebradas en Buenos Aires, los días 13 y 14 de octubre de 1967)¹, la asamblea resolvió por unanimidad y a manera de conclusión declarar que resultaba imprescindi-

¹ Celebradas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Reunión organizada siguiendo los lineamientos de la Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano, efectuada un año antes, en octubre de 1966, en ese mismo lugar académico, donde se creó el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que hoy nos reúne, cuando se cumplen medio siglo de su vigorosa existencia.

ble la existencia de cátedras de Historia del Derecho Argentino en el último año de la carrera de abogacía orientadas al conocimiento de los institutos jurídicos del pasado, para completar la formación de los abogados, egresados de esas Casas de Estudios. Asimismo, agregó el cuerpo, también como declaración unánime, que deberá haber en el inicio de la carrera de derecho, una materia dedicada a la enseñanza de la Historia de las Instituciones Argentinas, que sirva como base esencial para que luego pueda enseñarse la historia jurídica con la orientación señalada anteriormente. También se destacó la necesidad de que en los cursos de doctorado se desarrollen investigaciones de Historia del Derecho Argentino, manteniendo o creando la respectiva especialización².

Me parece conveniente iniciar este trabajo sobre el tema del método en la Historia del Derecho, con la transcripción de esas recomendaciones, que aunque llevan unos cuantos años de efectuadas guardan a mi criterio una lozanía envidiable y demuestran un “plan de batalla” de la historia del derecho contra el duro ambiente positivista que se extendía en la enseñanza del derecho por entonces y que no ha desaparecido ni mucho menos. ¡Cuántos hay hoy mismo que creen que la enseñanza del derecho deberá limitarse al conocimiento de la ley positiva, sancionada por el Estado, y que, si bien no es necesario el estudio de la historia jurídica, ella puede ser aceptada en los curricula como materia que recurra al pasado para mostrar la conveniencia de las leyes que apoyan a las actuales, ocultando o desatendiendo todo cuanto no concorra a ese objetivo. Es decir una historia que solo se ocupe de las normas, leyes o reglamentos, positivos –es decir sancionados por el Estado, omnipresente en la creación del derecho–.

Bastarán esos contenidos para dar cabida a la historia del derecho, que puede traducirse en la manualística en unas pocas páginas introductorias acerca del derecho pretérito, mejor dicho, de las leyes pasadas que justifican las presentes idemostrando una dogmática irredenta difícil de comprender y aún de digerir!

Dejando de lado por ahora aquellas recomendaciones de 1967 y estas afirmaciones sobre cierta forma de entender la historia jurídica, tengamos presente que en esas primeras recomendaciones adoptadas como declaraciones unánimes de la asamblea que reunía a historiadores del derecho de la Argentina, ya se mostraba que estaban estrechamente unidas esas disciplinas histórico-jurídicas: la historia de las instituciones argentinas y la historia del

² *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº 19, Buenos Aires, 1968, p.290.

derecho argentino. Por lo demás en esos años había un buen número de profesores que enseñaban ambas materias en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, como ocurría por ejemplo con el que esto escribe. A punto tal que para facilitar el estudio de la primera y tener a mano una introducción para la segunda, redactamos con el doctor Víctor Tau Anzoátegui (también profesor de ambas materias) un Manual de Historia de las Instituciones Argentinas (cuya primera edición se imprimió en Buenos Aires, por la Editorial La Ley, 1967)³. Tan ligadas están estas disciplinas que llegó a considerarse a la primera como historia del derecho menor y a la otra como historia del derecho mayor⁴. Dice Tau Anzoátegui, que es quien así ubicó esas disciplinas históricas jurídicas, que con el tiempo perdió fuerza su funcionamiento, pero no su idea nuclear. Participo por mi parte de esa “idea nuclear”, es decir de esa estrechísima vinculación; aun cuando pueda no satisfacer a todos los historiadores del derecho tal clasificación; puede que consideren tal vez más apropiado hablar de una historia del derecho introductoria (la Historia de las Instituciones Argentinas) y otra de coronamiento (la Historia del Derecho Argentino), pero no cabe duda de que la idea nuclear es ampliamente satisfactoria, como lo demostraré más adelante.

Por lo pronto, el programa de enseñanza más corriente de la Historia de las Instituciones Argentinas (hasta podríamos llamarlo modélico) fue adoptado para dictar la asignatura Historia del Derecho Argentino (que en ocasiones no se la llamó así, especialmente cuando la materia se encontraba al comienzo de la carrera de abogacía)⁵.

Creo que es bueno insistir en que los cultores de la historia del derecho tengan muy presente al embarcarse en la investigación y estudio de esta historia especial, de la necesidad de usar el método que preconiza “la puri-

³ Acaba de editarse la 8ª edición actualizada (Buenos Aires, Editor Cátedra Jurídica, 2012).

⁴ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El futuro de la historia jurídica en las aulas*, Córdoba, Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, 2010, p. 41.

⁵ Ídem, p. 42. En la obra que acabo de mencionar de V. TAU ANZOÁTEGUI se ha hecho una valiosa y completa relación de los contenidos de ambas materias y de su aceptación en las reuniones de historiadores del derecho en que fueron expuestos, con los textos transcritos en varios anexos que explican debidamente los temas comprendidos en las disciplinas. También se trae a colación el programa de contenidos mínimos de la Historia del Derecho según los niveles de la carrera de abogacía en que debe enseñarse, elaborado por la doctora Pugliese, al que se juzga el proyecto docente más claro y ajustado que se conoce (MARIA ROSA PUGLIESE LA VALLE, “El contenido de la Historia del Derecho según el nivel en que se enseñe”, *Revista de Historia del Derecho*, n.º 25, Buenos Aires, 1997, p. 527-555).

ficación de lo jurídico”, que explicaremos enseguida. Pareciera que es una insistencia exagerada de mi parte volver sobre ello, ya que el tema ha sido objeto de mis últimas exposiciones. Sin embargo, veremos que los problemas subsisten o se agravan. Todo ello parte de una concepción equivocada de esa forma de encarar los temas históricos jurídicos.

Comencemos por recordar como punto fundamental de estas reflexiones metodológicas, que la historia del derecho está destinada a formar juristas y no historiadores y por ello la disciplina se la enseña (salvo casos de verdadera excepción) por profesores de derecho e integrando los *curricula* de estudio de las Facultades de Derecho⁶.

“La purificación de lo jurídico”, uno de cuyos mayores defensores ha sido el ilustre historiador del derecho español Alfonso García-Gallo y que seguiremos en esta exposición pues estamos convencidos de que es la buena senda metodológica, consiste en una herramienta estupenda para apartar la cizaña del trigo y quedar centrados nuestros trabajos en el estudio del derecho de la época que nos ocupa, sin abandonar por descontado todo lo que en el derecho está imbricado, de ahí que se auspicie iniciar los estudios histórico jurídicos, con el estudio e investigación de la historia de las instituciones de la vida social. Ampliaremos el tema.

Volvamos al maestro García-Gallo, para él la historia jurídica debía estudiar la evolución del derecho, y en ese sentido sostenía que desde hacía largo tiempo los historiadores del derecho de Europa venían esforzándose por aislar lo jurídico de lo que no lo es, para ocuparse solo de ello y tratarlo con técnica jurídica⁷.

Al decir que la historia del derecho debe ser estudiada jurídicamente, o “purificada”, lo que se ha querido decir es que la historia del derecho solo debe ocuparse del aspecto jurídico de las instituciones de la sociedad y estudiar este con método jurídico.

De esta manera nos introducimos ya en el tema de la historia de las instituciones, que como vimos en páginas atrás es una parte inescindible de la historia del derecho. Para estudiar el derecho en cualquier tiempo pasado el historiador debe colocarse, en cuanto le sea posible, en la misma actitud del

⁶ JOSE MARIA DIAZ COUSELO, “Acerca de una Historia Jurídica del Derecho”, conferencia pronunciada en la reunión de la Asociación de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, celebrada en Rosario (Prov.de Santa Fe) durante 2013, en prensa.

⁷ ALFONSO GARCÍA-GALLO, “Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires*, n^o 18, p. 13 y ss.

jurista de la época, utilizar las mismas fuentes que él utilizaría y proceder con el mismo método que él aplicaría. No con la mentalidad actual, sino con la del jurista de aquella época.

Puntualiza sagazmente García-Gallo que ante la predominante posición que ha adquirido la ley en los últimos tiempos (“Se ha podido hablar del *mito de la ley*” dice), ha provocado que algunos juristas e historiadores del derecho se limiten arbitrariamente al estudio de los textos legales en sus investigaciones y estudios, aún conscientes de que la ley no es el derecho.

Una admonición final del maestro español resulta adecuada aún en el tiempo presente (aquellas consideraciones eran de 1967):

Si realmente se quiere hacer Historia del Derecho es necesario dejar a un lado las preocupaciones históricas y sociológicas, la atención predominante por los aspectos políticos, sociales, económicos, etc. de las instituciones, y proceder como juristas. No hay en ello crítica ni menosprecio de otras preocupaciones; hay tan solo el convencimiento de la necesidad de la especialización⁸.

Agregamos por nuestra parte que la historia del derecho debe hacerse mediando una introducción acerca de la historia de las instituciones de la sociedad y una vez efectuada, apuntar el lente especialmente en el derecho, que es uno de los elementos basales de las instituciones sociales.

Volcándose decididamente al tema del estudio e investigación del Derecho Indiano, que era el motivo central de su trabajo en esos momentos, nos deja García-Gallo otra página notable:

“La fuerte tensión a que se ve sometido el Derecho de Castilla cuando tiene que adaptarse a una realidad tan distinta de la peninsular, tensión que provoca la formación de un Derecho nuevo –nuevo no solo en sus normas concretas sino en sus principios–, hace casi imposible exponer el Derecho Indiano dentro de los cuadros sistemáticos de aquél. Creo preferible estudiar el Derecho Indiano –sigue diciendo– sobre una base institucional; que en realidad es como se formó. Los problemas de convivencia, conversión, explotación de las riquezas, mano de obra, gobierno local y general, etc., son las que fuerzan a abandonar el viejo Derecho Castellano y a crear uno nuevo, y continúan siendo los problemas los que condicionan el desarrollo ulterior de éste⁹.

⁸ GARCIA-GALLO, “Problemas metodológicos”, cit., p. 18 y 57.

⁹ GARCIA-GALLO, “Problemas metodológicos”, cit., p. 58-59.

Estudiarlo “sobre una base institucional”, ese es el punto. Al hacerlo se alejan los peligros denunciados por algunos colegas de que al hacer historia del derecho se limite la investigación y el estudio al solo texto de la ley sancionada, a solo lo formal, despreciando o subalternizando todo el rico contenido del mundo social que lo rodea: es decir *las instituciones de la vida social*. Debemos integrar la historia del derecho con la historia de las instituciones de la vida social y lograr de esta manera un fruto sazonado del estudio o investigación.

Traigo al tapete estas lecciones para mostrar, de la mano de uno de sus más conspicuos cultores, todo lo que el derecho implica: en lo social, económico, religioso, etc. Pues esos y muchos otros son los elementos que lo integran, ya que el derecho es una construcción del hombre en sociedad y en esa construcción pesa sin duda en el hombre que lo elabora toda “su circunstancia” que forma parte inescindible de él mismo (al decir orteguiano).

Y en especial, lo que propiamente propiciaba García-Gallo y quienes le seguimos en este planteo metodológico de purificación de lo jurídico, es no confundir el derecho con todo lo que necesariamente lo rodea y ha influido en su formulación y aplicación, y por qué no, en la aceptación o rechazo de sus normas. De manera alguna se considera acertado estudiar al derecho como una serie de reglas más o menos enlazadas entre sí que ni históricamente ni jurídicamente sirven para poco. “Aislar” el derecho, o mejor aún “distinguirlo” (tal vez sea esta una mejor expresión), viéndolo a través del método jurídico de su tiempo, para poder entenderlo, y así saber estudiarlo convenientemente y no “irnos por las ramas” (utilizando una expresión muy ilustrativa) para terminar en una suerte de historia general que de nada serviría a los historiadores del derecho, ni a nadie. Conviene agregar que, por tratarse la historia del derecho de una historia especial, quien la cultive deberá ser además de un historiador, también un jurista, pues adelante que quien no sabe derecho no está capacitado para hacer historia del derecho¹⁰.

El planteo metodológico fundamental consiste en estudiar el derecho a través del estudio de las instituciones de la sociedad, y se completa al sostener

¹⁰ No desconozco que hay quien sostiene que el historiador general puede estudiar e investigar el derecho pasado aún mejor que el especialista, es decir que el historiador del derecho. A pesar de los muy interesantes argumentos esgrimidos, no participo de la opinión en ese sentido del ilustre maestro suizo y así quedará expuesto a lo largo del presente trabajo (Ver PIO CARONI, *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente* (Presentación de ITALO BOROCCHI, Traducción de ADELA MORA CAÑADA y MANUEL MARTÍNEZ NEIRA), Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, p. 138-139.

que la historia del derecho tiene que ser estudiada jurídicamente (“purificada”). Ya hemos hablado sobre el sentido que debe tener la “purificación de los jurídicos” como para que nadie se confunda y crea que lo que queríamos entonces y queremos ahora es hacer una historia del derecho de solo “leyes”. Atender tan solo a las “normas”, desnudas de toda otra consideración, como si ellas fueran el derecho. ¡Qué lejos estábamos y estamos de semejante desatino! Es este el gran tema metodológico de la historia del derecho, que siempre estará presente en toda investigación histórica jurídica, saber analizar lo jurídico dentro de la sociedad, que es lo mismo que *estudiar el Derecho en las instituciones de la vida social*. Sin dejar de tener en cuenta que el derecho es uno de los elementos fundamentales de ellas, pero solo un elemento más, hay muchos otros, algunos fundamentales, otros no tanto, pero todos conforman la institución social. Todos la integran.

Las instituciones de la vida social poseen un haz de elementos o situaciones que se conciertan para conformar una institución determinada: puede ser el Estado, la propiedad, la familia, la economía, la religión, la moral, la salud, etc. Dentro de todas ellas se ha distinguido como basales, o sus más importantes pilares, además del derecho, el uso social y la valoración, lo que no quiere decir como acabamos de aclararlo que no haya otros elementos que concurren a conformarla y habrá que tenerlos en cuenta.

En ese sentido hemos sostenido, en consonancia con lo que venimos afirmando, que la historia del derecho solo debe ocuparse del aspecto jurídico de las instituciones que ya ha investigado y aprehendido el cultivador de la materia, y estudiar este con método jurídico, con el método utilizado por el jurista de su tiempo, no por el actual, lo que implica por ende un conocimiento histórico de ese método del jurista del pasado de que se trate. Ello no quiere decir que las demás circunstancias que conforman la institución de la sociedad sean indiferentes al historiador del derecho, pues el historiador ya conoce las instituciones en que está comprendido el derecho, es decir ha pasado por la etapa *introdutoria*, tocando ahora que profundice su escalpelo. Munido del colosal andamiaje cultural que ya posee, debe ir ahora a profundizar lo jurídico, dentro de la institución social de que se trate. Pues no olvidemos que ambas, la historia de las instituciones y la historia del derecho están íntimamente unidas, lo están de una manera *nuclear*, como ya explicamos, *ambas son historia del derecho*. Debe conocerse una y otra para poder conocer la historia del derecho plenamente. La primera es la introducción a la segunda, o como se las ha catalogado, la de las instituciones es una historia del derecho *menor* y la otra una historia del derecho *mayor*.

Las distinciones y relaciones entre el estudio de las *instituciones* y del *derecho* está explicadas en el Manual que elaboramos con el profesor Tau Anzoátegui, ya en su primera edición de 1967, donde hemos propiciado, sin variaciones hasta ahora (la última edición es de 2012), el estudio de la historia jurídica a través de la historia de las instituciones, puesto que el derecho es uno de los elementos fundamentales de la institución, sin la cual no podría existir: su unión es nuclear¹¹. En cuanto a las *instituciones*, Tau Anzoátegui ha redactado un importante trabajo sobre ellas, que ha servido de fuente al párrafo del Manual citado. Allí se las define como ordenaciones parciales de la vida del hombre en sociedad, que han llegado a un desarrollo sólido y autónomo a través de la actividad desplegada y la renovada adhesión de muchas generaciones, distinguiendo como sus tres pilares fundamentales el uso social o la costumbre, la moral y el derecho¹².

No me parece necesario volver a afirmar, para que no quede duda, frente a algunas modernas corrientes “integradoras”, que muy lejos estamos de querer, con esta prédica de “purificar lo jurídico” en los estudios de historia del derecho, desconocer el resto de la vida del hombre en sociedad. Es realmente un error garrafal creer que con el método propiciado se puede sostener la existencia de dos mundos, uno el jurídico, solo y aislado, y otro el de la vida real. Las leyes por un lado explicándose por sí solas y por el otro la realidad histórica, es francamente un dislate. Nada más alejado que semejante posición del método de que hablamos y hemos utilizado en todos nuestros trabajos. Ellos pueden ser una demostración de la aplicación de lo pregonado.

Debemos insistir en que no debe suponerse que en el método aludido se considerase a la ley estatal como el único modo de crear el derecho, siendo relegados otros tipos normativos ricos en vinculaciones políticas, sociales, económicas, etc. Ni que de esa manera pudiese intelectualmente alcanzarse a la “purificación de lo jurídico”, despreciando todo lo demás. Nada de eso puede significar purificar el estudio de la historia del derecho en nuestra concepción.

Se ha sostenido la importancia de *lo formal* en el trabajo de los historiadores de las instituciones, que deben estar apegados a las formas del derecho,

¹¹ VÍCTOR TAU ANZOATEGUI y EDUARDO MARTIRÉ, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, Buenos Aires, La Ley Sociedad Anónima, Editora e Impresora, 1967, p. 11 y ss. (Se ha impreso la VIIIª edición, en la editorial Cathedra Jurídica, de Buenos Aires, 2012).

¹² VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, “El concepto histórico de las instituciones”, *Revista de Historia Americana y Argentina*, n° 7/8, Mendoza, 1962/1963.

pero se llamó la atención en los últimos tiempos que los historiadores no podrían en los trabajos de historia jurídica prescindir de *lo social*:

en las últimas décadas los iushistoriadores han acentuado su interés por el conocimiento de la práctica social. Se trata, pues, no solo de averiguar el carácter jurídico político de las entidades que integran la organización política de cada época en su designación formal, sino en su constitución real y en su evolución. Los esquemas simples y estáticos, las nociones abstractas que congelan la vida social y política son miradas con desconfianza por el iushistoriador.

Los textos legales por ello deben ser leídos “con el ánimo de encontrar en ellos la visa jurídica en todas sus dimensiones y no un mandato frío del legislador”¹³. No podemos dejar de compartir estos consejos y temores.

Pero desde ya que ese peligro no se cierne si se utiliza el método que parte de que la historia del derecho se estudie a través de la historia de las instituciones de la vida del hombre en sociedad. Una vez conocida, estudiada y comprendida la institución social, cuyas bases son el uso social, la valoración de ese uso social y el derecho y con ello toda la riqueza que guarda la institución de la vida en sociedad (admitiendo por descontado que las instituciones no son construcciones estáticas sino esencialmente dinámicas, cambiantes), deberá el investigador distinguir en ella a uno de sus elementos fundamentales, *el derecho* y completar ahora ya definitivamente el estudio o la investigación planteada, ocupándose en esta última etapa, especialmente de ese elemento crucial, capital para él de la institución (habíamos hablado de esta etapa como la *de coronamiento* del estudio o investigación). En eso consiste para nosotros “la purificación de lo jurídico”.

Las instituciones de la vida social ni son formas estancadas, ni indiferentes a la realidad del hombre en sociedad, en esa sociedad en la que están inmersas. En el *Manual* que hemos aludido se sostiene que:

La historia de las instituciones constituye, pues, una necesaria introducción a la historia del derecho, que a diferencia de nuestra disciplina [nos referimos a la historia de las instituciones], agudiza su lente científico en el estu-

¹³ VICTOR TAU ANZOÁTEGUI, “Las Indias ¿provincias, reinos o colonias? A propósito del planteo de Zorraquín Becú”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 28, de *Homenaje a Ricardo Zorraquín Becú*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2000, p. 79-80.

dio de uno de los elementos de la institución (la regulación jurídica), pero siempre atendiendo al contexto social en que actúan¹⁴.

La atención preferente a *lo social* que se ha advertido en algunos historiadores del derecho quedará satisfecha con el conocimiento de las instituciones de la vida social en que estará siempre presente el derecho, como uno de los pilares fundamentales de la institución. Quienes cultivamos la historia jurídica debemos especializarnos en estudiar el derecho y profundizar en ello. Lo hemos dicho más de una vez, el derecho no es la institución social, ni la institución es solo el derecho, también la integran otros muchos elementos. Esa es la enseñanza de García-Gallo, la que nosotros hemos abrazado.

La tendencia de los noveles historiadores del derecho a que se ha hecho referencia más arriba se satisface al conocer de antemano la institución en toda su extensión, en lo social, en la valoración, en la regulación jurídica, y especializarse en este último pilar de la institución, es decir el derecho. Así debe hacerse historia jurídica a nuestro entender.

Debe el iushistoriador apegarse a *lo formal*¹⁵, claro que sí, *lo social* está ya conocido por él cuando estudió, investigó, comprendió y entendió la institución social en la que *lo formal* (podemos llamarlo “lo jurídico”) está presente. Una vez detectado *lo jurídico* habrá encontrado el objeto principal de su estudio e investigación de historiador del derecho y ahondará con su bagaje de conocimientos especiales, en esa vena, donde los aplicará para obtener su objetivo: el derecho que abraza la institución.

Claro que para ello además de historiador deberá ser jurista, o saber derecho, no es preciso que se haya diplomado en esa rama de la ciencia jurídica, pero si no sabe derecho su labor será imposible y sus resultados, si alcanza alguno, inútiles o propios de otras disciplinas.

Por ello no deberán alarmarse los noveles iushistoriadores, pues conociendo las instituciones sociales en todo su rico contenido, en las que está imbricado lo jurídico, esos textos legales que las integran, podrán ser leídos con el ánimo sereno de poder encontrar en ellos el venero jurídico en todas sus dimensiones, no habrá esquemas simples y estáticos, ni nociones abstractas, ni mucho menos “un mandato frío del legislador”, como se ha dicho.

Hay aun algo más. Refiriéndose a las llamadas “fuentes del Derecho”, el profesor Díaz Couselo insiste en que debe prestarse atención a las fuentes

¹⁴ TAU ANZOÁTEGUI y MARTIRÉ, *Manual, cit., p.10, (8ªed. 2012)*.

¹⁵ TAU ANZOÁTEGUI, “Las Indias...”, cit.

formales (las normas) tanto como a las reales (el mundo real) del derecho, por cuanto en el estudio de la historia jurídica se debe atender a ambas, las fuentes formales, que serían las normas, como las fuentes reales, es decir la realidad que se ha tenido presente en la formulación de cada disposición y en la valoración dada en cada momento. Todo historiador del derecho, sostiene nuestro autor, debe tener siempre presente la permanente influencia que existe entre derecho y cultura, pues aquél es siempre una manifestación importante y esencial de ésta, ya que todos sus otros aspectos se ven afectados por la ordenación jurídica, que les asigna, sin excepción, el carácter de licitud o ilicitud, en base a juicios de valor que el derecho presupone, no existiendo conducta intersubjetiva a la que le falte su sello¹⁶. Sin embargo ello no quiere decir, ni así creo que lo ha entendido el autor, que al hacer historia del derecho se deba hacer toda la historia de la sociedad. Magna tarea a la que no está abocado el verdadero historiador del derecho, sino solo al derecho pero sin desatender a las llamadas fuentes materiales que rodean a las formales en cada caso.

El profesor Escudero se ocupó en su *Curso* dirigido a los alumnos, del tema de las fuentes, coincidiendo en la existencia de diversas fuentes del derecho. Afirma que lo jurídico no solo se encuentra en los textos legales de cada época sino además en otros testimonios de diversa índole. Entre esas *fuentes* –o modos de expresión del derecho– hay que distinguir las que directamente lo crean, de aquellas otras que mediata o indirectamente dan noticia de la norma jurídica en un momento cualquiera, como la ley, la costumbre, las sentencias judiciales, y la doctrina de los juristas. Las fuentes indirectas, sostiene Escudero, son múltiples. Unas y otras han sido objeto de clasificación, simple o compleja¹⁷.

Ricardo Zorraquín Becú enfrentado al tema del estudio de la Historia del Derecho, también advirtió la necesidad de distinguir entre lo verdaderamente jurídico de lo que no lo es, y darle su debida importancia en los estudios histórico jurídicos. La historia jurídica es, para el maestro argentino, a la vez historia social e historia de la cultura en cuanto complementa y facilita el estudio de estos aspectos de la evolución humana. Pero advierte que no por ello debe dejarse al derecho en una posición subalterna o dependiente:

¹⁶ JOSE MARÍA DÍAZ COUSELO, “Consideraciones sobre las Fuentes Materiales del Derecho como tema de la Historia Jurídica”, en *FIDES. Direito e Humanidades*, v. III, Porto, Portugal, Res Editora, 1994, p. 65-77, en especial 74.

¹⁷ JOSE ANTONIO ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, Madrid, 2003, p. 24.

Si el análisis del derecho que ha regido en el pasado es indispensable para comprender la evolución social y la cultura de un pueblo, estas circunstancias accesorias no deben hacer perder de vista el objetivo fundamental de esta disciplina, que es eminentemente jurídico. Al colocar a la historia del derecho, exclusivamente, dentro de la órbita de la historia social o de la cultura, se la ubica en una posición secundaria y de sumisión a las normas, finalidades y métodos de estas ciencias¹⁸.

En consecuencia, insiste en que debe acentuarse el enfoque jurídico al estudiar los derechos antiguos, superando así una notoria deficiencia de esta disciplina, tal cual ha sido enfocada por la mayor parte de los autores¹⁹.

La necesidad de conocimientos especiales para abordar cualquiera de las historias especiales a cuyo cultivo cada uno de nosotros está comprometido, entre ellas la historia del derecho, se da siempre, pues todas ellas estudian e investigan un sector del pasado del hombre, sin que por ello se intente dividirlo, que sería algo como despedazarlo y hacerlo incomprensible, sino que lo que cabe es “distinguirlo” en sus variados aspectos, fundamentales o secundarios, para poder concurrir luego a la formación de la historia del hombre en sociedad, la “gran historia” a cuya formación todos estamos comprometidos²⁰.

Insistiendo en la necesidad de la existencia en el historiador del derecho de conocimientos especiales para enfrentar los estudios de historia jurídica, admitamos que nada es más difícil para comprender el derecho, pretérito o actual, que prescindir del saber jurídico, y hablo no solo de la personalidad del jurista, de su formación, de sus estudios, de su “circunstancia”, pues con ser ello muy importante, no es solo eso, también me refiero a temas que deberemos afrontar todos los días en el curso de nuestros estudios e investigaciones, como por ejemplo el uso de términos técnicos, de esa “lengua especial” (*un argot de métier*), difícil de entender en su justa medida para quien ignora absolutamente el derecho, o tal vez no lo suficiente, o lo conozca superficialmente, que para el caso es lo mismo. Porque no olvidemos que tanto, en el presente como en el pasado, nosotros no conocemos al otro (y a sus obras),

¹⁸ RICARDO ZORRAQUÍN BECU, *Historia del Derecho Argentino, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1985, p. 23.*

¹⁹ Ídem, p. 23-24.

²⁰ Me ocupé especialmente del tema en “Las Historias Especiales y la Historia del Derecho”, *Trabajos y Comunicaciones, n° 21, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de La Plata, 1972, p. 115-127.*

sino en cuanto más se parezca a nosotros mismos²¹. Esta regla es de estricta aplicación al tópico de que estamos hablando²².

En una página magistral el profesor Marrou sostiene que –partiendo de la base de que la historia se hace a base de documentos/testimonios– para mejor comprender los documentos que han de examinarse, el historiador debe poseer dentro de su cultura personal, dentro de la estructura misma de su espíritu, las afinidades psicológicas que le permitan imaginar, sentir, comprender los sentimientos, las ideas, el comportamiento de los hombres del pasado que él encontrará dentro de los documentos, es por ello que la historia del arte exige una sensibilidad estética suficientemente rica y sensible; la historia del cristianismo exige que se tenga al menos el sentido de lo que puede ser el fenómeno religioso, el sentido de los valores espirituales²³.

Biondo Biondi, desde el campo de la historia del derecho romano, sostenía desde tiempo atrás que es necesario poseer “mentalidad jurídica” para poder investigar en el campo de la historia jurídica, pues de esa manera no habrá peligro de asimilar y considerar del mismo modo las XII Tablas y los preceptos del arte poética de Horacio, o confundir la patria potestad con la obligación²⁴.

Sin llegar a sostener que para quienes carezcan de una cierta versación jurídica la historia del derecho resultará ininteligible e impenetrable²⁵, lo cierto es que le creará serias dificultades para entenderla.

²¹ HENRI IRÉNÉE MARROU, *De la connaissance historique*, Éditions du Seuil; 27, rue Jacob, Paris, VI^o, 1956, p. 110.

²² No puedo dejar de recordar que en un trabajo no muy reciente que he tenido en mis manos por pedirse mi opinión sobre el mismo, en una reunión celebrada en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires, que el autor (no jurista) aludía al juez y al Juzgado donde actuaba el magistrado, al primero como al “agente” y al tribunal como la “agencia”. En tren de buscar ejemplos de la imperiosa necesidad de que el historiador del derecho sepa derecho, recuerdo otra reunión, más reciente, en el mismo Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, en la cual se leyeron los resultados, si bien provisionarios, de una notable investigación en marcha sobre la Justicia entre las reformas borbónicas y el orden constitucional, en donde no se mencionó en ningún caso la palabra derecho, ni se aludió a los aspectos jurídicos que, sin duda, surgían evidentemente del trabajo relatado. A pregunta que le formulé sobre ese hecho, se disculpó el autor sosteniendo que nada había dicho sobre ello, porque no sabía derecho, no era jurista sino historiador, y que esas cuestiones de que yo hablaba quedaban en manos de los historiadores del derecho.

²³ MARROU, *De la connaissance historique*, cit., p. 102 y 254.

²⁴ BIONDO BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milano, 1933, p.16-17.

²⁵ Ver VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, en “La enseñanza de la Historia del Derecho Argentino”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n^o 19, Buenos Aires, 1968, p. 218.

El problema de las disciplinas auxiliares de la historia que alguna vez se ventiló, atribuyendo esa categoría a nuestra disciplina, ha sido abordado por Díaz Couselo. Con apoyo en la autorizada opinión del maestro Helmut Coing²⁶ señala Díaz Couselo que a la historia del derecho puede considerársela como una disciplina auxiliar de la ciencia del derecho, calificación que no afecta su jerarquía científica, sino que por el contrario demuestra el valor que reviste para la dogmática, pues toda ciencia puede ser considerada *auxiliar* respecto a otras. Ese carácter resulta acusadamente relativo y no implica, en abstracto, valoración de tono menor. En la compleja convergencia de lo científico, la atención preferente a una de las partes convierte a las colindantes en auxiliares de aquella. Podía hablarse así de ciencias auxiliares con respecto al derecho o a la historia. En el campo de las disciplinas que tienen por objeto el estudio del derecho, la *ciencia o dogmática jurídica* es una *disciplina auxiliar* a la *historia del derecho*, y esta reviste ese mismo carácter con respecto a aquella²⁷.

La purificación de lo jurídico (en el sentido que he explicado anteriormente) fue esencial para precisar los límites, o mejor dicho las amplias fronteras de la historia jurídica, por ello tanto nos han preocupado a los historiadores del derecho observarlos. Los estudios de la materia ni debían efectuarse con anteojeras que buscaran recrear una estructura de leyes desprendida del mundo destinado a normar, como tampoco meter en ella, como en un barril sin fondo, toda la historia de la época en estudio. Ni tan calvo ni con tanto pelo.

Esas tendencias que considerábamos ya superadas, pareciera que en ocasiones, como la cizaña en el trigo (ya usé el aforismo inevitable), vuelven de vez en cuando a querer invadir las sementeras histórico jurídicas, sofocando los estudios y las investigaciones de historia del derecho con los estudios e investigaciones de la sociología, la historia social, o económica o política, o lingüística y haciendo desbarrancar el rumbo de algunos estudiosos, que deslumbrados por una disciplina como la nuestra, que no conocen, o acaban de descubrir, quieren de pronto adentrarse en ella, sin atender a lo principal de lo accesorio..., *porque no saben derecho*.

En este mundo nuevo, globalizado y audaz, predominan los estudiosos de lo social. La historia social que arremetía ya desde la época de los *Annales* en la segunda guerra mundial, ha encontrado nueva tierra fértil, abonada por la presencia de varios siglos de trabajos y de prestigiosas “generaciones” de

²⁶ HELMUT COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, p. 284; *Del mismo autor: Las tareas del historiador del Derecho*, Sevilla, 1977.

²⁷ DIAZ COUSELO, “Reflexiones”, cit., p. 261.

estudiosos. Hoy los estudios de lo social, como podía en cambio sí ocurrir en otras épocas, no pueden prescindir de los aportes de la historia jurídica, pues nadie duda que el derecho sea una expresión de lo social. Como sostenía Zorraquín Becú, el conocimiento del derecho que ha regido en el pasado es indispensable para comprender la evolución social y la cultura de un pueblo. En consecuencia, los estudiosos de la sociedad no podrán nunca prescindir de la normativa jurídica de la época de que se trate. Sin embargo, no deberá colocarse a la historia del derecho, exclusivamente, dentro de la órbita de la historia social o de la cultura, pues como lo ha expresado Zorraquín Becú, y bueno es repetirlo, de esa manera se la ubica en una posición secundaria y de sumisión a las normas, finalidades y métodos de estas ciencias²⁸. Para el maestro era necesario “promover los estudios de historia jurídica hasta encontrar el derecho actual, es decir realizar el enlace de lo antiguo y lo contemporáneo a fin de explicar debidamente los antecedentes de éste”²⁹.

Decía al respecto García-Gallo, y creo bueno recordarlo nuevamente, que el derecho no es algo superficial que se superpone a las instituciones para regularlas, puesto que esta regulación puede afectar a la esencia misma de la institución.

Lo que ocurre es que animados por esta necesidad perentoria de no olvidar el derecho en la reconstrucción del pasado, algunos estudiosos tal vez distinguidos historiadores preocupados por la historia social o económica o religiosa, no ocurren a la historia del derecho para buscar cubrir esa necesidad con el fruto de sus investigaciones o estudios histórico jurídicos, sino que se animan a cubrirla ellos mismos, creyendo que están en condiciones de hacer historia del derecho, a veces, peligrosamente, sin saber realmente qué es el derecho, ni tener noticia de su compleja realidad, de antes y de ahora. En esta intromisión en campo desconocido, hemos advertido que se acude con bastante frecuencia al enunciado de *historia de la justicia*, tal vez sin animarse a hablar de derecho, no creo que con ello se mejoren los resultados.

La manipulación de fuentes jurídicas, expedientes judiciales especialmente, en algunos trabajos que hemos leído, denota la perplejidad en que se encuentra este tipo de investigador que no sabe derecho. Deslumbrado por la “carátula” o por la prolongada duración del pleito, o por el número de expedientes, controvertidos o no, no advierte que dentro de ellos hay substanciales testimonios de la vida misma, que deja pasar porque no sabe leer un expe-

²⁸ Ver nota 6.

²⁹ Cit. por DIAZ COUSELO, “Reflexiones”, cit., p. 261-262.

diente judicial. No “entiende” el expediente, ni sabe nada del proceso judicial de que se trata, ni de los recursos o apelaciones, ni aún de las “chicanas” y de tantas otras características del pleito, que solo un historiador del derecho podrá mostrarle, guiándolo por un camino que no ha transitado nunca. En una palabra, no sabe interrogar el documento³⁰. Importantísima tarea que hace a la habilidad del investigador histórico de cualquier época.

Con escasos, pocos o ningún conocimiento jurídico el historiador de lo social que se propone estudiar también el derecho vigente en la época que tiene bajo su lente, sin la preparación adecuada, obtendrá resultados que en definitiva no servirán a nadie y mucho menos a él mismo en su tarea de estudiar la sociedad pretérita.

Terminaba mis consideraciones sobre las Historias Especiales en el trabajo en que me ocupé de ellas, recordando que desconocer lo que para la civilización tuvo y tiene “la envoltura jurídica de que habla Bloch”³¹ (refiriéndose al derecho) es tan inadmisibile como negar la existencia del derecho. Las formas, medios, métodos y sistemas, la diversidad de corrientes ideológicas en que se sustentaron, la doctrina de los juristas, las especialísimas características del derecho (la propia dogmática), en suma el conocimiento de la ciencia jurídica, justifican hablar de que su historicidad es de una naturaleza determinada, de un género especial, de una morfología tal, que sirve magníficamente de objeto a la rama de la historia que se ha ocupado de él, de su origen y desarrollo.

¿Podrá un historiador ocuparse de todo ello, completar por sí mismo y sin el auxilio del historiador del derecho la reconstrucción de la sociedad que le preocupa? Así como no podrá conocer el presente sin conocer su derecho a través de los resultados de la ciencia jurídica que lo estudia, lo mismo ocurrirá en el pasado.

2. La dogmática jurídica y la historia del derecho

“lo storico del diritto, che serba in sé –intesificato al massimo– il compito inabdicabile di ogni storico autentico di guardare al passato con occhi ben vivi nel presente” (P.GROSSI)

³⁰ Y que graves problemas surgen de no saber interrogar al pasado (Ver P. GARONI, *La soledad del historiador del derecho*, cit., p.93-94).

³¹ MARC BLOCH, *Introducción a la historia, México-Buenos Aires, 1952*, p. 116. *En mi trabajo sobre “Las Historias especiales y la historia del derecho”, ya citado, me he ocupado del concepto de Bloch acerca de la historia jurídica.*

Hemos cerrado el capítulo anterior de manera de poder enfrentarnos en éste a las relaciones entre la historia jurídica y la dogmática, o derecho positivo.

Abordamos el tema con las precauciones que se merecen las cercanías de la historia jurídica y el derecho positivo.

Afirmemos, no más enfrentar el tema, que el derecho es un fenómeno social, no cabe olvidarlo. Es decir es uno de los pilares que sostienen las instituciones de la vida en sociedad, que junto con los demás elementos de las instituciones sociales va conformando una red, construida por el hombre, que constituye la sociedad en que habita. El hombre a través de su existencia, hemos dicho en el *Manual* varias veces citado, construye, “hace su vida”, en la sociedad a la que pertenece en convivencia con otros hombres. De esa vida queda algo, como una decantación estabilizada, que sigue siendo creación de él, pues es un producto social. Se trata de las instituciones de la vida social. Cada una de ellas “es el esqueleto sobre el que existe la vida social”, ese esqueleto, esa red, esa *institución*, está sostenida básicamente por el uso social, por la valoración y por el derecho, que pueden sufrir las variaciones impuestas por el tiempo o por otras circunstancias que incidan sobre la institución. La regulación jurídica de la institución, es decir el derecho, “se encuentra al servicio de la sociedad y de sus principios y se limita a reglar la existencia de las instituciones nacidas para responder a las necesidades sociales”. Cumple una función irremplazable y sin la cual la institución no podría existir.

“El enfoque del jurista corre el riesgo de deformarse cuando ve sola la institución en función del derecho o de la norma jurídica, y no advierte que ésta se halla subordinada a aquélla en el sentido indicado y que forma parte de un engranaje, por lo que su existencia, se halla injertada en la institución que regula”. En suma que en un enfoque renovador se hace necesario un mayor conocimiento del contexto social y sobre todo de las redes políticas, intelectuales, familiares, etc., actuantes en cada momento³². Sintetizando entendemos por institución una ordenación parcial de la vida del hombre en sociedad que ha llegado a un desarrollo sólido y autónomo a través de la actividad desplegada y la renovada adhesión de muchas generaciones.

La historia de las instituciones constituye una necesaria introducción a la historia del derecho, que agudiza su lente científico en el estudio de uno de los elementos de la institución (el derecho o la regulación jurídica), pero siempre atendiendo al contexto social en donde actúan. Ambas, la historia de

³² TAU y MARTIRÉ, *Manual, cit.*, p. 7-10.

las instituciones sociales y la historia del derecho, están estrechamente unidas en un nexo nuclear, ambas son en su medida historia del derecho; una, introductoria o menor, la otra de coronamiento o mayor, según se explicó en el capítulo anterior.

Entendemos la alarma de Pío Caroni, expresada con su gracia habitual en sus *Lecciones catalanas*, al afirmar “Cuando los cultivadores del derecho positivo hablan de la historia del derecho e insisten sobre la *indiscutible* necesidad de cultivarla, *aunque solo dentro de ciertos límites*, mis orejas se alzan de golpe como las de un perro lobo”. Su temor parte, nos dice, de que esos “ciertos límites” provienen de su miedo a que el historiador del derecho (siempre que no esté convenientemente domesticado) se adentre en sus dominios y abata alguno de esos dogmas intocables, que con gran audacia puede ser puesto en duda, lo que sería para él una verdadera blasfemia. Es que el historiador del derecho, sigue diciendo Caroni, debe hurgar convenientemente en aquellas lugares que han sido púdicamente excluidos de las miradas extrañas, ya que ellos (los juristas) han purificado, racionalizado, limpiado esas cargas negativas que pudieran afectar los dogmas erigidos como pétreos muros del derecho, homologando de esa manera el derecho vigente. En mérito a todo ello nuestro autor ha esgrimido la “cultura de la sospecha”: Llama de esta manera, nos explica,

a un comportamiento cultural que no se satisface con registrar las soluciones del Código (o de la ley positiva, podemos decir nosotros), sino que siente también inmediatamente la necesidad de integrarlas, de descifrarlas, de historizarlas, puesto que *sospecha*, precisamente, que las mismas por sí solas, aisladas, autónomas, transmiten mensajes poco creíbles e incluso engañosos³³.

Dos palabras más sobre el tema de esta historia especial tan especial y tan asediada, para lo cual me detendré en un trabajo reciente de un joven historiador del derecho, que sabe historia, pero que sobre todo sabe derecho, donde se formulan consideraciones interesantes que se corresponden con la idea de una historia crítica del derecho apartada de la ideología al servicio de la cual en muchos casos se hace historia jurídica, es decir en seguimiento de una concepción política determinada, para el caso el autor se refiere a la del estado liberal. Explica que la expresión “historia en el derecho” apunta a resaltar una forma de comprender la labor del historiador del derecho que,

³³ PIO CARONI, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, *Marcial Pons*, p. 12-15 (las bastardillas son de Caroni).

básicamente, puede resumirse en la idea de construir una imagen del pasado adaptada a los moldes del derecho presente, aunque no siempre sea fruto de una estrategia intencional, y puntualiza los modos en que se logra ese objetivo. Consensos básicos que enumera citando a Hespanha³⁴.

Agrega Agüero que la historiografía crítica del derecho ha procurado mostrar de qué modo la narrativa tradicional, por vía de esa política implícita de la idea de continuidad construyó una imagen del pasado que se adaptaba a los consensos tradicionales del estado liberal decimonónico, presentado como categorías atemporales válidas para analizar cualquier escenario social³⁵.

Agrego por mi parte a lo expuesto por los autores citados, que no alzaría sus orejas de perro lobo guardián, el profesor Caroni, si el historiador del derecho afrontara y estudiara la ley positiva, reguladora de las instituciones de la sociedad, es decir hiciera historia del derecho, *a través de las instituciones sociales*, como lo he explicado largamente en el capítulo anterior. Con esta manera de enfocar el estudio de la ley, no la hallaría desnuda, no estaría descalza, sola, aislada. No sería una norma autónoma, ni transmitiría mensajes poco creíbles, no podría ocultar nada de la realidad, porque se la estudiaría, se la observaría, se la investigaría y se la enseñaría a los estudiantes, en medio, o a través, de la institución social llamada a normar. El historiador del derecho se ocuparía del derecho, pero no estaría fuera de su explicación todo lo que la institución de la vida social le entorna, como que ésta (la historia de las instituciones sociales) también es de alguna manera historia del derecho.

Algo más de Caroni. Dice refiriéndose a la ley positiva, y en el caso preciso al Código, que aún para él, el Código es siempre “histórico”, pues lo ocurrido desde el tiempo que transcurre desde su sanción deberá tenerse en cuenta cuando intentamos descifrarlo, ya que todo derecho vigente viene confirmado por un pasado, por un ayer próximo o remoto. Este derecho positivo conlleva en sí el paso del tiempo, y por ello para Caroni siempre está “actualizándose”, pues “resulta ingenuo o imperdonable suponer que se nos confía tal como fue promulgado”. El paso del tiempo lo modifica a punto tal que cuando nos alcance pueda ser irreconocible.

³⁴ ALEJANDRO AGÜERO, “El uso del pasado en la enseñanza del derecho penal en Argentina. La imagen del Antiguo Régimen como tradición latente”, *Max Planck Institute for European Legal History, Resarches paper series, n° 2015-07* (<http://ssrn.com/abstract=2652713>), p. 2-3. La cita responde a ANTONIO M. HESPANHA, *Cultura Jurídica europea, síntesis de un milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 30 y ss.

³⁵ *idem*, p. 3.

Para descifrarlo, para reconocerlo debe saberse qué le ha pasado durante su itinerario, durante su vigencia. “Es decir debo explorar el pasado que lo envuelve, o sea el contexto social, político, económico, cultural al cual el derecho se refiere y adquiere su valor específico” (por mi parte, desde el método que propicio, diría que debe conocer o investigar la institución de la vida social que integra el derecho). Nos aclara que si luego de ese pasado termina encerrado en una codificación burguesa, son sus palabras, se convierte en mandato.

Pero esos códigos son el fruto consiente de una abstracción. “Quien pretenda valorarlos, destacar uno de los tantos mensajes que lanzan, hará bien en recordarlo. Es decir, en recuperar y tener en cuenta todo cuanto se ocultó, pudiendo apurar sólo así el valor iuspolítico de la regla que el código reclama”. Porque “...si es verdad que el derecho está indisolublemente ligado a la sociedad en la que opera por vocación natural entonces resulta inevitable saber *cómo*; *como* (en qué condiciones) surge de ella, para desembocar en el código; y *como* (en qué condiciones) regresa a ella, para disciplinarla”. El código puede verse como una “ossature sans chair” [osamenta sin carne] “que cada generación enriquece según los deseos expresados poco a poco por los grupos sociales dominantes sin excesivos escrúpulos, e incluso, sin demasiadas consideraciones por las aspiraciones del legislador (como bien saben los sociólogos del derecho)”.

Desde este punto de vista, agrega nuestro autor, podemos apoyar que la historia del derecho no es la que se cierra con la sanción de la ley, *sino la que comienza precisamente entonces*. Los destinatarios de nuestra enseñanza están en el derecho positivo, es decir en el vigente. Por ello, concluye que la historicidad de este derecho es el mensaje que debemos transmitir, aún con esas consideraciones que acaba de explicar. Ello hace precisamente a la historicidad del derecho³⁶.

¿Es extraño todo lo hasta aquí expuesto al método propiciado de hacer historia del derecho y por ende conocer el derecho a través de la historia de las instituciones de la vida social, con toda su riqueza, inocultable? Ella surge diáfana cuando se indaga la institución, cuyos pilares conforman esa vida social. Si purificamos lo jurídico al estudiar el derecho a través de la institución en que está inserto, podremos alejar los peligros de que ese derecho, objeto de nuestra indagación, tan solo sea una “ossature sans chair”.

Y aún corriendo el riesgo de apartarnos de lo específicamente tratado, es decir de la especial historia del derecho, me parece que todo ello está ínti-

³⁶ CARONI, *La soledad*, cit., p. 213.

mamente unido a la tarea del historiador. Por ello creo importante echar una mirada de la mano de nuestro querido maestro Ricardo Zorraquín Becú, de la misión de la historia, recordando sus palabras, esta vez pronunciadas cuando cumplía cuarenta años como miembro de número de la Academia Nacional de la Historia de la Argentina, que presidió varias veces:

Ya no basta referir escuetamente los hechos ocurridos. Es indispensable comprenderlos, interpretarlos, buscar los motivos de los acontecimientos, los impulsos que guiaron las acciones humanas, las conexiones que las vinculan o las separan, los resultados buenos o malos de esas conductas, el porqué y el cómo de ciertos procesos que nos causan extrañezas y que por lo tanto debemos explicar.

Es decir “la verdadera aprehensión de un pasado que conocemos a través de numerosos datos, pero acerca de los cuales debemos reflexionar para extraer la explicación que nos falta o para reconstruir el proceso que nos interesa”³⁷.

Echadas al ruedo estas consideraciones, es bueno que hagamos un poco de historia, para mejor entendernos, aunque se trate de una historia ya bien conocida por los estudiosos de la ciencia del derecho. Está claro que se ha producido en la modernidad una enorme transformación en la elaboración del derecho y en especial en la jerarquía e importancia que dentro de él se otorga a las *leyes* positivas. Hasta podríamos afirmar que alcanzamos en ciertas etapas el pleno auge del legalismo positivista, por fortuna en clara declinación.

Comencemos con una página magistral de Grossi, quien no pudiendo desprenderse del terreno “che piu me è familiare”, es decir la edad media y moderna, nos alecciona de esta manera:

La civiltà medievale è civiltà giuridica nel senso che uno spazio decisivo nella sua architettura progettuale compete al diritto, entro i suoi confini un indubbio primato epistemológico spetta alla *scientia juris* e ad essa si guarda con attenzione e rispetto da parte di ogni intellettuale; il giurista è uomo di progetti, è al centro della città che lo nutre e lo alleva come cellula portante; siede nel Palazzo come naturale depositario del potere e colloquia coi dotti, lui primo fra i dotti, quale interlocutore privilegiato. Quando, nel pieno dell'età moderna, questo sfaccettato e pluralistico assetto socio-politico e culturale viene abbandonato per una conzione monopolística e assorbente del po-

³⁷ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Viaje alrededor de la historia*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1995, p. 31.

tere político, el diritto passa da nervadura della intera società civile (a la cui produzione l'intera società civile concorre) a uno dei meccanismi essenziale del potere, mentre si deforma sensibilmente e si stravolge il vecchio rapporto fra diritto e mondo circostante. L'assolutismo giuridico dell'età liberale percepisce l'enorme valore –*stricto sensu* político– del diritto, lo lega al potere e a la clase detentrice come prezioso *instrumentum regni* più di quanto si fosse mai fatto per el passato, mortifica il giurista a ripetitore della sola voce del legislatore. Al giuridico si assegna il suolo infinitamente minore di fungere da apparecchio ortopedico per le claudicanze del legislatore e ai giuristi non-ruolo di suggeritori di espedienti grammatiale³⁸.

Al redactar mi obra *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias* hace ya algunos años³⁹ me ocupé del tema. Compartiendo la enseñanza de Grossi, señalaba entonces la diferencia abismal entre el derecho común, y el de la modernidad, o codificación, fruto del avance arrollador del Estado en la elaboración y sanción de las normas. Es lo que hemos llamado el “estatalismo jurídico” o el “monopolio legiferante” del Estado. La regulación impuesta por el poder político a todos los órdenes de la vida del hombre, desde el nacimiento hasta la sepultura⁴⁰.

El cambio no fue abrupto; el poder político, podemos seguir llamándolo Estado, fue paulatinamente fortaleciéndose en todos los órdenes de la vida de la sociedad, permitiéndose usar cada vez con más fuerza su potestad jurisdiccional (*iurisdictio*) que arrebató sin concesiones al jurista del antiguo régimen, y en virtud de ella pudo dictar leyes y sentencias y ejecutarlas.

Es el moderno imperio de la ley, o del código, esencialmente a partir del siglo de las luces, aunque haya habido manifestaciones en ese sentido en siglos

³⁸ PAOLO GROSSI, “Storia sociale e dimensione giuridica”, *Atti dell'incontro di studio*, Firenze, 26/27 abril 1985, p. 18-19.

³⁹ EDUARDO MARTIRÉ, *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2005 (Hay reedición: *Las Audiencias y la Administración de Justicia en Indias. Del iudex perfectus al iudex solutus*, 2ª edición, Buenos Aires, Librería Editorial Histórica, Emilio J. Perrot, 2009).

⁴⁰ 31 Vuelvo a Grossi, quien con palabra elocuente, ha definido a la ley estatal que avanza sin remedio sobre el mundo social: “L'uomo della strada, portatore del buonsenso de l'uomo comune, non ha torto. Il diritto appare a lui soltanto come legge, e legge è il comando autoritario che piove dall'alto sulla inerme comunità dei cittadini senza tener conto dei fermenti circolanti nella coscienza collettiva, indifferente alla varietà delle situazioni che pretende di rigolare. E infatti insegnamento corrente che virtù commune della legge sono: la strattezza e la generalità, cioè la sua insensibilità alle posibles differenti esigenze dei destinatarii; la autoritariedad, cioè la indiscutibilità del suo contenuto” (P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 14-16).

anteriores, proveniente de un monopolio jurídico absoluto que enerva toda otra manera de formación de normas o que las reduce a su mínima expresión. El código, como dice Caroni, es el demolidor de la historia del derecho, pues al bloquear el anterior recurso operativo a la historia, devaluó una disciplina a la que se acudía desde hacía siglos. Pensaron que podía volverse obsoleta y que por ello podía ser eliminada. Agrega el maestro suizo que aún hay historiadores del derecho que no creen que el código haya renovado el sistema de fuentes, lo ven como una versión más o menos parecida al *ius proprium*, carente por ello de las necesarias referencias propias. “Y al razonar así esperan salvar los muebles y devolver su antiguo esplendor a la disciplina”. Otros, agrega Caroni, se esperan en mantener la historia jurídica acudiendo a aquellas situaciones excepcionales “en las que ni siquiera el jurista tiene escapatoria y está obligado a consultar el pasado”, por ejemplo a tener que interpretar históricamente una regla sancionada por el código o recurrir gracias a su propio texto, “al derecho precedente formalmente abolido y, por ello, ya *extravagans* pero, precisamente en este caso (*in casu*), excepcionalmente recuperable”⁴¹.

Este imperio de la ley positiva tuvo gran fortuna y llegó a ser identificada con el derecho, alcanzando lo que se ha llamado con acierto la “época de oro” de la ley⁴².

En las Indias las novedades que impone el Nuevo Mundo, esta *nuova negotia*, favorecerá el ejercicio de la *iurisdictio* absoluta del príncipe en dimensiones tal vez nunca conocidas hasta entonces, supeditando las otras formas del derecho, como la costumbre o la jurisprudencia o la doctrina de los juristas. La tierra nueva exigía del príncipe una actividad mucho más extendida que la tierra vieja y los ejemplos se multiplican⁴³.

⁴¹ CARONI, La soledad del historiador, cit., p. 44-47.

El Código Civil Argentino de 1869 es un ejemplo, sometía la costumbre al soberano imperio de la ley con palabras muy claras. Decía en su art.17 que las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes. “El uso y la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos”. Un siglo más tarde, la reforma impuesta por la ley 17.711 de 1968, trató de suavizar la rígida norma del código, agregando que pueden valer los usos y costumbres, aunque las leyes no se refieran a ellos, “en situaciones no regladas legalmente”.

⁴² La expresión pertenece a TAU ANZOÁTEGUI, *La ley en América Hispana*, cit., p. 435-436.

⁴³ En mi obra *Las Audiencias ..., ya ciada, me extendiendo en estos temas (ver p. 22 y ss.)*, lo que me exime de volver sobre ellos). También adelanté mi opinión en “El Derecho Indiano, un Derecho propio particular”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 29, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

Este culto a la *ley positiva*, entendida como única o principalísima expresión del derecho, ha llegado al extremo de entender el estudio e investigación de la historia del derecho, como la historia pura y simple de las leyes sancionadas por el poder político, como los códigos, desvinculándolas de la vida misma de la sociedad que están llamadas a reglar y abandonando la rica traza del derecho a través de la historia. Es decir separando el universo normativo del universo real, de manera que para algunos, o para muchos, la ley será el único modo de creación del derecho. Equivocado enfoque que lleva a resultados previsibles, muy alejados de la verdadera recreación del derecho de un tiempo determinado.

Ahora bien, el estudio e investigación del *derecho pretérito* que es el objeto de la historia del derecho, desde cualquier punto que se inicie la investigación o hasta qué límite se llegue temporalmente en esa investigación (aún comenzando la investigación desde la sanción misma de la nueva norma, como explicaba Caroni más atrás, ver p.18)⁴⁴, debe superar la engeguedora luz *de esa ley positiva* y abarcar en su debida medida el mundo a que está destinado el derecho, que no se integra tan solo (y es bueno repetirlo) con la ley sancionada.

Está claro que a través de la historia jurídica, no se hará una historia general (peligro que no dejó de notarse en obras e investigaciones de la materia, viejas y nuevas). Nuestra disciplina se ocupa del derecho, no de la ley, pero del derecho y todo lo que ello implica, como su génesis, su desarrollo, su percepción por la sociedad a la que va destinado, su aceptación, su cuestionamiento. En fin todo lo que el derecho significa en una sociedad determinada.

Pero aquí cabe formular una advertencia fundamental que en alguna medida acabo de adelantar: pues en su afán de no separar el mundo legal del real, deben cuidar los historiadores del derecho de no embarcarse en una aventura científica que los lleve, so pretexto de mantener esa unión de ambos mundos, a subalternizar el derecho en el altar de la historia social, o económica, o moral, o incluso general. El historiador del derecho debe hacer tan solo eso (inada menos!), recrear *lo jurídico* de la época que ha sometido a su estudio e investigación y no desviar su objetivo, que es y seguirá siendo *el derecho...* Para evitarlo se ha propiciado “la purificación de lo jurídico”, que no es limitar el es-

⁴⁴ Resulta interesante la nueva corriente de la “Historia del tiempo presente”, para lo cual remito al importante trabajo de las autoras BEATRIZ FIGALLO y JOSEFA GARCIA de CERETTO, “Historia y Complejidad. La Historia del Tiempo Presente”, *RES-GESTA*, 2004, n° 41, Rosario, UCA, 2003, p. 9-206.

tudio del derecho tan solo a la ley estatal ni mucho menos, como hemos venido explicándolo páginas atrás. Para lo cual la vía correcta, lo repito una vez más, es estudiar la historia del derecho a través de la historia de las instituciones de la vida social, método del que he venido hablando en el capítulo anterior, lo que hará imposible el peligro de aislar al derecho de la sociedad que integra.

Es decir, no solo ocuparse de lo jurídico, aunque ello importe lo principal en su investigación, sino de todo cuanto lo rodea en tanto integra la vida social⁴⁵, partiendo de la unión substancial de la historia de las instituciones de la vida social y la historia del derecho. Ambas son partes de un mismo núcleo, ambas son la historia jurídica, ya se considere a la historia de las instituciones, como una historia del derecho menor y a la otra como una historia del derecho mayor, o ya se la entienda a la primera como una parte introductoria y a la segunda como una parte de coronamiento de la historia del derecho. Son dos partes de un mismo núcleo, ambas son historia del derecho.

Iniciar el estudio de la historia del derecho comenzando por la historia de las instituciones de la vida social. Esa es la vía correcta, ya que ambas son parte de la historia del derecho, son historia del derecho⁴⁶.

Como ha dicho con palabra adecuada Ricardo Zorraquín Becú, y lo hemos recordado ya, la distinción entre lo jurídico de lo que no lo es no puede pasar inadvertida para el investigador, porque:

... si el análisis del derecho que ha regido en el pasado es indispensable para comprender la evolución social y la cultura de un pueblo, estas circunstancias accesorias no deben hacer perder de vista el objetivo fundamental de esta disciplina, que es eminentemente jurídico. Al colocar a la historia del derecho, exclusivamente, dentro de la órbita de la historia social o de la cultura, se la ubica en una posición secundaria y de sumisión a las normas, finalidades y métodos de estas ciencias⁴⁷.

⁴⁵ El derecho vive en lo social *como pez en el agua...* afirma Caroni (*La soledad del historiador*, cit., p.95/96). La estrecha vinculación entre el derecho y la sociedad que regula, está ampliamente desarrollado en ese trabajo (en especial Cap.3, p. 113 y ss.). Afirma el autor que el derecho y la sociedad interaccionan necesariamente. El derecho vive en la realidad social, está literalmente envuelto por ella y a su vez la envuelve con un retículo normativo (p. 124-125).

⁴⁶ ¿Se solucionarán así por esta vía a los problemas que presenta al estudio de la historia del derecho Pio Caroni? (Ver *op. cit.*, l Cap. 3 “*Espiando al vecino*”, especialmente en *cómo iniciar el viaje de investigación de la historia del derecho* (p.148).

⁴⁷ RICARDO ZORRAQUÍN BECU, *Historia del Derecho Argentino, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1985, p. 23.*

Por lo tanto, sigue diciendo Zorraquín Becú, debe acentuarse el enfoque jurídico al estudiar los derechos antiguos, superando así una notoria deficiencia de esta disciplina, tal cual ha sido enfocada por la mayor parte de los autores⁴⁸.

Ahora bien la inclinación evidente de ciertos historiadores del derecho, o bien de quienes así se llaman sin serlo, de no trepidar en hacer historia social al volcarse por esa vía, riesgosamente, al estudio histórico del derecho, subordinando éste a aquella, cada vez con más ahínco, me ha llevado a volver una y otra vez a preconizar la “purificación de lo jurídico” en los estudios e investigaciones de la materia. Lejos está esta “purificación”, como alguien pudiera imaginar, de preconizar el estudio de la historia de un derecho desnudo de todo cuánto hace a su propia existencia: de lo político, lo social, lo económico, lo moral. Ya lo hemos dicho en el capítulo anterior No se pretende ni mucho menos separar el mundo jurídico del real. Es decir, de una historia jurídica que desconozca o desprecie la realidad que la rodea y que precisamente el derecho ha sido formulado para normar, y que siempre ocurre que ese mismo derecho surgido de la sociedad influye también sobre la realidad social que se está investigando o estudiando.

La visión del derecho pretérito a través de la historia de las instituciones de la vida social, en la que está imbricado, aleja toda posibilidad de semejante traspíe. No me voy a extender en el tema del estudio de las instituciones y a través de ellas del derecho que es uno de los pilares que la sostienen, pues mucho tengo dicho sobre ello.

Pero creo que no se ha insistido lo suficiente en la vinculación de la historia del derecho con la dogmática, o ley positiva, unión natural y benéfica, de la que poco o nada se habla en algunos estudios metodológicos, más interesados en las vinculaciones con otras disciplinas “sociales”. Y ello a pesar de que las relaciones entre el estudio del derecho pasado y el del derecho presente siempre han sido tema recurrente en todas las oportunidades que debió hablarse de la *utilidad* de la disciplina histórica para entender el derecho positivo⁴⁹.

No olvidemos las lecciones de un eminente jurista e historiador como Helmunt Coing en esa relación, que puso de relieve en *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*⁵⁰. Señalaba allí las notas que

⁴⁸ Ídem, p. 23-24.

⁴⁹ DIAZ COUSELO, por ejemplo, entre tantos otros, se ocupa de ello en las primeras consideraciones de su trabajo ya citado “Reflexiones...”, p. 258-259.

⁵⁰ Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.

surgían de la particularidad del derecho, admitiendo que la historia del derecho es una de las llamadas historia especiales, como la del arte o de la economía. Afirmaba que los objetivos de la historia del derecho deben responder a los problemas que suscita el mismo conocimiento del derecho, no ya pretérito, sino vigente. Para comprender cualquier ordenamiento jurídico, según el maestro alemán, debe atenderse a tres círculos de problemas: el ordenamiento mismo, estudiando el contenido de sus instituciones y normas; las condiciones desde las cuales ha surgido ese ordenamiento; los problemas que está llamado a solucionar; el poder o fuerza que lleva consigo y por último el cumplimiento del derecho, es decir la efectividad del ordenamiento jurídico en la sociedad⁵¹.

En las relaciones entre derecho e historia del derecho, la opinión de García-Gallo era terminante, pues esa desvinculación a su entender la convertía en una disciplina sin interés en la formación del jurista que solo puede satisfacer al historiador. Para él la información que suministre la historia del derecho al derecho vigente no debe reducirse:

a los aspectos que interesan a un historiador o a un sociólogo, sino que se ocupe expresamente de lo que importa a un jurista; que no se limite a presentar un conjunto de normas más o menos originales o curiosas –lo que, en cambio llamará la atención de un historiador de tipo clásico–, sino que destaque sus principios, su lógica, su sistema.

Y además afirma:

Perdida su utilidad práctica, desligada del derecho vigente y marcadamente erudita, la historia del derecho, tal como se viene estudiando, ni sirve para iniciar en el conocimiento del derecho ni para formar al jurista, queda reducida a informar sobre cosas que apenas si vale la pena conocer, si no es por pura curiosidad y afán de saber⁵².

⁵¹ Pueden verse los comentarios que en su momento efectué sobre la obra que cito, *Revista de Historia del Derecho*, n.º 6, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978, p. 490-491.

⁵² GARCÍA-GALLO, "Historia, Derecho e Historia del Derecho", *Revista de la Universidad de Madrid*, vol. I, n.º 1, Madrid, 1952, p. 20 y del mismo autor "Bases para una programación de la enseñanza de la Historia del Derecho y en especial del Derecho Indiano", *IIIer. Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios*, Madrid, 1973, p. 1121. Ambas opiniones han sido utilizadas por Díaz Couselo, ver las citas en DIAZ COSUELO, "Reflexiones", cit. p. 263-265.

Un joven historiador del derecho brasileño Ricardo Marcelo Fonseca, sostiene en las páginas introductorias de su obra dirigida a la enseñanza de la historia del derecho en Brasil, que la historia (y en particular la historia del derecho) puede tener otro objetivo y no solamente el de enunciar datos sepultados, con una curiosa necrofilia tan inútil como nociva, sino “explicar y plantear problemas críticamente”, haciéndolo de tal modo que ese saber sirva de algún modo (de un modo crítico que atienda a la complejidad y plantee problemas), a nuestro presente.

En fin, la historia, después de un diálogo teórico que procure eliminar una buena parte del polvo cultural que nuestra tradición cultural y nuestra tradición jurídica acumulan, puede transformarse en un saber activo, crítico, y en consecuencia, más interesante que el que se emprende en el terreno de esta disciplina jurídica aún joven en los currículos universitarios brasileños⁵³.

Opinión que considero válida para los de muchos otros países, entre ellos el nuestro. Agrega Fonseca que la historia del derecho “tiene un enfoque muy propio muy específico y también muy penetrante que no se confunde con la mirada filosófica y sociológica o con la mirada de las disciplinas dogmáticas, aunque se cruce constantemente con ellas (y también con otras disciplinas)”⁵⁴. Para él la historia del derecho puede entenderse “como un saber que mira al presente, en vez de encerrarse en un pasado que solo cobra sentido en sí mismo”, haciendo de la disciplina un instrumento de crítica y de revelación/denuncia de la juridicidad vigente⁵⁵. He traído esta opinión pues puede aplicarse sin esfuerzo a nuestro propio caso. La historia del derecho argentino debe “explicar y plantear problemas críticamente”, haciéndolo de tal modo que ese saber sirva de algún modo (de un modo crítico que atienda a la complejidad y plantee problemas), a nuestro presente.

Entre nosotros y hace tiempo ya, sostenía el ilustre jurista Juan Bautista Alberdi que “entre el pasado y el presente hay una filiación tan estrecha que juzgar el pasado no es otra cosa que ocuparse del presente. Si así no fuera la historia no tendría interés ni objeto”⁵⁶.

⁵³ RICARDO MARCELO FONSECA, *Introducción teórica a la historia del derecho*, Prefacio de Paolo Capellini, Universidad Carlos III de Madrid, p. 18.

⁵⁴ Ídem, p. 24.

⁵⁵ Ídem, p. 119.

⁵⁶ Cit. por FIGALLO y GARCIA de CERETTO, en *op. cit.*, p. 12.

Parece oportuno recordar aquí una vez más, que el ya citado Italo Caroni. Al referirse al derecho y la historia, sintetiza su pensamiento proclive a su estrecha vinculación, afirmando que una de sus razones para opinar así parte de que “*la historia es inherente (también) al derecho...*,” agrega que solo siguiendo las huellas del tiempo, tras haber seleccionado e interpretado sus señales, estamos en condiciones de descifrar el mensaje implícito en el derecho positivo y de responder a él⁵⁷.

Ya en páginas atrás de esa misma obra había señalado las características del “abrazo” entre el historiador y el jurista. Reconociendo los frutos de un diálogo entre ambos, que según él sostiene no es signo de un abracémonos seguro y liberatorio, como sueñan los historiadores deseosos de por fin ser tenidos en cuenta por los cultivadores del derecho positivo y a la vez para los juristas hacerles un hueco a los historiadores y acogerlos cordialmente en el. Hay entre los dos campos, afirma, una tensión latente e inevitable porque el historiador ve las cosas desde un observatorio más amplio, pesca en aguas que el jurista solo conoce de oídas y que le resultan prohibidas. Ello demuestra una conflictividad entre temporalidad y normatividad, pero que puede ser altamente beneficiosa. Oigámoslo:

Todas ellas son cosas recomendables y factibles, pero con una condición: a condición de conformar previamente la *autonomía* de los dos polos en tensión, sin arreglos, simplificaciones o torpes confusiones: es decir el historiador por una parte, confirmando el concepto inevitablemente temporal de la experiencia jurídica y, por ello, reconstruyendo asimismo cómo incide la norma sobre la realidad; y el jurista por otra, exponiendo el programa legislativo y comprometiéndose a llevarlo a cabo; dejando a los destinatarios de estos dos mensajes separados pero convergentes la tarea de extraer las debidas consecuencias⁵⁸.

En el análisis que hace Díaz Couselo de la opinión de Carlos Cossio y su escuela egológica, recuerda que para ella una historia del derecho que no sea útil para la formación del jurista dogmático carece de interés, de ahí su forzo-
sa vinculación. Así también lo afirma Enrique R. Aftalión, quien acusando la influencia de Cossio, repite que el objeto de la historia del derecho argentino es el estudio del pasado jurídico que guarda relación con el derecho presen-

⁵⁷ P. CARONI, *La soledad del historiador*, cit., p. 66 (la bastardilla del texto es de Caroni).

⁵⁸ PIO CARONI, *La soledad del historiador*, cit., p. 50.

te⁵⁹. Sin tratarse de historiadores del derecho, sino de filósofos del derecho, su opinión resulta valioso destacarla pues también para ellos ambas disciplinas deben “entenderse” mutuamente.

El maestro Paolo Grossi, se ha expresado con claridad sobre la necesaria vinculación entre historia del derecho y derecho, fundado en la unidad de la ciencia jurídica, donde tienen mucho que decir una y otra (la historia del derecho y el derecho positivo).

En un seminario sobre “Revistas Jurídicas españolas y argentinas (1850-1950)”, que sobre el ejemplo del realizado en Florencia en 1987, se desarrolló en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires, en septiembre de 1994, hubo especial ocasión para que Grossi expusiera acerca de esa vinculación necesaria. Afirmó en su intervención preliminar, que el historiador del derecho debiera mantener “vivo el diálogo con el jurista del derecho positivo, para reafirmar aquella unidad de la ciencia jurídica que constituye un valor cultural que merece estar al centro de nuestros objetivos”⁶⁰. Decía además que esas Revistas, que salieron hace cien años o tan solo ayer, constituyen a menudo durante su ininterrumpida existencia un signo de continuidad entre el pasado y el presente, y pueden representar un banco de trabajo común donde el historiador del derecho y el experto del derecho positivo [llamémoslo nosotros: el jurista] se sienten conjuntamente a trabajar, bien con diversos instrumentos o bien con diferentes lentes de lectura.

Cerraba el tema con esta esperanzada expresión: “Hemos de hacer todo lo posible para crear momentos de unificación y no solo por motivos puramente estratégicos (inherentes a nuestra función en la Facultad de Derecho) sino, sobre todo por motivos metodológicos más profundos”. Sin embargo formulaba un temor que creo que debemos recordar, no sólo por provenir de quien viene (un profesor consagrado de la historia del derecho, que a esa condición une la de ser un destacado jurista en activo, pues desempeña el alto cargo de juez de la Corte Constitucional de la República Italiana, desde donde debe aplicar el derecho positivo), sino por ver nosotros ese riesgo también en nuestra casa, entre los cultores de nuestra disciplina, ahora mismo.

⁵⁹ JOSE MARÍA DÍAZ COUSELO, “Enrique R. Aftalión y la Historia del Derecho”, *Revista de Historia del Derecho*, n^o 34, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2006, p. 53 y 54.

⁶⁰ Ese encuentro dio como fruto un nutrido volumen al cuidado de Víctor Tau Anzoátegui: GROSSI, CLAVERO, LEIVA, SERRANO, ABÁSALO, PETIT, PUGLIESE, LORENTE, DAGROSSA Y FERNÁNDEZ, *La Revista Jurídica en la Cultura Contemporánea*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1977.

“Temo la soledad del historiador del derecho”, dice Grossi, porque ésta le conduce hacia un sendero a menudo desolador de la pura erudición; temo la soledad del jurista de derecho positivo porque ésta le conduce hacia el sendero a menudo desolador de la pura técnica y de la árida exégesis de la norma vigente. La admonición bíblica “vae soli”⁶¹ deberá ser hoy nuestra insignia, la insignia de cada jurista”. Es decir, marchar de consuno y no aisladamente el historiador del derecho y el jurista del derecho positivo.

Apuntaba entonces Grossi su propia experiencia de 1987 emprendida en su centro florentino. En el decimosexto volumen de los *Quaderni fiorentini* se publican los trabajos de un seminario en que unió a los juristas italianos más cualificados, junto a conocidos historiadores del derecho. “El historiador competía en un terreno exquisitamente comparativo entre el presente y el pasado, mientras que el experto del derecho positivo se veía obligado a inclinarse humildemente hacia sus propias raíces, compitiendo en el baño benéfico de la historicidad de la sabiduría jurídica”⁶². En la publicación de los trabajos de aquel encuentro de historiadores del derecho y juristas, recordó Grossi, que uno de los logros de ese seminario fue para “lo storico del diritto, che serba in sé –intesificato al massimo– il compito inabdicabile di ogni storico autentico di guardare al passato con occhi ben vivi nel presente”⁶³, que he utilizado como epígrafe del presente capítulo.

Por su parte, la profesora Marta Lorente, siguiendo la senda de Grossi, como lo hemos hecho nosotros, y apoyándose en la obra de Bartolomé Clavero, propicia ese “diálogo” entre el historiador del derecho y el jurista. A tal punto que afirma que se ha llegado a considerar que una historiografía desentendida del derecho positivo no tiene otro futuro que el de la más absoluta inutilidad⁶⁴.

Creo que se ha comenzado la tarea entre nosotros al estudiar y apreciar la importancia de las Revistas Jurídicas por parte de los historiadores del derecho, lo que ya es un logro importantísimo, porque en ellas se contiene las expresiones del derecho positivo de hace cien años o de ayer (al decir de Grossi). Que haya entre nuestros historiadores quienes consideren que

⁶¹ ¡Hay del hombre solo! (*Eclesiastés, IV,10*).

⁶² P. GROSSI, Ídem, p. 26-27.

⁶³ PAOLO GROSSI, “Pagina Introduttiva”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 16 (1987) *Reviste giuridiche italiane (1865-1945)*, Giuffrè Editore Milano, 1988, p. 2.

⁶⁴ MARTA LORENTE, “Pensamiento único” e Historia del Derecho: Dificultades y obstáculos en la “globalización” iushistórica en *Initium, Revista Catalana d’Historiària del Dret*, v. 5, Barcelona, 2000, p. 436-471.

mejor conocerán el derecho pretérito que estudian, comenzando por conocer el derecho de que se han ocupado los expertos del vigente, es decir del derecho positivo, en las revistas jurídicas, aún de las más recientes, es un avance notable, que por su valía no debe abandonarse. La experiencia alemana, de que nos da cuenta Caroni y que señalaremos más adelante es sin duda enriquecedora, al obligar al historiador del derecho a enseñar asimismo derecho positivo.

Como dice el maestro Grossi a sus alumnos, se precisa ante todo que el historiador del derecho se calce en las narices las gafas del jurista. Se precisa que el propio historiador del derecho también se mida con esta dimensión exclusiva, penosa a veces, pero esencial siempre, de la técnica jurídica.

Y un cultor de la historia jurídica en España, como es el profesor José Antonio Escudero, a quien hemos recurrido ya varias veces, convencido de la necesidad de la visión del jurista en la historia del derecho, cierra las palabras introductorias de la primera edición de su *Curso de Historia del Derecho* que hemos citado anteriormente, con esta rotunda afirmación cargada de esperanza, dirigida a sus alumnos: “con la confianza de que pueda ver, a través de la pupila de un jurista, qué ha pasado en el pasado”⁶⁵.

Porque así como el historiador del derecho no puede ir solo a estudiar el derecho pretérito, sino que debe acompañarse –en la medida de lo necesario– de otros historiadores sociales, políticos, castrenses, etc., pues no olvidemos que antes de profundizar el estudio e investigación del derecho debe haber estudiado y conocido debidamente las instituciones de la vida social en las que está imbricado el derecho, de una manera nuclear; también debe hacerlo con la colaboración de los juristas del derecho positivo, cuyo aporte será de gran importancia, aunque –vuelvo a citar a Grossi–, estos expertos del derecho positivo, deban inclinarse humildemente hacia sus propias raíces, compitiendo el baño benéfico de la historicidad de la sabiduría jurídica. No debemos olvidar el reproche bíblico “vai soli” (¡Hay del hombre solo!).

Demostrando que persiguen a Grossi esos temores, los volvió a expresar en su discurso de incorporación como Doctor Honoris Causa a la Universidad de Sevilla, cuatro años más tarde:

lo he dicho en otras ocasiones y me complace repetirlo una vez más, ahora en esta sede magnífica, no estamos en tiempo de soledades para el jurista. Más bien es tiempo de trabajo en común, de atención y disponibilidad

⁶⁵ JOSE ANTONIO ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, cit., p. XI.

mutuas. Abrigo un serio temor por las soledades privativas, por el especialista que trabaja en solitario pertrechado y complacido con la coraza que le suministra la propia competencia específica. *Desconfío sobre todo de las soledades especialmente perniciosas, la del historiador y la del analista de un derecho vigente ignorándose recíprocamente.*

Precisando su pensamiento, con relación a la primera soledad, sostiene:

Desdichadamente constituye una estampa habitual en muchas Facultades de Derecho la del historiador que trabaja con pasión y dedicación, pero apartado en el rincón que él mismo se ha organizado defendiéndolo con empeño. Es la manifestación externa de una postura interior de profunda suficiencia que acentúa la incomunicabilidad entre quien presume el dominio de los altos instrumentos de una erudición suma y quien, a sus ojos, se entretiene, por lo usual con fines groseramente prácticos, con los artículos de un código⁶⁶.

Advierte el maestro italiano esta necesidad de que los cultores de la ciencia jurídica, desde la historia del derecho y desde el ejercicio del derecho positivo, abran un diálogo rico en contenido, para ello por supuesto será necesario de que ambos, el jurista y el historiador, sepan derecho positivo para entenderse. Porque el conocimiento de la historia del derecho está reservado a quienes sean juristas o posean una suficiente versación jurídica, ya que para los demás es, en buena parte ininteligible e impenetrable⁶⁷. Un verdadero diálogo de sordos.

Creo que sigue siendo para nosotros una materia pendiente, que, si puede decirse que dio su primera manifestación en aquel seminario de 1994, no ha vuelto a golpear con fuerza, aunque se lean de tanto en tanto expresiones de esa índole.

Los cursos y seminarios dedicados a los estudios e investigaciones de la historia jurídica, las bibliotecas y archivos de los centros dedicados a la disciplina, debieran estar poblados, no solo por historiadores del derecho, sino también por juristas, hombres que cultivan la dogmática jurídica, para unir y no separar a quienes tienen por objeto de sus estudios, una misma cosa en común, *el derecho*, aunque unos lo miren desde el pasado y otros lo estudien en el presente. Esos juristas deben ser invitados permanentes de encuentros

⁶⁶ P. GROSSI, "El punto y la línea...", cit., p. 26-27 (La bastardilla me pertenece).

⁶⁷ Lo he afirmado anteriormente citando a TAU ANZOÁTEGUI, "La enseñanza de la Historia del Derecho Argentino", *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 19, Buenos Aires, 1968, p. 218.

y manifestaciones históricas jurídicas, cosa que no veo que ocurra, al menos en nuestro ámbito, salvo excepcionalmente.

Por otra parte, existe una experiencia que no debe soslayarse: En el mundo germánico, o mejor dicho alemán, los docentes de la asignatura historia del derecho, deben al mismo tiempo enseñar el derecho privado vigente, este doble contenido que proviene de la escuela histórica y fue conservado, incluso después de haberse codificado el derecho privado positivo, fue experimentado por Pio Caroni, quien ha ejercido esa cátedra durante treinta años. Ha atravesado durante ese tiempo, confiesa, la frontera que “separaba y separa siempre un presente que atiende al pasado (de *pratritis*) de otro presente que atiende a la actualidad (de *prasantibus*); un curioso ir y venir”, son sus palabras. Ello le ha permitido, nos dice, desde un observatorio privilegiado, pensar sobre las luces y las sombras de una singular propuesta didáctica, en este ir y venir entre una y otra disciplina, llegando a convencerse que “entre los dos campos existe una tensión latente e inevitable, porque el historiador ve las cosas desde un observatorio más amplio, *pesc*a diariamente en aguas que el jurista conoce solo de oídas y que de todos modos le resultan prohibidas”. Pero ese vínculo es conveniente, sigue diciendo nuestro autor,

“a condición de conformar dos polos de tensión, el historiador por una parte, confirmando el contexto inevitablemente temporal de la experiencia jurídica y, por ello, reconstruyendo asimismo cómo incide la norma sobre la realidad; y el jurista por otra, exponiendo el programa legislativo y comprometándose a llevarlo a cabo; dejando a los destinatarios de estos dos mensajes separados pero convergentes de extraer las debidas consecuencias⁶⁸.”

Páginas atrás me he referido a esta opinión de Caroni, vuelvo a hacerlo ahora, convencido de que no es mala su insistencia.

Ahora bien, también entre nosotros hay cultores de la historia del derecho que también, como el profesor Grossi, ejercen en el presente la técnica del derecho positivo, o lo han hecho en un pasado no muy lejano, enriqueciendo sin duda sus estudios histórico jurídicos y auxiliando al jurista de la dogmática en su propio programa. Unos ejemplos bastan, además del de Grossi: Ricardo Zorraquín Becú, uno de nuestros maestros, administró justicia durante muchos años como juez de primera instancia; el historiador del derecho peruano Carlos Ramos Nuñez es juez del superior tribunal constitucional de su país; también ejercieron la magistratura o lo están haciendo: Carlos

⁶⁸ P. CARONI, “La soledad del historiador del derecho”, cit., p. 49-50.

Guillermo Frontera, Mario Carlos Vivas y José Luis Caterina. María Rosa Pugliese, ejerce la profesión de abogada. También lo hacen Pedro Ramón Yanzi Ferreira y José María Díaz Couselo, en estudios jurídicos propios y exitosos. Al igual que Carlos Maximiliano Zarazaga. También Tau Anzoátegui fue en tiempos pasados, abogado de la matrícula, integrante de un conocido estudio jurídico y llevó pleitos, controvertidos o no; yo mismo he sido magistrado judicial y me retiré después de muchos años en la magistratura como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Seguramente algunos otros que escapan de mi memoria, ejercen activamente esa profesión. Es decir, hemos experimentado la compañía del cultivador del derecho positivo, hemos trabajado con el derecho vigente, como lo pregona Grossi y lo ha experimentado Caroni. Ha sido siempre satisfactorio hacerlo. Pero ello no basta, debemos abrirnos a juristas y no es suficiente apelar a estos ejemplos, pues ya ellos (nosotros) estamos catequizados, y sabemos trabajar juntos nuestros temas, eliminado el peligro de ir solos. ¿Cuántos juristas, no ya historiadores del derecho y juristas, solo juristas, han sido invitados a este encuentro científico? No conozco la respuesta.

¡Mucho hay por hacer en este terreno metodológico de la historia del derecho! Hemos llamado la atención sobre los peligros de una historia del derecho que se interne más en lo social que en lo jurídico, abarcando la historia social o aún la historia general; también de una historia del derecho separada de la vida que le toca normar; hemos advertido sobre el exceso de rodear o sofocar a la historia del derecho con el resultado de otras disciplinas, aunque ellas cooperen para mejor conocer el ámbito en que se manifiesta el derecho, convirtiéndola en una disciplina subalterna de esas manifestaciones de la historia cultural, como denunciaba Zorraquín Becú. Por ello incitamos a “purificar lo jurídico” (que no es –insisto– limitar el estudio de la historia del derecho al estudio de la ley estatal, ni mucho menos), para no caer en falsas generalidades, equivocando alguna vez el sentido de esta recomendación. Hemos insistido en el estudio e investigación de la historia del derecho a través de la historia de las instituciones, purificando lo jurídico de esas instituciones de la vida social. Hemos señalado la necesidad de que el cultivador de nuestra historia sea también un jurista o tenga la formación jurídica necesaria para “entender” el derecho de épocas pasadas y presentes⁶⁹. Bregamos ahora por la comunión de historiadores y juristas en los estudios e investigaciones de la materia, inspirados en la prédica de Grossi y de otros maestros.

⁶⁹ DIAZ COUSELO, “Acerca de una Historia Jurídica del Derecho”, cit.

Problemas fundamentales de la Historia del Derecho que siguen atanzando a los estudiosos de la disciplina y nos deben mantener en guardia para ser fieles a la materia que nos ha llenado toda la vida. La Historia del Derecho sigue siendo una disciplina joven y “tan diferente” (al decir de Pio Caroni) que como tal debe estar sujeta a su periódica revisión metodológica.

AVANCE PARA UN ESTUDIO DE LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA
INDIANA CHILENA

PREVIEW OF A STUDY OF THE CHILEAN JURIDICAL
HISTORIOGRAPHY OF THE INDIES

FELIPE VICENCIO EYZAGUIRRE

Director Adjunto de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile
Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano
Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho Romano
fvicencio66@gmail.com

A la memoria de Teodoro Hampe Martínez,
historiador de valía, y recordado amigo.

Resumen: Aproximación analítica y crítica al desarrollo de la historiografía jurídica indiana chilena, centrada en sus principales autores y bibliografía esencial, desde el desarrollo de la disciplina a comienzos del siglo XX hasta la fecha. La investigación ofrece también un breve *excursus* tocante a la historiografía jurídica nacional, que contextualiza el desarrollo del Derecho Indiano a la par de la disciplina de la Historia del Derecho en general. Reconociendo investigaciones bibliográficas extranjeras, coincidentes en varios puntos con la presente comunicación, y que permitirían realizar una comparación científica entre la producción del país con la de otras naciones, este aspecto no se aborda.

Palabras clave: bibliografía histórico-jurídica, bibliografía indiana, historiografía jurídica chilena, Historia del Derecho-desarrollo en Chile, Escuela Chilena de Historiadores del Derecho.

Abstract: This paper presents an analytical and critical approach to Chilean legal historiography referring to the Indies, centered on its main authors and essential bibliography from the discipline's development at the beginning of the twentieth century until the present day. This research also offers a brief *excursus* related to Chile's legal historiography, giving context to the development of Indies' law as well as that of the discipline of Legal History in general. Foreign bibliographical research, which is concordant in many points with this research, and would allow a scientific comparison between the country's output with that of other nations, is not discussed.

Keywords: legal and historic bibliography, Indies' bibliography, Legal History development in Chile, Chilean School of Legal Historians

Sumario: 1. 'Status quaestionis', antecedentes bibliográficos. 2. Aspectos conceptuales previos. 3. Epítome de la historia jurídica en Chile. 4. El Derecho Indiano y su historiografía en Chile. 4.1. Prolegómenos. 4.2. Trabajos con características historiográficas de la época india. 4.3. Algunas publicaciones decimonónicas precursoras. 4.4. La historiografía indianista propiamente tal.

1. *Status quaestionis*, antecedentes bibliográficos

En el último tiempo han circulado algunos trabajos que, de un modo u otro, desarrollan una evaluación de la producción intelectual en el campo histórico, o bien realizan aproximaciones conceptuales en temas atinentes al propósito de este escrito. Considerando aquello, así como la circunstancia del Cincuentenario de la fundación del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (1966-2016), me ha parecido oportuno redactar esta colaboración, como complemento a la que fuera mi primera ponencia en un Congreso del Instituto, en San Juan de Puerto Rico en 2000, y en que recordé el aporte de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho al estudio del Derecho Indiano¹.

Variadas publicaciones han presentado el devenir historiográfico del país, con distintos análisis, la mayoría descontando la existencia de la vertiente histórica jurídica en general, y por cierto la jurídica india en particular. Sólo para realizar una aproximación preliminar acabada, digamos que los trabajos de recopilación bibliográfica histórica son antiguos², y las monogra-

¹ El presente artículo reproduce el texto provisional que se presentó y sometió a discusión en Berlín en el XIX Congreso del Instituto, que se revisó y amplió en algunos aspectos merced a las observaciones y comentarios que entonces surgieron, tanto en el plenario como después. No obstante ello, hay puntos que no acepté –parcial o totalmente–, motivo por el cual, aun cuando resulte de Perogrullo, la comunicación refleja el punto de vista del autor.

² La bibliografía, como disciplina, tiene larga tradición en Chile, desde mediados del siglo XIX y particularmente a partir de 1862 cuando apareció el primero de dos tomos de la *Estadística bibliográfica de la literatura chilena* de RAMÓN BRISEÑO, obra promovida por Andrés Bello desde la Universidad, y que recopiló los antecedentes de todo lo impreso en el país desde 1817 hasta 1876: *Estadística bibliográfica de la literatura chilena: Obra compuesta en virtud de encargo especial del Consejo de la Universidad de Chile*, 1ª ed., Santiago, Imp. Chilena e Imp. Nacional, 1862-1879. 2 vols. (xiii + una + 546 p.; xiii + 508 p.), posee una reimpresión: *Estadística bibliográfica de la literatura chilena: 1812-1876: Impresos chilenos, publicaciones periódicas, bibliografía chilena en el extranjero, escritores chilenos publicados en el extranjero o cuyas obras permanecen inéditas, apéndice*. Estudio preliminar de GUILLERMO FELIÚ CRUZ, 1ª reimp., facsimilar, Santiago, Biblioteca Nacional, Comisión Nacional de Conmemoración del Centenario de la muerte de

fías mucho más nuevas, las que por cierto han sabido aprovechar la compulsa del material catalogado por los primeros bibliógrafos.

Dentro de las bibliografías especializadas sobresalen las de Nicolás Anrique y Luis Ignacio Silva³. Su estructura, así como muchas de sus indicaciones han sido sobrepujadas por trabajos ulteriores, como el de Julio Retamal Ávila y Sergio Villalobos R., que comprende una indización de las publicaciones periódicas del área editadas entre 1843 y 1978⁴, o por la importante recopilación del llamado ‘Fichero Bibliográfico’ de la revista *Historia* –hoy la más importante de su especialidad–, efectuada por la bibliotecaria Carmen Quintana Benavides, y que da cuenta de lo publicado entre 1950 y 1996, ya sea bajo el formato de artículos o bien de impresos independientes⁵. El último trabajo de conjunto se debe a Cristián Gazmuri, con un libro en dos volúmenes que, a diferencia del de Retamal y Villalobos, sólo enlista libros, folletos, e incluso separatas, y no artículos, en un lapso que va desde 1842 a 1970⁶. Bibliografías histórico-jurídicas en forma hay dos, una de Alamiro de Ávila Martel y otra de quien suscribe estas líneas. La investigación de don Alamiro apareció como la contribución nacional a la obra colectiva *Etudes d’Histoire et d’Ethnologie Juridiques*, dirigida por John Gilissen⁷. Constituye una bibliografía selectiva que incorpora publicaciones generales de referencia y colecciones de fuentes, además de los estudios histórico-jurídicos propiamente tales, que divide en tres áreas, respetando las fases históricas que descubre en la historia jurídica de Chile: una sección de “Chile indígena”, otra que intitula “El derecho

Andrés Bello, 1965, 3 vols. [dos de la Edición Príncipe, y uno de *Adiciones y Ampliaciones* por RAÚL SILVA CASTRO].

³ NICOLÁS ANRIQUE REYES; LUIS IGNACIO SILVA A., *Ensayo de una bibliografía histórica i geográfica de Chile*, Santiago, Imp., Lit. i Enc. Barcelona, 1902, xix + 679 p.

⁴ JULIO RETAMAL ÁVILA; SERGIO VILLALOBOS R[IVERA], *Bibliografía histórica chilena: Revistas chilenas 1843-1978*, Santiago, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 1993, 363 p.

⁵ [CARMEN QUINTANA BENAVIDES], *Historiografía Chilena: Fichero Bibliográfico 1959-1996*. [Introducción de Ricardo Couyoumdjian Bergamali], Santiago, Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000, 758 + dos p.

⁶ CRISTIÁN GAZMURI RIVEROS, *La Historiografía Chilena (1842-1970)*, 2 vols., Santiago, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Taurus, 2006-2009.

⁷ ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Etudes d’Histoire et d’Ethnologie Juridiques: Chile*, Bruselas, Éditions de l’Université de Bruxelles, 1971, 27 p. (Vol. F América, 14). Abarca un total de 333 títulos, que exceden los que enumera (308 asientos más dos adicionales incorporados a último minuto), porque bajo algunos autores y un único número de entrada, enlista varios trabajos, v. gr. Benjamín Vicuña Mackenna (p. 13), Fernando Silva Vargas (p. 15), José Toribio Medina y Gonzalo Vial Correa (p. 18).

indiano en el reino de Chile”, y la final dedicada al “Derecho patrio chileno”. Añadamos que hace poco más de tres lustros di a la luz una “Bibliografía de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho: Apuntes para una primera aproximación”, que da cuenta de lo publicado en el área entre 1930 –fecha convencional del nacimiento de la Escuela–, y el año de publicación de dicha obra, 1999⁸, colacionando 1168 títulos. Finalmente cabe agregar, y que para los efectos de esta comunicación resultará de importancia, la existencia de una bibliografía especializada en la producción indianista nacional, preparada por Carlos Salinas Araneda⁹, y que enumera 1.100 títulos; es la mejor en su tipo. Incorpora todo lo publicado en Chile sobre el tema, tanto por nacionales como por extranjeros, y ya se refiriera al país o no, y su ámbito temático no es exclusivamente histórico jurídico, sino que se amplía hacia materiales generales, útiles para el trabajo del especialista.

Visiones y análisis historiográficos generales en que se aborde principal o tangencialmente a la historiografía jurídica –no la indiana–, y no ya bibliografías exclusivamente, hay pocas, como las de Ricardo Couyoumdjian Bergamali, que lo hace desde la óptica de la historia universal¹⁰, Hugo Contreras Cruces¹¹ y muy recientemente la de varios historiadores que, en una obra colectiva sobre la historia política contemporánea nacional, al abordar el desarrollo cultural han dedicado espacio suficiente al historiográfico, y al interior de él algo tratan

⁸ FELIPE VICENCIO EYZAGUIRRE, “Bibliografía de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho: Apuntes para una primera aproximación”, en: ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, FELIPE VICENCIO EYZAGUIRRE (editores). *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, Santiago, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1999-2000, t. II, pp. 141-407.

⁹ CARLOS SALINAS ARANEDA, “Avance para una bibliografía chilena de historia del Derecho Indiano”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, IX, Valparaíso, 1984, pp. 303-429. Hay separata. Puede consultarse en línea: <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/125/122> (mayo de 2017).

Del sumario: I *Obras generales*: A. Repertorios bibliográficos, B. Obras generales y síntesis de historia, C. Obras de síntesis de historia del derecho, D. Publicaciones periódicas que interesan a la Historia del Derecho Indiano; II *Derechos indígenas* (...); III *Derecho Indiano*: A. Fuentes (...), B. Incorporación de las Indias a Castilla y Justos Títulos, C. Gobierno (...), D. Justicia (...), E. Hacienda, F. Guerra (...), G. Iglesia (...) y H. Indígenas (...).

¹⁰ RICARDO COUYOUMDJIAN BERGAMALI, “Breves notas sobre el cultivo de la historia universal en Chile”, *Encuentros: Reflexiones sobre historia, política y religión: Primera Jornada de Historia Universal: Homenaje a Mario Góngora*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1988, p. 22.

¹¹ HUGO CONTRERAS CRUCES. “Historia e historiografías de lo colonial en Chile, 1990-2013”, en ÁLVARO GÓNGORA ESCOBEDO (coord.), *Anatomía de una disciplina: 25 años de historiografía chilena*, Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2015, pp. 13-141.

del ámbito histórico jurídico. Esto constituye un caso excepcional dentro de nuestra investigación histórica, pues los estudios del área suelen desdeñar lo histórico-jurídico, pretiriéndolos¹². Finalmente cabe señalar cuatro investigaciones desde la óptica jurídica exclusivamente: la muy antigua de Alamiro de Ávila Martel¹³ –pero correcta y todavía informativa–, la de Aníbal Bascuñán Valdés, que intercalada en una obra mayor ofrece datos y apreciaciones interesantes¹⁴, otra más moderna de Alejandro Guzmán Brito¹⁵, que presenta ordenadamente un panorama del tópico, y una aproximación al aporte institucional de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho, en un apretado artículo de Antonio Dougnac Rodríguez, que ofrece cierta sistemática de su surgimiento y contribuciones en la investigación histórico jurídica¹⁶.

Internacionalmente deben destacarse, al menos, los aportes que hacen con un análisis de conjunto los siguientes autores: Alfonso García Gallo¹⁷, Beatriz Bernal¹⁸, Alberto de la Hera, Ana María Barrero y Rosa María Martínez de Codes¹⁹, y la muy completa y bien preparada bibliografía indianista

¹² ALEJANDRO SAN FRANCISCO (dirección), *Historia de Chile: 1960-2010*, Santiago, Universidad San Sebastián, Centro de Extensión y Estudios de la Universidad San Sebastián (CEUSS), 2016, 2 vols. En particular, *Vd. t. I*, pp. 261-271, y *t. II*, pp. 330-334.

¹³ ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Panorama de la historiografía jurídica chilena*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, 1949, 28 + cuatro p. (Conferencias y comunicaciones/ el Instituto; xxvi). La conferencia se dio el 14 de julio de 1948.

¹⁴ ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS, “Historia de la historiografía jurídica”, en sus *Elementos de Historia del Derecho*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1954, Cap. II, pp. 41-58.

¹⁵ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “La historiografía jurídica chilena en los últimos veinticinco años”, *Anales del Instituto de Chile*, 1989, pp. 70-78, Santiago, 1989, *Vd. su edición electrónica en la página institucional: <http://www.institutodechile.cl/index/anales/1989.pdf>* (mayo de 2017).

¹⁶ ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, “La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, en: FELIPE VICENCIO EYZAGUIRRE, ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ (editores), *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, Santiago, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1999-2000, vol. I, pp. 305-319.

¹⁷ ALFONSO GARCÍA GALLO, “El desarrollo de la historiografía jurídica indiana”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 70, pp. 163-185, Madrid, 1953, luego reeditado en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 11-35. Un complemento a esa investigación es: “Panorama actual de los estudios de historia del Derecho Indiano”, *Revista de la Universidad de Madrid*, I, Madrid, 1952, pp. 41-64, reproducido en sus *Estudios... cit.*, pp. 37-62. En uno y otro caso, he consultado la última edición.

¹⁸ BEATRIZ BERNAL, “Historiografía jurídica indiana”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, I, pp. 15-45, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

¹⁹ ALBERTO DE LA HERA, ANA MARÍA BARRERO y ROSA MARÍA MARTÍNEZ DE CODES, *La Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Universidad Complutense, 1989. El

de Norberto C. Dagrossa²⁰, que incluye libros y artículos académicos publicados hasta los primeros meses de 1999. Todos estos trabajos resultan muy ilustrativos de la situación de la disciplina, y tienen la ventaja que permiten articular una visión comprensiva del desarrollo historiográfico, dentro de la cual se puede insertar, comparándolo, el propio de la historiografía jurídica chilena, entrelazada así con sus demás congéneres de allende y aquende el océano; en esta oportunidad aquella perspectiva de la investigación no se abordará.

2. Aspectos conceptuales previos

Para los efectos de este artículo se llamará Historia, a secas, o Historia General, a la disciplina humanista que estudia los hechos del hombre en términos amplios, o especializados, pero en todo ajenos a la Historia Jurídica o del Derecho. Así mismo serán *historiadores* aquéllos que, teniendo o no formación universitaria en la disciplina, y por ende el título universitario respectivo (en Chile es el de ‘Licenciado en Historia’, usualmente), se han dedicado a ese ámbito de estudios; *historiadores del derecho* o *ius-historiadores* quedan para los que abrazan esta ciencia jurídica, y por ende son abogados o bien profesionales con formación jurídica regular. Esto último resulta esencial, porque no puede hacerse, estrictamente, Historia del Derecho sin una comprensión del fenómeno jurídico, así como de lo que lo rodea en forma inmediata: la norma y sus vicisitudes. Sólo alguien con instrucción jurídica podrá estudiar el desarrollo de las instituciones, sin cometer deslices en el uso de los conceptos, o bien, aplicando en forma la interpretación jurídica respectiva, que es la del momento de lo que se estudia. Si ello es así al todo, esto es al Derecho en términos amplios, con igual necesidad se aplica al Derecho Indiano. Una cosa, por cierto, es el estudio de la administración de justicia –y de hecho existen historiadores generales que en el último tiempo se han especializado en el área–, pero otra cosa muy distinta es, a modo ejemplar, la apreciación

volumen comprende una historia del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, y luego enlista exhaustivamente el contenido de los distintos tomos que contienen las actas y estudios publicados con ocasión de sus congresos, ocho hasta entonces, con importantes índices –de autores y materias–, que ayudan a su consulta.

²⁰ NORBERTO C. DAGROSSA, *Bibliografía de Historia del Derecho Indiano*, estudio en edición electrónica: http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1000189 (mayo de 2017).

jurídica de los hechos penales, y la aplicación de la norma con su respectiva hermenéutica al caso concreto. Dadas así las cosas, la preparación de un abogado es la adecuada para formar a un ius historiador. Ciertamente que, como dice el adagio, ‘quien puede lo más puede lo menos’, y por ende, tanto es del campo histórico jurídico indiano el estudio de la evolución institucional de la Real Audiencia, por ejemplo, la enseñanza del Derecho y el estudio de los textos jurídicos y sus ideas, así la evolución de las instituciones jurídicas propiamente tales, como el contrato, y la penología, o bien el tratamiento que se da al matrimonio, la filiación y el régimen de los bienes.

Dicho lo anterior, los estudios histórico jurídicos indianos –los especializados–, no pueden concebirse sin un método apropiado y una comprensión del derecho de la época, y sus vicisitudes. En el caso concreto, no podemos hablar, a nivel mundial, de una historiografía indiana anterior al siglo xx, aun cuando en el tiempo precedente existiesen trabajos o historiadores que, por sus alcances, lo rozaran en más de una oportunidad. Los historiadores Rafael Altamira (1866-1951), español, con su marcado interés americanista que lo llevó a estudiar temas jurídicos, pero con una perspectiva histórica antes que jurídica²¹, y Ricardo Levene (1885-1959), argentino, con una aproximación jurídica al asunto –pero con guiños sociológicos–, conforman el hito parteaguas fundamental, y precursor de lo que sostengo.

3. Epítome de la historia jurídica en Chile

Más allá de los primeros ejemplos de trabajos de cierta finalidad histórica, como crónicas y relaciones de la época indiana, o de los libros más científicos de Juan Ignacio Molina²² –entre un puñado de otros que no es del caso citar–, y pasando por sobre las obras de Fr. José Javier Guzmán²³, José Ignacio Víc-

²¹ Al respecto GARCÍA GALLO es tajante, pues dice sobre la labor historiográfica de Altamira: “Fueron jurídicos los temas de que se ocupó, pero no la forma de tratarlos”, *Vd.* su “Panorama actual de los estudios de historia del Derecho Indiano”... *cit.*, p. 45.

²² JUAN IGNACIO MOLINA, S. J. *Compendio della Storia Geografica, naturale, e civile del Regno del Chile*, Bologna, Nella Stamperia di S. Tomasso d’Aquino, 1776, 245 p., ilustr., y también: *Compendio de la historia geográfica, natural y civil del Reino de Chile*, Madrid, Antonio de Sancha, 1788-1795, 2 vols., ilustr.

²³ JOSÉ JAVIER GUZMÁN, *El chileno instruido en la historia topográfica, civil y política de su país*, Santiago, Imp. Nacional e Imp. Araucana por M. Peregrino, 1834-36, 2 vols.

tor Eyzaguirre²⁴ y Claudio Gay²⁵, será solo con el establecimiento de la Universidad de Chile (1843), y el rectorado de Andrés Bello, cuando se perciba con nitidez un esfuerzo orgánico que fructificará en la fundación y ulterior proyección metodológica de la historiografía nacional. En efecto, por disposición legal, en cada aniversario de la Universidad –muy cercano a las fiestas nacionales–, se debía leer públicamente una memoria histórica escrita al efecto; conforme pasó el tiempo, se sumaron otras más, que amparadas por la casa de estudios se premiaron en certámenes abiertos, e incluso se publicaron a su costo, hasta principios del siglo xx.

Fue en ese contexto que se presentó la primera obra de corte histórico-jurídica en Chile, aun cuando de construcción débil y empapada de la metodología propia de la entonces llamada filosofía de la historia: sin investigación rigurosa de los hechos y con una interpretación antojadiza de los mismos, llena de juicios de valor sin base seria²⁶. Su autor fue José Victorino Lastarria (¿1810-17?-1888), abogado, intelectual de importancia, pero con anteojeras políticas. Su obra literaria siempre estuvo al servicio de su actividad militante –llegaría a ser congresista y ministro de Estado–, y sin ésta no se le comprende cabalmente²⁷. Así las cosas sus *Investigaciones sobre la influencia social de la conquista y del sistema colonial de los españoles en Chile*²⁸ fue solo un apronte que rosaba nuestra temática, la que abordó más pormenorizadamente unos pocos años después con otro texto, pero desde la

²⁴ JOSÉ IGNACIO VÍCTOR EYZAGUIRRE, *Historia eclesiástica, política y literaria de Chile*, Valparaíso, Imp. Europea, 1850, 3 vols.

²⁵ CLAUDIO GAY, *Historia física y política de Chile*, París, 1844-1871, 28 vols. (incluidos algunos de documentos) + dos tomos de un *Atlas* (1854).

²⁶ BASCUÑÁN, *Elementos...*, cit., p. 34, dice que posee “defectos en la labor heurística”; ÁVILA MARTEL, *Panorama...*, cit., p. 14, es algo más explícito: “Esta obra está escrita con criterio netamente filosófico: documentación pobrísima y de segunda mano, estilo altisonante y en el fondo una crítica acerba contra el sistema español, fruto más de la ignorancia y el odio que de filosofía alguna”.

²⁷ Otro hito por el cual merece recordarse a Lastarria, fue su temprano interés por introducir, en el contexto de una reforma general de la educación jurídica, la cátedra de Historia del Derecho, como accesoria, en el tercer año de la carrera, dictada siguiendo el texto de Lerminier: *Vd.* “Informe de José Victorino Lastarria al decano de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile”, en: JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, “Lastarria y el Derecho”, *Estudios sobre José Victorino Lastarria*, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1988, pp. 117-121.

²⁸ JOSÉ VICTORINO LASTARRIA, *Investigaciones sobre la influencia social de la conquista i del sistema colonial de los españoles en Chile...*, Santiago, Imp. del Siglo, 1844, cuatro + 141 + tres p.

óptica constitucional: *Bosquejo histórico de la constitución del gobierno de Chile durante el primer período de la revolución, desde 1810 hasta 1814*²⁹. Igual que el anterior, este libro es doctrinario, y aprovechándose del momento que se le presentaba, Lastarria –con vastos conocimientos en el Derecho Público–, enderezó su crítica, una vez más, con evidente interés partidista.

En seguida disponemos del texto de José Hipólito Salas (1812-1883), obispo de Concepción y férreo polemista anti liberal, que versa sobre *El servicio personal de los indígenas y su abolición*³⁰. Estamos ya frente a una obra más seria y escrita sin escatimar la documentación de respaldo. Para Alamiro de Ávila Martel ella constituiría el primer ejemplo, y el inicio, de la historiografía jurídica nacional³¹, lo que no comparto: independiente del valor que se le asigne a los ensayos de Lastarria, fueron ellos los que plantaron la pica en Flandes –bien o mal es otra cuestión–, y mostraron un campo de investigación. Respecto al libro del religioso, don Alamiro adelanta un juicio, que sigue siendo válido:

La memoria de Salas constituye un trabajo sólido, sobre uno de los temas más discutidos por teólogos y juristas a través de todo el período colonial. Se basa en documentos inéditos que forman nutrido apéndice, y sus opiniones, si bien controvertibles, trata siempre de fundarlas seriamente³².

Otra obra de Salas y que también guarda interés, es una que atañe al juramento civil de los obispos, y que dentro de un argumento coyuntural –atendible por el momento político que se vivía–, aborda el tema también allegando razones históricas³³.

Además de los anteriores, sobresale Ramón Briseño (1814-1910) quien es el primero que estudia el desenvolvimiento de la historia constitucional,

²⁹ JOSÉ VICTORINO LASTARRIA, *Bosquejo histórico de la constitución del gobierno de Chile durante el primer período de la revolución, desde 1810 hasta 1814*, Santiago, Imp. Chilena, 1847, xxxii + 212 p.

³⁰ JOSÉ HIPÓLITO SALAS, *El servicio personal de los indígenas y su abolición*, Santiago, Imp. de la Sociedad, 1848, 140 p. Cabe agregar que MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI le dedicó una reseña bibliográfica en la *Revista de Santiago*, t. II, Santiago, 1848, pp. 206-211.

³¹ ÁVILA MARTEL, *Panorama...*, cit., p. 15.

³² *Ibid.*

³³ JOSÉ HIPÓLITO SALAS, *El juramento civil de los obispos ante la religión i el derecho por el Ilmo. Señor obispo de la Concepción, Dr. D. ... i apuntes jurídico-históricos sobre el juramento civil de los obispos en España i Chile por un ciudadano católico*, Santiago, Imp. del Correo, Septiembre de 1869, 136 p.

con una obra llena de datos y pormenores³⁴, y cuyo ejemplo continuará Alcibíades Roldán (1859-1947)³⁵ y Luis Galdames (1881-1941) con su *Historia de Chile: La evolución constitucional*³⁶, inacabada, pues quedó solo en el primer tomo, que abarca el período comprendido entre 1810 –el inicio del período autonomista que daría luego con la independencia– y 1833, esto es, la fecha de la promulgación de la *Constitución* de ese año, y que regiría al país hasta 1925. Hay algunos otros autores clásicos decimonónicos, que por vía incidental abordan aspectos histórico-jurídicos en sus publicaciones, como los hermanos Miguel Luis (1828-1888) y Gregorio Víctor Amunátegui Aldunate (1830-1899), abogado este último³⁷. En el campo de la historia de la codificación civil, tenemos los ejemplos tempranos de Enrique Cood Roos (1830-1888)³⁸ y Enrique C. Latorre H. (n. 1860)³⁹.

Una figura con un importante papel en nuestro campo es la de Valentín Letelier (1852-1919), quien se preocupa de sacar adelante una recopilación documental de las sesiones de los diversos cuerpos legislativos de la República⁴⁰; de escribir también obras que en su momento fueron importantes,

³⁴ RAMÓN BRISEÑO, *Memoria histórico-crítica del derecho público chileno, desde 1810 hasta nuestros días, presentada a la Universidad de Chile en la sesión solemne del 14 de Octubre de 1849, con que se celebró el sexto aniversario de su instalación*, Santiago, Imp. de Julio Belín i Compañía, 1849, cuatro + 516 p. + 1 h. en bl.

³⁵ ALCIBÍADES ROLDÁN, *Las primeras asambleas nacionales: Años de 1811 a 1814*, Santiago, Imp. Cervantes, 1890, xii + 448 p.; también tiene: *Los desacuerdos entre O'Higgins y el Senado conservador*, Santiago, Imp. Cervantes, 1892, 79 p. y *Las constituciones chilenas de 1818 y de 1822*, Santiago, Imp., Lit. y Enc. Barcelona, 1903, 18 p. + 1 h. en bl.

³⁶ LUIS GALDAMES, *Historia de Chile: La evolución constitucional: 1810-1925*, Santiago, Universidad de Chile, 1925, t. I, 979 p.

³⁷ MIGUEL LUIS Y GREGORIO VÍCTOR AMUNÁTEGUI ALDUNATE, *Una conspiración en 1780*, Santiago, Imp. del Progreso, 1853, 439 p. Sólo del primero, tenemos también la obra póstuma *El régimen colonial español, el dogma de la majestad real, admiración de abates y presbíteros. Juicios emitidos en "Los precursores de la Independencia de Chile"*, Santiago, Imp. Universitaria, 1917, 29 p.

³⁸ ENRIQUE COOD, *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile*. Recopilados por ... Tomo primero [único que apareció], Santiago, Imp. Victoria de H. Izquierdo i Ca., 1883, xviii + 252 p.

³⁹ ENRIQUE C. LATORRE H., *Reseña histórica de la formación del Código Civil*, Santiago, Imp. Cervantes, 1882, 56 p.

⁴⁰ [VALENTÍN LETELIER, recopilador], *Sesiones de los cuerpos legislativos de la república de Chile: 1811-1845*, Santiago, [varias imprentas], 1887-1908, 37 vols. El primer tomo, cabe advertir, fue ordenado y corrió con su edición DOMINGO AMUNÁTEGUI SOLAR, después tomaría el proyecto Letelier. La Biblioteca del Congreso Nacional, en su Sección de Historia Política y Legislativa, pone a disposición del público la edición electrónica de la

pero que hoy dejaron de serlo, atendidos sus puntos de vista y metodología, y también se empeña en modificar los programas de la carrera de Derecho en la Universidad de Chile, con lo que se introduce formalmente la cátedra de Historia del Derecho, reemplazando a la de Derecho Canónico (1902), y con ello promoviendo estudios y hasta manuales que buscaron dotar a la enseñanza de cierta guía educativa. El presbítero Carlos Silva Cotapos (1868-1941) –que ya tenía unas *Nociones de Derecho Canónico*⁴¹–, redactó también, en forma anónima, otras *Nociones de historia de derecho civil*, cuyo enfoque no logró desarrollar convenientemente⁴². Silva Cotapos esboza pocos juicios propios, y cuando los expone, los apoya en la autoridad de otros. Este libro, pensado para el curso de la Universidad Católica, se utilizó además en las clases de la Universidad de Chile.

El otro autor al que se puede hacer referencia en esta vuelta de siglo es Arturo San Cristóbal, quien empapado del sociologismo en boga por la época, crea un batibarullo de nociones dispersas sobre los más distintos tópicos con unos *Apuntes de Historia Jeneral del Derecho*⁴³.

Después las cosas evolucionan y se nota un razonable despegue del cultivo de estos estudios, encausados por derroteros más científicos, dada la decidida participación modernizadora del doctor Aníbal Bascuñán Valdés (1905-1988), la fundación de revistas especializadas –históricas⁴⁴ e histórico-

obra, con las herramientas necesarias para una búsqueda más específica, temática, dentro de ella: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa (mayo de 2017).

⁴¹ La Edición Príncipe data de 1907, y se le utilizó como manual en su propia casa de estudios, así como también en el Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, Vd. CARLOS SALINAS ARANEDA, “El primer manual de Derecho Canónico escrito en América Latina después del Código de Derecho Canónico de 1917”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, xxiii, Valparaíso, 2001, p. 447.

⁴² [CARLOS SILVA COTAPOS], *Nociones de historia del derecho civil: (Derecho bárbaro germánico, español y francés)*, 3ª ed., Santiago, Imp. de la Revista Católica, 1908, 46 p. + 1 h. en bl.; posee una 4ª edición de 1914, cuyo contenido puede fijarse en los siguientes tópicos: Cap. i, “Derecho bárbaro consuetudinario” (pp. 3-11); Cap. ii, “Derecho bárbaro escrito” (pp. 11-14); Cap. iii, “Derecho español, Fuero juzgo” (pp. 14-17); Cap. iv, “Legislación foral” (pp. 17-21); Cap. v, “Legislación española en el siglo xiii” (pp. 21-24); Cap. vi, “Continuación del siglo xiii” (pp. 25-28); Cap. vii, “Siglos xiv-xv” (pp. 28-32); Cap. viii, “Siglos xvi y xvii” (pp. 32-36); Cap. ix, “Siglos xviii y xix” (pp. 36-40); Cap. x, “Derecho francés” (pp. 40-44), e índice (pp. 45-46).

⁴³ ARTURO SAN CRISTÓBAL, *Apuntes de Historia Jeneral del Derecho*. Tomados de la clase del Profesor don..., Santiago, Universidad de Chile, Centro de Estudiantes de Derecho, 1913, 135 p.

⁴⁴ La primera revista científica dedicada íntegramente a la historia, la *Revista Chilena de Historia y Geografía*, se fundó en 1911 por Enrique Matta Vial, y al año siguiente tomaría su

jurídicas⁴⁵–, y la paulatina conformación de una Escuela en la cual convergen casi todos los especialistas del país, historiadores del derecho y romanistas, ya que en Chile ambas disciplinas caminan relacionadas íntimamente entre sí. Esta historia, que es la del desarrollo moderno de la Historia del Derecho, es también la del Derecho Indiano.

4. El Derecho Indiano y su historiografía en Chile

4.1. *Prolegómenos*: si aceptamos que la Historia del Derecho se abre paso en la cátedra a comienzos del siglo xx, y que por ende el enfoque ius historiográfico científico es cosa propia de esta centuria antes que de la precedente, hemos de convenir que la historiografía jurídica especial, la indiana, también lo es. Esa aseveración encuentra además prueba palmaria al tener presente que los estudios de Rafael Altamira, con independencia a su enfoque metodo-

edición –la que continúa hasta la fecha–, la Sociedad Chilena de Historia y Geografía, fundada el mismo año. Después aparecieron muchas otras más, adscritas principalmente a institutos o facultades de historia de diversas universidades, o bien a instituciones académicas; dentro de las primeras están los *Cuadernos de Historia* (1981) de la Universidad de Chile, *Historia* (1961) de la Pontificia Universidad Católica de Chile, *Revista de Historia Social y de las Mentalidades* (1996) de la Universidad de Santiago de Chile, y entre las segundas, el *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, fundado en 1933. Como una aproximación general acerca de las publicaciones periódicas nacionales, léase el muy informativo artículo de HORACIO ARÁNGUIZ DONOSO, “Notas para el estudio de las revistas científicas en Chile: El caso de las publicaciones adscritas a la biblioteca electrónica SciELO”, *Anales del Instituto de Chile, Estudios: La Educación Superior en Chile II*, Vol. xxv, pp. 171-244, Santiago, 2005-2006, hay separata. Acerca de las revistas de carácter histórico, Vd. pp. 184-193. Los *Anales del Instituto de Chile* están en formato electrónico, el artículo en cuestión: <http://www.institutodechile.cl/index/anales/2005-2006.pdf> (mayo de 2017).

⁴⁵ Algo más tardías, Chile ha visto nacer a cuatro de éstas, de las cuales se mantienen solo dos en curso de publicación. La primera fue la *Revista Chilena de Historia del Derecho* (1959), fundada al alero de la Universidad de Chile por Alamiro de Ávila Martel, y que hoy dirige Antonio Dougnac Rodríguez; la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (1976) se estableció en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, fundada y dirigida hasta no hace mucho por Alejandro Guzmán Brito, y en la actualidad por Carlos Salinas Araneda; las otras dos, que hoy están interrumpidas, fueron las siguientes: *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea*, dirigido por Eric Eduardo Palma González, con dos números, el último de 2002, y la *Revista de Historia del Derecho Privado*, editada por el Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra y que fuera fundada y dirigida por Javier Barrientos Grandon, con cuatro números: I (1998), II (1999), III (2000) y VI (2003); los ejemplares IV y V, aun estando concluidos, jamás aparecieron.

lógico, tienen un primer acercamiento en 1917 con su ‘Programa de Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América’, y que los de Ricardo Levene no se inician metódicamente sino en 1916 y desembocan en su libro de 1924. La labor de cooperación académica en pro de la consecución de mejores investigaciones en el campo indiano tuvo un aliciente especial con esos dos historiadores, toda vez que, según propia declaración del mismo Levene, ya en 1946 ambos habían concordado un plan para incentivar “los estudios del derecho indiano en general”⁴⁶.

4.2. Trabajos con características historiográficas de la época indiana. Alfonso García Gallo hizo notar alguna vez cómo es que la historia del Derecho Indiano nace casi en el mismo momento en que éste se venía desarrollando en América, no sólo de la mano de cronistas –historiadores–, y de geógrafos, donde lo jurídico e institucional se comprendía en el afán por entender el medio y las circunstancias del asentamiento, sino también de los juristas mismos. Fueron estos últimos –los profesionales de la primera mitad del siglo XVII–, los que convergieron en ese interés por tres motivos:

[D]e la necesidad práctica de conocer el conjunto de códigos y leyes precedentes de tiempos antiguos y cuál era su fecha y autoridad, para poseer un criterio seguro respecto de su alegación y aplicación; del mero gusto por las antigüedades, que llevaba a coleccionar los textos legales del pasado, por pura curiosidad de historiador; y de una actitud esencialmente científica, que conducía a reconstruir el proceso evolutivo del Derecho y explicar el sentido de cada ley conforme al espíritu de su época⁴⁷.

Más allá de los nombres de los diversos autores y de sus respectivas obras que el célebre ius historiador incorpora para probar su aserto, y de los que hace caudal en un análisis no exento de miga, es necesario advertir que, si bien tuvieron en mente realizar ciertos alcances históricos en sus trabajos, su fin último era más bien dogmático, toda vez que el derecho estaba plenamente vigente. Se hace historia del derecho cuando ese ordenamiento ha

⁴⁶ RICARDO LEVENE, “Prólogo”, en: ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Aspectos del Derecho Penal Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1946, p. 14. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI ha estudiado el intercambio intelectual entre ambos estudiosos en su noticioso artículo “Diálogos sobre Derecho Indiano entre Altamira y Levene en los años cuarenta”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXVII, Madrid, 1997, pp. 369-389.

⁴⁷ GARCÍA GALLO, “El desarrollo de la historiografía jurídica indiana”, cit., p. 15.

perdido vigencia, y su masa normativa sólo posee interés histórico, pero ya no dogmático; cuando el objeto de estudio –el derecho–, puede observarse como un todo que posee un origen, un desarrollo y un término, sólo en ese instante se le puede historiar apropiadamente. Situación tal pasó con el Derecho Romano, y lo mismo cabría decir con el Derecho Indiano.

Atendido lo anterior, que bien vale un desarrollo en si mismo para discutir latamente el punto –esta no es sede para ello–, en las páginas que siguen se apuntará a la historiografía indianista chilena considerándola como un trabajo intelectual histórico en si mismo, sin visos de dogmatismo⁴⁸.

4.3. Algunas publicaciones decimonónicas precursoras: cabe tener en consideración que investigaciones históricas que interesan o se adentran en temas propiamente indianos, o bien con un sesgo histórico jurídico propiamente tal, pero carentes del enfoque y la metodología particular de estos estudios, se presentan en el siglo XIX, de la mano de las primeras memorias universitarias promovidas al interior de la Universidad de Chile por Andrés Bello, como queda dicho⁴⁹. Tales publicaciones son útiles para el desarrollo de la investigación, abren sendas y líneas de investigación que se seguirán después –con y sin interrupciones–, pero bajo ningún concepto pueden encasillárseles como histórico jurídicos indianas. También se pueden rescatar obras de nuestros historiadores clásicos decimonónicos, hay varias que interesan a este respecto, así como otras pocas de comienzos del próximo siglo, que dado el espacio de este artículo, de ninguna de ellas se hablará.

La figura que descuella por sí sola es la de José Toribio Medina (1852-1930), con una extensa y sólida obra, que realiza numerosas y profundas contribuciones documentales y bibliográficas, sin las cuales sería difícil adentrarse en nuestro tema⁵⁰. Si se estudian sus colecciones de documentos, las

⁴⁸ Que conste que el mismo García Gallo cita un trabajo elaborado –pero no editado–, de pluma de JUAN LUIS LÓPEZ MARTÍNEZ, Marqués del Risco († 1702), intitulado *Historia Jurídica de el Derecho i gobierno de los reinos y provincias del Perú, Tierra firme y Chile*, que comprende hasta 1674, y cuyo manuscrito, nos dice el historiador, se guarda en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, estante 331, n.º 181; Mss. del Marqués del Risco, XXXII, Vd. GARCÍA GALLO, “El desarrollo de la historiografía jurídica india”, cit., n. 24, pp. 18-19.

⁴⁹ Vd. § 3, p. 88 de este artículo.

⁵⁰ RICARDO LEVENE se refirió sobre Medina en general, y su aporte al Derecho Indiano en particular, en dos oportunidades: “Los primeros amigos argentinos de José Toribio Medina”, en: Ministerio de Educación de la Nación, Academia Nacional de la Historia, *Homenaje a la memoria de José Toribio Medina en el centenario de su nacimiento*, Buenos Aires, la Academia, 1952, pp. 27-36, y “La obra documental y erudita de José Toribio

obras de numismática, y también la serie grande de bibliografías –‘Imprentas’ las llamó para el estudio de su desarrollo en los países o ciudades del Nuevo Mundo–, uno no podrá sino concordar con el aserto; también si leen las páginas de sus libros en que vuelca el producto de sus investigaciones, los juicios que aventura –a veces empapados de su fuerte postura anti clerical y que no disimula–, o las interpretaciones que ensaya, poquísimas, no toman vuelo, pues el apego documental los lastra.

El estudio institucional se dio en la historiografía nacional en el siglo XIX, escrito mayoritariamente por autores que eran abogados, o que tenían formación de tales. Quizás ahí estribe el por qué hasta la fecha existan historiadores que han llegado a sostener que la historia en el país comenzó siendo Historia del Derecho, para luego dividirse en otras ramas, alejándose del tronco principal⁵¹. Si estudiamos este punto con la perspectiva que da el tiempo, y aplicando la conceptualización apropiada, esbozada más arriba, no hubo historia del derecho propiamente dicha, sino a lo más historia institucional apegada a la documentación conocida al respecto, hecha por abogados principalmente. En este ámbito institucional hay buenos trabajos, pero también los hay mediocres, o derechamente de poca calidad, y con un enfoque no del todo apropiado. Un par de casos, entre varios, ayudará a ilustrar el punto: la Real Audiencia y el tribunal de la Inquisición, dejando la referencia al cabildo, donde hay mucho paño que cortar.

J. T. Medina encara el estudio institucional de la Inquisición⁵² con una colección de libros en que desenvuelve la historia del órgano en las principa-

Medina y su contribución a la Historia del Derecho Indiano”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, n° 4, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1952, pp. 15-28.

⁵¹ Vd. JOAQUÍN FERMANDOIS, [“Reseña crítica al libro de Gonzalo Rojas Sánchez, *Chile escoge la libertad*, t. 1”], *Historia*, n° 32, p. 818, Santiago, Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999. El autor dejó dicho: “Por un tiempo la historia del derecho dominó la historiografía chilena; también trajo consigo su estrechamiento, como todo dominio excluyente de una sola perspectiva. Hoy en cambio, quizás estamos necesitados de un rejuvenecimiento de la historia del derecho, para no ir a otro tipo de estrechamientos”.

⁵² Antes que él solo BENJAMÍN VICUÑA MACKENNA (1830-1886) se había ocupado del tema, en forma superficial, al incorporarse a la Facultad de Humanidades de la Universidad de Chile, el 27 de agosto de 1862, con el discurso que versó acerca de *Lo que fue la Inquisición en Chile*, publicado luego en forma de folleto: [Santiago, Universidad de Chile, 1862], 26 p, que no es sino un sobretiro de los *Anales de la Universidad de Chile* de ese mismo año, que fue donde se publicó primero. Un lustro después el prebendado JOSÉ RAMÓN SAAVEDRA defendió al Tribunal: *La Inquisición: Rápida ojeada sobre aquella antigua institución*, Santiago, Imp. del Correo, 1867, 128 p., ante lo cual VICUÑA

les jurisdicciones que tuvo en América. Comenzó con Lima (dos tomos, 1887), siguió con Chile (dos tomos 1890), Cartagena de Indias (un tomo, 1899), Filipinas (un tomo, 1899) –que dependía del tribunal de México–, y las Provincias del Plata (un tomo, 1899), México (un tomo, 1905), y otro que abordaba *La primitiva Inquisición Americana (1493-1569)*, que recién pudo dar a la luz nueve años después (dos tomos, 1914). En veintisiete años publicó siete títulos en diez tomos, todos escritos teniendo la documentación a la vista: la correspondencia confidencial de los inquisidores con el Supremo Consejo, informes de los visitadores y los mismos expedientes de los diferentes procesos; en los casos vistos, la mayoría posee apéndices documentales.

El caso de la Real Audiencia ofrece un panorama semejante al anterior, con tratamiento en obras de conjunto y escasos trabajos unitarios, unos pocos más bien generales, que preparan el camino al desarrollo histórico jurídico solo al avanzar el siglo xx. Dejando de lado algunos trabajos sobre otras audiencias, como la de Charcas, obra del erudito historiador boliviano radicado en el país Gabriel René Moreno⁵³, nos quedaremos exclusivamente con el caso de Chile. Más allá de trabajos biográficos sobre algunos oidores, el primero que ofrece un estudio de conjunto, si bien circunscrito a una centuria determinada (s. xvii), es el de Abraham de Silva y Molina⁵⁴, que no es sino una colección de noticias biográficas de cada uno de ellos, con énfasis en el método genealógico a veces, y con frecuentes referencias documentales. Un progreso en el tratamiento institucional lo ofrece la memoria de prueba de Raúl Muñoz Feliú⁵⁵, todavía, sí, con deficiencias en su estructura y en el

MACKENNA volvió sobre el asunto escribiendo un artículo en el periódico *El Mercurio* de Valparaíso, que apareció después como libro: *Francisco Moyén o lo que fue la Inquisición en América: (Cuestión histórica y de actualidad)*, Valparaíso, Imp. del Mercurio, 1868, 155 p., que volvió a suscitar polémica, y levantó polvareda por la prensa. Hay también traducción al inglés: *Francisco Moyén: Or the Inquisition as it was in South America. Translated from the Spanish with the Author's Permission, by James W. Duffy*, London, Henry Sotheran & Co., 1869, vi + 225 p. El prebendado SAAVEDRA preparó una segunda edición, notablemente aumentada y modificada de su libro, que publicó en Santiago por la Librería del Mercurio en 1873, con 406 p.

⁵³ GABRIEL RENÉ MORENO, “La Audiencia de Charcas, 1559-1809”, *Revista Chilena*, n° 8, Santiago, 1877, pp. 93-142.

⁵⁴ ABRAHAM DE SILVA Y MOLINA, “Oidores de la Real Audiencia de Santiago de Chile durante el siglo xvii”, *Anales de la Universidad de Chile*, t. cxiii, pp. 5-75, Santiago, 1903; con edición especial que conserva el mismo título, Santiago, Imp., Lit. i Encuadernación Barcelona, 1903, 75 p.

⁵⁵ RAÚL MUÑOZ FELIÚ, *La Real Audiencia de Chile*, Santiago, Escuela Tipográfica ‘La Gratitud Nacional’, 1937, 263 p. Apareció después un extracto en forma de artículo: “Los

manejo de fuentes; la bibliografía –para el momento– es adecuada, caracterizándose por el estudio de obras de Altamira, Levene y Ruiz Guiñazú, amén de los autores clásicos al respecto, como León Pinelo, Gaspar de Villarroel y Solórzano y Pereyra.

4.4. *La historiografía indianista propiamente tal*: en Chile la nueva concepción historiográfica, como se ha dicho, la introduce el doctor Aníbal Bascuñán Valdés. Su primer contacto con la cátedra, naturalmente, fue en sus estudios universitarios, con el profesor Juan Antonio Iribarren –su primer maestro, según propia declaración–, quien supo despertar y estimular su vocación docente⁵⁶. Cuando estudió su doctorado en Madrid, tuvo como profesores a Galo Sánchez, Claudio Sánchez-Albornoz y Román Rianza en historia de la literatura jurídica; sin embargo su maestro por excelencia fue Rafael Altamira, a quien le reconoció siempre, agradecido, su formación científica⁵⁷ y que a su vez lo introdujo en el estudio del Derecho Indiano⁵⁸, recomendándole la lectura del libro de Ricardo Levene *Introducción a la historia del Derecho Indiano* (Buenos Aires, 1924) el mismo que años después prestaría a su discípulo Alamiro de Ávila Martel, para que lo estudiara con atención especial⁵⁹. Será Bascuñán quien desde la cátedra de Historia del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile propiciará la reforma de los planes de estudio y del enfoque metodológico, auspiciando la nueva investigación científica, transitando de la concepción sociológica con que hasta entonces estaba empapada la cátedra y la escasa investigación, a una más científica y propia a los nuevos moldes. Alamiro de Ávila Martel proseguirá la senda abierta por su profesor y profundizará su legado, ya por cuenta propia, ampliando conceptos, reformando y estructurando nuevas líneas de investigación, e impulsando decididamente la especialización histórico jurídica, como se verá más adelante⁶⁰.

orígenes de la Real Audiencia de Chile”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, n° 9, Santiago, 1937, pp. 75-115.

⁵⁶ BASCUÑÁN, *Elementos...*, cit., p. 8.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ ÁVILA MARTEL, “Recuerdo de mi maestro Aníbal Bascuñán Valdés, fundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social: Estudios en memoria de Aníbal Bascuñán*, n° 7, Valparaíso, 1989, pp. 11-26; también reproducido con el mismo título en: VICENCIO Y DOUGNAC (editores), *La Escuela...*, cit., t. I, p. 202 (cito por esta última edición).

⁵⁹ *Ibíd.*, t. I, p. 204.

⁶⁰ Para Antonio Dougnac Rodríguez, juicio que comparto, será un auténtico ‘co-fundador’ de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho, *Vd.* in extenso su discurso de

Los primeros trabajos de Derecho Indiano se vinculan con Bascuñán y su desempeño al frente de la cátedra de Historia del Derecho y de la dirección del Seminario de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, entre 1930 y 1952, donde las investigaciones ius jurídicas tuvieron un desarrollo valioso. En 1954 ese Seminario se dividió en dos, creándose uno nuevo, el Seminario de Historia y Filosofía del Derecho, que dirigiría Alamiro de Ávila Martel. Tal como en el desarrollo de la historia general, en la propia jurídica y jurídica indiana –ambas en su concepción moderna van de la mano–, las memorias universitarias se transformarán en los primeros ejemplos de investigación que se publicarán siguiendo un método determinado y un plan fijado desde ese Seminario. Es más, hasta la fecha, y sensible es reconocerlo, el cultivo serio del Derecho Indiano está ligado a la cátedra de Historia del Derecho, y por ende a las facultades de ciencias jurídicas y sociales, entre las cuales pocas se distinguen por amparar sólidamente estos estudios, sobresaliendo la Universidad de Chile y la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

En el Seminario de Derecho Público, entre 1941 y 1948, se publicaron sistemáticamente varias memorias de licenciados, constituyendo la *Colección de estudios y documentos para la historia del derecho chileno*, dividida en dos secciones, una de biografías –con cinco monografías–, y otra de estudios institucionales, con siete, de las cuales cinco corresponden a Derecho Indiano⁶¹. Tal colección estuvo dirigida por una comisión formada por el mismo Bascuñán Valdés, Guillermo Feliú Cruz y Alamiro de Ávila Martel. Algún tiempo después la misma Facultad junto a la entonces recién creada Editio-

rección de don Alamiro como profesor emérito de la Universidad de Chile: *Discursos Académicos pronunciados en el acto en que la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 31 de Octubre de 1989, recibió como profesor emérito a don Alamiro de Ávila Martel*, Santiago, Ed. Universitaria, 1990, pp. 7-31, reproducido también, con el mismo título, en: VICENCIO y DOUGNAC (eds.), *La Escuela...*, cit., t. 1, pp. 225-239.

⁶¹ GUIDO ZOLEZZI CARNIGLIA, *Historia del salario indígena durante el período colonial en Chile*, Santiago, Universidad de Chile, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santiago, Seminario de Derecho Público, 1941, 165 + tres p., ilustr.; FERNANDO SÁEZ VIGNEAUX, *Política y legislación sobre beneficencia pública durante la Colonia*, Santiago, Universidad de Chile, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santiago, Seminario de Derecho Público, 1941; ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Esquema del derecho penal indiano*, Santiago, 1941; ENRIQUE ZORRILLA CONCHA, *Esquema de la justicia en Chile colonial*, Santiago, 1942, y LUCÍA GAJARDO SAN CRISTÓBAL, *Estudio sobre el tribunal del Santo Oficio de la Inquisición: (Su organización, competencia y procedimientos)*, Santiago, Universidad de Chile, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santiago, Seminario de Derecho Público, 1946, 98 p.

rial Jurídica de Chile editó una impresionante *Colección de Memorias de Licenciados* en treinta y tres tomos (1950-1954), lo que constituyó un esfuerzo editorial de envergadura como pocas veces se ha visto en el país, y particularmente en el área jurídica específicamente. Los tomos VI y XX corresponden a Historia del Derecho, comprendiendo cada uno, exclusivamente, sendos trabajos indianistas⁶².

Otra memoria de enorme significación fue la de Mario Góngora del Campo (1915-1985), el más respetado y universal de nuestros historiadores contemporáneos, cuyo primer acercamiento al campo histórico –vale la pena remarcarlo–, se dio a través de la Historia del Derecho, con sus trabajos tempranos en materia indiana hispanoamericana, y que fueron, precisamente, los que le granjearon justa fama. Esta memoria a la que aludimos constituye su libro *El Estado en el Derecho Indiano*⁶³, o sus otras monografías: *Evolución de la propiedad rural en el Valle de Puangue*, en colaboración con Jean Borde⁶⁴, *Origen de los ‘inquilinos’ de Chile Central*⁶⁵, un clásico de la que podríamos llamar ‘escuela estructuralista’ nacional, *Encomenderos y estancieros: Estudios acerca de la constitución social aristocrática de Chile después de la Conquista: 1580-1600*⁶⁶, y varios otros artículos, dentro de los cuales destaco: “Documentos inéditos sobre la encomienda en Chile”⁶⁷; “Notas sobre

⁶² Tomo VI (Santiago, 1950): ELENA MADRID REBOLLEDO, *El ministerio público en el derecho indiano*; PEDRO TOLEDO SÁNCHEZ, *Esquema del derecho penal militar indiano y su jurisprudencia chilena*, y GUSTAVO ROCHEFORT ERNST, *Esquema del derecho de minas en Chile colonial*, del que hay tirada a parte: *Esquema del derecho de minas en Chile Colonial*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ed. Jurídica de Chile, 1950, 45 p. (numeradas como 315-360) + dieciséis p.; t. XX: JORGE CORVALÁN MELÉNDEZ y VICENTE CASTILLO FERNÁNDEZ, *Derecho procesal indiano*.

⁶³ MARIO GÓNGORA, *El Estado en el Derecho Indiano: Época de fundación (1492-1571)*, Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Filosofía y Educación, Instituto de Investigaciones Histórico-Culturales, 1951, 326 + dos p.

⁶⁴ MARIO GÓNGORA; JEAN BORDE, *Evolución de la propiedad rural en el valle del Puangue*, Santiago, Instituto de Sociología de la Universidad de Chile, 1956, 2 vols., ilustr., mapas y planos.

⁶⁵ MARIO GÓNGORA, *Origen de los inquilinos de Chile central*, Santiago, Facultad de Filosofía y Educación de la Universidad de Chile, 1960, 168 p.

⁶⁶ MARIO GÓNGORA, *Encomenderos y estancieros: Estudios acerca de la constitución social aristocrática de Chile después de la Conquista: 1580-1600*, Santiago, Universidad de Chile, Sede de Valparaíso, Área de Humanidades, Departamento de Historia, 1970. ix + tres + 243 p. + 1 h. en bl.

⁶⁷ MARIO GÓNGORA, “Documentos inéditos sobre la encomienda en Chile”, *Revista Chilena de Historia y Geografía*, n° 123, Santiago, 1954-55, pp. 201-224 y n° 124, Santiago, 1956, pp. 113-176.

la encomienda chilena tardía”⁶⁸, e “Incumplimiento de una ley en 1639...”⁶⁹. Góngora mantuvo un contacto inicial con García-Gallo, a uno de cuyos cursos asistió en la Universidad Central de Madrid (1947-1948), lo que reforzó su interés por lo histórico-jurídico, aun cuando posteriormente lo abandonaría hacia otras esferas, como la historia social y la de las ideas⁷⁰; no obstante ello, su formación jurídica se trasluce en mucha de su obra posterior, ya por la temática escogida, por las fuentes empleadas e inclusive por la aproximación intelectual a las instituciones. Digamos, para redondear, que otro de sus libros más reputados, es su magistral interpretación intitulada *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*⁷¹, que en virtud de su calidad ha tenido numerosas reimpressiones desde entonces.

El esfuerzo desplegado en la Universidad de Chile se transmitió rápida y limpiamente a su otra congénere, la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde no tardó en aparecer un respetable número de publicaciones del mismo tenor. Esto fue posible, en parte, por la supervigilancia que la primera tenía sobre la segunda (hasta 1953), y que determinaba mucho de lo que en materia docente y de investigación pasaba en la casa de estudios confesional, pero por sobre todo, porque en ella misma había un cuerpo de profesores de primer nivel que bien pronto hicieron propios los postulados historiográficos en esta materia; uno de ellos fue Jaime Eyzaguirre (1908-1968), luego seguido por unos de sus discípulos, Javier González Echenique (1925-2004). En la actualidad esta casa de estudios superiores, en materia de historiografía jurídica, ha quedado lamentablemente a la saga de la posición que hace cuatro décadas había logrado⁷². Si bien cuenta con un centro de investigación en Historia,

⁶⁸ MARIO GÓNGORA, “Notas sobre la encomienda chilena tardía”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, n° 61, Santiago, 1959, pp. 27-51.

⁶⁹ MARIO GÓNGORA, “Incumplimiento de una ley en 1639: Su fundamentación en la carga de los censos de la ciudad de Santiago y en la noción de ‘frontera de guerra’. Una contribución documental”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, n° 76, Santiago, 1967, pp. 61-96.

⁷⁰ SIMON COLLIER, “Una entrevista con Mario Góngora”, en: MARIO GÓNGORA, *Civilización de masas y esperanza y otros ensayos*, Santiago, 1987, p. 18.

⁷¹ MARIO GÓNGORA, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, 1ª ed., [Santiago], Ediciones La Ciudad, 1981, 149 p.

⁷² Sobre el desarrollo de la historiografía indianista en esta Universidad, JAIME EYZAGUIRRE tiene un ilustrativo informe que presentó al primer Congreso –constitutivo– del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: “La enseñanza y la investigación de la Historia del Derecho Indiano en la Universidad Católica de Chile”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 18, Buenos Aires, 1967, pp. 219-222.

quizás el más importante del país –el Instituto de Historia, fundado en 1943 como parte de la Escuela de Educación, hoy adscrito a la Facultad de Historia, Geografía y Ciencia Política–, y con una revista homónima de merecida fama y prestigio –*Historia*, fundada por Jaime Eyzaguirre⁷³–, la Historia del Derecho en general y la jurídica indiana en particular no tienen cabida en él; otra cosa muy distinta pasa con la historia indiana propiamente tal, mal llamada ‘colonial’, donde hay importantes cultores, y líneas de investigación abiertas de interés. La otra Facultad donde podría, naturalmente, haberse alojado el estudio indiano, la de Derecho –hoy dentro de las dos primeras de la República–, el desarrollo histórico jurídico no tiene la importancia de antaño, y la producción científica al respecto también ha decrecido en número y calidad.

En reemplazo de la primera universidad pontificia del país –establecida en 1888–, y tomando el testigo en el área, hoy se yergue la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, en cuyo seno se fundó la principal publicación histórico jurídica, la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (1976), formándose también un núcleo de investigadores de nota –¿acaso la cimiento de una escuela propia?–, dirigidos tanto por el profesor Alejandro Guzmán Brito –romanista de fuste–, y Carlos Salinas Aráneda, doctor *in ambabus*, y quien ha realizado importantes trabajos en la línea canónica indiana, como se verá más adelante.

Volviendo a las primeras memorias publicadas en la Pontificia Universidad Católica de Chile, sobresale un puñado de ellas que constituyen trabajos de enorme mérito, y que a pesar del tiempo transcurrido siguen teniendo valor informativo; no han envejecido. La de Javier González Echenique marcó época, y con el transcurso de los años ha pasado a ser piedra sillar en la especialidad de los estudios acerca del desenvolvimiento de la enseñanza universitaria del Derecho en el país, particularmente –como es sencillo colegir–, para su estadio indiano⁷⁴; el trabajo de Sergio Riveaux sobre la justicia comercial indiana⁷⁵, o el muy novedoso para la época, obra de mérito, dedicado a la esclavitud negra en el país, obra de Gonzalo Vial Correa⁷⁶ y que,

⁷³ Vd. nota 44.

⁷⁴ JAVIER GONZÁLEZ ECHENIQUE, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*. Santiago, Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, [1954], 369 p. + 1 h. en bl. – (Estudios de Historia del Derecho chileno; 2).

⁷⁵ SERGIO RIVEAUX VILLALOBOS, *La justicia comercial en el Reino de Chile: Notas para su estudio*, Santiago, Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, [1955], 97 p. (Estudios de Historia del Derecho chileno; 4).

⁷⁶ GONZALO VIAL CORREA, *El africano en el Reino de Chile: Ensayo histórico-jurí-*

como muchos en su caso, comenzara como trabajo de seminario⁷⁷; el de Tulio Vivanco, que estudia la condición legal del extranjero⁷⁸; el interesante trabajo de Agata Giglio sobre la Tasa de Gamboa⁷⁹, y el de Mario del Valle sobre el asilo eclesiástico⁸⁰, así como el todavía no superado estudio de Fernando Silva Vargas atinente a las tierras y pueblos de indios⁸¹, son los principales ejemplos que pueden traerse a colación. ¿A qué se debió este quiebre en la producción jurídica indiana de esta Universidad? Dos aspectos me parecen fundamentales: la reforma universitaria que trastrocó por entero a la institución, y el alejamiento de ella, por ese motivo, de Jaime Eyzaguirre y de varios de sus discípulos hacia la Universidad de Chile, lo que produjo un sisma con las generaciones venideras.

A estas alturas cabe hablar de quien dio el impulso definitivo a los estudios histórico jurídicos indianos, culminando la labor iniciada –como se dejó dicho líneas más arriba–, por Aníbal Bascuñán Valdés, me refiero a Alamiro de Ávila Martel (1918-1990), y su importancia en el proceso excusará la extensión de este acápite.

Don Alamiro nació en Valdivia y desde muy temprano tuvo fuertes inclinaciones intelectuales, fue un auténtico intelectual, historiador, bibliófilo

dico. Santiago, Instituto de Investigaciones Históricas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Chile, 1957. 202 p. + 1 h. en bl.

⁷⁷ En mi archivo conservo el manuscrito mecanografiado, incompleto, del trabajo de VIAL, *La esclavitud de negros en América, y especialmente en Chile, durante el siglo XVIII* [Santiago, noviembre de 1956], 29 + 1 fs. Hay una nota de su profesor guía, que dice a la letra: “Es posiblemente de los trabajos más interesantes en cuanto tema e investigación realizada por el autor, que merece algunas correcciones: bibliografía 5, técnica 5, plan y desarrollo 6 [tarjado un 7, la máxima nota], contenido 6, redacción 3. Stgo. 13 de noviembre de 1956, firmado”. También aparece la apreciación del segundo profesor: “Aprobación amplia (5) [firmado] Alamiro de Avila Martel, Stgo. Nov. 14 / 56”.

⁷⁸ TULLIO VIVANCO SEPÚLVEDA, *Notas sobre la condición legal del extranjero en el Reino de Chile: Memoria de prueba*, Santiago, Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1958. 132 p. (Estudios de Historia del Derecho Chileno; 5).

⁷⁹ ÁGATA GIGLIO VIEL, *La Tasa de Gamboa*, Santiago, Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1962. 231 p. (Colección Estudios del Derecho Chileno/ la Facultad; 6).

⁸⁰ MARIO DEL VALLE MUÑOZ, *El derecho de asilo eclesiástico en el Reino de Chile*, Santiago, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Chile, [ca. 1952], 73 p.

⁸¹ FERNANDO SILVA VARGAS, *Tierras y pueblos de indios en el Reino de Chile: Esquema histórico-jurídico*, Santiago, Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1962, 266 + seis p.– (Estudios de Historia del Derecho Chileno / la Facultad; 7).

y reconocido numismático. Estudió derecho en la Universidad de Chile, donde conoció a Bascuñán, junto al cual andaría parte de su vida universitaria, compartiendo preocupaciones y proyectos. Nunca dejó de reconocerlo; en una carta a su hijo Antonio, cuando Bascuñán falleciera, don Alamiro le narra lo siguiente:

Aníbal fue mi maestro. A él debo el primer impulso, hace más de cincuenta años [escribía el 14 de septiembre de 1988], para dedicarme a la historia del derecho. Siempre ha sido para mí más que un deber, un orgullo reconocerle su magisterio. El año pasado en España, en una reunión de especialistas, un catedrático amigo me dijo: ‘hablemos de Aníbal Bascuñán a quien conocía (sic) como tu maestro en la dedicatoria de tu obra grande de historia del derecho; hace mucho que no hablamos de él’. Fue la última oportunidad en que hice relación de sus talentos y de sus méritos como fundador, en Chile, de nuestros estudios con criterio moderno y de cómo nos hizo adoptar una manera de trabajo sin pequeñeces, con sana colaboración y buena crítica que, desde su tiempo, ha caracterizado a nuestro grupo de estudiosos⁸².

Además de Bascuñán, tuvieron influencia en su pensamiento y formación, tanto histórica como romanista, algunos de los viejos profesores de sus primeros años universitarios, como Benjamín Cid Quiroz, quien explicaba Derecho Romano; pero también destacan sus vinculaciones con Vincenzo Arangio Ruiz, Álvaro d’Ors –con quien trabó franca amistad–, y Francesco Calasso, al que conoció en 1953. En materia histórica, decisiva fue su relación, muy cercana, con el profesor Ricardo Levene, y por cierto, con los españoles Claudio Sánchez-Albornoz y Alfonso García-Gallo, y muchos de sus colegas argentinos, destacándose de entre todos Ricardo Zorraquín Becú. Atendido el hecho de que su mujer, Ana Sacerdote Morpurgo (1921-1992), italiana, nacida en Turín, y cuya madre había emigrado a Argentina en la Segunda Guerra Mundial, estableciéndose en ella, los viajes a la región del Plata fueron siempre muy frecuentes, lo que le permitió trabar y mantener fuertes y permanentes lazos con los académicos de ese país, particularmente con los de Buenos

⁸² Carta de Alamiro de Ávila Martel a Antonio Bascuñán, Santiago, 14 de septiembre de 1988, copia en mi poder. La publiqué en: FELIPE VICENCIO EYZAGUIRRE, “Alamiro de Ávila Martel (1918-1990): Historiador, bibliógrafo y numismático”, *Revista Chilena de Historia y Geografía*, n° 162, Santiago, 1996, pp. 199-200 (nota). Publicación que también está disponible en formato electrónico (PDF), en la página de la Biblioteca Nacional de Chile, *Memoria Chilena*: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-72899.html> (junio de 2017).

Aires. La amistad entre él, García Gallo y Zorraquín Becú, los fundadores del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, puede leerse en su correspondencia, que apareció fragmentariamente hace unos años⁸³.

Su magisterio, bien se puede hablar de él con entera propiedad, se enfocó principalmente a seguir los derroteros marcados por su maestro Bascuñán, depurando la cátedra de Historia del Derecho de elementos extraños, y estableciéndola sobre nuevos principios y contenidos: ya en 1955 el trabajo estaba logrado en forma importante. La culminación del proceso se alcanzó cuando fundó la *Revista Chilena de Historia del Derecho*, de modo tal de conferirle a la especialidad un medio de publicidad y expresión científica de su quehacer, y tiempo después al patrocinar el establecimiento del ‘Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano’. En forma paralela tuvo injerencia directa y definitivamente esencial en la reformulación moderna de la enseñanza del Derecho Romano: fue un romanista que fijó derroteros, abrió sendas en la pedagogía y estableció, o contribuyó a establecer, principios hasta hoy válidos en la especialidad.

La producción de Alamiro de Ávila Martel es importante, sobrepasando los doscientos títulos⁸⁴, entre artículos, reseñas críticas y monografías, y se reparte en varias líneas: historia general, particularmente chilena, con calas en el desarrollo universitario y de la cultura, así como escarceos en la historia náutica de nuestra independencia; Historia del Derecho –con énfasis en el Derecho Indiano–, y Derecho Romano; bibliografía chilena y bibliofilia; numismática, en la que era un reconocido experto y un erudito, e incluso alguna colaboración vinculada con la historia del arte, con su trabajo sobre *La estampa japonesa clásica* (Santiago, 1978), que según propia declaración le sirvió para una ‘higiene mental’, puesto que se apartaba completamente de sus inclinaciones intelectuales cotidianas.

La originalidad temática indiana entre nosotros la abordó con particular sapiencia, y sus investigaciones siempre se caracterizaron por la rigurosidad y novedad; dado ello, en algún momento se pensó promover su candidatura

⁸³ FELIPE VICENCIO EYZAGUIRRE, “Correspondencia entre D. Alamiro de Ávila Martel, D. Alfonso García Gallo y D. Ricardo Zorraquín Becú”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 18, Santiago, 1999-2000, pp. 467-481, hay separata.

⁸⁴ La última y más completa bibliografía de don Alamiro se debe a JAIME BASSA MERCADO, “Bibliografía de Alamiro de Ávila Martel, Benjamín Cid Quiroz y Hugo Hanisch Espíndola”, en: ÁNGELA CATTÁN ATALA y ALEJANDRO GUZMÁN BRITO (editores), *Homenaje a los profesores Alamiro de Ávila Martel, Benjamín Cid Quiroz y Hugo Hanisch Espíndola*, Santiago, Ediciones de la Universidad del Desarrollo, 2005, pp. 29-51.

para el Premio Nacional de Historia, lo que no se concretó. Amén de su memoria, que se entiende en un temprano interés por el derecho penal y la criminología⁸⁵, sus esfuerzos investigativos en el campo derivaron hacia el estudio de algunos aspectos más bien generales y de fuentes⁸⁶, el derecho canónico⁸⁷, la propiedad y el régimen minero⁸⁸, algunos temas económicos⁸⁹, cultura, instituciones universitarias indianas y circulación de libros⁹⁰, la Guerra de

⁸⁵ ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Notas para el estudio de la criminalidad y la penología en Chile colonial (1673-1816)*, Santiago, Universidad de Chile, Seminario de Derecho Público, 1941, 81 p. (en colaboración con ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS); *Aspectos del Derecho Penal Indiano*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1946, 42 p.– (Conferencias y comunicaciones; XIII); “Investigación sobre jurisprudencia penal en la Colonia”, *Boletín del Seminario de Derecho Público*, año XIII, n.º 25-28, Santiago, 1944, pp. 30-39, y “Condición de los reos cumplidos en el presidio de Valdivia en 1771”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 1, Santiago, 1959, pp. 59-62.

⁸⁶ ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, “Fuentes documentales para el estudio del Derecho Indiano en Chile”, *Revista del Instituto Internacional de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n.º 18, Buenos Aires, 1967, pp. 209-216 (en colaboración con MARÍA ANGÉLICA FIGUEROA); “Labor de Palacios Rubios en la legislación de Castilla y de Indias”, *Historia*, n.º 21, Santiago, 1986, pp. 225-247; “Aporte sobre la costumbre en el Derecho Indiano” (en colaboración con BERNARDINO BRAVO LIRA), *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 10, Santiago, 1984, pp. 41-49; “Matrices impresas en un protocolo notarial de Santiago en el siglo XVI” (en colaboración con BERNARDINO BRAVO LIRA), *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 5, Santiago, 1969, pp. 163-178.

⁸⁷ ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, “La pena de excomunión en las fuentes canónicas del Reino de Chile”, *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, v, Quito, 1980, pp. 473-486; “Actividades del Cabildo secular de Santiago en el campo eclesiástico durante el siglo XVI”, *Trabajos del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, Valladolid, 1984, pp. 9-42 y “El problema lingüístico en la evangelización a través de las fuentes canónicas del Reino de Chile”, *Anales de la Universidad de Chile: Estudios en honor de Rodolfo Oroz*, 5ª serie, n.º 5, Santiago, 1984, pp. 339-358.

⁸⁸ ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, “Plan para una investigación sobre la propiedad en el Derecho Indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 6, Santiago, 1970, pp. 152-153; “La propiedad minera en el Derecho Indiano: Sus bases, constitución y peculiaridades”, *Historia*, n.º 8, Santiago, 1969, pp. 13-17; “Régimen jurídico de los trabajadores de las minas al final del período indiano en Chile”, *Estudios de derecho del trabajo y de seguridad social ofrecidos a don Francisco Walker Linares*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1968, pp. 35-43.

⁸⁹ ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, “Nuevo régimen del comercio marítimo del siglo XVIII y su aplicación en el Pacífico Sur” (en colaboración con BERNARDINO BRAVO LIRA), *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 5, Santiago, 1969, pp. 133-169; “El sistema monetario del Reino de Chile”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, n.º 88, Santiago, 1974, pp. 191-199, hay separata.

⁹⁰ Entre otros, vale la pena recordar: “La Universidad y los estudios superiores en Chile en la época de Carlos III”, *Estudios sobre la época de Carlos III en el Reino de Chile*,

Arauco⁹¹, y ciudades⁹², ello con algunas breves reseñas críticas –francamente pocas dedicadas al Derecho Indiano, considerando que publicó alrededor de cuarenta en toda su vida académica–, y un puñado de discursos de ocasión, atendidas sus responsabilidades universitarias y para con el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. No contento con desarrollar él mismo algunos trabajos, en el ámbito minero alentó a otros estudiosos a realizar investigaciones al respecto, y en lo canónico se le tiene por pionero e impulsor⁹³. Si no hubiere estado absorto por otras preocupaciones –fue reformista académico sin estridencias–, y su mente inquieta tampoco hubiere prestado atención a otras cosas, ciertamente su producción habría sido mayor.

Después de los primeros ejemplos universitarios, y cuando el desarrollo ius historiográfico se asentó, el trabajo intelectual se enfocó hacia otros derroteros, como la compulsa y estudio de unos tres mil procesos criminales bajo el tema de “Derecho Penal Indiano y su jurisprudencia chilena”, en que intervinieron diez egresados, “cada uno de ellos a cargo de un delito o grupo de delitos afines”⁹⁴. Otra vertiente consistió en una línea de investigación para realizar un *corpus* documental sobre derecho de minería indiano, y que se llevó a Buenos Aires en 1966⁹⁵; otra se orientó al estudio de la vida jurídica

Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1989, pp. 171-202; “Documentos sobre la Academia de Leyes y práctica forense”, *Boletín del Seminario de Derecho Público*, Santiago, 1941, n° 15, pp. 61-64, y n° 16, pp. 42-45; “La impresión y circulación de libros en el Derecho Indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 11, Santiago, 1985, pp. 189-209; “Los libros de rezos en el Derecho Indiano: Casos del Reino de Chile”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 7, Santiago, 1978, pp. 81-84.

⁹¹ ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, “Régimen jurídico de la Guerra de Arauco”, *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973, pp. 325-337, e “Instrucciones para la Guerra de Arauco dadas por Acuña y Cabrera para las campañas de 1654 y 1655”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 2, Santiago, 1961, pp. 68-79.

⁹² Por ejemplo: “La erección de catedrales en Indias: La de La Imperial en el Reino de Chile”, *VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y estudios*, Buenos Aires, 1984, t. I, pp. 121-151.

⁹³ DOUGNAC, “Alamiro de Ávila Martel cofundador...”, en: VICENCIO y DOUGNAC (editores), *La Escuela...*, cit., t. I, p. 232.

⁹⁴ MANUEL SALVAT MONGUILLOT, “El Seminario de Historia y Filosofía del Derecho y el Derecho Indiano”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 18, Buenos Aires, 1967, p. 217.

⁹⁵ [ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, LEWIS HANKE], *Cuerpo de documentos sobre el Derecho de Minería Indiano*, Santiago, Seminario de Historia y Filosofía del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1966, 8 p.

práctica en la época⁹⁶, para lo cual se rastrearon sistemáticamente los archivos notariales del país, particularmente de Santiago, uno de cuyos profesores guías a quien le cupo mayor responsabilidad por el número de seminarios e investigaciones que dirigió fue Sergio Martínez Baeza⁹⁷. Los resultados de estas investigaciones realizadas por los alumnos para concluir sus estudios, ya no se imprimían –este requisito concluyó por eliminarse por los altos costos que involucraba–, y las investigaciones se conservaron en las bibliotecas de las facultades, si es que no se enviaban copias también a otros repositorios, como los de la Biblioteca del Congreso Nacional; esta última Biblioteca continúa recibiendo –hoy en menor proporción que ayer–, algunas memorias de pregrado en depósito.

Dentro de las monografías habrá que discernir necesariamente, entre aquéllas históricas y las histórico-jurídicas propiamente tales. No obstante la diferenciación, que conlleva el distingo de metodología y a veces el enfoque en el uso de las fuentes, la historiografía general dispone de una importante batería de libros de mérito, y que comprenden temáticas de estudio del ámbito laboral, como el salario de los indios⁹⁸, y el minero⁹⁹, la actividad y el pensamiento político a fines del período indiano y comienzos del independentista¹⁰⁰, y más recientemente líneas acerca del mundo indígena –dejando la institución de las encomiendas, que se trató mucho hasta la década de los '70 del siglo pasado–, particularmente las llamadas relaciones fronterizas y la resistencia al conquistador¹⁰¹. La historia social y cultural indiana es un vasto

⁹⁶ ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, “Plan de investigación sobre la vida jurídica práctica contenida en los archivos notariales chilenos del período indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 6, Santiago, 1970, pp. 84-86.

⁹⁷ Cuatro investigaciones colectivas estaban desarrollándose en 1966 en el Seminario, de las cuales da información interesante SALVAT, “El Seminario...”, cit., p. 218.

⁹⁸ ÁLVARO JARA HANKE, *El salario de los indios y los sesmos del oro en la Tasa de Santillán*, Santiago, Universidad de Chile, Centro de Investigaciones de Historia de América, 1961, 120 p. El autor, junto a SONIA PINTO culminaría una larga serie de estudios relativos con la historia del trabajo indiano, cuando publicara sus *Fuentes para la historia del trabajo en el Reino de Chile: Legislación, 1546-1810*, Santiago, Ed. Andrés Bello, 1982-83, 2 vols.

⁹⁹ MARCELLO CARMAGNANI, *El salariado minero en Chile colonial: Su desarrollo en una sociedad provincial: El Norte Chico 1690-1800*, Santiago, Universidad de Chile, Centro de Historia Colonial de la Facultad de Filosofía y Educación, Ed. Universitaria, 1963.

¹⁰⁰ NÉSTOR MEZA VILLALOBOS, *La actividad política del Reino de Chile entre 1806 y 1810*, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Investigación Histórico-Culturales, Facultad de Filosofía y Educación, 1958, 160 p.

¹⁰¹ CONTRERAS, “Historia e historiografías de lo colonial en Chile, 1990-2013”, cit., pp. 39-40.

campo en que se mezclan cultores, hipótesis y metodologías¹⁰², con conexiones harto evidentes en el ámbito jurídico, pero sin la perspectiva propia de lo jurídico, o sea no de la especialidad, cual es la de los trabajos acerca de la criminalidad y la justicia. Quede esta referencia al pasar, como prueba de la existencia de un rico filón, que por ahora se pasará por alto.

En la historiografía jurídica indiana propiamente tal, Alejandro Montero tiene un acercamiento al trabajo indígena¹⁰³ que realiza cierto contrapunto con la monografía de Jara Hanke ya vista más arriba; colectáneas de trabajos desperdigados hay unos pocos más, como el libro de Manuel Salvat Monguillot (1913-2004) que, dentro de los estudios histórico jurídicos generales, comprende muchos indianos¹⁰⁴, y una serie de otras colaboraciones respecto de las cuales no nos detendremos¹⁰⁵. Recientemente Luis Lira Montt ha recopilado también la mayoría de sus artículos en un par de macizos tomos, que impresiona por la erudición gastada¹⁰⁶.

Pasada la primera generación de indianistas –establecida por Bascuñán, Ávila Martel, Salvat y Eyzaguirre–, a la que se sumaron otros autores, i.e. Fernando Campos Harriet (1910-2003)¹⁰⁷, Carlos Oviedo Cavada (1927-

¹⁰² *Ibid.*, p. 26.

¹⁰³ ALEJANDRO MONTERO GUZMÁN, *El trabajo indígena durante la Colonia: Su importancia económica*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1948, 78 + dos p.

¹⁰⁴ MANUEL SALVAT MONGUILLOT, *Estudios de Derecho Histórico*, [advertencia por Miguel Luis Amunátegui M.], Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales, Departamento de Ciencia del Derecho, Universidad de Chile, 1975, 180 + dos p. En esta selección de artículos, los que interesan son: “Bartolomé de las Casas y la esclavitud en América”; “Los representantes de la República”; “La Encomienda en Chile”; “Repartimientos de indios”; “Tasas de tributos de los indios de Chile”; “Defensa de Feijóo de los sexagenarios criollos”; “Chile en el relato del honorable John Byron” y “El Lazarillo de ciegos caminantes”.

¹⁰⁵ SERGIO MARTÍNEZ BAEZA escribió una noticiosa nota necrológica en la *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 19, Santiago, 2003-2004, pp. 351-355, en que incorpora una bibliografía selecta, catalogando 71 artículos.

¹⁰⁶ LUIS LIRA MONTT, *La nobleza en Indias: Estructuras y valores sociales: Estudios histórico jurídicos*, Santiago, Publicaciones Bicentenario, 2010, 2 vols., ilust.

¹⁰⁷ FERNANDO CAMPOS HARRIET, abogado oriundo de Concepción, se dedicó a la Historia del Derecho Patrio, con importantes contribuciones al ámbito histórico constitucional; sin embargo posee un variado repertorio indiano no exento de valor, entre cuyos aportes cabe destacar: “Funcionamiento de la Intendencia de Concepción, 1786-1810”, *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, v, Quito, 1980 pp. 49-69; “Fundaciones, refundaciones y traslado de Concepción del Nuevo Extremo en el Reino de Chile, vi *Congreso Internacional de Historia de América*, Buenos Aires, Academia de la Historia, 1982, pp.

1998), María Angélica Figueroa Quinteros, discípula de Eyzaguirre, y Sergio Martínez Baeza, este último con importantes contribuciones, y que descuella particularmente como un formidable organizador y gestor cultural, cuyos intereses desbordan el ámbito histórico jurídico¹⁰⁸. En los tiempos más contemporáneos sobresalen seis autores que han publicado, y siguen haciéndolo, con importantes monografías, artículos, o folletos: Bernardino Bravo Lira, Antonio Dougnac Rodríguez, Fernando Silva Vargas, Alejandro Guzmán Brito, Carlos Salinas Araneda y Javier Barrientos Grandon, quien por su edad integraría las filas de una nueva generación, discípulo éste de Ángela Cattán Atala –romanista–, y del mismo Dougnac, quien siempre lo ha reconocido como tal. Pasemos rápida revista a cada uno de ellos.

Bernardino Bravo Lira, que en su trabajo intelectual desborda el Derecho Indiano, y se vincula con la codificación, la historia de las ideas y de las instituciones¹⁰⁹, se enfoca –siguiendo quizás sin planteárselo conscientemente el espíritu de estudios de largo tiempo propio de los *Annales*¹¹⁰–,

257-275; “El juicio civil ante el Corregidor”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 9, Santiago, 1983 pp. 71-76; “Estudios sobre el sufragio en Chile indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 10, Santiago, 1984 pp. 79-83, y “Destitución del gobernador Acuña y Cabrera en 1655”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, n° 100, Santiago, 1990 pp. 121-135. Una nota necrológica se debe a SERGIO MARTÍNEZ BAEZA, que la publicó en la *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 19, Santiago, 2003-2004, pp. 347-350, y que acompaña con una bibliografía selecta.

¹⁰⁸ Una muestra de su trabajo indiano: “Algunas consideraciones sobre los protocolos notariales y el contrato de compraventa indiano”, *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Actas y estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973, pp. 893-900, hay separata; “Los archivos de escribanos del Reino de Chile”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 7, Santiago, 1978, pp. 153-156; “La exclamación”, *Anuario histórico-jurídico ecuatoriano*, v, Quito, 1980, pp. 231-238, hay separata; “Fundación de la Villa de Santa Cruz de Triana (Rancagua) Chile-1743”, en: Academia Chilena de la Historia, *Fundación de ciudades en el Reino de Chile*, Santiago: la Academia, 1986, pp. 93-103; “Notas para un estudio de las ediciones de Solórzano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 15, Santiago, 1989, pp. 87-92, y “La fe pública y la costumbre en el Chile indiano”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, xvii, Valparaíso, 1995, pp. 285-292, hay separata, entre muchos más, cuya relación sería larga.

¹⁰⁹ Una aproximación a su trabajo, con una exhaustiva bibliografía suya, en FELIPE VICENCIO EYZAGUIRRE, “Bernardino Bravo Lira y la historiografía jurídica”, *Revista Chilena de Historia del Derecho: Estudios en honor de Bernardino Bravo Lira*, n° 22, t. 1, Santiago, 2010, pp. 21-64, hay separata.

¹¹⁰ Así me parece, y lo he dejado esbozado en mi artículo citado más arriba “Bernardino Bravo Lira ...”, p. 36.

en el Derecho Común en el Nuevo Mundo¹¹¹, así como la protección de los gobernados¹¹², el análisis y evolución del Estado y la monarquía¹¹³ y la historia del desarrollo universitario y los estudios de abogados¹¹⁴, uno de sus temas favoritos, y en que se le reconocen aportes de alguna novedad. Muy tempranamente se preocupó por la pervivencia del Derecho Indiano después del período de la Independencia, en un trabajo que insinúa líneas de investigación¹¹⁵.

A Antonio Dougnac Rodríguez se le deben dos títulos con los que concluyó por cimentar la fama que había adquirido por sus múltiples investigaciones indianistas —casi exclusivamente—, y que constituyen la culminación de su trabajo en dos áreas específicamente. En 1994, y tras una fructífera estadía de estudios en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, invitado por el director de entonces, José Luis Soberanes, el mundo indianista conoció uno de los pocos trabajos de conjunto modernos al respecto, en que se aborda el Derecho Indiano con una perspectiva amplia en su desarrollo, particularmente con un tratamiento institucional; me refiero a su Manual de Historia del Derecho Indiano, y que desde entonces ha conocido una segunda edición, aumentada. Fue el trabajo de esa visita, que duró tres mesas cabales. Sergio Martínez Baeza,

¹¹¹ BERNARDINO BRAVO LIRA, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, prólogo de Alejandro Guzmán Brito, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1989, xxxviii + 373 p., ilust.

¹¹² BERNARDINO BRAVO LIRA, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica: Siglos XVI a XX*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1988/1989, 183 + tres p.

¹¹³ BERNARDINO BRAVO LIRA, *Del Absolutismo Ilustrado en Hispanoamérica, Chile (1760-1860): De Carlos III a Portales y Montt*, Santiago, Ed. Universitaria, 1994, 487 + tres p., ilust.

¹¹⁴ BERNARDINO BRAVO LIRA. *La Universidad en la historia de Chile: 1622-1992*, Santiago, Pehuén, 1992, 453 + tres p. + 1 h. en bl.; ilust.; “Los abogados y el Estado en Chile: Del Estado modernizador al Estado subsidiario: 1758-1998”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. xciv, n° 3, Santiago, septiembre-diciembre de 1997, pp. 117-133; “Estudios jurídicos y Estado modernizador: cultura de abogados en Chile: 1758-1998”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 25, n° 3, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, julio-septiembre de 1998, pp. 641-655, hay separata, y “Estudios de Derecho y cultura de abogados en Chile: 1758-1998: Tras la huella del *ius commune*, la codificación y la descodificación en el Nuevo Mundo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, xx, Valparaíso, 1998, pp. 85-106, hay separata.

¹¹⁵ BERNARDINO BRAVO LIRA, “El Derecho Indiano después de la Independencia en América española: legislación y doctrina jurídica”, *Historia*, n° 19, Santiago, 1984, pp. 5-52, hay separata.

en una crítica expresó”. Y dejar la cita que comienza con “Sin duda estamos en presencia”.

Sin duda, estamos en presencia de una obra valiosa, de extrema utilidad para profesores y alumnos de esta disciplina, que confirma los aportes que a su estudio y divulgación ha hecho la llamada “Escuela chilena de indianistas” y que prestigia a la docencia universitaria de este país¹¹⁶.

Es el único *Manual* en su tipo dentro del país, y se confía que tenga una tercera edición traducida al inglés, toda vez que el autor no ha dejado de pulirlo y agregarle a un ejemplar que posee al efecto, una serie de escolios. Un segundo libro, de enjundia, lleno de noticias, y con sólida base documental, es el grueso volumen dedicado al Derecho de Familia Indiano, que por la natural modestia del autor –de la que somos testigos abonados–, ha titulado como ‘esquema’, cuando es una pasmosa erudición lo que emerge a cada línea¹¹⁷. Respecto a su producción en revistas y publicaciones periódicas especializadas aquí no se hará caudal, pero conste que es abundante; sobre ella se prepara una bibliografía por estos días.

Fernando Silva Vargas, aventajado discípulo de Jaime Eyzaguirre, tuvo una importante y temprana participación en la historia jurídica indiana, que luego derivó hacia otras áreas de la historia nacional, particularmente del siglo XIX. Es hombre de amplias lecturas e investigador diligente –los archivos no le son ajenos–, y quizás uno de los más reputados historiadores actuales, si bien mantiene un bajo perfil. Lo que de él interesa en esta ocasión, después de su memoria descrita más arriba¹¹⁸, se centra en el estudio de la hacienda indiana y sus aspectos conexos¹¹⁹, así como en los temas relacionados con la

¹¹⁶ SERGIO MARTÍNEZ BAEZA, [“Reseña bibliográfica”], *Revista de Historia del Derecho*, n° 23, Buenos Aires, 1995, pp. 586-587.

¹¹⁷ ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Esquema del Derecho de Familia Indiano*, prólogo de Alejandro Guzmán Brito, Santiago, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2003, 570 + cuatro p.

¹¹⁸ *Vd.* nota 81.

¹¹⁹ FERNANDO SILVA VARGAS, “Esquema de la hacienda real en Chile indiano (siglos XVI y XVII)”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 4, Santiago, 1965, pp. 208-250; “Una visita a la Real Hacienda de Chile en el siglo XVI”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, n° 77, Santiago, segundo semestre de 1967, pp. 190-205; “La Contaduría Mayor de Cuentas del Reino de Chile”, *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*, n° 2, Santiago, 1967, pp. 103-179; “El motín de las alcabalas en 1776”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, n° 86, Santiago, 1972, pp. 13-37 y “Reformismo y revolución: modificaciones administrativas y tributarias en Chile, 1770-1808”, *La América*

institución del gobernador, en que hay trabajos de real interés¹²⁰; su último libro, la biografía de gobernador Francisco Ibáñez de Peralta puede considerarse modelo de investigación, fruto de años de pesquisas y de sistemática compulsión documental¹²¹, una de cuyas vertientes, la principal diríamos, es la consideración de cómo funcionaban las redes de parentesco, de clientela, de protección y de amistad en el momento, y sus implicancias institucionales.

Dentro de la abundante producción de Alejandro Guzmán Brito, quien con su libro *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano* nos señala el camino de lo que debe ser estrictamente un trabajo ius histórico en regla¹²², lo que le ha dedicado de su tiempo a lo indiano es más bien escaso. Sus intereses se centran en el Derecho Romano, y en materia histórica, en la historia de las ideas, y particularmente la de la codificación, donde ha desarrollado trabajos de mérito. En esta última vertiente, en Chile reina prácticamente solo –si bien comparte algunas líneas de desarrollo con Bravo Lira–, y ampliando su campo hacia el resto de Hispanoamérica, puede afirmarse que ha tomado a todo el continente como provincia suya. En la especie, se ha caracterizado más por promover e incentivar nuevos estudios en otros, organizar encuentros científicos –la responsabilidad del xv Congreso del Instituto Internacional de Derecho Indiano, la llevó él, y a veces casi en solitario–, y ciertamente abrir las páginas de su revista a trabajos de mérito en el área¹²³. No obstante ello, en algunos de sus libros recurre a síntesis muy

hispana en los albores de la Emancipación. Actas del IX Congreso de Academias Iberoamericanas de la Historia, Madrid, Real Academia de Historia-Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, pp. 249-276.

¹²⁰ FERNANDO SILVA VARGAS, “Poder y redes de relaciones: el gobernador de Chile don Francisco Ibáñez de Peralta (1698-1709)”, *x Congresso das Academias Ibero-Americanas da História. Ibero-América. Convergências e reptos: justiça, propriedade, instituições, liberdade e segurança. Actas, 2-5 noviembre, 2006*, Lisboa, Academia Portuguesa da História, 2006, Vol. I, pp. 249-276; “Los gobernadores como agentes estructuradores de la sociedad chilena en los siglos xvii y xviii”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, n° 116, Santiago, enero-junio 2007, pp. 177-218, que son trabajos conducentes al libro que se describe en nota a parte.

¹²¹ FERNANDO SILVA VARGAS, *Poder y redes: el gobernador de Chile don Francisco Ibáñez de Peralta (1700-1709)*, Santiago, Academia Chilena de la Historia, 2013, 392 p. + 1 h. en bl.

¹²² ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2000, 466 + dos p.

¹²³ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “La vigencia del derecho romano en Indias según el jurista Juan del Corral Calvo de la Torre”, *Justicia, sociedad y economía en la América*

bien logradas, comprensivas del período indiano, como la que dedica en su libro sobre *La codificación civil en Iberoamérica: Siglos XIX y XX*¹²⁴.

De Carlos Salinas sobresalen sus múltiples artículos y trabajos dedicados al ámbito del Derecho Canónico, en el cual es experto¹²⁵ –acaba de publicar un libro, epítome de sus investigaciones al respecto¹²⁶–, en todo lo cual ha seguido los pasos de monseñor Carlos Oviedo Cavada, de quien es dado recordar un par de aportes¹²⁷; el autor posee un método y una tenacidad por lograr sus metas dignos del mayor encomio.

española (siglos XVI, XVII y XVIII): *Trabajos del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. 1, Valladolid, Casa-Museo de Colón, Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, 1983, pp. 71-89; “Estudios en torno a las ideas del humanismo jurídico sobre reforma del Derecho (I): Un humanista español frente al derecho de su época: Pedro Simón Abril”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, IX, Valparaíso, 1984, pp. 164-185; “La ciudad-estado hispanoamericana”, *Revista de Derecho Público*, n° 50, Santiago, julio-diciembre de 1991, pp. 263-267; “Los quinientos años del Derecho Indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 17, Santiago, 1992-93, pp. 177-181, que fue un discurso con ocasión del acto universitario en que la Universidad de Chile, el 19 de agosto de 1992, conmemoró los 500 años del Derecho Indiano, los 370 de la Universidad de Chile y los 90 de la Cátedra de Historia del Derecho.

¹²⁴ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica: Siglos XIX y XX*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2000, Tercera Parte: El Derecho Indiano, pp. 149-175.

¹²⁵ CARLOS SALINAS ARANEDA, “Los corregidores en Indias descritos por sus contemporáneos (siglos XVI-XVII)”, *Anales de la Universidad de Chile: Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel*, 5ª serie, n° 20, Santiago, 1989, pp. 513-531, hay separata; “El matrimonio en Chile según los sínodos del período indiano (siglos XVII y XVIII)”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIII, Valparaíso, 1989-90, pp. 109-143, hay separata; “El iusnaturalismo europeo-indiano como elaboración de la universidad”, en: *La Universidad ante el Quinto Centenario: Actas del Congreso Internacional de Universidades organizado por la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad de Alcalá de Henares en colaboración con la Sociedad Estatal Quinto Centenario*, Madrid, Ed. Complutense, 1993, pp. 111-123; “El iusnaturalismo hispano-indiano y la protección jurídica de la persona”, en: *Homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, Madrid, Universidad Complutense, 1996, t. III, Vol. *, pp. 399-414, y “La política regalista en las visitas fiscales de la Audiencia de Chile de fines del siglo XVIII”, *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Actas y estudios*, Vol. II, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, pp. 345-364.

¹²⁶ CARLOS SALINAS ARANEDA, *Estudios históricos: El Derecho Canónico en Chile: Derecho Canónico indiano*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014, 326 p.

¹²⁷ CARLOS OVIEDO CAVADA, “Algunos aspectos de la historia del Derecho Canónico en Chile”, *Anuario de Historia de la Iglesia en Chile*, n° 4, Santiago, Seminario Pontificio Mayor, 1986, pp. 9-29, y “La defensa de los indios en el Sínodo del Obispo Azúa de 1744”, *Historia*, n° 17, Santiago, 1982, pp. 281-354, hay separata.

Javier Barrientos Grandon es el último autor acerca de quien se dirá algo: de los nombrados hasta ahora es el más joven, y por su intermedio la Escuela establecida por Bascuñán y afinada por Ávila Martel –a quien conoció y trató en sus últimos años–, tiene su pervivencia asegurada, al menos por una generación más. Es hombre capaz, de vastos conocimientos, y de una erudición ejemplar; no es este ni el momento ni el lugar de un elogio. Quede, sí, la caracterización de su obra indiana como sólida –producto del estudio y la sana crítica de amplias lecturas bibliográficas y de paciente trabajo de archivos–, de importantes horizontes y que le ha granjeado justa fama más allá de la isla que lo vio nacer, Chiloé. Sus primeros trabajos estuvieron enfocados al mundo de la literatura jurídica indiana y de las bibliotecas de abogados y juristas¹²⁸, sobre el *ius commune* en Indias, y también una acabadísima monografía, con artículos por medio, atinente a la Real Audiencia de Santiago de Chile¹²⁹, y otros sobre una *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación*¹³⁰ y *El gobierno de las Indias*¹³¹. Habida consideración a su versación en Derecho Civil, no le son extrañas las aportaciones dogmáticas en el área, las que –ciertamente–, no carecen de

¹²⁸ Entre varios: JAVIER BARRIENTOS GRANDON, “La literatura jurídica indiana y el *ius commune*”, en: JAVIER ALVARADO (editor), *Historia de la literatura jurídica en la España del antiguo régimen*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2000, Vol. I [único aparecido], pp. 199-285; *Juan Francisco Montemayor: Un jurista aragonés en las Indias*, Zaragoza, Diputación de Zaragoza, Área de cultura, 2001, 283 + tres p. + 1 h. en bl.; ilust. (Colección Benjamín Jarnés; 3), y sus dos libros gemelos: *La cultura jurídica en el Reino de Chile: Bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago (s. XVII y XVIII)*, Santiago, Universidad Diego Portales, 1992, 481 p. (Cuadernos de análisis jurídico, serie de publicaciones especiales; 1), y *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, 286 + dos p.

¹²⁹ “La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la Real Audiencia de Chile (siglos XVII-XVIII-XIX)”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 16, Santiago, 1990-91, pp. 343-382; “Las reformas de Carlos III y la Real Audiencia de Santiago de Chile”, *Temas de Derecho*, Vol. VII, n° 2, Santiago, Universidad Gabriela Mistral, 1992, pp. 23-46, y *La Real Audiencia de Santiago de Chile (1605-1817): La institución y sus hombres* [CD Rom], Madrid, Fundación Histórica Tavera, 2000, 689 p.;

¹³⁰ 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, 453 + once p. (las primeras nueve, numeradas en caracteres romanos).

¹³¹ JAVIER BARRIENTOS GRANDON, *El gobierno de las Indias*, Madrid, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, 267 p.

valía¹³²; su conocimiento de la romanística y de la bibliografía especializada, así como de las fuentes del *ius commune* en sus originales, ya que domina el latín, le permiten realizar aportes dogmáticos con amplias perspectivas, que no se reconocen en otros estudiosos, salvedad hecha, quizás, del mismo Guzmán Brito, que también posee líneas de investigación dogmático-civilistas de importancia.

Al finalizar resulta de justicia destacar de entre todos los indianistas de prestigio en el país, a Antonio Dougnac Rodríguez, toda vez que su dedicación a la docencia e investigación ha obedecido a un impulso irresistible, a una íntima y profunda vocación, manteniendo prácticamente –y esto es lo que lo distingue–, una única línea temática en sus investigaciones, la indiana; mientras todos los otros historiadores que le acompañan en esta semblanza intercambian sus intereses intelectuales con áreas conexas, *v. gr.* derecho romano, historia del derecho patrio, codificación, historia de las ideas, dogmática –civil y canónica–, historia de Chile en términos amplios, edición de normas vigentes anotadas, etc., Dougnac Rodríguez –salvo muy contadas excepciones–, ha persistido fiel dentro de la senda por la cual comenzó a transitar medio siglo ha, y su trabajo por ende exhibe una sólida unidad científica.

¹³² Baste una sola para confirmar el aserto, su edición anotada y concordada del *Código Civil* nacional: REPÚBLICA DE CHILE, *Código Civil*. Concordancias, historia de la ley, jurisprudencia, notas explicativas e índice temático. Elaboradas, corregidas y actualizadas por el profesor... Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, 2012, 2 vols. (Vol. I, xxvii + 742 p. + 2 hs. en bl.; Vol. II, [883 p., numeradas 743-1626] + 2 hs. en bl.). (Códigos Profesionales 2012).

ESCRITURA DE LA HISTORIOGRAFÍA SOBRE LOS TRIBUNALES
INQUISITORIALES AMERICANOS

THE HISTORIOGRAPHICAL WRITINGS RELATING
TO THE INQUISITORIAL TRIBUNAL IN HISPANIC AMERICA

PILAR MEJÍA

Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte (Alemania)

mejia@rg.mpg.de

Resumen: En medio de una amplia historiografía sobre la inquisición americana, este artículo ofrece un sucinto balance sobre el estudio de los tribunales inquisitoriales americanos, buscando resaltar la presencia de por lo menos siete perspectivas historiográficas que han cambiado o permaneciendo en nuestra comprensión de estos, las cuales permiten entender el surgimiento de nuevas perspectivas recientes que se van abriendo. No necesariamente representadas dentro de una línea cronológica de desarrollo historiográfico, nos interesa señalar algunas pervivencias, usos y rupturas entre unas con otras, así como las relaciones entre las diferentes miradas disciplinares. Enfrentados a un campo en permanente revisión, continuas desmitificaciones y múltiples tensiones entre diferentes perspectivas, regiones y disciplinas, esperamos contribuir a mostrar los retos de una investigación que tienda puentes entre las perspectivas histórico-jurídicas e histórico-sociales.

Palabras clave: inquisición americana, historias nacionales, historia cuantitativa de los delitos, perspectivas desde lo secular, debates teológicos, perspectiva global

Abstract: Revisiting a wide range of research devoted to the inquisitorial tribunal in Hispanic America, this article aims at offering a concise historiographic evaluation of it. Hoping to cast light on the emergence of new assessments in the recent years, the article sketches out seven different perspectives concerning our understanding of the Hispanic-American inquisitorial tribunal, some of which have been changing, while others exhibit outstanding continuity. Defying linear chronology, its main focus is to point out some of the continuities, uses and ruptures between different historiographic perspectives and the relations between the views from different disciplines. Faced by field in constant revision and traversed by multiple tensions (between a variety of perspectives, historiographic traditions and disciplinary interests), we highlight the challenges for any inquiry into seeking to build up bridges between legal and socio-historical perspectives.

Keywords: Hispanic-American Inquisition, national histories, quantitative history of crimes, secular perspectives on the inquisition, theological debates, global perspectives.

Sumario: 1. Introducción. 2. Redistribución de la documentación por historiografías nacionales. 3. Inquisición como “horror” y “miseria” del pasado. 4. La faceta americana como ocaso de una larga historia europea. 5. Máquina de procesos y tipos delictivos. 6. De la inquisición a las inquisiciones. 7. Contexto de comprensión desde lo secular. 8. El problema de la representación y las fuentes. 9. Debates teológicos en perspectiva global.

1. Introducción

Podríamos decir que luego de intensas décadas producción historiográfica sobre la inquisición americana parecería que queda poco por analizar. Mirando en las actas de los pasados dieciocho Congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, nos encontramos con algunos de los principales exponentes de una nueva historiografía de la inquisición americana, que contribuyeron desde la década de los 80's y 90's a revisar y analizar las particularidades americanas de estos tribunales, sus permanentes conflictos de competencia con otros tribunales, las características de los delitos perseguidos, el trabajo cotidiano de los comisarios, sus bienes y rentas, los mecanismos de reconciliación, así como su funcionamiento en periodos tanto tempranos como tardíos¹.

¹ RENÉ MILLAR CARVACHO, “Los conflictos de competencia de la Inquisición de Lima”, *VIII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. 2, Madrid, Digibis Publicaciones Digitales, 2000; MARCELA ASPELL DE YANZI FERREIRA, “Los Comisarios del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. Las proposiciones heréticas”, en FELICIANO BARRIOS PINTADO (Ed.) *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas : actas del XII congreso internacional de historia del derecho indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, t. 1, España, Universidad de Castilla-La Mancha, Cortes de Castilla-La Mancha, 2002; TEODORO HAMPE MARTÍNEZ, “El patrimonio de la Inquisición los bienes y rentas del Santo Oficio limeño en el siglo XVII: los bienes y rentas del Santo Oficio limenño en el siglo XVII”, *BIRA: Bolentín del Instituto Riba-Agüero*, t. 24, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú: Instituto Riva-Agüero, 1997; CONSUELO MAQUEDA ABREU, “Un conflicto de competencias entre el Santo Oficio y el Virrey de la Nueva España en 1622”, en FELICIANO BARRIOS PINTADO (Ed.) *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas : actas del XII congreso internacional de historia del derecho indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, t. 2, España, Universidad de Castilla-La Mancha, Cortes de Castilla-La Mancha, 2002; JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA HEVIA, “La Inquisición en Guatemala en el siglo XVI. Notas para su estudio”, en LUIS E. GONZÁLEZ VALES (Ed.) *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano : Actas y estudios*, t. 1, España, Academia Puertorriqueña de la Historia, 2003; MARÍA JOSÉ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, “El diputado José Mejía Lequerica y la inquisición”, en MANUEL TORRES AGUILAR (Ed.) *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América. Actas*

El propósito de esta comunicación no es volver sobre cada uno de estos temas, sino en esta ocasión, ver cómo se ha venido escribiendo esta historia, resaltando algunas imágenes historiográficas que han cambiado o permaneciendo en nuestra comprensión de los tribunales inquisitoriales americanos y mirar algunas perspectivas que se han venido abriendo. Para ello, me referiré sucintamente a siete formas de comprensión históricas de la Inquisición en Indias, no necesariamente representadas en una línea cronológica de desarrollo historiográfico, sino más bien mostrando algunas pervivencias, usos, rupturas y continuidades entre unas y otras. No me referiré únicamente a las aportaciones que vienen desde la historia del derecho, sino que buscaré contemplar sus relaciones con otras disciplinas. Tampoco me detendré en el trabajo particular de las docenas de importantes investigadores, que están detrás de la construcción de esta historiografía, que aparecerán aquí sólo bajo notas de pie de página. Procuraré en cambio, mostrar a partir de estas siete perspectivas historiográficas, los puntos de partida de las nuevas interpretaciones y tendencias que se han venido desarrollando en los últimos años alrededor del análisis de estos tribunales.

2. Redistribución de la documentación por historiografías nacionales

Para empezar un recorrido por la historia de historiografía de los tribunales americanos, debemos pasar necesariamente por aquellos textos fundadores que desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX buscaron compilar gran cantidad de documentos en los archivos españoles para el estudio de la historia de las inquisiciones americanas, reclasificando y redistribuyendo según las nuevas naciones, las antiguas jurisdicciones territoriales

del Decimosexto Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, t. 1, España, Diputación de Córdoba, Universidad de Córdoba, 2008; JAIME CONTRERAS, “De la justicias y de la reconciliación: consideraciones sobre delitos y delincuentes”, en ALEJANDRO ESCOBEDO ROJAS, JUAN PABLO SALAZAR ANDREU, GUILLERMO NARES RODRÍGUEZ (Eds.), *Memoria del XVII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Porrúa-Universidad de Puebla, 2011. También las aportaciones de MARCELA ASPELL DE YANZI FERREIRA sobre *El santo oficio de la inquisición en Córdoba del Tucumán en el periodo tardo colonial* y de LUIS RENÉ GUERRERO GALVÁN sobre *La aplicación de la justicia inquisitorial en Indias. Siglo XVIII*, en el presente XIX Congreso celebrado en Berlín deben ser mencionadas.

que tenían los tribunales americanos². De manera protagónica, aparece la figura del chileno José Toribio Medina, quien recopiló junto con su esposa cientos de documentos para ordenar la historia de todo un continente, repartiendo las informaciones respectivas a cada una de las naciones americanas³. Su propósito además de la historia nacional de Chile, era todo un proyecto americano, a partir de las relaciones de causa y correspondencias que llegaban a la Suprema en España. Su principal objetivo era ante todo recopilar historia tras historia, las fechas, funcionarios y acontecimientos a partir de todos los documentos encontrados en los archivos europeos para hacer una historia cronológica de este tribunal, insertándolo en las historias nacionales, pero desvinculando las intrínsecas relaciones de unos tribunales con otros⁴. Esto traería consecuencias hasta hoy en día, cuando vemos que aquellas divisiones geográficas continúan a la base de la poca comunicación entre las diferentes historiografías nacionales, que invisibilizan las interrelaciones entre los tres tribunales inquisitoriales americanos, la geografía de las carreras administrativas de sus funcionarios, la reconstrucción de escenarios judiciales más complejos entrelazados desde una perspectiva geográfica más amplia.

² RICARDO PALMA, *Anales de la Inquisición de Lima*, 1863; B. VICUNA MACKENNA, *Francisco Moyné or the Inquisition as it was in South America*, 1869; JOSÉ MARIA CORDOVA Y URRUTIA, *Las tres épocas del Perú ó compendio de su historia*, Lima, A. Alfaro, 1875.

³ JOSÉ TORIBIO MEDINA, *El tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en las islas Filipinas*, 1899; JOSÉ TORIBIO MEDINA, *El tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en las provincias del Plata*, 1899; JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Cartagena de las Indias*, Santiago de Chile, Elzevir, 1899; JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima (1569-1820)*, t. I, Santiago de Chile, Fondo Histórico y Bibliográfico Medina, 1956 [1887]; JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima (1569-1820)*, t. II, Santiago de Chile, Fondo Histórico y Bibliográfico Medina, 1956 [1887]; JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*, 2^o edición, México D.F., Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2010; RENÉ MILLAR CARVACHO, *El archivo del Santo Oficio de Lima y la documentación inquisitorial existente en Chile*, 6, 1997.

⁴ “Tampoco hemos incluido en la presente relación de los procesos de fe causados en las Islas Filipinas, que dependían, como veremos de la jurisdicción del Tribunal de México, por cuanto habiendo aquellos sido tramitados en un mundo aparte, podemos así llamarlo, creíamos que debíamos agruparlos por separado, como hicimos en el estudio que publicamos en 1889”, en: MEDINA, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*, *op.cit.*, p. 33.

3. Inquisición como “horror” y “misericordia” del pasado

Un segundo aspecto que aparece ya desde el siglo XIX y a lo largo de la primera mitad del XX es la referencia a una historia que lastimosamente mostraría las “miserias”, “injusticias”, “horrores”, “intolerancia” e “infelicidades” de este pasado tanto americano como español, que por suerte, se encontraba ya alejado de volverse a repetir⁵. Esta mirada, junto con la de anteriores historiadores de la inquisición española en el siglo XIX, contribuiría también a ubicar esta institución dentro de un pasado siniestro por superar. La inquisición quedaba ya desde el siglo XIX asignada en un pasado monárquico que además de arcaico, traía consigo también una idea de decadencia, que explicaría además las razones del atraso de España y de las naciones americanas con respecto al resto de Europa. Por su parte, la historiografía inglesa y francesa de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX reforzaba también las “barbaridades” de esta institución del pasado monárquico español⁶.

Esta imagen sin duda, a pesar de ser posteriormente revalorada por la historiografía, resulta estar aún muy presente en diferentes contextos latinoamericanos. Tan solo para ejemplificar, podemos mencionar la presencia de esta imagen historiográfica en dos contextos diferentes: en las introducciones históricas de los manuales de derecho penal y en las justificaciones históricas de una justicia reparatoria contemporánea. Recientemente Alejan-

⁵ MEDINA, *El tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en las islas Filipinas*, op.cit.; MEDINA, *El tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en las provincias del Plata*, op.cit.; MEDINA, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Cartagena de las Indias*, op.cit.; MEDINA, *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima (1569-1820)*, op.cit., t I; MEDINA, *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima (1569-1820)*, op.cit., t II; MEDINA, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*, op.cit.; DANIEL MUÑOZ, *The Abolition of the Inquisition and the Creation of a Historical Myth*, 11, 2010; JOSÉ CARLOS ROVIRA SOLER, “Dos novelas sobre la Inquisición americana para reinventar la Independencia”, *Philologia hispalensis*, t. 25º, Sevilla, Universidad de Sevilla: Facultad de Filología, 2011; MANUEL PEÑA DÍAZ, “Los primeros pasos de la Inquisición española: notas sobre la construcción de su memoria histórica”, en ESTHER LÓPEZ OJEDA (Ed.) *Los caminos de la exclusión en la sociedad medieval: pecado, delito y represión : XXII Semana de Estudios Medievales, Nájera, del 1 al 5 de agosto de 2011*, Logroño, Instituto de Estudios Riojanos, 2012; DORIS MORENO MARTÍNEZ, *La construcción del mito de la Inquisición: el Santo Oficio como icono universal de la intolerancia*, 2013.

⁶ MARIE JEAN CÉLESTIN DOUAIS, *L' inquisition. Ses origines, sa procédure*, Paris, Plon-Nourrit, 1906; JEAN DELUMEAU, *La peur en occident (XIVe - XVIIIe siècles). Une cité assiégée*, Paris, Fayard, 1978.

dro Agüero⁷ ha analizado los usos del pasado en los diferentes manuales de derecho penal argentino, encontrando que dentro de un esquema evolutivo del progreso humanitario, el término inquisición ejemplifica entonces una serie de procedimientos penales propios de los estadios pre-modernos o “primitivos”, que a manera de pasado ejemplarizante fueron resignificados para mostrar los peligros de volver a aquellas prácticas procesuales antiguas⁸. Por su parte, una otra persistencia de esta imagen que se ha venido haciendo muy fuerte en los últimos diez años es el uso de la idea de una institución miserable del pasado, para argumentar históricamente la necesidad de una justicia reparativa ante la violencia y discriminación ejercida a los pueblos afroamericanos, herederos directos de esclavos juzgados por la inquisición⁹. Se trata sin lugar a dudas, de un asunto que pone de manifiesto no solo los usos jurídico-políticos de la historia, sino también de la falta de comunicación entre una historia más comprensible y los procesos de construcción de memoria y justicia histórica en problemas sociales de larga duración.

4. La faceta americana como ocaso de una larga historia europea

Como una tercera perspectiva y como contraste de la anterior, podemos ver que desde la primera mitad del siglo XX, toda una gran historiografía histórico-jurídica introducía una mirada racional sobre el origen mismo de los procedimientos inquisitoriales mirando su tradición romano-canónica, las transformaciones de sus características procesuales¹⁰ y los diferentes tipos de

⁷ ALEJANDRO AGÜERO, *El uso del pasado en la enseñanza del derecho penal en Argentina. La imagen del Antiguo Régimen como tradición latente (The Use of the Past in the Criminal Law Teachings in Argentina. The Image of the Ancient Regime as Dormant Tradition.)*, Frankfurt am Main, MPIeR, 2015.

⁸ AGÜERO, *op.cit.*, p. 33.

⁹ CLAUDIA MOSQUERA ROSETO-LABBÉ, LUIZ CLAUDIO BARCELOS (Eds.), *Afro-reparaciones: Memorias de la Esclavitud y Justicia Reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2007.

¹⁰ ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ, *Consideraciones sobre el secreto del proceso inquisitorial*, 1997; ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ, “Observaciones jurídicas sobre el proceso inquisitorial”, en ABELARDO LEVAGGI (Ed.) *La Inquisición en Hispanoamérica. Estudios*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino / Ediciones Ciudad Argentina, 1997; JAVIER PIÑA Y PALACIOS, GRACIELA ROCÍO MAGAÑA, “La cárcel del tribunal del Santo Oficio y su régimen”, en JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ (Ed.) *Memoria Del II Congreso de Historia Del Derecho Mexicano (1980)*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1981; JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ (Ed.)

institución que se fueron produciendo entre del siglo XII al XIX¹¹. La historiografía sobre el establecimiento de la inquisición americana, de la mano de estas distinciones histórico-jurídicas en perspectiva evolutiva, continuó describiendo a través de largos capítulos introductorios los antecedentes de esta institución en Europa, a lo largo de toda la baja edad media, como prerrequisito para comprender su llegada a América. Si bien esto permite conocer la larga tradición histórico-jurídica y las diferencias entre la inquisición medieval, la episcopal, la monástica, la apostólica delegada y la moderna hispanoamericana, participa a su vez de la idea de que existió una línea evolutiva, un proceso difusionista o incluso una serie de etapas de florecimiento (siglos XII-XIII), de expansión (siglos XIV-XV) y de decadencia (siglos XVI-XIX) de la institución europea. Siendo su faceta americana más bien el ocaso de una institución europea. Lo que imprimía un particular carácter a la inscripción americana en la historia europea¹².

Perfiles jurídicos de la Inquisición española, Madrid, Universidad Complutense, Instituto de Historia de la Inquisición, 1989; ANTONIO M. GARCÍA-MOLINA RIQUELME, *El régimen de penas y penitencias en el tribunal de la Inquisición de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999; RENÉ MILLAR CARVACHO, *Notas sobre el procedimiento inquisitorial desde la perspectiva del Tribunal de Lima*, 2012.

Historiografía enfocada en brindar aclaraciones sobre el uso de la tortura como medio para obtener la confesión, el secreto de los testigos y del particular ofendido, la confiscación de los bienes, las pruebas, la oficialidad de la persecución, las cárceles, el proceso y sus apelaciones, entre otros.

¹¹ JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ, *Los orígenes del Consejo de la Suprema Inquisición*, 1983; EDWARD PETERS, *Inquisition*, New York, Free Press, 1988; JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Spanische Inquisition. Zum Stand Historische Justizforschung*, 18, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1991; ENRIQUE GACTO, “La costumbre en el derecho de la inquisición”, en AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS, JOSEP MARIA GAY ESCODA (Eds.), *El dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda. Barcelona, 27-28 de maig de 1994*, t. 9, Barcelona, Fundació Noguera, 1995; BERNARD GRUNBERG, *L’Inquisition apostolique au Mexique. Histoire d’une institution et de son impact dans une société coloniale (1521-1571)*, Paris, L’Harmattan, 1998; JUAN ANTONIO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *La legislación civil y eclesiástica concerniente a las supersticiones y a las pervivencias idolátricas en la “Hispania” de los siglos VI-VII*, 57, 2005; JOSÉ SÁNCHEZ HERRERO, *Los orígenes de la Inquisición medieval*, 2005; GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, “Configuración canónica de la Inquisición medieval y de la Inquisición española”, en JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ (Ed.) *Intolerancia e Inquisición (Actas del Congreso Internacional de Intolerancia e Inquisición celebrado en Madrid (UNED) y Segovia (Colegio Universitario Domingo de Soto) en febrero de 2004)*, t. 1, Madrid, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, 2005.

¹² ANTONIO LAGO CARBALLO, *Historia de la Inquisición en España y América. Homenaje a Joaquín Pérez Villanueva*, 2001.

Así mismo, se han venido realizando comparaciones entre los tribunales americanos y los españoles con respecto a la intensidad de las penas y el número de casos juzgados, siendo los tribunales americanos entonces “apenas la sombra de su homólogo en el viejo continente”¹³, “sin el auge e intensidad penal del primero”. También a partir de las estadísticas se han establecido “periodos fundacionales”, “épocas de auge” y “periodos de decadencia” para cada una de los tribunales en Indias, muchas veces sin tener en cuenta toda la actividad del tribunal en torno a las causas que no se concluían, o no se reportaban a la Suprema, o se remitían a otro tribunal y que sin embargo hacían parte de las actividades cotidianas del tribunal pero que no entran en los resúmenes enviados a la Suprema en Madrid.

5. Máquina de procesos y tipos delictivos

Contamos con una amplia historiografía basada en estadísticas, cuantificaciones y cuadros sistemáticos a partir de las relaciones de causa¹⁴, que ha destacado las labores del tribunal en tanto máquina productora de procesos judiciales. Con un marcado interés por la comprensión de “tipos delictivos”¹⁵, “tipos de acusados” y su lugar de origen, se ha interpretado la documentación incluso bajo categorías inexistentes para los primeros siglos de actividad inquisitorial, tales como “raza”, “nacionalidad”, “profesión”, “estado civil” o “genero”¹⁶. Concentrados en las estadísticas a partir de las Relaciones de

¹³ ELIA NATHAN BRAVO, “La Inquisición como generadora y trasmisora de ideologías”, en NOEMÍ QUEZADA, MARTHA EUGENIA RODRÍGUEZ, MARCELA SUÁREZ (Eds.), *Inquisición Novohispana*, t. 3, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Antropológicas, 2000, p. 299.

¹⁴ GUSTAV HENNINGSSEN, *El “banco de datos” del Santo oficio. Las relaciones de causas de la Inquisición española (1550 - 1700)*, CLXXVI, Madrid, 1979; ANNA MARÍA SPLENDIANI, JOSÉ ENRIQUE SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, EMMA CECILIA LUQUE DE SALAZAR (Eds.), *Cincuenta años de inquisición en el Tribunal de Cartagena de Indias, 1610-1660. De la Roma Medieval a la Cartagena colonial: El Santo Oficio de la Inquisición*, t. 1, Santafé de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 1997; RAFAEL CARRASCO, “Cuantificar las causas de fe”, en JOSÉ MARÍA CRUSELLES GÓMEZ (Ed.) *En el primer siglo de la Inquisición Española: fuentes documentales, procedimientos de análisis, experiencias de investigación*, València :Universitat de València, 2013.

¹⁵ JUAN ANTONIO ALEJANDRE GARCÍA, *El concepto de delito según el Santo Oficio de la Inquisición: tipología delictiva*, 2003.

¹⁶ ANNA MARÍA SPLENDIANI, JOSÉ ENRIQUE SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, EMMA

Causa, los estudios fueron incluso encontrando como delitos más específicos para América los de bigamia¹⁷, sollicitación, proposiciones, blasfemias¹⁸, sortilegios¹⁹ y judeoconversos²⁰; sobre cada uno de los cuales se podría hacer den-

CECILIA LUQUE DE SALAZAR, *Cincuenta años de inquisición en el Tribunal de Cartagena de Indias, 1610-1660*, t. 1-4, Santafé de Bogotá, Centro Editorial Javeriano, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 1997.

¹⁷ MANUEL TORRES AGUILAR, “Algunos aspectos del delito de bigamia en la Inquisición de Indias”, en ABELARDO LEVAGGI (Ed.) *La Inquisición en Hispanoamérica. Estudios*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1997.

¹⁸ KATHRYN JOY MCKNIGHT, “La blasfemia como resistencia: una esclava africana ante la Inquisición mexicana”, en MARY E. GILES (Ed.) *Mujeres en la Inquisición: la persecución del Santo Oficio y el Nuevo Mundo*, Barcelona Martínez Roca, 2000; KARLA LUZMER ESCOBAR HERNÁNDEZ, *¿Del dicho al hecho hay mucho trecho? Los delitos de palabra en los tribunales de Cartagena y Lima, 1570-1700*, Bogotá, 2008.

¹⁹ ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, “El delito de hechicería en Chile indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, t. 8º, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1981; PAULINO CASTAÑEDA DELGADO, PILAR HERNÁNDEZ APARICIO, *Los delitos de superstición en la Inquisición de Lima durante el siglo XVII*, 1995; MARÍA JESÚS TORQUEMADA SÁNCHEZ, *La Inquisición y el diablo. Supersticiones en el siglo XVIII*, Sevilla Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2000; DIANA LUZ CEBALLOS GÓMEZ, *Quyen tal haze que tal pague: Sociedad y prácticas mágicas en el Nuevo Reino de Granada* Bogotá, Ministerio de Cultura, 2002; GERARDO LARA CISNEROS, *Superstición e idolatría en el Provisorato de Indios y Chinos del Arzobispado de México, siglo XVIII* Doctorado, México, UNAM, 2011; CONSTANZA E. CAVALLERO, *Brujería, superstición y “cuestión conversa”*: *Historias de construcción de “otros-cristianos”*, 41, 2011; ROCÍO ALAMILLOS ALVAREZ, *Hechicería y superstición en la Córdoba del siglo XVIII. Una aproximación a la superstición en el mundo rural cordobés*, 4, 2013; MARTA LÓPEZ PEREDA, *Superstición, brujería y esclavitud en una sociedad colonial: Nueva España a mediados del siglo XVIII*, Máster, Santander, Universidad de Cantabria 2014; MARÍA ÁGUEDA MÉNDEZ, *La brujería en la Nueva España. Una aproximación*, 2014; LUIS RENÉ GUERRERO GALVÁN, “Perspectivas de los tribunales americanos sobre del delito de hechicería en el siglo XVII”, en LUIS RENÉ GUERRERO GALVÁN (Ed.) *Inquisición y derecho. Nuevas visiones de las transgresiones inquisitoriales en el nuevo mundo. Del antiguo régimen a los albores de la modernidad*, México, D.F., UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

²⁰ ELLIS RIVKIN, “Los cristiano-nuevos portugueses y la formación del mundo moderno”, en ÁNGEL ALCALÁ GALVE (Ed.) *Judíos, Sefarditas, Conversos; la expulsión de 1492 y sus consecuencias.*, Valladolid, Ambito, 1995, p. 100: “la inquisición por ejemplo como ‘fábrica de judíos’”; NATHAN WACHTEL, *The Faith of Remembrance. Marrano Labyrinths*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2013.

La historiografía reciente muestra que muchas veces “tipos mitificados de judíos” fueron forjados por la propia inquisición, lo cual ha sido a su vez reproducido por su historiografía también. JOSÉ ENRIQUE SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, “Judíos y Protestantes: La herejía en la jurisdicción de la Inquisición de Cartagena de Indias”, en MARÍA BEGOÑA VILLAR GARCÍA, PILAR PEZZI CRISTÓBAL, MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVA-

tro de su variedad también un respectivo balance historiográfico. Mientras que aquellos casos no tan relevantes en las cifras, despertaron menos interés en las investigaciones de los años 60's-80's, tales como sobre los luteranos, alumbrados o moriscos, que sólo recientemente vuelven a ser estudiados²¹.

6. De la inquisición a las inquisiciones

Un verdadero boom historiográfico fue creciendo desde la década de 1980 a partir de la sistematización en el análisis de las fuentes, que se diversificaba en temáticas y extensión territorial, logrando diferenciar los tribunales inquisitoriales según sus diferentes contextos locales y regionales²². Si bien se

CIÓN (Eds.), *Los extranjeros en la España moderna : actas del I Coloquio Internacional, celebrado en Málaga del 28 al 30 de noviembre de 2002*, t. 2, Málaga, 2003; MARÍA CRISTINA NAVARRETE PELÁEZ, *Judeo-conversos en la audiencia del Nuevo Reino de Granada, siglos XVI y XVII*, 2003; RICARDO ESCOBAR QUEVEDO, *Inquisición y judaizantes en América española (siglos XVI- XVII)*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008; JAIME CONTRERAS, *Sotos contra riquelmes. Regidores, inquisidores y criptojudíos*, Madrid, Siglo XXI de España, 2013; MARCOS RAFAEL CAÑAS PELAYO, *Judaizantes y malsines: redes criptojudías portuguesas durante el Seiscientos ante el Tribunal de Córdoba*, 2013.

²¹ NORA ELIZABETH JAFFARY, *Deviant Orthodoxy: A Social and Cultural of Ilusos and Alumbrados in Colonial Mexico*, Doctor of Philosophy, New York, Columbia University, 2000; BORJA FRANCO LLOPIS, *Los moriscos y la Inquisición. Cuestiones artísticas*, BORJA FRANCO LLOPIS, "Los moriscos y la Inquisición. Cuestiones artísticas", *Manuscripts: Revista d'història moderna*, t. 28, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona: Departament d'Historia Moderna, 2010; JUAN CARLOS LOSADA, *Los grandes perseguidos: Criptojudíos y moriscos; alumbrados, erasmistas y luteranos; sobre brujas y sexo; los intelectuales; la disidencia política*, 2011; HAYET BELHMAIED, *La inquisición española y la expulsión como castigo a los moriscos*, 2013; FERNANDO SUÁREZ BILBAO, "Transferencia de superstición en el marco de la conversión de los moriscos", en RICA AMRAN (Ed.) *Las minorías. Ciencia y religión, magia y superstición en España y América (siglos XV al XVII)*, Santa Barbara, University of California / Publications of eHumanista, 2015.

²² RICHARD E. GREENLEAF, *Inquisición y sociedad en el México Colonial*, Madrid, Editorial José Porrúa Turanzas, 1985; JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ, *Instituto de Historia de la Inquisición*, 1986; SOLANGE ALBERRO, *Inquisition et société au Mexique 1571-1700*, México, Centre d'Études mexicaines et centraméricaines, 1988; PAULINO CASTAÑEDA DELGADO, PILAR HERNÁNDEZ APARICIO (Eds.), *La Inquisición de Lima*, t. 1. 1570 - 1635, Madrid, Deimos, 1989; JEAN-PIERRE TARDIEU, *L'Inquisition de Lima et les hérétiques étrangers (XVI - XVII siècles)*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1995; PEDRO M. GUIBOVICH PÉREZ, *En defensa de Dios: estudios y documentos sobre la Inquisición en*

encuentra desarrollos desiguales en la historiografía por la diferente disponibilidad de las fuentes en los archivos locales, se lograron superar posturas generalizantes, gracias al interés centrado en las técnicas de trabajo locales, características geográficas, recursos financieros, aspectos prosopográficos, fronteras entre las jurisdicciones y por supuesto los debates sobre las particularidades que hacían de las “inquisiciones indianas”²³, instituciones diferen-

el Perú, Lima, Editorial del Congreso del Perú, 1998; ANA DE ZABALLA BEASCOCHEA, “Inquisición y Sociedad en Perú Virreinal”, en FERNANDO ARMAS ASÍN (Ed.) *La construcción de la Iglesia en los Andes, siglos XVI-XX*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; FERMINA ÁLVAREZ ALONSO, PAULINO CASTAÑEDA DELGADO, JUAN PÉREZ DE TUDELA Y BUESO, *La Inquisición en Cartagena de Indias durante el siglo XVII*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1999; NELSON ANDRÉS RONCANCIO PARRA, “Para averiguar la verdad”: *La visita de Pedro de Medina Rico a la Inquisición de Cartagena de Indias. Siglo XVII*, 4, 1999; BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET, JOAQUÍN PÉREZ VILLANUEVA (Eds.), *Historia de la Inquisición en España y América*, t. 3. Temas y problemas, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos y Centro de Estudios Inquisitoriales, 2000; MANUEL BALLESTEROS GAIBROIS, BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET, JOAQUÍN PÉREZ VILLANUEVA, “La instalación del Tribunal del Santo Oficio en Cartagena de Indias: nuevas noticias.”, *Historia de la Inquisición en España y América*, t. 3. Temas y problemas, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2000; JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA, “La Inquisición en Guatemala en el siglo XVI. Notas para su estudio”, en LUIS E. GONZÁLEZ VALES (Ed.) *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Actas y estudios*, t. 1, San Juan de Puerto Rico, 2003; RUTH MAGALI ROSAS NAVARRO, *El tribunal de la Santa Inquisición y los negros esclavos en América*, 55, 2003; ANTONIO RUBIAL GARCÍA, “¿Herejes en el claustro? Monjas ante la Inquisición novohispana del siglo XVIII”, *Estudios de Historia Novohispana*, t. 31º, año 2004, 2004, México, Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Históricas; PEDRO M. GUIBOVICH PÉREZ, *La Inquisición y los libros prohibidos en el Virreinato del Perú (siglos XVI-XVII)*, 2008.

²³ Entre las principales particularidades la historiografía ha destacado ya: el no estar dirigida a toda la población, su concentración en las población mestizas, esclavas, criollas, “conversas” de “cristianos nuevos” y “cristianos viejos”, la transformación misma de los delitos en materia de fe en América, su particular concentración en las ciudades, las dilatadas comunicaciones con la suprema, el respaldo de mayores libertades a los inquisidores por la Suprema, la recurrente dispensa de los impedimentos, la mayor flexibilidad en el comportamiento procesal y la especial propensión a los conflictos con las demás autoridades civiles y religiosas.

ABELARDO LEVAGGI (Ed.) *La Inquisición en Hispanoamérica. Estudios*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina y Universidad del Museo Social Argentino, 1997; ANA SÁNCHEZ, “*El talismán del diablo*”. *La Inquisición frente al consumo de coca (Lima, siglo XVII)*, 6, 1997; JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ, *La Inquisición en México durante el siglo XVI*, 7, 1998; JOSÉ ENRIQUE SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, “La Inquisición en América durante los siglos XVI-XVII: Los Dominicos y el Tribunal de Cartagena de Indias”, en ARTURO BERNAL PALACIOS (Ed.) *Praedicatores, inquisidores*, t. 2. La Orden

tes a las de sus homólogas en la península, así como un avance en las primeras comparaciones y entrecruzamientos de las informaciones procedentes de diferentes archivos²⁴.

7. Contexto de comprensión desde lo secular

Como parte de esta tendencia, la historiografía para Hispanoamérica privilegiaba sobre todo su mirada hacia el pasado desde lo secular. La naturaleza misma de estos tribunales se vuelve para el caso americano objeto de gran

Dominicana y la Inquisición en el mundo ibérico e hispanoamericano, Roma, Istituto Storico Domenicano, 2006; ANTONIO M. GARCÍA-MOLINA RIQUELME, “Una propuesta del tribunal de México: el sambenito de media aspa”, *Revista de la Inquisición. Intolerancia y Derechos Humanos*, t. 9º, España, Dykinson, 2000.

Para el caso mexicano, contamos desde 1990 con una historiografía concentrada en la relación entre la inquisición y los indios, quienes a pesar de estar excluidos de su jurisdicción, fueron juzgados por esos delitos ante el “provisorato de indios”. BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET, *Sobre la peculiarización americana de la Inquisición Española en Indias*, 1972; ROBERTO MORENO DE LOS ARCOS, *La Inquisición para indios en la Nueva España (siglos XVI a XIX)*, 2, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1990; BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET, “La inquisición americana en la política indiana de Carlos V”, en JOSÉ MARTÍNEZ MILLÁN (Ed.) *Carlos V y la quiebra del humanismo político en Europa (1530-1558) : [Congreso internacional, Madrid 3-6 de julio de 2000]*, t. 4, Madrid, Sociedad Estatal para la Conmemoración de los Centenarios de Felipe II y Carlos V, 2001; JOHN F. CHUCHIAK, “La inquisición indiana y la extirpación de Idolatrías: El castigo y la Reprensión en el Provisorato de Indios en Yucatán, 1570-1690”, en ANA DE ZABALLA BEASCOCHEA (Ed.) *Nuevas perspectivas sobre el castigo a la heterodoxia indígena en la Nueva España (siglos XVI-XVIII)*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005; CONSUELO MAQUEDA ABREU, “Mundo indígena e Inquisición: conflicto de fe en Nueva España”, en JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ (Ed.) *Intolerancia e Inquisición (Actas del Congreso Internacional de Intolerancia e Inquisición celebrado en Madrid (UNED) y Segovia (Colegio Universitario Domingo de Soto) en febrero de 2004)*, t. 3, Madrid, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, 2006; GERARDO LARA CISNEROS, *¿Ignorancia invencible? Superstición e idolatría ante el Provisorato de Indios y Chinos del Arzobispado de México en el siglo XVIII*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, 2014.

²⁴ FRANCISCO BETHENCOURT, *História das Inquisições : Portugal, Espanha e Itália Séculos XV-XIX*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995; JOAQUÍN PÉREZ VILLANUEVA, BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET, ANGEL ALCALÁ GALVE (Eds.), *Historia de la Inquisición en España y América*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, Centro de Estudios Inquisitoriales, 1984-2000, obra en tres tomos.

debate académico²⁵. La historiografía angloamericana influenciada por las ciencias políticas, destacaba la inquisición moderna española como un “instrumento del Rey”, capaz de explicar el origen de la burocracia moderna²⁶. Así mismo, los familiares fueron entendidos más como la representación local del Rey o que gracias a la cooperación estrecha con los poderes seculares, los tribunales lograban su arraigo en lo local. Sin embargo, en tanto una institución de carácter mixto, que mostraba la indisolubilidad en el antiguo régimen entre las instituciones eclesiásticas y las seculares, aparece otra tendencia historiográfica afirmando que lo que antes era interpretado a través de los autos de fe y de las familiaturas como representaciones e identificación con el Rey, debería ser más bien entendido como la pérdida de poder del Rey en lo local, siendo los tribunales grandes portadores de autonomía con respecto al órgano central de la Suprema en Madrid y los familiares de las preeminencias sociales y fiscales en lo local²⁷.

La comprensión de la inquisición se volvía entonces solo posible dentro de un panorama más amplio de instituciones y actores en el que estaba inserto. Así que más allá de los reportes oficiales enviados a la Suprema y de los procesos que terminaban con sentencia, había una amplia actividad que involucraba miembros de las universidades, superiores de órdenes religiosas, gobernadores, clero secular y élites locales que actuaban inspirados por su presencia. Más allá de los actos “formales”, “examinados”, “procesados” y “reprendidos”, existe todo una serie de actividades inquisitoriales en torno a las acciones no despa-

²⁵ ANTONIO ÁLVAREZ DE MORALES, “Inquisición, ¿Institución Eclesiástica o Institución Real?”, en AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS, SIXTO SÁNCHEZ-LAURO PÉREZ, JESÚS LALINDE ABADÍA (Eds.), *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVII. Homenaje al profesor Jesús Lalinde Abadía*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1989; DIANA L. CEBALLOS GÓMEZ, *Entre el Rey y el Papa. La Inquisición: trayectoria de una institución plurisecular*, Bogotá, 2013.

²⁶ IRENE SILVERBLATT, *Modern Inquisitions. Peru and the Colonial Origins of the Civilized World*, Durham, Duke University Press, 2004. Hace un análisis sobre el nacimiento de estructuras burocráticas asalariadas, que permitirían entender el surgimiento del Estado moderno.

²⁷ La historiografía sobre los perfiles de los familiares inquisitoriales contribuirían a la discusión si estos representaban la autonomía y la pérdida del poder del Rey en lo local, además de tratar una serie de temas en torno a la calidad del familiar. GONZALO CERRILLO CRUZ, *Los familiares de la Inquisición española*, Valladolid, Junta de Castilla y León, Consejería de Cultura y Turismo, 2000; DAVID GARCÍA HERNÁN, *El concepto de nobleza de sangre en el comportamiento social de los familiares de la Inquisición 4*, 2006; ASPELL DE YANZI FERREIRA, *op.cit.*, t. 1; DORIS MORENO, *La invención de la Inquisición*, Madrid, Marcial Pons Historia, 2004; CONTRERAS, *op.cit.*,

chadas, o sin cargo formal de la que solo a través de algunas correspondencias y entrecruzamiento de fuentes se podía dar cuenta. Con base en los estudios sobre la delación, la historiografía social destaca la manera como cada denunciante representa a su vez toda una red de actores colectivos que distribuyen la información, buscan estar eximidos, protegidos y mueven sus intereses a través de los distintos foros de justicia. La documentación inquisitorial ya no se limita a los procesos²⁸. Ni los procesos se limitan a hablar de la inquisición. Siendo justamente los aportes de la historia del derecho, los que apuntan a su comprensión dentro de un sistema más amplio que le da sentido y que entra en comunicación con las preguntas de la historia social y cultural.

8. El problema de la representación y las fuentes

El giro lingüístico traía consigo para esta historiografía el debate sobre la “fiabilidad de las fuentes”²⁹ y el problema de la representación de los acusados procesados, advirtiendo el peligro de asignarle a perseguidos lo que notarios y jueces representaban de ellos en las actas y en los resúmenes enviados a la Suprema en Madrid. Las preguntas eran entonces qué tanto podían hablar las fuentes inquisitoriales de las prácticas heréticas locales, dónde quedaba la voz de los testigos y procesados, qué tan “creíbles” eran estas fuentes para el estudio sociocultural de los diferentes tipos de sujetos procesados. Las respuestas giraron en torno a la reflexión teórico-metodológica sobre las fuentes, encontrándonos con una historiografía que desde finales de los años 90’ s se mostraba interesada en el análisis de las representaciones y las estrategias discursivas y retóricas de los acusados, que leídas entre los instresticios de las

²⁸ “Investigación de contenidos extrainquisitoriales en fondos del Santo Oficio: un rastro del proceso psicológico subyacente a conductas desviadas en Indias” en: ESCANDELL BONET, PÉREZ VILLANUEVA, *op.cit.*, t 3. Temas y problemas, págs. 5-40.

²⁹ RICARDO GARCÍA CÁRCEL, *¿Son creíbles las fuentes inquisitoriales?*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2003; JEAN PIERRE DEDIEU, “De la inquisición y su inserción social. Nuevas directrices en la historiografía inquisitorial”, en SANTIAGO DE LUXÁN MELÉNDEZ, ANA VIÑA BRITO (Eds.), *El azúcar y el mundo atlántico: economía y hacienda : patrimonio cultural y geobotánico : XVI Coloquio de Historia Canario-Americana*, t. 16, Las Palmas de Gran Canaria, Casa de Colón, 2006; BRUNO GUILHERME FEITLER, *Usos políticos del Santo Oficio portugués en el Atlántico (Brasil y África Occidental): el período filipino*, 59, 2007; WACHTEL, *op.cit.*, BRUNO GUILHERME FEITLER, *Processos e práxis inquisitoriais: problemas de método e de interpretação*, 2014.

fuentes, hablarían de procesos de resistencia, agenciamiento y conocimientos jurídicos de los sujetos procesados³⁰.

9. Debates teológicos en perspectiva global

Recientemente, más allá de las determinaciones del discurso, se vuelve a avanzar en las riquezas de las prácticas jurídicas y el mundo de los jueces (antes perseguidores). La imagen a partir de los expedientes resulta ahora incompleta, si no se tiene en cuenta el universo intelectual que orientaba el accionar de estos jueces³¹. Producto de perspectivas comparadas entre la in-

³⁰ MCKNIGHT, *op.cit.*; STACEY SCHLAU, *El cuerpo femenino y la inquisición colonial: Dos casos ejemplares*, 1, 2008; JUDITH FARBERMAN, *Las Salamanacas de Lorenza. Magia, hechicería y curanderismo en el Tucumán colonial*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2005; ANA MARÍA DÍAZ BURGOS, *Fisuras inquisitoriales, voces femininas y hechicería en Cartagena de Indias*, Emory University, 2011; OSCAR JAVIER GONZÁLEZ-MOLINA, "Inquisición y hechicería novohispana: ideología y discurso en el proceso a Catalina de Miranda", *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos)*, t. 17º, España, Dykinson, 2013.

³¹ FRANCISCO DE LA CRUZ, *Inquisición., Actas II/2. Derecho y moral, teología y política en el trasplante a Iberoamérica del Santo Oficio Español (la junta magna de 1568 y la política indiana de Felipe II)*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1997; FABIÁN ALEJANDRO CAMPAGNE, "Porque no les acaesca condepnar los inoçentes e absolver los reos": La superstición como construcción ideológica en la España de los siglos XV al XVIII", *Cuadernos de historia de España*, t. 75º, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires: Instituto de Historia de España Claudio Sánchez Albornoz, 1998-1999; ALEJANDRO CAMPAGNE FABIÁN, "El otro-entre-nosotros. Funcionalidad de la noción de supersticio en el modelo hegemónico cristiano (España, siglos XVI y XVII)", *Bulletin Hispanique*, t. 102º, nº 1, Francia, Université Michel de Montaigne Bordeaux 3, 2000; CARMEN BOLAÑOS MEJÍAS, CARMEN BOLAÑOS MEJÍAS, "La literatura jurídica como fuente del derecho inquisitorial", *Revista de la Inquisición. Intolerancia y Derechos Humanos*, t. 9º, España, Dykinson, 2000; NATHAN BRAVO, *op.cit.*, t. 3; PEDRO M. GUIBOVICH PÉREZ, PEDRO M. GUIBOVICH PÉREZ, "Custodios de la ortodoxia: los calificadores de la Inquisición de Lima, 1570-1754", *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos)*, t. 10º, España, Dykinson, 2001; JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA, "La Inquisición de México y Solórzano Pereira", en JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ (Ed.) *Intolerancia e Inquisición (Actas del Congreso Internacional de Intolerancia e Inquisición celebrado en Madrid (UNED) y Segovia (Colegio Universitario Domingo de Soto) en febrero de 2004)*, t. 3, Madrid, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, 2006; MARÍA JESÚS ZAMORA CALVO, "Ciruelo y sus juicios contra la superstición", en JAVIER SAN JOSÉ LERA, FCO. JAVIER BURGUILLO, LAURA MIER (Eds.), *La fractura historiográfica: las investigaciones de Edad Media y Renacimiento desde el tercer milenio*, Salamanca, Seminario

quisición romana, la portuguesa y la española³² y a pesar de tratarse de diferentes tipos de instituciones, encontramos recientemente nuevas tendencias que nos muestran el interés por evidenciar que, más que un bloque monolítico o cerrado, la actividad de los tribunales era también un espacio de debate, donde se daban cita las distintas posturas, fuentes de autoridad y formaciones jurídico-teológicas de los diferentes ministros del tribunal, sus consejeros comisarios, familiares y prelados.

de Estudios Medievales y Renacentistas/Sociedad de Estudios Medievales y Renacentistas, 2008; MARTIN AUSTIN NESVIG, *Ideology and Inquisition. The World of the Censors in Early Mexico*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 2009; JOSÉ BARRIENTOS GARCÍA, *El temor a la Inquisición en la Universidad de Salamanca, en tiempos del proceso de Carranza*, 2009; NATHAN WACHTEL, *La logique des bûchers*, Paris, Éditions du Seuil, 2009; ANTONIO M. GARCÍA-MOLINA RIQUELME, “Utilización extemporánea de sambenitos en el distrito del Tribunal de la Inquisición de México”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, t. 22°, México, Universidad Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010; ANNIA GONZÁLEZ TORRES, “De calificaciones y transgresiones: el discurso eclesiástico en dos procesos inquisitoriales del siglo XVIII. Entre la tradición y la modernidad”, en LUIS RENÉ GUERRERO GALVÁN (Ed.) *Inquisición y Derecho. Nuevas versiones de las transgresiones inquisitoriales en el nuevo mundo. Del antiguo régimen a los albores de la modernidad*, t. 239, México, D.F., UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014; RICA AMRAN (Ed.) *Las minorías: Ciencia y religión, magia y superstición en España y América (siglos XV al XVII)*, Santa Barbara (CA), eHumanista, University of California, 2015.

³² ADRIANO PROSPERI, “Storia dell’ Inquisizione come storia della giustizia”, en CLAUDIA DI FILIPPO BAREGGI (Ed.) *L’ inquisizione in età moderna e il caso milanese. Atti delle giornate di studio 27 - 29 novembre 2008*, Milano, Roma, Biblioteca Ambrosiana, Bulzoni, 2009; ANA ISABEL LÓPEZ-SALAZAR CODES, *Inquisición portuguesa y monarquía hispánica en tiempos del perdón general de 1605*, Lisboa, Edições Colibri 2010; JESÚS MOYA, “El Diablo jurisperito: de cómo un pseudoproblema teológico devino jurídico, para uso de la Inquisición en materia de brujería”, en ENRIQUE RAMALLE GÓMARA, MIKEL AZURMENDI INTXAUSTI (Eds.), *Inquisición y brujería: el auto de fe de Logroño de 1610*, Logroño, Instituto de Estudios Riojanos, 2010; SUSANA BASTOS MATEUS, “Los orígenes inciertos de la Inquisición en Lisboa (1536-1548): Geografía penitencial y estrategias de defensa de los Cristãos-novos”, *Tiempos modernos: Revista Electrónica de Historia Moderna*, t. 7°, España, Asociación Tiempos Modernos, 2010; ANA ISABEL LÓPEZ-SALAZAR CODES, “La relación entre las Inquisiciones de España y Portugal en los siglos XVI y XVII. Objetivos, estrategias y tensiones”, *Espacio, Tiempo y Forma. Serie IV, Historia Antigua*, t. 25°, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2012; ERIN GRAFF ZIVIN, *Figurative Inquisitions: Conversion, Torture, and Truth in the Luso Hispanic Atlantic*, Evanston, Illinois, Northwestern University Press, 2014; DRIES VANYSACKER, “Nouvelles conceptions sur l’histoire des Inquisitions d’Espagne, du Portugal et surtout de l’Inquisition romaine (Saint-Office)”, *Revue d’Histoire Ecclésiastique*, t. 110°, n° 1-2, Louvain, Université catholique de Louvain, 2015.

La historiografía más reciente de la inquisición parecería no concentrarse tanto en una historia secular, sino justamente en aquellos ricos debates y fundamentos doctrinales que estaban en la base de su accionar y pensamiento. El trabajo del tribunal inquisitorial es ahora también mirado más hacia dentro, analizándose las formas en que se van decantando las líneas teológicas para la construcción permanente de la ortodoxia. Solo recién encontramos en la historiografía los análisis sobre las virtudes morales del juez inquisitorial, la centralidad de la misericordia dentro de los procesos, el papel del escándalo y el disimulo en las diferentes causas, las continuidades y transformaciones conceptuales sobre algunos delitos, el traslado de sus bibliotecas personales³³, el uso de una multiforme literatura religiosa, la participación de teólogos en los procesos de calificación, la experiencia acumulada en los recorridos por toda una geografía de cargos, la importancia de las glosas de la temprana edad moderna a los textos medievales de la inquisición eclesiástica³⁴, y las redes de intercambio del conocimiento entre el mundo católico.

De esta manera, la reciente historiografía de la inquisición americana enfrentada a contextos de análisis global, busca rastrear las comunicaciones entre los tres tribunales en un contexto más amplio, mirando las carreras administrativas de sus jueces, las trayectorias geográficas de los teólogos y juristas, los recursos que se movilizaban hacia cada tribunal, el paso de personajes influyentes de unas u otras zonas, el traslado de procesos de un tribunal a otro, la importancia de las comunicaciones entre los tribunales, la distribución de manuscritos y libros impresos y la forma de resolver los procesos teniendo en cuenta las costumbres acumuladas. Particularmente interesantes, resultan las investigaciones que buscan rastrear como se insertaba la experiencia local americana de aquellos funcionarios que se fueron trasladando a lo largo de los distintos tribunales³⁵.

Por otra parte, la idea misma de época de auges y decadencias según el número de causas concluidas y reportes enviados a la Suprema cambia. En

³³ RONALD TRUMAN, EDWIN WILLIAMSON, “La Inquisición española y el mundo de la erudición europea en los primeros decenios del siglo XVII: el caso de los libreros madrileños”, en IGNACIO ARELLANO, CHRISTOPH STROSETZKI, EDWIN WILLIAMSON (Eds.), *Autoridad y poder en el Siglo de Oro*, Madrid, Frankfurt am Main, Iberoamericana, Vervuert, 2009.

³⁴ Por ejemplo, las glosas y adaptaciones que haría Francisco de la Peña en 1587 al Directorio de Inquisidores de Eymeric de 1375.

³⁵ KIMBERLY LYNN, *Between Court and Confessional. The Politics of Spanish Inquisitors*, New York, Cambridge University Press, 2013.

los últimos años, la historiografía se ha concentrado en el siglo XVIII y XIX, como periodos ya no necesariamente de decadencia, sino de reconfiguración y gran actividad³⁶.

Este breve esquema presentado aquí, resulta sin lugar a dudas un intento arriesgado de clasificación de muy diversas líneas historiográficas. Faltaría también hacer una historiografía sobre los grandes balances historiográficos con los que periódicamente contamos³⁷. Nos enfrentamos a un campo o mejor

³⁶ ANTONIO ÁLVAREZ DE MORALES, *Inquisición e ilustración (1700 - 1834)*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1982; CEFERINO CARO LÓPEZ, *Censura gubernativa, Iglesia e Inquisición en el siglo XVIII*, 56, 2004; GABRIEL TORRES PUGA, *Opinión pública y censura en Nueva España. Indicios de un silencio imposible (1767-1794)*, México, D.F., Colegio de México, 2010; NANCY VOGEL, *Actitudes en México hacia la Inquisición: el pro y el contra (1814, 1824)*, 2005; ROGELIO ARAGÓN JUÁREZ, “Contra la Iglesia y el Estado: Masonería e Inquisición en Nueva España, 1760-1820”, *REHMLAC: Revista de Estudios Históricos de la Masonería Latinoamericana y Caribeña*, t. 3º, n° 1, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2011; CRISTINA GÓMEZ ALVAREZ, “Censura y liberalismo. Libros prohibidos por la Inquisición de México, 1816-1819”, en DIANA REPETO GARCÍA (Ed.) *Las Cortes de Cádiz y la Historia Parlamentaria*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2012; JULIÁN CHAVES PALACIOS, “Las Cortes de Cádiz de 1812 y los debates parlamentarios entre reaccionarios y liberales sobre la Inquisición: Diego Muñoz Torrero y Francisco María Riesco”, en DIANA REPETO GARCÍA (Ed.) *Las Cortes de Cádiz y la Historia Parlamentaria*, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 2012; ANTONIO JOSÉ GARCÍA SÁNCHEZ, “La abolición de la Inquisición por las Cortes de Cádiz”, *Andalucía en la historia*, t. 39º, Sevilla, Escandón Impresores, 2013. En ese contexto también se deben mencionar las aportaciones en el presente Congreso de Marcela Aspell sobre *El Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán en el periodo tardo colonial* y de Luis Rene Guerrero Galván sobre *La aplicación de la justicia inquisitorial en Indias. Siglo XVIII – XIX*.

³⁷ JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ, *Inquisición y estudios inquisitoriales*, 1987; RICARDO GARCÍA CÁRCEL, *Veinte años de historiografía de la Inquisición. Algunas reflexiones*, 1996; LEVAGGI, *op.cit.*, ROBERTO LÓPEZ VELA, BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET, JOAQUÍN PÉREZ VILLANUEVA, “Historiografía inquisitorial, catolicismo y España: análisis de una trayectoria historiográfica”, en BARTOLOMÉ ESCANDELL BONET (Ed.) *Historia de la Inquisición en España y América*, t. 3. Temas y problemas, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos / Centro de Estudios Inquisitoriales, 2000; DEDIEU, *op.cit.*, t 16; KIMBERLY LYNN HOSSAIN, KIMBERLY LYNN HOSSAIN, “Unraveling the Spanish Inquisition: Inquisitorial Studies in the Twenty-First Century”, *History Compass*, t. 5º, n° 4, Wiley Blackwell, 2007; RODOLFO AGUIRRE, “Historia social de la Iglesia y la religiosidad novohispanas. Tendencias historiográficas”, *Fronteras de la Historia*, t. 15º, n° 1, Colombia, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2010; ENRIQUE DE LA LAMA CERECEDA, ENRIQUE DE LA LAMA CERECEDA, “Así es (si así os parece): a propósito de un Diccionario de la Inquisición”, *Anuario de historia de la Iglesia*, t. 21º, España, Universidad de Navarra: Instituto de Historia de la Iglesia, 2012; JOSÉ MARÍA

a un constructo académico en permanente revisión, que muestra de continuas desmitificaciones, reescrituras y sobre todo profundas diferencias entre las distintas perspectivas, regiones y disciplinas. La producción historiográfica lejos de detenerse, prolifera y apunta hacia nuevas áreas temáticas, perspectivas y territorios. Así, por ejemplo, la historiografía angloamericana ha estado durante los últimos años traduciendo grandes cantidades de documentos de archivo³⁸, que analizados desde nuevas perspectivas teóricas se suman a un panorama que puede llegar a resultar inaprehensible, si no contáramos con los periódicos balances historiográficos.

Los desafíos historiográficos son grandes: desde el peligro de una historiografía fragmentada con historias locales inconexas, hasta los retos de las perspectivas de la historia global capaz de articular los diferentes referentes locales. Desde la incompreensión y distanciamiento entre las disciplinas históricas, debido a los lenguajes disimiles de sus investigaciones y bases teórico-metodológicas; hasta la pérdida de especificidad de cada disciplina en su necesidad por la búsqueda de la interdisciplinariedad. Esperamos sin embargo haber prestado un panorama a través de ocho diferentes tendencias historiográficas, cuyo balance contribuya a mostrar los retos y ventajas de continuar estableciendo una mirada crítica sobre la activa producción historiográfica y los múltiples puentes a tender desde la disciplina histórico-jurídica hacia otras disciplinas.

CRUSELLES GÓMEZ (Ed.) *En el primer siglo de la Inquisición española. Fuentes documentales, procedimientos de análisis, experiencias de investigación*, València, Publicaciones de la Universidad de València, 2013.

³⁸ JOHN F. CHUCHIAK, *The Inquisition in New Spain, 1536 - 1820. A Documentary History*, Baltimore Me., Johns Hopkins University Press, 2012; JERRY WILLIAMS (Ed.) *The theatre of infamy : autos de fe in Peru : Inquisition trial and sentencing records, 1639-1749*, Potomac, Scripta Humanistica, 2015.

RICARDO LEVENE Y SU OBRA SOBRE HISTORIA DEL DERECHO
INDIANO DE 1924

RICARDO LEVENE AND HIS WORK ON THE HISTORY OF DERECHO
INDIANO FROM 1924

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina)

iihd@hotmail.com

Resumen: El autor se propone examinar la senda establecida por Ricardo Levene en la investigación de la historia del derecho indiano. De modo particular y novedoso fue proyectando la materia en sus cursos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la obra publicada en 1924, donde expuso los principales resultados de su labor, marcando la orientación de estos estudios y proponiendo un programa abierto a nuevas perspectivas. El derecho indiano fue un tema dominante en su larga trayectoria intelectual.

Palabras clave: Derecho indiano, Historia, investigación, enseñanza, Ricardo Levene, Argentina.

Abstract: The author proposes to examine the path laid down by Ricardo Levene with his research in the history of *Derecho Indiano* (Spanish Colonial Law). His way of presenting this subject in his courses in the School of Law at the University of Buenos Aires and his work published in 1924 were both unique and original. In the latter, he expounded the main conclusions drawn from his research which would not only mark the future direction of studies in this area but also offer a programme that was open to new perspectives. Indian Law was a predominant theme in his long intellectual career.

Keywords: Derecho Indiano, history, research, education, Ricardo Levene, Argentina.

Sumario: 1. Nota preliminar. 2. Aparición de la Introducción a la Historia del Derecho Indiano. 3. Conceptos fundamentales de Levene. 4. Un recorrido panorámico sobre la obra. 5. Legislación indiana y derecho vivo. 6. El libro en las aulas y en el campo de investigación. 7. Epílogo.

1. Nota preliminar

Vuelvo a ocuparme de la figura de Ricardo Levene, maestro e historiador del derecho, a quien le he dedicado en las últimas décadas varios estudios acerca

de su vida y obra intelectual¹ además de puntuales menciones en distintos tratamientos de la materia. Me es grato recordar que a su lado muy tempranamente desarrollé una vocación y afiancé mi consagración a los estudios histórico-jurídicos y de modo particular profundicé las indagaciones sobre el Derecho indiano en la búsqueda de nuevos instrumentos y enfoques para renovar su conocimiento.

Esta vez mi proyecto ha sido más abarcativo y ambicioso. Bajo el título de “Ricardo Levene y el Derecho indiano. Los inicios de una disciplina científica” me propuse analizar cómo se origina, en qué ámbitos y cuáles fueron los protagonistas principales del nacimiento del Derecho indiano como disciplina científica que desenvuelve su etapa creativa inicial en el primer tercio del siglo XX.

En lugar relevante aparecen entonces las figuras de Rafael Altamira (1866-1951)², Ricardo Levene (1885-1959)³ y José María Ots Capdequí (1893-

¹ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “Altamira y Levene: una amistad y un paralelismo intelectual”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, n° 15, México, UNAM, 1990, pp. 475-492; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “Diálogos sobre Derecho indiano entre Altamira y Levene en los años cuarenta”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXVII, v. I, Madrid, 1997, pp. 369-389; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “De la Sociología al Derecho Indiano. Contrapuntos entre Ricardo Levene y Ernesto Quesada”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 34, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006, pp. 357-417.

² Entre la numerosa bibliografía sobre la vida y obra de Altamira, destaco aquí como estudio general el libro de VICENTE RAMOS, *Rafael Altamira*, Madrid, Alfaguara, 1968. También JAVIER MALAGÓN-SILVIO ZAVALA, *Rafael Altamira y Crevea. El historiador y el hombre*, México, UNAM, 1971, con breve biografía y las obras de Altamira. Con el patrocinio de la Generalitat Valenciana, la Comisión para el V Centenario publicó un muy ilustrado volumen sobre su vida y obra bajo el título *Rafael Altamira 1866-1951*, Alicante, 1987. Con relación a su viaje a América en 1909, se destaca, entre otros, GUSTAVO H. PRADO, *Las lecciones historiográficas de Rafael Altamira en Argentina (1909). Apuntes sobre ciencia, universidad y pedagogía patriótica*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2010. En 2012, apareció en la revista *Canelobre*, n° 59, del Instituto Alcantino de Cultura Juan Gil-Albert, un número monográfico bajo el título “Rafael Altamira, una voz que traspasa el silencio”, con estudios de diversos autores e ilustraciones. Cabe también mencionar a HEBE CARMEN PELOSI, *Rafael Altamira y la Argentina*, Buenos Aires, 2005.

³ Pese a los numerosos trabajos que se han publicado con posterioridad, siguen siendo de necesaria consulta para la vida y obra de Levene, el tomo I de *Obras de Ricardo Levene*, editado por la Academia Nacional de la Historia que contiene un estudio biográfico de CARLOS HERAS (pp. 13-122), un ensayo sobre la obra de ATILIO CORNEJO (pp. 123-366) y la Bibliografía de Levene compuesta por RICARDO RODRÍGUEZ MOLAS (pp. 367-562).

1975)⁴, quienes mantuvieron entre sí una intensa y provechosa relación y cooperación intelectual, que contribuyó a la consolidación de la disciplina en el período posterior, pese a las vicisitudes de los largos exilios que padecieron Altamira y Ots.

Mi aportación apunta principalmente a la figura de Levene, pero sin duda, Altamira y Ots Capdequí ocupan un lugar destacado en ese tratamiento. Alrededor de ellos se fue formando un grupo de discípulos y otros cultivadores que se acercaron a la disciplina.

La obra de Levene tiene mucha importancia en este escenario. Bajo una concepción proveniente de la sociología y la historia, afianzada en sus contactos juveniles con Juan Agustín García, Joaquín V. González, Ernesto Quesada y Carlos Octavio Bunge, que le dieron acceso a cátedras universitarias de Buenos Aires y La Plata, tuvo la posibilidad de llevar su enseñanza a los estudiantes de las carreras de Derecho y Humanidades y estimular en ellos la vocación por las labores de investigación.

Levene estableció una senda de estudio particular y novedosa que fue proyectando en sus cursos de la Facultad de Derecho de Buenos Aires como profesor de Introducción a las ciencias jurídicas y sociales. Su labor quedó plasmada en dos obras sucesivas sobre la materia: las *Notas para el estudio del Derecho indiano en 1918* y la *Introducción a la Historia del Derecho Indiano en 1924*. En este último libro refleja el estado en que se encontraba la investigación en la materia, daba cuenta de las primeras indagaciones del autor, marcaba la dirección de estos estudios y establecía un programa de tareas abierto a nuevas perspectivas. Levene tenía entonces treinta y nueve años de edad. El Derecho indiano fue un tema dominante en su larga trayectoria intelectual.

Este trabajo proyectado fue brevemente expuesto en sus enunciados básicos en el XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en Berlín, con el patrocinio del Max Planck Institute Für Europäische Rechtsgeschichte. Aborda, en sus distintos capítulos, la formación

⁴ Una breve biografía de Ots Capdequí, con mención de obras principales, véase en GONZALO PASAMAR ALZURIA e IGNACIO PEIRÓ MARTÍN, *Diccionario Akal de Historiadores españoles contemporáneos (1840-1980)*, Madrid, 2002, pp. 457-458. Entre los estudios, se pueden mencionar: JAVIER MALAGÓN, “José María Ots Capdequí, maestro de la historia institucional de América” en *Revista de Historia de América*, n. 83, México, 1977, pp. 7-17; MARIANO PESET, “Un discípulo de Rafael Altamira: José María Ots Capdequí”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, n.º 15, 1990, pp. 459-474; y de este mismo autor el estudio preliminar al volumen de JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Obra dispersa*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1992, pp. IX-XLVII.

de Levene y sus primeras actividades intelectuales y docentes; su acceso a las cátedras universitarias de Buenos Aires y La Plata; el contexto historiográfico argentino de la época; el surgimiento del derecho indiano en las aulas con sus lecciones y primeras publicaciones; y el camino recorrido hasta la publicación de la *Introducción a la Historia del Derecho Indiano* en 1924. También se ocupa del americanismo universitario de Rafael Altamira; la actuación y obra de José M. Ots Capdequí, principal discípulo de Altamira; el crecimiento del vínculo hispanoamericano en esta materia; y finalmente el cierre en 1936 de una etapa ampliamente fructífera en la formación de la disciplina.

Como la extensión del trabajo supera las posibilidades de su publicación en este volumen de actas del Congreso, he optado por reducir por ahora su presentación a solo uno de sus capítulos centrales, que es precisamente el destinado a ese libro fundamental de la producción leveniana.

2. Aparición de la *Introducción a la historia del Derecho indiano*

El libro de Ricardo Levene apareció en octubre de 1924. Su editor, la librería jurídica de Valerio Abeledo, anunciaba en una circular que la *Introducción a la Historia del Derecho Indiano* era una “importante obra de interés general para toda la América Española” dedicándole este atrayente juicio: “Trabajo único publicado hasta la fecha de tema absolutamente nuevo, que revela una paciente labor de búsqueda por bibliotecas y archivos americanos”.

Era la culminación de un proceso de elaboración iniciado en 1916 con la lección inaugural de cátedra⁵ y continuado dos años después con el libro *Notas para el estudio del derecho indiano*, que serviría de base para la preparación posterior de la *Introducción*.

Durante el segundo semestre de ese año 1924 se fueron dando a conocer, en revistas y periódicos, capítulos o páginas de avance con material contenido en el libro. Entre éstos se destacaba la publicación anticipada de un capítulo, sobre “Fuentes del Derecho indiano”, en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, editado en Madrid⁶, del cual precisamente aparecía el primer número en ese mismo año. Esta revista se introdujo en el mundo académico de la época bajo los mejores auspicios con la dirección de destacados catedráticos

⁵ *Introducción al estudio del derecho indiano*. Conferencia inaugural del curso complementario de *Introducción a las ciencias sociales y jurídicas*. Buenos Aires, 1916 (opúsculo).

⁶ *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. I, Madrid, 1924, pp. 55-74.

españoles encabezados por el profesor Claudio Sánchez Albornoz, que reconocían como común maestro a don Eduardo de Hinojosa. Fue entonces el joven profesor José M. Ots Capdequi el gestor de la invitación para obtener la colaboración de Levene, como también lo hizo luego con otros profesores e investigadores argentinos y americanos, que impulsaba con el propósito de insertar en la revista la nueva historiografía americanista que él mismo cultivaba.

Un breve examen comparativo entre el anterior libro de 1918 y la flamante *Introducción* resulta útil para apreciar, de modo externo, el avance sustancial de la labor de Levene en esos seis años que separan a una de otra obra. En primer lugar, hay una apreciable diferencia de volumen. Mientras *Notas* tenía seis capítulos y 131 páginas, la *Introducción* alcanzaba a 18 capítulos y 351 páginas. Una primera revisión permite suponer que se mantuvo en ambas una análoga estructura. El capítulo primero de *Notas*, de carácter general, era con 45 páginas, el más extenso de todo el libro. En la nueva obra se produjo una modificación sustancial mediante cambios en la redacción y compilación del material de fuentes y bibliografía. Así es que en los doce primeros capítulos –hasta la página 240 de *Introducción*– se despliega el contenido del primer capítulo de *Notas*. En cambio, en los capítulos XIII a XVIII prácticamente se incorporaron los capítulos II a VI de *Notas* con algunas variantes y a veces con importantes agregados, pero manteniéndose la estructura y divisiones provenientes de la anterior publicación. Se trata en estas páginas de la materia relativa a los ensayos de recopilación, la Recopilación de 1680, las reformas legislativas del siglo XVIII, y, en el último capítulo, sobre la aplicación de las leyes de Indias y de Castilla en América.

Es evidente que, en ese lapso, la labor de Levene alcanzó visibles progresos tanto en el conocimiento del material bibliográfico y documental, como en la visión conceptual de la materia. Ello le permitió precisar la estructura de la obra, ampliar el contenido, corregir errores y limar imperfecciones. En suma, hacer una obra distinta a la anterior. Se abre así la posibilidad de examinar el libro como un conjunto consolidado de investigaciones y reflexiones.

3. Conceptos fundamentales de Levene

Para ello se impone, sin duda, atender a las densas páginas iniciales que bajo el título de “Advertencia”, dedicaba Levene a presentar su objetivo intelectual. Ellas ofrecen un interesante contenido de ideas que se relacionan no sólo con la construcción de la obra, sino también con el surgimiento de una nueva

disciplina científica. Son pues un punto de arranque para entender la obra toda y el basamento científico que adoptaba⁷.

La presentación de Levene era modesta: “el libro que hoy publico es de plan esquemático y trazado a grandes líneas”. Confesaba que no había tenido “otra aspiración que la de exhibir y sintetizar el estado actual de las investigaciones de un momento de la historia jurídica argentina” ya que –agregaba– “el estudio particular y sondajes en temas monográficos, podrán rectificar o ampliar las conclusiones que adopto”.

Estas páginas, de tan sencillo título, contenían, sin embargo, cuatro breves apartados, que apuntaban sucesivamente a la ubicación de la historia jurídica en el campo de los modernos estudios; a la determinación de los materiales utilizados en la construcción histórico-jurídica; al carácter asignado a la historia externa del derecho indiano; y por último, al alcance que tenía la obra presentada, sus propósitos y precedentes que le servían de apoyo. Todos ellos convergían en proporcionar el basamento científico a la nueva disciplina que aparecía definida por Levene con la exigencia requerida a esa altura de los tiempos. Una breve caracterización de cada uno de esos apartados, recurriendo a las palabras mismas de Levene, nos aproxima al objetivo final del libro que estamos considerando, y a determinar el lugar que ocupa en el surgimiento de nuestra especialidad.

Empezaba el autor afirmando que “nuestra historia jurídica –que es rama del árbol secular del derecho español– constituye un inmenso campo de estudio que comienza a explorarse”. Esto no puede sorprender a quien esté compenetrado de “la labor reconstructiva –de ampliación panorámica y de renovación de contenido– que se realiza con las modernas investigaciones históricas”. La afirmación era una clara alusión al programa de “la nueva escuela” y de compromiso con una concepción de la “historia integral”, que era punto de su atención inmediata.

“La historia integral –decía– analiza la sociedad desde lo económico y jurídico hasta sus más brillantes expresiones culturales y científicas, pero no es suma o yuxtaposición sino síntesis de las descripciones laterales”; y agregaba luego que “el sentido filosófico de nuestra historia no se alcanza sino involucrándola con la historia americana y con la de España, desde cuyo alto se contempla su solidaridad y juego armónico en el cuadro de la historia universal”.

⁷ RICARDO LEVENE, *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1924, pp. 1-5.

Es a la luz de este concepto, –como sostenía a continuación–, que se comprueba que “en el momento histórico del descubrimiento prodúcese una expansión de la conciencia europea, y se generan doctrinas que representan una revolución en la historia de las ideas humanas”.

Quedaba así establecido el campo de estudio de esa historia jurídica en el cuadro de una visión universal pero atendiendo a la realidad americana e hispana, resaltando la singularidad del momento histórico del descubrimiento, con un alcance revolucionario en el mundo de las ideas.

El segundo apartado se dedicaba a la construcción de la obra histórico-jurídica y en este caso a la continuación de la labor que venía realizando. Así comenzaba:

Exigencias de orden científico y teórico hicieron indispensable continuar las exploraciones y relevamientos de ricos archivos, la compulsión bibliográfica, la aplicación de los procedimientos de la crítica para seleccionar y discriminar los elementos de prueba. La cosecha ha sido abundante, obteniéndose de inmediato la exhibición de un material histórico en gran parte desconocido.

Agregaba nuestro autor dando fuerza a la concepción sustentada, que “utilizamos tales materiales, sin prevenciones ideológicas o sentimentales, con adhesión y con amor por la verdad histórica”. Y concluía afirmando que “sin perder nada de su antiguo significado artístico [...] la historia moderna se renueva y se expande, haciéndose más filosófica y técnica al propio tiempo”.

No faltaba en este apartado una alusión al papel del historiador, estableciendo que “deberá intuir y reconstruir el pasado superando los obstáculos que oponen el tiempo y el espacio”. En esta oportunidad Levene volvía a mostrar la concepción predicada por “la nueva escuela” y resaltaba la necesidad de la búsqueda y compilación del material histórico y la utilización de la crítica para alcanzar “la verdad histórica”.

En el tercer apartado, el más extenso de todos ellos, formulaba unas *reflexiones* concernientes a “la historia jurídica de los pueblos” que lo llevaba a destacar un plano sociológico-histórico general, para derivar luego en el enfoque particular del derecho indiano.

Se mostraba en este punto distante del criterio de interpretación meramente formal o legalista del fenómeno jurídico. En la entraña de éste “el pensador –dice– descubre la psicología de un pueblo [...], sus arraigados intereses, los residuos tradicionales del pasado, la lenta penetración [...] del porvenir, la continuidad de la historia”. Observaba que a través de la vida del

derecho –y por su interpretación desde la historia y la sociología –“se pulsa el ritmo regular y se ausculta el proceso de formación gradual de la coexistencia organizada, conforme a los fines de justicia y bienestar colectivos sin cesar renovados”.

Proseguía Levene sus *reflexiones* sosteniendo que lo permanente y orgánico constituye el contenido de la historia del derecho “que se estructura y sedimenta en el derecho consuetudinario, en la jurisprudencia de la magistratura, en la ley, en la doctrina científica. La vida del derecho resulta así dinámica y funcional, al modo de un organismo que se desarrolla sin intermitencias y que acrecienta su vitalidad bajo la dirección de lo psíquico. Cuando un derecho nuevo o revolucionario es reconocido y mediante la lucha se impone avasallador, es porque anteriormente la revolución se ha consumado en los espíritus”. Y concluía la primera parte de estas *reflexiones* con la siguiente afirmación: “El derecho es un fenómeno superior de cultura. Un derecho empírico representa exactamente a una sociedad embrionaria como un derecho revolucionario e ideal es su eficaz fermento y motor de su progreso”.

En párrafos finales de este mismo apartado abordaba concretamente el tema del derecho indiano y descubría el tejido jurídico que lo articulaba y las posibilidades de conocimiento que abría su estudio histórico. Cabe pues detenerse en las propias palabras del autor:

El estudio del derecho indiano permite asistir a los *orígenes* de la sociedad hispano-americana, observar el experimento del *trasplante* de las instituciones y hombres de Castilla y el mundo, su *reajustamiento* y *adaptación* a un nuevo medio en que las masas indígenas constituyeron su base y esencia durante el período colonial. La *distancia* con la Metrópoli, la dilatada *vastedad* de los dominios ultramarinos, los complejos *factores locales* incidieron gradualmente en la naturaleza del antiguo derecho hasta operar su renovación.

Este párrafo sustancial encierra varias palabras claves (que he destacado, como orígenes, trasplante, reajustamiento y adaptación, distancia, vastedad y factores locales) para designar y definir el nuevo derecho que se construía en las Indias. Cada uno de esos vocablos tiene un rico contenido de variantes y alternativas para alcanzar la valoración del derecho de Indias. Este envuelve, como se verá enseguida, un apreciable número de cuestiones sociales, económicas y políticas, además de las jurídicas que se extienden más allá del estricto espacio jurídico, en conformidad a los criterios de la “historia integral” que cultivaba y predicaba. Bajo la luz de esta concepción escribía el siguiente párrafo:

La valoración del derecho de Indias hará posible estimar las condiciones políticas y económicas de la colonización, los elementos morales y materiales que la califican, las exteriorizaciones de una democracia inorgánica, el espíritu de insurgencia que explotó con la primera generación de los nacidos en la tierra, la teoría igualitaria de la ley y la desigualdad de hecho entre españoles, criollos, indios, negros y mestizos, la formación autónoma de sociedades en las distintas secciones de Indias, el ideal de justicia protectora de la legislación, el pensamiento liberal y revolucionario de los humanistas y teólogos del siglo XVI y la doctrina de los juristas que defendieron con amor a los criollos, profetizando la Revolución futura, la gradual transformación de aquel derecho en el curso de tres siglos, en fin, hará posible, repetimos, estimar la historia colonial toda, juzgada desde el punto de vista del derecho como expresión de cultura.

En el último apartado, al ocuparse ya de la formación y objetivo de la obra que ofrecía, en la necesidad de indicar a quienes habían desenvuelto con intensidad esta materia –Historia del Derecho Indiano– no dudaba en mencionar la originalidad en su tratamiento por parte de Juan de Solórzano Pereira –a quien lo presentaba como “docto historiador y jurista”– recordando que en su *Política Indiana* de 1647 sostenía haber sido el primero en escribir ampliamente sobre la materia “sin poner la planta sobre huella ajena”. Agregaba Levene que él había seguido su huella, y con otros concursos importantes, antiguos y modernos, y nuevos materiales y elementos de interpretación, había ampliado y continuado abriendo “la ancha senda que viene hacia nosotros”.

La existencia de un vacío en el campo historiográfico más reciente lo había obligado a remontarse al siglo XVII para encontrar en la *Política indiana* de Solórzano el punto de partida de una verdadera historia jurídica de la colonización, otorgándole el título de “historiador” a aquel reconocido jurista. Parecía, en fin, un reproche hacia algunos estudiosos precedentes que, olvidando su larga historia de tres siglos, habían reducido la materia a una simple enumeración de preceptos contenidos en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 y a convertirla en un mero apéndice del derecho español.

A propósito de esto no debe olvidarse que, junto con Altamira, fue Levene quien destacó entonces que la legislación de Indias “no fue en sus orígenes abstracta y general –como se la define comúnmente– sino particular y concreta”⁸.

Según puede observarse en los párrafos resaltados, se condensan en esas páginas un conjunto de ideas medulares que explicitan el pensamiento y los sentimientos del autor, el enfoque que proporciona a su obra, el método aplicado y el valor que otorga a la materia en estudio. Se percibe así que la inves-

tigación y la meditación han llevado en esos años a Levene a avanzar en sus ideas, a completar su esbozo inicial y a intensificar la penetración intelectual en un mundo vario y complejo, como era el derecho indiano.

4. Un recorrido panorámico sobre la obra

Después de haber resaltado el contenido conceptual de aquellas páginas iniciales, cabe hacer un breve recorrido panorámico sobre los distintos capítulos de la obra. Se observa así que en el capítulo primero, bajo el título “Derecho castellano, indiano y argentino” el autor trazaba unas líneas generales de la evolución jurídica desde el Descubrimiento hasta la Constitución y Codificación, con la pretensión de mostrar el Derecho indiano en su pervivencia y transformación a partir de la Revolución de 1810. El capítulo II sobre “Fuentes del derecho indiano” presentaba la ley y sus problemas, el derecho consuetudinario y la doctrina de los autores como perfiles sobresalientes de un mundo jurídico, cuya regulación no se detenía en el texto legal. A su vez el derecho indígena se ofrecía en conexión con la cultura jurídica hispana. A continuación, el capítulo III se ocupaba del “Justo título de dominación de las Indias y Regio Patronato indiano”. Se puede observar en estos primeros tres capítulos la presentación de cuestiones básicas y múltiples del entramado jurídico nuevo que fue exigiendo la realidad del Nuevo Mundo en sus diversas etapas de vida y desarrollo durante la colonización española y su prolongación en el siglo XIX. Los capítulos IV y V trataban de las “Bases de la organización política de las Indias”; el VI y VII sobre “Bases de la organización jurídica de las Indias”; el VIII acerca de las “Bases de la organización ética de las Indias”; el IX y también el X se ocupaban de las “Bases económicas de la organización de las Indias”, con la importancia que el autor atribuía a cada uno de estos elementos en la formación y convergencia que tenían en la constitución del Derecho.

Dos capítulos significativos son el XI y el XII, muy expresivos en su título de “La libertad de los indios y las ‘Nuevas Leyes’ y Bartolomé de las Casas y la doctrina de la libertad”. Sostenía Levene que en el pensamiento de Las Casas el concepto de la libertad y de la igualdad humana domina toda su doctrina⁸.

En la última parte, que abarcaba seis capítulos, se incluía la materia referida a los ensayos de Recopilación y juristas indianos (XIII y XIV); la Reco-

⁸ *Ídem*, p. 226.

pilación de 1680 (XV); La legislación de Indias durante el siglo XVIII (XVI y XVII); y La aplicación de las Leyes de Indias y de Castilla en América (XVIII). Aunque en este último conjunto de capítulos se mantuviera una buena parte de la estructura de la obra anterior de 1918, hay perceptibles avances en la información obtenida. Se observa alguna reiteración del enfoque legal sobre todo en el último capítulo, cuyo contenido no fue mayormente modificado en la nueva obra. Aparece sólo como un entramado de citas legales, con alguna nota al pie de página que instruía acerca del valor de la costumbre en las Indias⁹. En la cuestión de la aplicación de las leyes falta un tratamiento más profundo, que cabía esperar de Levene dada la sensibilidad que tenía hacia esta temática.

La breve recorrida de estas páginas, con la somera enunciación de las principales materias comprendidas en ellas, permite conocer el contenido de la nueva disciplina jurídica que se presentaba, bajo los criterios de orientación histórica y sociológica levenianos. Pese a que puede reconocerse en sus obras *Notas o Introducción* cierta fisonomía común que Levene ha deseado preservar o al menos no ha considerado conveniente modificar, se percibe que la investigación crítico-documental y la reflexión ha llevado al autor en esos años a avanzar sus ideas, completar el esbozo inicial e intentar el aumento de las posibilidades de análisis de un mundo jurídico hasta entonces poco conocido y verdaderamente complejo, como era el del derecho indiano. Sin embargo, Levene era cuidadoso en no caer en afirmaciones absolutas. La misma reiteración del vocablo “Introducción” en el título de la obra –ya usado en aquella lección de 1916– asoma como una prevención y ejercicio de rigor intelectual en una materia que necesitaba de nuevas investigaciones y reflexiones como él mismo lo expresaba.

Levene participaba de una visión hispanista del pasado y adoptaba una postura de revisión de las grandes afirmaciones de sus antecesores en relación a la organización colonial española, que ofrecía puntos de contraste con la colonización inglesa¹⁰. Su enfoque partía de América y particularmente de Buenos Aires. Los ejemplos ofrecidos eran frecuentemente rioplatenses, sin impedir un panorama general comprensivo de toda la Monarquía. Su valoración del Derecho indiano estaba entroncada con la renovación producida por la Revolución de 1810, ya que la declaración sobre los derechos referentes a la igualdad y la libertad “se inspira en gran parte –como decía– en los postu-

⁹ *Ídem*, p. 341.

¹⁰ *Ídem*, pp. 14-15, 110 y 289.

lados de los juristas indianos”¹¹. Así sostenía que para estudiar la Revolución había que conocer el Derecho indiano. Como hemos visto, su examen no se detiene en el momento de la desmembración de la Monarquía, sino que sigue y se introduce en el siglo XIX apuntando hacia una subsistencia, aunque renovada, del mismo.

Por último, cabe afirmar que es valioso, por su calidad y cantidad, el aparato documental y bibliográfico que Levene exhibía y utilizaba en sus *Notas* de 1918 e incrementaba notablemente en su *Introducción* de 1924. Son así mencionadas las principales colecciones de leyes y ordenanzas, de documentos inéditos y demás papeles en derecho y actas de cabildos; obras y tratados jurisprudenciales, castellanos e indianos, civiles y canónicos, diccionarios jurídicos, etc. En cuanto a la bibliografía histórica y jurídica, el autor muestra un amplio conocimiento y una actualización constante de la misma, que se puede observar en el lapso que separa a ambas obras. Las notas al pie de página ofrecen un rico material para cuestiones no desenvueltas íntegramente en el propio texto.

5. Legislación indiana y derecho vivo

El pensamiento de Levene renovó considerablemente la noción de “legislación indiana”, dándole un carácter y contenido creativo desconocido por sus predecesores en el campo historiográfico. Ya en agosto de 1916, en la citada conferencia inaugural introductoria al estudio del Derecho Indiano, había trazado un interesante paralelo entre la legislación y el derecho vivo. Conviene rescatar algunos de sus fragmentos, porque la idea allí expuesta permaneció en el trasfondo de toda su obra posterior. Los párrafos muestran una dirección contraria al reduccionismo del código moderno, y en cierto modo, plasman algunas de las ideas que, años atrás, había anunciado su maestro Juan Agustín García.

Entre las expresiones más ilustrativas, de fuerte concepción sociológica, decía entonces Levene: “La legislación de Indias es todo un proceso: de humildes y oscuros principios, crece, se desarrolla, se ramifica y se extiende a impulsos de necesidades y aspiraciones que se renuevan sin cesar. Al término de la dominación española era un enorme organismo por cuyas entrañas ha corrido vida y calor. Es el fruto de los siglos; árbol frondoso y fecundado por la tierra.

¹¹ *Ídem*, p. 42. También pp. 303-308.

No es un código (...), no es una creación arbitraria o feliz, una concepción teórica, lógica, hermética. Es más bien el producto de vida social de los pueblos gobernados de los siglos XVI, XVII y XVIII, cuya serie de gobernantes desde el rey, en la eminencia del poder, al regidor, de un rincón de las ciudades (...)” dictaron todo tipo de disposiciones sobre distintas materias.

Si se observara –agrega Levene– que se trata de una obra jurídica sin articulación, diría que en eso comienza su virtud. Las leyes para las Indias no tienen otra coordinación que la de las necesidades, ideales o errores que los inspiraron (...) Reunidas todas las concernientes a una institución o materia, se observa, como en un libro abierto, las variantes de un pensamiento de gobierno a través de los tiempos y de los autores que lo concibieron (...). La pátina de los tiempos ha descubierto reluciente el genio jurídico de España, que nace en la legislación foral y culmina en las leyes de Indias.

Estos fragmentos destacaban ya la importancia que tenía la legislación que emanaba de órganos o instituciones locales con potestad legislativa como virreyes, audiencias, cabildos, consulados, etc, 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 estaban el gobierno y la justicia”¹².

Esta afirmación de Levene venía a modificar el criterio historiográfico entonces imperante de que la legislación indiana se dictaba e imponía desde la península y formaba parte del derecho español.

Para completar esta nueva visión, Levene trataba a continuación otra faz de la cuestión diciendo: “Estudiando la legislación no hemos descendido de un mundo de principios e intenciones y nos resta penetrar en el de la realidad de la vida y las cosas. Decidimos imponernos de la ley viva, del derecho consuetudinario, de la interpretación y aplicación de la ley. Tocamos entonces el mundo de los intereses encontrados, muchas veces inconciliables: la escena de la realidad, que es el drama de la historia”. Y concluía que “este aspecto vivido del Derecho no puede ser estudiado sino por la colaboración de distintos historiadores hispano-americanos que concurren a la obra común”.

Estas ideas, de hondos perfiles históricos y sociológicos, condensan aspectos concretos que enuncia o desarrolla en la *Introducción* de 1924. Así asoman la noción amplia de lo que entendía por “legislación de Indias”; la relevancia otorgada al lugar o fuente local en la creación del Derecho a tra-

¹² *Ídem*, pp. 42, 45-46 y 95.

vés de la actuación de sus órganos y autoridades; el enfoque de lectura de la Recopilación de 1680 que hace al considerarla como un momento solo en la evolución de la legislación que se renueva y enriquece sin cesar, en contra de quienes la miraban con el lente anacrónico de la dogmática contemporánea.

Esto mismo refuerza el temprano enunciado que hacía sobre que “las Indias no eran colonias, sino parte integrante de la Monarquía”¹³, aunque no excluyera la utilización de ese vocablo a lo largo del texto, ni tampoco alcanzara a profundizar en la cuestión que ha llevado a renovados planteos en tiempos posteriores.

Asoma eso sí con fuerza, a través de la obra, la amplitud y complejidad del fenómeno jurídico que es vida y no solo texto legal y mucho más en “la diversidad y heterogeneidad del mundo hispano-americano”¹⁴.

6. El libro en las aulas y en el campo de investigación

El libro que venimos analizando es central en la trayectoria intelectual de Ricardo Levene. Nacido en el aula y en el archivo, se proyectó tanto en la enseñanza como en señalar el rumbo hacia una labor renovada de investigación. El empeño del autor atendía a ambos aspectos.

La cátedra de Introducción a las ciencias jurídicas y sociales que Levene venía desempeñando en la Facultad de Derecho desde 1919 era el espacio universitario en donde volcaba los primeros resultados de sus indagaciones. El programa de la materia, que se enseñaba en el primer año de la carrera de abogacía, constaba de tres partes orgánicas: sociología, enciclopedia jurídica e historia externa del derecho argentino. Era una interesante conjunción de saberes. Levene inclinaba su preferencia docente por la sociología y la historia, siguiendo los criterios expuestos por sus predecesores Juan A. García y Carlos Octavio Bunge. La enciclopedia jurídica procedía de los programas anteriores, que respondían a los orígenes de la cátedra, cuando se estableció bajo la denominación de Introducción general al estudio del Derecho, a cargo del profesor Juan José Montes de Oca. Esta explicación y la consiguiente postura fueron expresadas en 1934 por Levene en nota al Decano de la Facultad, doctor Clodomiro Zavalia. Destacó entonces esta situación y consideró

¹³ *Ídem*, pp. 70-71.

¹⁴ *Ídem*, p. 280.

el cambio en la denominación de la cátedra como un avance en el nivel de la enseñanza¹⁵.

Dentro de este régimen de enseñanza Levene ponía énfasis en las clases en que exponía el Derecho indiano, que aparecía entonces como una disciplina que adquiriría cierto renombre entre el alumnado que iniciaba sus estudios en la Facultad, pese a que constituía solo una parte de la asignatura docente. La atractiva presencia de Levene y el modo en que dictaba sus lecciones, ha quedado plasmado en un curioso artículo periodístico aparecido en 1935. El propio Levene conservó este interesante testimonio en su archivo personal. Bajo el título “Haciendo justicia”, se recreaba el ambiente del aula cuando se producía el encuentro entre el profesor y sus alumnos:

Son las 10 de la mañana. En la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Extraordinaria cantidad de estudiantes llenan por completo el aula de primer año. Hoy habla sobre Derecho Indiano, va a estar formidable, es una eminencia en este tópico, se oye decir a un alumno.

En otro rincón comenta un entusiasta grupo que el profesor es el más grande hispanista argentino en la actualidad, porque lucha incansablemente por destruir el concepto erróneo de la tiranía española, de los horrendos crímenes de los conquistadores y colonizadores, del yugo español, del desprecio a los criollos, etc, etc, para no seguir relatando la serie de aventuras que constituyen la bien llamada “leyenda negra” y que los estudiantes censuran enérgicamente.

De pronto, el maestro penetra en el salón. Silencio profundo. Las caras de los muchachos obsérvanle atentamente en todos sus movimientos. Comienza a hablar. Su voz, aunque algo apagada, llega hasta lo más íntimo de nuestro ser.

“El Derecho Indiano es una historia viva, que debía ser inmortal en el código civil”. Luego sigue diciendo, o mejor dicho elogiando, admirando, ese estupendo trozo del derecho, que son las leyes de Indias. Es Ricardo Levene, el profesor que está hablando a más de doscientos futuros abogados argentinos, en la Facultad de Derecho de Buenos Aires¹⁶.

La labor docente de Levene se extendía más allá del aula, a través de un curioso régimen de “visita de estudio” que organizaba para sus alumnos conforme a la noticia periodística, más de una vez reiterada, que decía: “En compañía del profesor de Introducción a las ciencias jurídicas y sociales Dr.

¹⁵ BIBLIOTECA, MUSEO Y ARCHIVO RICARDO LEVENE (en adelante BMARL).

¹⁶ Periódico *Hispania* (Lanús) en BMARL, Libro de recortes, año 1935, vol. I, p. 316.

Ricardo Levene, los alumnos de primer año realizarán hoy a las 16 una visita de estudio y observación al Archivo General de la Nación para interiorizarse respecto de la justicia colonial y la legislación de Indias”¹⁷.

De este modo Levene, que no disponía de un marco docente y de un acceso archivístico comparable al de Altamira en España, intentaba, con estudiantes de nivel inicial y con otros jóvenes atraídos por el campo de la investigación, responder a esa doble exigencia de docencia y labor de archivo que aparecían como necesarias para promover una línea de investigación moderna. Esta situación pudo alcanzarla, en forma más modesta, con el rescate del archivo de la Real Audiencia de Buenos Aires para incorporarlo al nuevo Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires que él fundó en La Plata en 1925. Más tarde, en 1936, impulsó la creación del Instituto de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

7. Epílogo

El libro de Levene puede caracterizarse como un texto, cuyo estilo y contenido renovador apuntaba de manera preferente hacia la investigación histórica, aún incipiente. Así lo insinuaban las presentaciones y comentarios que se hacían en la época. También es evidente que, desde un primer momento, se incorporó al uso docente a través de los alumnos de la Facultad de Derecho que acudían al mismo para completar las lecciones del maestro, que seguían en sus clases magistrales y visitas al archivo histórico. Aunque fuese en número reducido había quienes buscaban obtener en sus páginas un conocimiento nuevo, impulsados por comentarios de la tertulia juvenil. Esta pequeña labor de descubrimiento intelectual aparece insinuada entre las glosas y opiniones que los jóvenes lectores anotaban en los márgenes de los ejemplares disponibles en la biblioteca de la Facultad durante aquellos años, más allá de los pintorescos mensajes de la picaresca estudiantil. Algunos, aún reconociendo el saber del profesor, se quejaban de la falta de didáctica del libro.

Esta obra de Levene no era propiamente un *Manual*, si por tal entendemos la presentación conjunta y sistemática de una materia de estudio que se ofrece con fines docentes o divulgativos y que reconoce la existencia de una importante base de información y tratamiento monográfico. El propósito de

¹⁷ *La Nación*. Buenos Aires, 31 de octubre de 1935, BMARL, Libro de recortes, año 1935, v. III, 468.

Levene era otro, conforme a las necesidades de su tiempo. La investigación y reflexión estaba entonces dirigida a la formación de una nueva disciplina científica que aún estaba en ciernes ya que, como vimos, la legislación indiana era solo considerada como una parte del derecho español.

Como culminación de sus estudios, Levene había establecido la originalidad del Derecho creado en América, bajo la proyección del castellano, que fue modificado por una nueva realidad geográfica y social que se manifestó en un proceso dinámico desenvuelto durante más de tres siglos. Se trataba, en suma, de una obra básica y directiva para estos estudios, aún cuando en su desarrollo existiesen desniveles y asuntos a reconsiderar.

Este libro, además, contribuyó a una provechosa conexión hispano-argentina de los primeros estudios históricos del derecho indiano a través de las citas en las que aparecen Hinojosa, Altamira, Juan A. García, Bunge, Ots Capdequí, Carmelo Viñas, Jorge Cabral Texo y otros. Al mismo tiempo y en ausencia de otro libro, se convirtió en un obligado referente de la nueva disciplina en el período que estudiamos hasta 1936¹⁸

¹⁸ Años después, el *Manual* de Ots Capdequí ocuparía otro lugar destacado en estos estudios. (JOSÉ M. OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943, 2 vols). Precisamente fue el propio Levene quien incorporó esta obra a la serie de publicaciones del Instituto. Redactó para la ocasión un prólogo bien elocuente acerca de la producción de Ots y de la huella común que ambos transitaban. Eso le permitió afirmar, con autoridad, que José M. Ots dominaba “el panorama del Derecho Indiano en la extensión de sus tres siglos y que este conocimiento teórico y práctico de sus temas, es el resultado de las investigaciones personales de su autor consagrado a la materia con gran probidad mental”. (*Ídem* p. 8).

UNA VISIÓN DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO EN DOCUMENTOS ESPAÑOLES POSTERIORES

A VISION OF MEXICO'S INDEPENDENCE IN LATER SPANISH DOCUMENTS

MANUEL TORRES AGUILAR
Universidad de Córdoba (España)

mtorres@uco.es

Resumen: A partir de documentación diplomática y otra correspondencia remitida a diversas embajadas españolas, se trató de generar una opinión favorable a que la independencia mejicana fuese reconocida. A tal efecto, en dichos documentos aparecen referencias a movimientos políticos internos favorables a mantener la unión con España. Y otras opiniones, más fundadas, dirigidas a reconocer aquél hecho.

En alguna correspondencia dirigida al Ministro de Estado que luego presidiría el Consejo de Ministros, Martínez de la Rosa, se le aconseja la utilización de la estrategia política y diplomática para conseguir evitar la definitiva independencia, porque con el empleo de la fuerza militar se asume que ya era imposible.

En cambio, en otra correspondencia admite la inevitable independencia y se aconseja llegar a acuerdos que permitan mantener los citados intereses económicos y comerciales preferentes de la otrora metrópoli.

Se estudian algunos memoriales privados, que ofrecían consejos sobre la oportunidad o no de reconocer la independencia.

Palabras clave: México, independencia, reconocimiento, diplomacia, correspondencia privada, España.

Abstract: Diplomatic documentation and correspondence sent to various Spanish embassies, it seems that an attempt was made to generate a favorable opinion of recognizing Mexican independence. For this purpose, these references to internal political movements favorable to maintaining the union with Spain. And other opinions, more founded to recognize that fact. In some correspondence addressed to the minister of state who would later preside over the Council of Ministers, Martinez de la Rosa, he is advised to use the political and diplomatic strategy to avoid permanent independence, because with the use of military force it is assumed that it was impossible.

In other correspondence, however, the inevitability of independence is assumed, and it is advisable to reach agreements to maintain the above-mentioned preferential economics and commercial interest of the former metropolis.

Some private memoriales were studied, which offered advice on whether or not to recognize independence.

Keywords: Mexico, independence, recognition, diplomacy, private correspondence, Spain.

Sumario: 1 Planteamiento. 2 Antecedentes. El no reconocimiento español y el papel de las potencias europeas. 3 La reanudación de las relaciones, el papel de la diplomacia y el reconocimiento del nuevo Estado. 4 Una visión contraria a la independencia. La nostalgia de la “madre patria”. 5 La opinión favorable al reconocimiento de la independencia y algunas propuestas sobre sus condiciones. 5.1 “La reconciliación de dos partes de una misma familia”. 5.2 “Es preciso concederles lo que no se les puede negar”.

1. Planteamiento

Me interesa analizar el proceso de reconocimiento de *iure* de los Estados que surgen de un movimiento independentista. La mayor parte de estos procesos se inician con una rebelión militar o jurídica o institucional, que parece determinar un imposible desenlace que permita al final a la parte secesionista ser reconocida antes o después por el Estado del que originariamente formaba parte. Sin embargo, en la mayoría de los casos que la Historia nos presenta, finalmente la parte secesionista termina por convertirse en un Estado y en un tiempo más o menos dilatado, el antiguo Estado originario acaba por reconocer de *iure* la independencia provocada *de facto*, salvo algunas escasas excepciones que aún perviven.

Mi interés deriva de la experiencia que durante el siglo XIX se dio en el final de la Monarquía Hispánica con los procesos de emancipación de los territorios americanos, pero también de los presentes intentos de ruptura de la unidad de España, al objeto de poder ver los elementos jurídico-políticos, institucionales y sociales que pueden presentar determinados paralelismos y fundamentos en común. Es evidente que el contexto social, cultural, económico, jurídico, político, institucional e histórico de aquel período, es muy diferente al actual, como también lo son las concepciones y la configuración geográfica de unos territorios de ultramar que poco o nada comparten con los actuales territorios que integran la España definida por la Constitución de 1978. No obstante ello, después de ver los expedientes conservados en la documentación de archivo manejada, pueden apreciarse unos procedimientos y unos hitos jurídico-políticos y diplomáticos que, como indiqué antes, suelen repetirse en todo proceso de independencia y que trataré de sistematizar. El interés de este análisis, puede radicar en la previsión de determinados acontecimientos que normalmente se dan en estos procesos y que conviene tener presentes para no albergar estrategias políticas erróneas, ni tampoco falsas esperanzas jurídicas, las cuales suelen producir frustración derivada del análisis de la habitual torpeza política en el manejo de estas situaciones

por parte de los gobernantes del Estado en el que se inician dichos procesos independentistas.

Lógicamente es un ambicioso proyecto de investigación del que en esta sede solo voy a analizar con detenimiento unos memoriales privados, que se conservan en el expediente junto a la documentación oficial relativa al inicio y tramitación de las negociaciones para reconocer al Estado independiente de la República de México.

2. Antecedentes. El no reconocimiento español y el papel de las potencias europeas

Resulta en alguna medida sorprendente, visto desde nuestros días o quizá, precisamente observando nuestra realidad actual no lo sea tanto, el escaso eco a veces y otras menos, que los sucesos que empezaron a acontecer en la América española entre 1810 y 1825 provocaron en la Península, especialmente entre sus autoridades que con gran falta de realismo político intentaron atajarlos¹. No puede afirmarse que estos hechos no se tomaran en consideración por parte de las autoridades peninsulares. Hubo muchos discursos, memoriales, propuestas, normas, etc. que intentaba dar solución a una nueva situación que no se había previsto y que era incompatible con el modo vigente hasta entonces de entender la Monarquía Hispánica y la relación de la Península con sus territorios de ultramar. Por otro lado, para la gran mayoría de los españoles el problema ultramarino apenas era existente, pues la situación de guerra y las miserias derivadas de ella ocupaban más su interés en aquellos primeros momentos de insurrección en América². En este punto ya conviene, conforme a nuestro propósito inicial, dejar sentada una primera afirmación que preside o suele presidir todo proceso de independencia. Me refiero a las circunstancias o momento táctico en el que suele iniciarse éste y que siempre coincide con el momento de máxima debilidad del Estado del que pretende escindirse la parte que lo inicia. No hace falta insistir, pero conviene recordar, que la España peninsular se desangraba en una guerra contra el ejército

¹ Una visión general sobre la opinión pública puede verse en ALBERTO GIL NOVALES, "La independencia de América en la conciencia española 1820-1823", *Revista de Indias*, nº 155-158, 1979, pp. 235-265.

² M^a VICTORIA LOPEZ-CORDÓN CORTEZO, "Introducción general" de *La España de Fernando VII. La posición europea y la emancipación americana*, Historia de España Menéndez Pidal, v. XXXII, 2, Madrid, Espasa-Calpe, 2001, pp. XXVIII-XXIX.

napoleónico, con su Monarquía exiliada en Francia, y el espacio político dividido entre Cortes de Cádiz, Juntas locales, provinciales, Suprema, etc... De modo que parecía que cada uno a su modo, trataba de llenar el vacío derivado de la ausencia del Monarca.

Es igualmente cierto que no es la debilidad del poder central la que impulsa la independencia *per se*, pues las condiciones para la misma suelen venir gestándose desde bastante tiempo antes y sus razones son muy variadas, muchas reales y otras construidas o reconstruidas o inventadas en el imaginario colectivo, pero es evidente que todo ese cúmulo de razones políticas, sociales, culturales, económicas que constituyen el armazón de la ideología independentista, aprovechan justamente ese punto de eclosión que facilita el proceso, sin duda, en el momento de mayor debilidad que experimenta el Estado del que pretenden separarse. Este es el primer dogma, permítaseme la expresión, de todo proceso de independencia pasado y, puedo afirmar, futuro también. Justamente esa situación de crisis, abatimiento, debilidad, corrupción política, económica, jurídica, incertidumbre social, etc... que presenta el Estado y que configura un negro panorama para todos los territorios que lo integran, propicia en los movimientos secesionistas el adecuado argumentario para ofrecer la independencia como la solución a todos esos males. Cualquier problema que aqueje al Estado originario, se afirmará, dejará de existir como por ensalmo en el territorio que se segregue. Éste iniciará como nuevo Estado independiente un camino hacia la Ítaca soñada, en la que la libertad, la igualdad, la fraternidad, el desarrollo económico, social, cultural, etc... crecerá exponencialmente una vez soltado el lastre de unos viejos y pesados lazos que le ataban al Estado del que dependían.

Otro argumentario presente en los procesos independentistas es la acusación de que el Estado esquilma los recursos económicos y de todo tipo del territorio que aspira a segregarse, de modo que la independencia permitirá que todos esos recursos sean administrados por el nuevo gobierno independiente y serán más que suficientes para atender el desarrollo de una nueva Arcadia segregada al fin de su dominador.

No entraré en analizar ahora que, obviamente la inmediata no realización de estos sueños, genera frustración e inestabilidad política y social en muchos supuestos en el nuevo Estado, de lo que se derivarán conflictos civiles más o menos intensos en función de las circunstancias. Estos conflictos durarán más o menos tiempo dependiendo de la capacidad de las nuevas instituciones y del mayor o menor sentido político de las autoridades independientes, para que todo el aparato institucional del nuevo Estado sea capaz de responder con

mayor o menor eficacia a las aspiraciones que los ciudadanos depositaron en dicho proceso.

No es mi objetivo analizar aquí, las razones de todo tipo que fueron construyendo el ideal de independencia en los distintos territorios americanos y que confluyeron para encontrar justo en aquel instante, el camino hacia la separación de la Metrópoli, y asimismo la razón fundamental para construir su futuro independiente como nuevos Estados y que, precisamente este ideal de independencia, apareciese como la clave para la solución de todos sus problemas. Desde luego que había razones más que fundadas para que la antigua “madre patria”, comenzase a ser vista más como un problema que como una solución. Es también un elemento común en los procesos de independencia que el Estado originario se encuentre en una fuerte crisis social, política, económica, como he dicho más atrás, y que trate de resolverla parcialmente aprovechando en diferentes modos su relación con los territorios que pretenden escindirse. Desde finales del siglo XVIII la visión peninsular en relación a los Virreinos americanos, es por primera vez la consideración de “colonias” y España su metrópoli. El sentimiento de supremacía peninsular hacia los territorios de ultramar se hace más y más acusado y genera un desdén en la relación que a su vez hace nacer la semilla de la incomprensión, la frustración y la discriminación hacia los territorios antaño parte de la patria y en aquel momento con la conciencia de que no son una parte integrante sino un agregado al que se explota injustamente desde la Metrópoli.

Gracias a esa concepción comienza a fomentarse una conciencia de explotación en un continente que veía cada vez más cómo su relación con Europa no le era necesaria para subsistir sino inconveniente para progresar. Es otro elemento fundamental en los procesos de independencia crear, real o imaginariamente, la concepción de que el Estado explota injustamente a los territorios que ansían independizarse del mismo. Precisamente la guerra de independencia de las colonias británicas del norte, comenzó a incitar algunas reflexiones de políticos avezados que veían con claridad que sería inevitable que este proceso se contagiase hacia los dominios españoles. El Conde de Aranda consideraba irreversible este movimiento de independencia y proponía la búsqueda de una solución pactada, negociada, instrumentalizada jurídicamente con nuevas formas de relación, en la que por ejemplo se estableciesen nuevos reinos de familia en aquellos territorios que inexorablemente iban a emprender un camino hacia su independencia. Una solución pactada, negociada, que permitiese la adopción de unas formas de relación más equilibradas y justas entre la antigua metrópoli y los territorios coloniales y que

configurase una solución no traumática y sangrienta fue, pues, puesta sobre la mesa desde el primer momento y nunca se olvidaría del todo³. La prueba de ello es que en la documentación que manejo de veinticinco años después de los primeros movimientos independentistas, es constante la alusión a esta salida pactada, negociada, acordada y pacífica pero cuya conclusión llegaría cuando las heridas abiertas habían ya sangrado demasiado.

Justo después de acabar la guerra de independencia en España, no resulta fácil comprender cómo nuestros gobernantes mostraron tan poca sensibilidad y tan escasa inteligencia en su relación con la nueva realidad emancipadora americana. Las propias Cortes en las que estaban presentes liberales y absolutistas fueron incapaces de tener altura de miras y visión geoestratégica para aferrarse a una posición que solo temía las consecuencias económicas de la secesión. De modo que ni se querían perder por el activo económico que en sí representaban, ni especialmente en ese momento histórico, por entenderse que la recuperación económica necesaria después de la guerra solo podía venir de la mano de retener como fuese los territorios de ultramar. Otro elemento clave, pues, en los procesos de independencia es no saber gestionar la realidad del mismo. En este sentido, el modelo español ha sido la antítesis del modelo británico que como es sabido fue capaz de gestionar la realidad inevitable de la independencia de sus colonias pero estableciendo con las mismas unos lazos de relación económica, comercial, política, e incluso representativa que lleva hoy día a que todavía la Reina del Reino Unido sea la Jefa de Estado de dieciséis países soberanos que antes fueron colonias, puras y simples colonias, de su graciosa majestad, además de principal figura referente de los cincuenta y tres que forman la Commonwealth. Así, pues, otro elemento clásico en algunos procesos de independencia es la carencia de altura política de los gobernantes para poder superar la inmediatez de la cuestión económica perentoria y saber elevar la misma a un entramado de relaciones que, sin excluir ésta, agrupen otros elementos comunes que a la larga pueden ser mucho más rentables.

La falta de entendimiento de la situación fue modélica. A pesar de ello, hubo relación, contactos, visitas de diputados americanos, delegados, comisionados, agentes americanos y españoles que se reunían en España cuando era posible o en Londres cuando la situación no lo permitía. Los liberales de uno y otro lado compartían una visión crítica de lo que había sido la dominación española sobre todo en las últimas décadas, y en tanto que los li-

³ LÓPEZ-CORDÓN, "Introducción...", cit., p. XXX.

berales eran partidarios de una estructura con una mayor autonomía a los antiguos virreinos, los absolutistas eran partidarios de mantener la férrea dominación a toda costa. Actitud política diferenciada que se repitió en otros momentos y que parece ser un clásico también en nuestra historia presente.

Cuestión muy importante a considerar fue el papel que adoptaron las potencias europeas en relación a los procesos de independencia. Inglaterra principalmente, como es sabido, aprovecharía su posición en la guerra de España contra Napoleón para incrementar de modo considerable sus relaciones comerciales con Hispanoamérica. Al tiempo que desarrolló una política de propaganda favorable a estos movimientos emancipadores⁴. Por su parte, las potencias de la Santa Alianza vieron en los procesos una oportunidad para favorecer sus relaciones comerciales con aquellos mercados, aunque al mismo tiempo observaban con preocupación el surgimiento de modelos republicanos de gobierno, que siguiendo la estela de los Estados Unidos de Norteamérica suponían el fin del modelo monárquico absolutista que aquella sustentaba. En cualquier caso, todos se pondrían finalmente de parte de los gobiernos que irían naciendo de aquellos procesos secesionistas, sobre todo por las oportunidades de relaciones comerciales nuevas que conllevaba el fin del dominio y el monopolio español con sus antiguas colonias. Este es también un paradigma en los procesos independentistas: siempre habrá Estados que reconozcan al territorio segregado y sus nuevas autoridades, en la medida que ello les supone un beneficio económico y comercial y, al mismo tiempo, favorece en el contexto de las relaciones internacionales, el debilitamiento del Estado del que nace la parte segregada. Se aducirán las razones políticas o jurídicas que mejor convengan al caso, pero en el fondo siempre latirán ambos intereses o al menos uno de ellos: el comercio y/o el debilitamiento del otro actor internacional. Puede añadirse también como argumento, ganar el favor del nuevo Estado para cuestiones de diferente calado en las futuras relaciones entre ambos países.

3. La reanudación de las relaciones, el papel de la diplomacia y el reconocimiento del nuevo Estado

Tras 1824, con la derrota Ayacucho queda patente que España ya no podrá recomponer su presencia y dominio en los territorios americanos. A ello siguió una etapa de ignorancia mutua y de ausencia de relaciones entre aquellos

⁴ LÓPEZ-CORDÓN, "Introducción...", cit., p. XXXVII.

territorios y su antigua metrópoli, o como gustaba en la época, su “madre patria”. Muchas fueron las consecuencias negativas de aquella traumática ruptura de relaciones, pero quizá la inexistencia de un nuevo proyecto común de futuro sería la más destacada. Como indiqué más atrás, a diferencia por ejemplo de lo que sería el modelo angloamericano que fue capaz de reconstruir un espacio de entendimiento, relaciones políticas, comerciales, culturales, sociales y económicas, entre España y América se abrió la ignorancia mutua, y la indiferencia en la mayor parte de estas cuestiones, a pesar de que nuestros lazos históricos de todo tipo eran mucho más fuertes, más antiguos, más estrechos e incluso más familiares.

En el periodo de la restauración absolutista que se inicia tras el final del trienio liberal, nace un deseo de reconquista militar por parte del gobierno de Fernando VII, sustentándose en el apoyo de la Santa Sede, que es el único amparo europeo que le queda. Nunca quiso este monarca aceptar el hecho irreversible de la pérdida de aquellas tierras. Este hecho, unido al empeñamiento en no reconocer la independencia, abrió un periodo que sería muy negativo para las futuras negociaciones y sobre todo para la reposición de unas relaciones fluidas entre los nuevos gobiernos y la vieja metrópoli, de la que se aprovecharon sin duda las potencias europeas. Despejada esta quimera de reconquista, tras su fallecimiento y el comienzo del nuevo reinado de Isabel II, bajo la regencia de su madre, se inició el cambio de actitud política en relación a los nuevos Estados americanos. Si bien con anterioridad a este momento, la tónica general, con alguna excepción, tanto de liberales como de absolutistas había sido la de mantener a toda costa la idea de retener la España de ultramar bajo el principio del no reconocimiento de la independencia, escasamente en el trienio liberal y más generalizadamente tras la muerte de Fernando VII, se abrieron las posturas partidarias a un cambio radical de posición. La reina regente María Cristina se mostrará favorable a iniciar los pasos hacia una labor diplomática encaminada a reconocer la nueva realidad y restablecer los lazos de relación rotos progresivamente desde 1810. El punto de partida será México, que expondrá desde el primer momento su irrenunciable aspiración a que España reconociese su independencia sin condiciones. A España le moverá la necesidad de recuperar su posición en las relaciones comerciales con la nueva República y obtener una posición privilegiada, ahora perdida en beneficio especialmente de Gran Bretaña⁵.

⁵ ALMUDENA HERNÁNDEZ RUIGÓMEZ, “La reanudación de las relaciones con España”, en *La España de Fernando*, cit., pp. 615 y 616.

Así en 1834, una vez desaparecido Fernando VII, el ministro de Estado, Martínez de la Rosa, tal y como vamos a ver en los documentos manejados, impulsa definitivamente el inicio de las conversaciones para el restablecimiento de las relaciones con México⁶. En este sentido, dio órdenes al marqués de Miraflores y al duque de Frías, respectivamente, para tal fin, dándoles las instrucciones al respecto sobre cuál iba a ser la línea política que seguiría el gobierno, de modo que:

S.M. no excluye ninguna base al entrar en negociación con los enviados de América, pero ni es justo ni político que S.M. empiece por dar como ajustado el punto principal, cual es el reconocimiento de los nuevos Estados, sin asegurar al mismo tiempo la compensación y ventajas que por tantos títulos tiene España derecho.

Así, pues, el oficio enviado advierte a ambos embajadores en Londres y París para que sepan que se autoriza la apertura de negociaciones, pero que éstas llevan implícita no un reconocimiento incondicional de los nuevos Estados, sino la necesidad de que esta medida vaya acompañada de contraprestaciones por parte de aquéllos.

El Ministro ya había hecho las consultas oportunas a la Sección de Indias del Consejo Real que informó positivamente, indicando que las negociaciones se llevaran a efecto sin la intervención de ningún otro país, pero en caso de ser necesario se recurriera a Inglaterra. En este sentido se indica que:

persevera S.M. en su idea primitiva de que será más fácil y expedito entablar la negociación y llevarla a cabo, si los enviados de América se entienden directamente con el Gobierno español, y mucho más si dirigen a esta Corte, dándoles V.E. al efecto todas las seguridades y garantías de que exijan, en cuyo caso sería más breve resolver las dudas, allanar las dificultades y terminar la cuestión de un modo justo y equitativo por ambas partes.

Como queda recogido en los documentos utilizados, a pesar de esta condición, buena parte de las negociaciones previas tuvieron como sede la ciudad de Londres y en menor medida París, a pesar de que las instrucciones iniciales señalaban Madrid y en caso de oposición la plaza de Gibraltar, pues

si fuese sin embargo tal la oposición que muestran dichos enviados a venir a Madrid... y si persisten en pedir que se elija para tratar un terreno neutral

⁶ Oficio de Martínez de la Rosa al Marqués de Miraflores y al Duque de Frías, en Londres y París, s.l. 14-VIII-1834, ARCHIVO GENERAL DE INDIAS (AGI), Estado, 95, n^o 91, folio 1 recto y verso y 2 recto y verso.

consentirá en último extremo en que se designe para dicho efecto la plaza de Gibraltar, ya por la facilidad que ofrecerá a los Enviados Americanos, para dirigirse a ella desde Londres, y recibir comunicaciones por mar, y ya por que el Gobierno español podrá vigilar de cerca el curso de las negociaciones para evitar dificultades y entorpecimientos.

No obstante ello, el desarrollo de la negociación definitiva tendría lugar en Madrid, quizá, como apunta algún autor, para seguir demostrando una superioridad que ya era inexistente⁷. En el caso que estudiamos, las relaciones negociadoras las iniciaron Lorenzo Zavala, como representante de México en Londres y el Duque de Frías por parte española, en diciembre de 1834. Luego las desarrollarían otros agentes para finalmente Miguel Santa María en representación de México asumirlas con el papel de plenipotenciario y acudiría a Madrid para la negociación del tratado con Juan Álvarez de Mendizábal. Dicho Tratado se firmaría el 28 de diciembre de 1836. Es decir, veintiséis años después de iniciado el proceso independentista⁸.

4. Una visión contraria a la independencia. La nostalgia de la “madre patria”

Antes de llegar a este acuerdo, en los meses previos, encontramos en el expediente relativo a la documentación del reconocimiento de la independencia de México algunas cartas, memoriales en algún caso, que tratan de ofrecer una visión de la realidad, *real* o imaginaria, de aquellas tierras que trataba de condicionar en alguna medida la opinión que debía formarse el gobierno de cara a abordar las negociaciones que ya se veían inminentes.

En este marco, encontramos un escrito firmado por Juan López Cancelada⁹, periodista español, nacido en 1765 que vivió en México y fundó allí el *Semanario mercantil*. Se hizo amigo del Virrey Iturrigaray, aunque luego

⁷ JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ DE HEREDIA y OÑATE, “Relaciones internacionales (1840-1870)”, en Mario HERNÁNDEZ SÁNCHEZ-BARBA (coord.) *Historia General de España y América*, t. XIV, Madrid, Rialp, 1989, P. 153: “El Gobierno español, utilizando el ascendiente que todavía tiene sobre sus antiguas colonias y pretendiendo demostrar su propia superioridad, mantiene la postura de que las negociaciones a celebrar han de efectuarse, necesariamente, en la Corte española...”.

⁸ ALMUDENA HERNÁNDEZ RUIGÓMEZ, “La reanudación...”, cit., pp. 642 y ss.

⁹ ALBERTO GIL NOVALES, en <http://www.mcncbiografias.com/app-bio/do/show?key=lopez-cancelada-juan> (Recuperado en: 16/12/2016)

lo criticó con violencia y fue deportado por el nuevo Virrey Linaza a España. Fue extraordinariamente crítico con los líderes independentistas, tildando de “asesinos” a Hidalgo o Morelos. En Cádiz fundó el *Telégrafo Americano* y luego el *Telégrafo Mexicano*. En 1814 fue nombrado comisionado principal del *Crédito público* en León, pero poco después fue cesado por ser sospechoso de liberalismo, cayendo en desgracia. Con la restauración fue rehabilitado por Fernando VII y por encargo de éste publicó *El comercio de los dos mundos*, un periódico bisemanal.

El largo escrito de López Cancelada dirigido al entonces Ministro de Estado, Martínez de la Rosa, fechado en Madrid el 29 de marzo de 1834, tiene como asunto en su lateral “Estado de la Nueva España favorable a su Madre patria en 1833”, lo que ya nos da una idea de por donde iban a ir las conclusiones expuestas por este periodista al Ministro¹⁰. Comienza afirmando que las noticias que va a relatar se corresponden con el mes de diciembre de 1833 y le fueron comunicadas “por quien no puede engañarme, tanto por los vínculos de sangre, como por la sencillez de su naturaleza femenil”, lo que no parece darnos demasiada seguridad sobre la fundada objetividad de las mismas, pues se trata, según él mismo indica, de la única fuente en la que parece apoyarse. Se remonta incluso a un artículo suyo publicado en 1811 en la ciudad de Cádiz en el que ya apuntaba en la idea que ahora propone de preparar “la nueva reconquista de la Nueva España en 1834”, porque así esta preparada “por convencimiento General de aquellos habitantes” de los que él se considera el “mejor amigo”. Con este pórtico con el que principia la misiva, se comprende que el interés del documento en cuestión, deriva sobre todo de la singularidad de los argumentos que en la distancia de los años, ofrecen una visión en cierto modo peregrina que, sin embargo, encontraba aún su acomodo en alguna opinión pública, todavía añorante del viejo pasado imperial, y que tiene su interés de cara a mostrarnos el panorama que desde distintas vertientes podría encontrarse el Gobierno, una vez desaparecido Fernando VII, para abordar el problema de las relaciones con el nuevo Estado, cuya independencia *de facto* era ya un hecho incontrovertible.

En el sentido indicado, recuerda como en el citado artículo ya hacía saber a los diputados que la “ruina de la Nueva España” sería pedir el libre comercio con potencias extranjeras, porque la “codicia extranjera” explotaría su riqueza rural, industrial y comercial, y todas esas previsiones les acontecieron

¹⁰ Carta privada de Juan López Cancelada al Excmo. Sr. Ministro de Estado Martínez de la Rosa, Madrid 29-III-1834, AGI, Estado, 42, n° 96(1) folios 2 verso a 6 verso.

desde entonces, por lo que aquel escrito, “anda de mano en mano, titulándolo los Mejicanos Profecías cumplidas... de un Gachupin honrado”, lo que nos da una idea del alto valor en el que consideraba a sus propias opiniones. A ello se añadía, según él, la inconsistencia de la economía mexicana a los ojos de los comerciantes extranjeros desde que se suspendió la acuñación de moneda por parte de la Corona española, por la mala explotación de las minas locales y que se fijaba al tiempo de la independencia en “24 a 27 millones de duros del tiempo de los españoles”, lo que hace que “saqueados y saqueadores vean burlados sus cálculos, con la experiencia de sus respectivos perjuicios”.

Otro hecho destacable fue, en su opinión, el interés de los Estados Unidos de fijar con Mexico un comercio exclusivo. A estos efectos, da noticia de que se desplazó al país “el sagaz Poysen”, –en realidad se refiere a Joel R. Poinsett¹¹, estadista norteamericano y primer secretario de Estados Unidos para México–, al objeto de establecer en México las “logias tituladas Yorquinas” con la finalidad de difundir ideas contrarias a los europeos en general y a los españoles en particular e influir en las nuevas autoridades del lugar. Aquéllas ayudaron, según él, a Antonio López de Santa Anna a ocupar la presidencia, pero una vez en el poder “se sintieron engañados por Santana y en venganza le delataron” por su intención de querer convertirse en monarca, lo que le obligó a renunciar al poder y entregar el gobierno al partido de los Cuautla “que no pueden ver a los extranjeros y si (aunque en silencio) a los españoles”. Por todo ello, debía considerarse el apoyo de este partido “para que la Madre patria, a su tiempo, vuelva a ser la dueña de aquella Joya preciosa de la Corona de Ysabel II, sin disparar un fusil con solo hacerles justicia”.

Según él, el descontento de los mexicanos se sustenta también en el debilitamiento de su economía desde la declaración de independencia, porque demostró en otro artículo que publicó en *El Periódico real* en 1825, que el dinero circulante anual había pasado de “227. Millones ochocientos a 120.999 duros”, la difusión de esta noticia llamó la atención de “los imparciales; y aunque los Yorquinos, y algunos criollos procuraron que no se reimprimiese, el circuló por todas la Provincias su resumen manuscrito”. En su inmodesta opinión, de no haberse prohibido la circulación de su noticia y otros escritos suyos “ellos solos bastaban para la reconquista”, como así lo aseguraba la prensa norteamericana que aseguraba que el partido “más fuerte y numeroso estaba (aunque en silencio) por España”.

¹¹ Puede consultarse su biografía en CARLOS HERRAIZ GARCÍA, <http://www.mcnbiografias.com/app-bio/do/show?key=poinsett-joel-roberts>, (RECUPERADO EN: 9/12/2016).

Finalizaba su carta nuestro autor, aludiendo a otra información que le dio su fuente y que afirmaba que:

Esta verdad se comprueba con lo que observó la persona que me informa del sentimiento que a su salida de Mejico dejó por haberse divulgado que la España estaba resuelta a conceder la independencia de echo y de derecho a la America. Se comprueba también porque le *hoyo* al vicepresidente Bustamante que hizo la navegación de *Vcruz* a Burdeos en el mismo buque hablando con sus compañeros cacho calderón y Molinos del campo (*espulsados* como el por Santana) estas palabras: “Según lo que he observado en tiempo de mi Presidencia, volverá la nueva España a ser de la Madre patria, si esta sabe manejarse” y ambos convinieron esta opinión.”

Así que, en su criterio, esta información debería trasladarla el Ministro a la sección de Indias del Consejo Real, para que fuese estudiada y “conseguir, con maña, lo que no puede las fuerzas”, y alcanzar sin grandes sacrificios personales ni económicos el objetivo de impedir que se consumase esta separación. Terminó su misiva con una postdata en que solicitaba disculpas por “la letra, como de un pulso que cuenta 69 años que no quiere confiar a nadie cosas de tanta importancia”.

5. La opinión favorable al reconocimiento de la independencia y algunas propuestas sobre sus condiciones

5.1. “La reconciliación de dos partes de una misma familia”

En otra misiva de 9 de enero de 1835¹², en este caso anónima, se plantea en términos muy diferentes la cuestión, afirmándose en la misma que “el momento actual es el más favorable de cuantos se han presentado para entablar el negocio del reconocimiento de la independencia de Mejico”, porque las circunstancias políticas en las que en ese momento iba a encontrarse el país con unas elecciones que iban a dar la mayoría a Santa Anna en ambas cámaras, determinarían que:

la ambición de gloria del general..., de carácter personal, sus ideas, así como la política que ha adoptado últimamente de destruir el partido Federal y es-

¹² Carta anónima sin destinatario unida al expediente con orden de su traslado al oficial Alzaybar, Madrid 9-I-1835, AGI, Estado, 42, n° 96(2) folios 1 recto y 2 recto.

tablecer el centralismo, tendrá el mas favorable resultado y dará estabilidad y permanencia a su gobierno, si con el reconocimiento legal de la España, se acaba el pretexto a que han recurrido siempre los perturbadores del orden de todas las denominaciones, suponiendo se bastaba de coronar a un príncipe español en Mejico, destruyendo la respública.

La negociación, se aconseja en esta anónima misiva, debería llevarse ignorando a los gobiernos francés, inglés y americano, y en secreto hasta que se finalizase con el correspondiente tratado, porque una vez que se estableciera la paz, aquellos gobiernos perderían su posición de ventaja interina que venían ocupando ante la inacción de España y la ruptura de relaciones con sus colonias. A ello se añadía la favorable opción para las relaciones económicas entre España y su colonia, una vez que los “inmensos capitales pertenecientes a los españoles peninsulares y americanos, que expulsos de Mejico y de otros puntos, hubieron de establecerse en Nueva Orleans, Nueva York, Liverpool, Londres, Paris, Burdeos, Marsella...”, pudieran de nuevo activarse, una vez que sus propietarios pudiesen regresar a México con seguridad y garantías. Recordaba el autor que buena parte de estos capitales se marcharon a Estados Unidos, merced a la negociación que Poinsett hizo en 1827 y 1828 con las autoridades mexicanas y que obligaron a muchos españoles a refugiarse en aquel país junto con dichos capitales, cuyo monetario podría ahora regresar de nuevo a México.

Para este anónimo consejero la negociación “debe entablarse no como un tratado de paz, reconocimiento y comercio entre naciones distintas, sino adoptando el principio de ser la reconciliación de dos partes de una misma familia”, ya que estos lazos de historia y cultura común, de parentesco incluso, deberían permitir obtener mayores ventajas comerciales que las que incluyen otros tratados ya celebrados entre México y los Estados que ya habían reconocido su independencia. Y en cualquier caso, se dice, España además de establecer garantías recíprocas en interés del cumplimiento de lo acordado por ambas partes, siempre tendrá “el recurso, en caso de infracción de bloquear las puertas de Veracruz y Tampico, y cortar todo el comercio de Mejico para cuya operación basta una corta fuerza naval bien manejada, estacionada en la isla de Cuba”. Una vez fijados los puntos principales del tratado deberían someterse a la ratificación de los correspondientes parlamentos e inmediatamente proceder a su ratificación “antes de las reclamaciones y entorpecimientos que suscitarían los gobiernos antes nombrados”. Es, pues, ésta una preocupación principal del anónimo “consejero”: la de conseguir que

la prudencia y reserva en la negociación y tramitación final impidiese cualquier maniobra obstruccionista por parte de Gran Bretaña, Francia, Estados Unidos o cualquier otra potencia europea que en alguna medida impidiese un buen acuerdo para los intereses de España. Y, una vez que “estuviese entendido secretamente el tratado” se abriría el puerto de Veracruz al comercio español y el de la Habana al mexicano, sin ningún tipo de restricciones, de lo que se derivarían, a su juicio, importantes beneficios para los habitantes de Cuba. Ello les proporcionaría tranquilidad a éstos y harían “imposibles el éxito de los planes de emancipación que puedan convenir y abrigar unos pocos espíritus turbulentos, que carecen de apoyo, de prestigio y de toda especie de recursos”. Estaba entonces nuestro avezado consejero aventurando una posible solución para que, en el futuro, la mejora económica de la isla impidiese movimientos independentistas similares a los que se estaban viviendo en otros antiguos dominios hispanos.

Finalizaba su escrito indicando que el reconocimiento de la independencia de México acordado mediante este tratado, sentaría las bases para el de las demás repúblicas que se hallaban también en estado de independencia *de facto*. En cualquier caso, concluye:

El gobierno mejicano no toma la iniciativa en este asunto porque no estando perfectamente seguro de la resolución del nuestro de entrar en la negociación con la franqueza y buena fe consiguientes, perdería enteramente su prestigio y fuerza moral si, dando el primer paso, recibiese una negativa o proposiciones inadmisibles.

5.2. “Es preciso concederles lo que no se les puede negar”

En 3 de febrero de 1835 encontramos otro escrito firmado en Cádiz por “el amante de la concordia” –anónimo remitente del que no tenemos más datos–, dirigido al en ese momento Presidente del Consejo de Ministros, Francisco Martínez de la Rosa¹³. Se trata de un extenso memorial, en el que el remitente ofrece un conjunto de reflexiones que debería tener en cuenta el gobierno, de cara a fundamentar sus derechos en las negociaciones que se debían abrir con México para reconocer su independencia. Comienza sus ar-

¹³ Carta privada adjuntando memoria de un anónimo llamado “el amante de la concordia” al Excmo. Sr. D. Francisco Martínez de la Rosa, Presidente del Consejo de Ministros, Cádiz 3-II-1835, AGI, Estado, 42, nº 96(3) folios 3 recto a 8 verso.

gumentaciones justificando los anhelos de independencia de todas las colonias americanas, porque “toda colonia adquirida o subyugada por derecho de conquista se *alla* siempre en un estado de violencia, *anelando* por el feliz momento de verse libre e independiente”. Aunque a continuación manifiesta la injusticia que, “por ignorancia o por malicia” han hecho en sus pinturas “algunos autores extranjeros” por suponer la opresión y tiranía con la que trataba el Gobierno español a los habitantes de sus posesiones en América. En este punto, hace un breve repaso histórico de la llegada de los españoles, de los excesos cometidos al principio, de las normas que se promulgaron para reprimir estos excesos... para concluir con un idílico gobierno en el que “la piedad religiosa de nuestros Reyes” hizo que con sus decisiones legislativas se otorgara a sus habitantes “el incomparable bien de reducirlos a la verdadera creencia”. Una vez más, todavía en el siglo XIX, se alude a la razón de Dios como base ideológica principal sobre la que se asentó el proyecto imperial: la defensa y difusión de la fe católica¹⁴. Y como consecuencia de esta política, expone los beneficios que se derivaron de la fundación de sedes episcopales en “Mejico, Tlascalá, Valladolid, Guadalajara, Durango y Oajaca y modernamente en Monterrey y Sonora”, dotándolas de Iglesias y Catedrales así como de los correspondientes cargos eclesiales, haciendo un recuento de los mismos y de la naturaleza de quienes progresivamente los ocuparon que empezaron siendo europeos y luego “patricios”. A continuación relaciona los cargos de Virrey, oidores, intendentes gobernadores, etc... que también fueron ocupados por europeos en los inicios, para más adelante ser también conferidos a “patricios”, excepto en el caso del Virrey.

En otro orden de cosas, en lo que a tributos se refiere “las contribuciones que pagaba la Nueva España al Gobierno eran muchas más moderadas que las que ha exigido en la Península... de modo que era razón gozaban los hijos

¹⁴ Sobre el principio ideológico que sostenía la política imperial puede consultarse numerosa bibliografía, pero conviene destacar las acertadas reflexiones sobre el acomodo de la razón de Estado a la razón de Dios, utilizando una u otra según su conveniencia, tal y como afirma JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN, en “Poder y religión en el destino histórico de Castilla” en *Annales de la Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia*, 2016 (en prensa). Cfr. del mismo autor “La doctrina de la soberanía del monarca 1250-1700” en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, coord. Ramón Punset Blanco, nº 1, 1998, pp. 21-86; “En torno a la naturaleza del poder real en la Monarquía de los Austrias” *Historia. Instituciones. Documentos*, nº 11, 1984, pp. 115-156; *La justicia del Rey en Nueva España*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2011; *Teoría política y gobierno en la monarquía hispánica*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1998, entre otras obras del autor.

con gran ventaja mejor suerte que su madre”. A cambio de lo cual disfrutaron durante tres siglos de una incomparable paz mientras “al mismo tiempo (que) se han sufrido aquí por la defensa de este y aquellos dominios, repetidas y mas sangrientas guerras con notable quebranto de población y su riqueza, no menos que enormes gastos en su *Herario*”. Además de ello, desgrana en la memoria muchos otros beneficios como la cultura, la enseñanza, la ilustración, la educación de los jóvenes, pues en México “se encuentran mas establecimientos científicos que en cualquiera de las principales de España”, algunas son “franquicias... de Salamanca”, en los que además de los estudios religiosos, se enseñaba mineralogía, matemáticas, botánica, arquitectura, pintura y escultura.

No solo el gobierno, en su opinión, contribuyó a la felicidad de aquellas tierras. También los peninsulares particulares pues “de cada cien gachupines que pasaban a aquel país, se casaban lo menos ochenta y reputándolo ya como su patria” se dedicaban a los ramos de la agricultura, la minería el comercio, la manufactura que hacían florecer a aquel país, porque labraban su propia fortuna pero “a su fallecimiento quedaba allí transmitida a sus hijos”. En su opinión estos esfuerzos elevaron a Nueva España “al alto grado de esplendor y opulencia en que se hallaban el año de 1810, en que estalló su insurrección”.

A principios del siglo 18 solo contaba aquel Reino una población de cuatro millones de almas, y en el de 19 ascendían a seis millones, así como en la primera época se acuñaban en la Casa de Moneda de Méjico (única que había entonces) cosa de 4 millones de pesos fuertes y en la segunda subieron a 27... No faltarán Americanos que conozcan y confiesen estas verdades, pero así como es dulce el amor a la patria, lo es mas el de la libertad e independencia, y para su adquisición y goce no es extraño que hayan renunciado aquellas ventajas, a más de que se las prometían mayores con su independencia, no previendo entre otras cosas las graves dificultades y embarazos que ahora se les ofrecen para organizar y consolidar un buen gobierno en que los consideró muy distantes.

Como decíamos al principio, y en esta carta se reitera, las posiciones partidarias de cualquier proceso independentista convierten a éste en un hecho de inusual trascendencia. En relación al mismo solo se exponen sus ventajas y ninguno de sus inconvenientes, generando en la opinión pública un optimismo que se puede volver luego en frustración, cuando la realidad de los hechos viene a demostrar que no era la panacea para resolver todos los males y que las dificultades inherentes a esta separación provocan una situación de desajuste, que genera inestabilidad política y económica que, en muchas

ocasiones, no se previó, al ofrecer el programa de independencia como un bien absoluto.

Señalaba el autor del memorial que “España ha perdido para siempre una joya de su Corona quizá más brillante que útil”, tal vez para tratar de no dramatizar en exceso con tal pérdida, para afirmar a reglón seguido, con tintes premonitorios, que “las Américas” han preferido iniciar un camino de incertidumbre que “les ha sumido en un abismo de males, de que tarde o nunca se verán libres”, en lugar de aferrarse “al goce de unos bienes reales y seguros”. A ello contribuyó decididamente el apoyo de otras potencias, especialmente anglo-americanas, con la ambiciosa intención de hacerse con más territorio de influencia y adquirir “las ricas minas del territorio mejicano”.

A su juicio, en el momento en que nos encontramos, año 1835, es necesario no recriminar la conducta de los Americanos “cuya reconciliación con su antigua Metrópoli la deseo íntimamente”, y a tal fin “es preciso echar un denso velo sobre todo lo pasado, sin proferir quejas de una a otra parte” y procurar “el restablecimiento de una cordial confraternidad”. De modo que para poder empezar la negociación del reconocimiento de la independencia hay que partir de unas posiciones en las que todos los desencuentros habidos desde la declaración unilateral de independencia tenían que ser olvidados para poder alcanzar el propósito de restablecer las relaciones.

En su opinión, las condiciones que debería incluir el tratado serían las que a continuación iba a exponer. En relación a las compensaciones económicas que teóricamente cabría exigir a la nueva república, afirma que no faltarían quienes afirmarían que “el gobierno mejicano se prestará a exhibir al contado algunos millones de duros en retribución del reconocimiento de la libertad y absoluta independencia”. Sin embargo, no debería albergarse esperanza alguna pues “las arcas de Méjico son muy cortas”, además de que habían contraído una deuda de más treinta millones de duros con Inglaterra, que carecían de intención de pagar lo que les impediría contraer nuevos endeudamientos. Y a mayor abundamiento, aunque no tuviese esta imposibilidad económica, no harían pago alguno, pues lo considerarían “un acto de sumisión contrario a la dignidad de su absoluta independencia”, pero además en el hipotético supuesto de que se obligasen al pago “quizá nunca podría cumplir su compromiso”. Sentado este principio de partida, sí se pueden plantear otras condiciones

“justas y equitativas que debe reclamar la España para renunciar absolutamente (a) su antigua dominación y soberanía sobre la América y reconocer su libertad e independencia de derecho que hasta ahora solo posee de hecho”.

La primera sería exigir al gobierno Mexicano el reconocimiento como suya, de la deuda de cincuenta millones de pesos que contrajo el gobierno español en México para los gastos de guerra, en caso de que no lo hubiese hecho ya. Pedía que al menos se documentase en cédulas a nombre de la República de México, aunque fuese “muy remoto y eventual” el pago de la misma, pero esa sería su responsabilidad. Idéntico requisito debería “concertarse acerca de las deudas que dejaron pendientes el Tribunal de Minería, y los consulados de Méjico, Veracruz y no se si Guadalupe cuyos establecimientos ha extinguido el gobierno de México”.

Por otro lado, sería necesario exigir la restitución de las propiedades pertenecientes a españoles o sus descendientes que residiesen allí o fuera de aquellas tierras, y que fuesen incautadas por las autoridades mexicanas, “así como son y serán respetadas las propiedades que tienen o tuviesen en adelante en la Península los americanos”. También en relación a los particulares españoles residentes allí, que fuesen respetados en sus propiedades y tratados como los naturales del país, aunque sin opción de acceso a cargos ni oficios públicos, pero también libres de servicio militar y otros requisitos. Añadía otros beneficios para las importaciones de productos españoles tanto procedentes de la península como de los otros dominios en América y Asia. Advertía, no obstante, que esto podría encontrar algunas dificultades por los beneficios que el gobierno mexicano podría haber concedido ya a otras naciones, pero en este punto la negociación debía ser intensa para si no conseguir todo lo planteado, al menos conseguir “el mayor beneficio posible, en que se interesará más que nadie el Principado de Cataluña”, lo que nos pone de manifiesto que el mayor tráfico exportador de mercancías a las colonias procedía de esta parte de España que pudo acusar más la pérdida de aquéllas y por tanto debería tener más interés en que la negociación fuese dura en cuanto a los beneficios arancelarios y otros privilegios a sus exportaciones. Es curioso a veces, las paradojas del destino y como los protagonistas de unos mismo hechos pueden ir cambiando de rol a lo largo de la historia. Y lo que antes fue perjuicio para unos, andando el tiempo puede convertirlos en protagonistas de hechos similares en los que los perjuicios ahora pudieran ser causados por ellos.

A su juicio, el sacrificio que hacía España era grande al desprenderse de “sus muy ricas y dilatadas posesiones en la América”, pero ya no era el Estado pujante de antaño y además sería empresa vana tratar de retenerlos, por lo que “es preciso concederles lo que no se les puede negar”. El empeñamiento en no reconocer su independencia solo podía traer perjuicios a España, “no podemos hacerles ningún daño”, nada necesitaban ya de la antigua metrópoli “sino el

azogue”, pero ellos sí podrían conceder más “patentes a corso a armadores anglo-americanos y otras gentes extranjeras, que persigan nuestra comunicación marítima con las Islas de Cuba, y Puerto Rico y las Filipinas”, y si se retardase más en el tiempo el acuerdo “sería menos decoroso y de peor condición, que el que ahora se puede conseguir”. Además en el panorama internacional, advertía que antes Francia e Inglaterra instaban a España a que reconociese su independencia, pero “ahora han cambiado sus miras, porque conviene al momento de su comercio alejar, impedir o retardar cuanto les sea posible nuestra reconciliación”, por considera ésta perjudicial para sus intereses.

Una vez se fijase el acuerdo, señala que otra cuestión muy importante sería regular la “numerosa y frecuente emigración de jóvenes españoles a aquellos Países y para atajar en lo posible el mal” debería establecerse que nadie sin licencia del gobierno pudiese embarcarse desde los puertos de la Península.

Finalizaba su memorial aconsejando que se prohibiese ir a aquellas tierras a los que hubiesen militado en “las Hordas de los facciosos de la presente guerra civil” –se refiere a la primera guerra carlista– “porque acostumbrados a una vida licenciosa, corrompida y feroz incitan a hacer allá aborrecible el nombre español”. Y concluía indicando la conveniencia de que el tratado de comercio con México fuese de “la más larga extensión de tiempo”.

El mismo “amante de la concordia” volvió a remitir al Presidente del Consejo de Ministros, una nueva carta fechada en 6 de marzo de ese año en la que formulaba nuevas consideraciones a la vista de los debates parlamentarios que se habían abierto sobre la cuestión¹⁵. Aludía a la sesión de Cortes celebrada el 19 de febrero en la que se acordaba peticionar a la Reina Gobernadora para la “conciliación del gobierno español con las Américas que... se hallan independientes de hecho”. Manifestaba su acuerdo con esta decisión, pero “discrepo sobre el plan que se ha de adoptar para consecución”. Los Procuradores, según nos relata, quieren negociar separando los aspectos políticos de los mercantiles y familiares. Para él la primera ya era de por sí muy complicada, sin embargo, “al paso que la segunda por sí sola la creen de fácil consecución, y que los Americanos la desean y admitirán con gusto”.

Yo por el contrario soy del parecer, que el reconocimiento a la independencia de derecho de la Américas, y los tratados de amistad, mutua comunica-

¹⁵ Carta privada de un anónimo llamado “el amante de la concordia” al Excmo. Sr. D. Francisco Martínez de la Rosa, Presidente del Consejo de Ministros, Cádiz 6-III-1835, AGI, Estado, 42, n^o 96(4) folios 1 recto a 2 verso.

ción, y relaciones mercantiles deben discutirse y concentrarse simultáneamente, a lo menos por lo que respecta a la República mejicana, que es la que más nos interesa, y merece nuestra preferente atención.

Refiere a continuación, lo que le indicó a Martínez de la Rosa en la anterior memoria enviada en febrero, en la que ya mantenía que México era abastecido en abundancia por las potencias, y “nada necesitan de nosotros sino el azogue para el beneficio de sus minerales de plata”. No podían utilizarse otras vías de presión, pues por ejemplo al no tener navegación mercantil propia, difícilmente se podía obstaculizar ésta y más bien serían de la opinión que esta negociación más nos interesaría a nosotros que a ellos, “¿qué otro aliciente puede presentárseles para que accedan a nuestros deseos, sino el ver que de luego a luego como previa condición se reconozca su intendencia de derecho?”. Así que si esto no se les llega a conceder se negarían a entrar en ningún otro acuerdo. No me resisto a reproducir unas premonitorias consideraciones que incluye en su carta en relación a las dificultades de negociar con gobiernos inestables. En este sentido afirmaré que:

Se objetará que mientras subsistan las convulsiones repetidas que afligen a las Américas, mientras no cesen tantos partidos, tantas divisiones, y tantas mudanzas de gobierno, y se establezcan en cada distrito uno sólido, bien organizado, y permanente, no es posible que España reconozca su independencia de derecho: pero a eso responde, que si aguardamos a esa feliz época, es demasiado probable, que no se verifique en muchos años, y quizá siglos, y entonces estará siempre pendiente ese gravísimo e importantísimo punto.

Desde su punto de vista el Gobierno de México, aunque con todos los disturbios y cambios a los que se ha visto sometido, “ha subsistido siempre en los substancial”, y a pesar de “el vicio falta de haber creado tantos Estaditos como provincias, que son 18 o 19 que le acarrear crecidos gastos”, la misión de España no debía ser la de “empeñarnos nosotros en enderezar entuertos”, en todo caso lo que había que hacer era “reconocer la independencia de derecho al territorio que comprende la República mejicana”, dejando a su arbitrio la organización que desearán adoptar. Lo que pretendían los procuradores de proponer la celebración de Tratados de comercio, exportación e importación, si se acordaban los mismos antes de reconocer la independencia, en el fondo –decía con buen criterio– “aunque carezco de nociones de Jurisprudencia y del derecho de gentes”, suponía reconocer la emancipación absoluta de las nuevas naciones americanas, porque en Derecho internacional solo los Esta-

dos soberanos pueden celebrar esos tratados, con lo cual implícitamente se les reconocía dicha soberanía.

En cualquier caso la negociación debería terminarse a la mayor brevedad posible “por medio de una transacción amistosa y equitativa”, sugiriendo que el asunto debería tratarlo el Gobierno “privadamente”, obteniendo de las Cortes la correspondiente delegación de competencias a estos efectos y que “si quiere para mayor solemnidad, que se asocie a aquel una Comisión de dos individuos de cada uno de los Estamentos”.

Termina nuestro anónimo consejero afirmando que a pesar del empeño que en sus escritos y reflexiones, mostró por “el Reino (*sic*) de Méjico”, él no era de aquel país ni tenía relaciones comerciales o familiares con el mismo, pues

soy español europeo, y muy amancebado de mi patria y cuando abogo por aquel es en el concepto, de que lo hago al mismo tiempo por esta, porque se concilian afortunadamente la conveniencia en intereses de ambos.

Se despidió pidiendo disculpas por “mi segunda impertinencia”, asegurando que sería la última y “no volveré a molestar su atención”. Este escrito, junto con el anterior memorial y las otras cartas quedan recogidas en el expediente que se conformó con la documentación que iba a ir generando el proceso diplomático y jurídico para la firma del Tratado de paz y amistad por el que España terminaría reconociendo *de iure* la independencia de la República de México. No podemos saber si tendrían alguna utilidad para los altos funcionarios encargados de llevar a cabo las negociaciones ni para el gobierno, ni siquiera si fueron leídos por algunos de ellos. Sin embargo, sí nos permiten percibir, al menos, a través de la opinión de dos posiciones diferentes, algunos sentimientos que seguramente se vivían en aquellos meses entre los círculos más interesados en aquella difícil cuestión para la posición de una España decadente en el seno de las relaciones internacionales y comerciales de la época.

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*

Universidad del País Vasco (España)

carlos.garriga@ehu.eus

Resumen: El trabajo problematiza la comprensión habitual del *derecho indiano* como “*derecho vigente en las Indias*”, considerando sucesivamente cuándo hizo aparición ese nombre, qué sentido tenía en el contexto colonial y cuáles han sido los hitos y la orientación general de su construcción historiográfica desde principios del siglo XX, para terminar destacando las objeciones que a juicio del autor merece.

Palabras clave: Derecho indiano, cultura colonial, historiografía jurídica, enseñanza del derecho (siglo XVIII), discurso criollo, América colonial.

Abstract: This article questions the common understanding of *Derecho Indiano* as “existing law in the Indies”, taking into account when this terminology first appeared, what its meaning was in the colonial context and what have been the milestones and the general orientation of its historiographical construction since the beginning of the twentieth century. The article concludes with the discussion of the author’s objections to the implications of this historiographical construction.

Keywords: Derecho indiano, colonial culture, colonial law, education (18th century), Creole discourse, colonial America.

Sumario: 1. El nombre: *derecho municipal de las Indias*, *derecho de Indias*, *derecho índico*, *derecho indiano*. 2. La cosa: el *derecho de Indias* en su contexto. 3. La construcción historiográfica del *derecho indiano*: de *derecho de las Indias* a *derecho vigente en las Indias*. 4. Consideración final.

Dudo que haya entre las historiografías de los derechos hispánicos una comunidad académica tan preocupada por definir sus señas de identidad como la formada por los historiadores del derecho indiano y ninguno como Víctor Tau Anzoátegui ha dedicado tantos esfuerzos a responder la pregunta *¿qué fue el derecho indiano?* Así titulaba hace treinta y cinco años una disertación, exitosa y repetidamente impresa, dedicada a trazar frontalmente “un brevísimo pa-

*Proyectos de investigación HICOESVI: DER2014-56291-C3-2-P; DER2012-39719-C03-01.

norama de las principales cuestiones que se plantean en el estudio de nuestro Derecho Indiano”¹. Retomando planteamientos metodológicos ya expuestos con anterioridad, creo que aquel texto tenía mucho de programa de trabajo en marcha, aprovechaba obviamente las investigaciones sobre la ley y la costumbre que por entonces le ocupaban², y señalaba ya los derroteros que le llevaron después a indagar el *espíritu* del derecho indiano³ y han desembocado últimamente en sus estudios sobre el “derecho indiano local”⁴. Aunque vayan mucho más allá, todos estos trabajos bien pueden considerarse como una respuesta ampliada y meditada, compleja y continuada a aquella pregunta suya por el *ser* del derecho indiano, sobre la cual además volvió explícitamente, justo a medio camino, en 1997, para entregar una importante y muy influyente reflexión sobre los nuevos horizontes abiertos a su estudio histórico⁵. Aparte de incomparablemente más modesto, claro está, mi propósito ahora es otro y de ahí que la pregunta que me guía sea distinta y lo suficientemente retórica como para permitirme ensayar una aproximación sesgada a la problemática (que plantea la historia) del así llamado *derecho indiano*.

Describir qué suela entenderse hoy por éste entre sus cultivadores y usuarios no ofrece, al menos en una primera aproximación, mayores dificultades: el *derecho indiano* sería el *derecho vigente en las Indias*, en sentido amplio considerado y fuera cual fuese su matriz. Ahora bien, bajo su aparente sencillez establecer esta equivalencia implica realizar tres operaciones que no dejan de ser problemáticas: dar por válido el nombre *derecho indiano*, des-

¹ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *¿Qué fue el Derecho Indiano?*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, p. 7. El texto, que era la versión ampliada de una disertación pronunciada y publicada tres años antes (La Plata, Instituto de Historia del Notariado, 1979), según mis noticias va por la 4ª ed., en la misma casa, 2005.

² VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La ley en la América hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de Historia, 1992 (que recoge trabajos publicados desde 1979); *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, Buenos Aires, INHIDE, 2001 (que recoge y actualiza trabajos publicados desde 1973).

³ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, INHIDE, 1992.

⁴ Valga con citar ahora: VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El estudio del Derecho indiano provincial y local. Su base documental”, en Renate Pieper / Peer Schmidt, eds., *Latin America and the Atlantic World – El mundo atlántico y América Latina (1500-1800). Essays in honor of Horst Pietschmann*, Köln, Böhlau Verlag, 2005, pp. 83-96.

⁵ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, INHIDE (XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano), 1997.

plazar su significado primero y más obvio de derecho *de* las Indias y resolver qué deba entenderse por derecho vigente *en* las Indias.

1. El nombre: *derecho municipal de las Indias, derecho de Indias, derecho índico, derecho indiano*

¿Por qué *derecho indiano*? El nombre establecido por los padres fundadores de la disciplina a comienzos del siglo XX se ha dado por válido sin mayores indagaciones sobre su trasfondo, tarea ésta nunca seriamente acometida⁶. Por supuesto, cuando menos desde que empezó a estudiarse académicamente se ha tenido clara conciencia de que no fue un nombre utilizado por los participantes de aquella experiencia, pero ha prevalecido su plasticidad, ayudada tardíamente por el argumento de que aquéllos no habían dado ninguno al complejo normativo vigente en las Indias. Luego vuelvo sobre este argumento, pero no es enteramente cierto que no hubiera nombre alguno, sino más bien que hacia fines del setecientos concurrían varios y ninguno alcanzó a consolidarse (creo yo que por el propio carácter de este derecho).

Por supuesto, la *cosa* –alguna *cosa*– precedió al *nombre*. Como sabemos, desde el momento en que las tierras del Nuevo Mundo fueron incorporadas *accesoriamente* a la Corona de Castilla, el derecho propio de ésta pasó a regir en aquél. Este es el supuesto que explica el caudal de disposiciones que pronto empezó a brotar para adaptar el régimen común a las nuevas circunstancias, procurando siempre mantener la uniformidad o armonía, pero con conciencia de la singularidad de aquellas tierras y sus gentes (que llevaron primero a la institución de un Consejo de las Indias y después a atribuirle el control de las disposiciones castellanas que debían cruzar el océano). Visto desde este lado, la extraordinaria *facticidad* americana justificaba la existencia de especialidades, pero no un régimen propio y distinto del metropolitano. Por muchas y abun-

⁶ Ninguna inquietud al respecto revela ALFONSO GARCÍA GALLO (“Panorama actual de los estudios de Historia del Derecho indiano” (1952), “El desarrollo de la historiografía jurídica indiana” (1953), “Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano” (1967), todos ellos recogidos en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 37-62, 11-25 y 63-119), preocupado únicamente por fijar “el contenido atribuido a la Historia del Derecho indiano” (*Panorama*, pp. 50-55). Tan sólo en su *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 19 se refiere, para desecharla por inválida a efectos científicos, a la comprensión coetánea de “lo indiano”.

dantes que fueran las leyes de Indias y profundas y novedosas las especialidades jurídicas americanas, nadie parece haber percibido que formasen un *derecho propio* de las Indias: reservado este nombre a los territorios políticamente autosuficientes, la expresión *derecho municipal de las Indias* servía bien para designar este derecho especial dentro de otro más general del que forma parte. Es significativo que los grandes juristas del seiscientos, en plena madurez doctrinal, empleen ésta y no otra expresión cuando entran a designar el conjunto de leyes y prácticas singularmente americanas. Como sea y todos sabemos, el trabajo jurisprudencial se desarrolla efectivamente conforme a este esquema.

En la segunda mitad del siglo XVIII concurren dos factores novedosos que, sumados a su creciente entidad como derecho *municipal*, contribuyen a explicar los nombres que junto a este (que mejor responde a su naturaleza) comienzan a difundirse: la politización de *la América* jurídicamente construida por los letrados criollos desde el siglo XVII en respuesta a la redoblada presión colonial de la Monarquía y el impulso regio a la enseñanza del derecho *patrio* en las universidades y demás centros instituidos para la formación de juristas. Volveré luego sobre esto: tengo para mí que, en un proceso *mutatis mutandi* paralelo al que bajo la forma de *constitucionalización* del derecho patrio se desarrollaba en la Península, es aquella construcción (*la América* española) la que late en el fondo del constructo *derecho indiano*, pero fue esta circunstancia –la revalorización del derecho patrio– la que principalmente llevó a pensar el conjunto de leyes de Indias (y sus correspondientes prácticas) como una cosa dotada de entidad singular y merecedora de un nombre propio. En las décadas finales del siglo XVIII concurren varios, sin que ninguno llegara a prevalecer e imponerse.

Si hasta entonces este derecho se había desarrollado, en efecto, sin requerir de nombre alguno (o sólo “derecho municipal de Indias”⁷), cuando a fines del setecientos se sienta la necesidad de designarlo podía llamársele por igual *derecho de Indias* o *derecho de las Indias* (que aun siendo los más comunes no puede decirse que tuvieran para entonces mucha mayor tradición⁸),

⁷ Como constata un buen conocedor de la literatura jurídica indiana: JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *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, cap. V (p. 235).

⁸ Aunque hay más, valga aquí con un solo ejemplo: FRANCISCO XAVIER DE GAMBOA, *Comentarios a las Ordenanzas de Minas, dedicados al Catholico Rey, nuestro señor, Don Carlos III. (que Dios guarde) siempre magnanimo, siempre feliz, siempre Augusto*, Madrid, Oficina de Joachin Ibarra, 1761, utiliza al menos una vez la expresión

*derecho indico (de iure indico)*⁹, *derecho americano*¹⁰ o *derecho indiano*. Si no me equivoco, la expresión (esto es, el empleo del usual adjetivo *indiano* para calificar al nombre común *derecho*) hizo entonces su aparición de manera titubeante y equívoca, a veces como “derecho a las Indias” y otras como “derecho de las Indias” (como derecho indiano de España y como derecho español de las Indias), que a pesar de la mayor tradición de la primera fue el sentido que prosperó. Así, el jesuita expulso Juan Nuix y Perpiña, recordado principalmente como debelador de la leyenda negra, usa en el primer sentido la expresión *derecho indiano*, pero también emplea este adjetivo para calificar los cuerpos legales dictados para las Indias, es decir, el *derecho municipal de las Indias*¹¹.

“Derecho de Indias” para referirse la *Recopilación* de 1680, esto es, a “las Leyes, y Estatutos Municipales” (p. 20 § 27).

⁹ Así, p. ej., PEDRO MURILLO VELARDE, *Cursus Juris Canonici, Hispani, et Indici, in quo, juxta ordinem titulorum Decretalium non solum Canonicae Decisiones afferuntur, sed insuper additur, quod in nostro Hispaniae Regno, & in his Indiarum Provincijs Lege, consuetudine, privilegio, vel praxi statutum, & admissum est*, I, Matriti, In Typographia Emmanuelis Fernandez, 1743, p. ej., “In proemio”, §§ 22-23: “De Jure Hispano, & Indico”, donde traza una breve historia de ambos (pp. 8-9). Como es sabido, la obra se reeditó en 1763 y 1791, versión esta última que ha sido recientemente traducida, bajo la coordinación de Alberto Carrillo Cázares (decantándose por el habitual *indiano*): *Curso de derecho canónico hispano e indiano*, 4 vols., Zamora (Michoacán), El Colegio de Michoacán *et al.*, 2004-2005. Por su parte, JOSÉ DE REZÁBAL Y UGARTE, considerando el Plan de estudios del Convictorio Carolino, abogaba en 1788 por erigir en Lima una *Academia del Derecho Español e Indico* (*apud* LUIS ANTONIO EGUIGUREN, *Diccionario histórico cronológico de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos y sus colegios: crónica e investigación*, Lima, Imprenta Torres Aguirre, III, 1951, p. 320). Véanse además las notas 13 y 41.

¹⁰ Cfr. JUAN JOSEF SÁNCHEZ, *Nobleza, privilegios y prerrogativas del oficio público de escribano*. [...], I-III, Valencia, Imprenta de los Hermanos de Orga, 1794-1797-1798, que, en respectivo contraste con *España, Derecho Español y Jurisprudencia Española*, se refiere indistintamente a las *Indias y la América*, haciendo perfectamente equivalentes las expresiones *ley o Legislación de Indias y Ley Americana* o (alguna vez) *legislación de América* (I, pp. 198, 271, 594; II, pp. 295, 360, 557; III, pp. 254, 576), *Derecho de Indias y Derecho Americano* (I, pp. 192, 238, 267, 269, 583, 584; II, pp. 291, 360; III, pp. 256, 384, 421), *Jurisprudencia de Indias y Jurisprudencia Americana* (I, pp. iv, 197, 238; II, pp. 295, 335).

¹¹ Así, en JUAN NUIX Y PERPIÑÁ, *Reflexiones imparciales sobre la humanidad de los españoles en Indias, contra los pretendidos filósofos, y políticos. Para servir de luz á las historias de señores Raynal, y Robertson: De Don ---, añadidas por el mismo autor; y traducidas del idioma italiano al español por su hermano Don Josef de Nuix y Perpiñá*, [...], Cervera, Imprenta de la Pontificia y Real Universidad, 1783, p. 255: “El quarto título de que hace mencion el derecho indiano de España es la *conquista*”; mientras que se refiere al derecho de las Indias como municipal, según el uso común: “Esta palabra *Rescate*, en el derecho municipal de las Indias vale lo mismo que cambio, trueque, ó compra” (p. 250); pero usa asimismo el adjetivo para referirse a las leyes de Indias: “codigo Indiano de espa-

Con este significado, el nombre *derecho indiano* se registra inequívocamente por vez primera –que yo sepa– entonces y a ambos lados del Atlántico, incidentalmente en la *Práctica* de Elizondo¹² y más fundadamente en la obra que Ventura Beleña anunció con el título *Instituta civilis hispano indiana* y, aun manteniéndolo en la anteportada, publicó finalmente como *Elucidationes* a las Instituciones de Justiniano¹³. Aprovechándolas, el abogado mexicano Sánchez de la Barquera preparó en 1807 una edición mexicana de la *Ilustración del derecho real de España* de Juan Sala, “con adiciones al fin de cada título de lo respectivo al derecho indiano”, según anunciaba el *Diario de México*¹⁴. Por entonces también Mata Linares hacía incidentalmente equivalentes las expresiones “derecho de Indias” y “derecho indiano”, accesorio como tal del derecho castellano en un texto de 1788 relativo a la enseñanza del primero¹⁵. Y otro

ña” (p. 229), “leyes y costumbres indiano-españolas” (p. 516), “Codigo indiano-español” (p. 521); y también “Codigo de España perteneciente á las Indias” (p. 463). Se trata en todos los casos de traducciones literales del original italiano: *Riflessioni imparziali Sopra l’Umanità degli Spagnuoli nell’Indie Contro i pretesi Filosofi e Politici [...]*, Venezia, s. n., 1780, pp. 159 y 155-156, así como 139, 328, 333, 292, para las citas, respectivamente; sustancialmente iguales en la traducción de las *Reflexiones* debida a Pedro Varela y Ulloa (Madrid, Joachin Ibarra, 1782, pp. 155 y 151, así como 136, 309, 313, 274).

¹² FRANCISCO ANTONIO DE ELIZONDO, *Practica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, t. V, Madrid, Por D. Joachin Ibarra, 1785, p. 51: “En el Derecho Indiano tenemos un establecimiento por la Real Cédula [...]”; o también, t. VI, Madrid, Imprenta de Don Pedro Marín, 1788, p. 82, haciéndolo equivalente a “Legislación de Indias”.

¹³ *Elucidationes ad quatuor libros institutionum Imperatoris Justiniani opportune locupletatae legibus, decisionibusque juris hispani a doctore domino Jacobo Magro, tra-bea Malacitanea Universitatis Complutensis insignito, ab eademque in Jure Canonico Laureato, & Cathedrarum, tam Decretalium, quam Sexti, Moderatore: Ex Titulo autem vigesimo septimo Libri tertij usque ad ultimum Libri quarti earundem Institutionum continuavit, addidit Proemium, aliaque utilia juris Indici, novissimasque Resolutiones nondum compilatas Collectionibus legum Castellae nec Indiarum, & in Elucidationibus D. Jacobi Magri apposite omnia accommodavit D. D. Eusebius Bonaventura Beleña, ejusdem Universitatis Complutensis Laureatus in Jure Canonico [...]*, 4 tomos, Mexici, Apud D. Philippum Zunnigam & Ontiveros, 1787-1788, p. ej., II, pp. 13 (*Jure Indiano*) y 337 (*Nostro autem Jure Hispano, & Indiano*); pero también hace equivalentes *jure Indico* y *jure Indiarum* (II, pp. 105 y 108). Vuelvo luego más despacio sobre el autor y la obra.

¹⁴ *Diario de México*, n.º 664, del 25 de julio de 1807 (*Diario de Mexico [...]*, t. VI, México, Oficina de Don Juan Bautista de Arizpe, 1807, p. 342). Y en efecto, pero ya sin este nombre, así se explica en la “Nota del editor” correspondiente (que reproduzco en la nota 38).

¹⁵ En el plan de estudios formado en 1788 para el Real Colegio de San Carlos de Lima (sobre el cual, nota 27). Cfr. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, Oidor, Regente y Consejero de Indias*, Universidad Carlos III de Madrid, 2011, pp. 164-165.

abogado mexicano, Juan Francisco de Azcárate, emplearía este nombre unos años después al proponer, en los muy interesantes términos que veremos más adelante, que el *derecho indiano* se enseñara y cultivase en la Academia de jurisprudencia teórico práctica de México¹⁶.

Por supuesto, no importa tanto cuál sea el nombre –pues todos los posibles se usan de manera indistinta– cuanto que se emplee alguno: yo diría que *derecho de Indias* es el apelativo general y más difundido, mientras que *derecho índico* y *derecho indiano* aparecen a título de variaciones, en todos los casos para designar la normativa especialmente dictada para o generada en las Indias, portadora de un conjunto de especialidades que adaptaban el derecho castellano a aquellos territorios, y por esto continúa llamándosele también derecho (o legislación) *municipal* de las Indias¹⁷.

Todo esto revela, en definitiva, que a las puertas de la crisis de la Monarquía no había un nombre consolidado para designar el derecho objetivo generado por el proceso plurisecular de colonización (más allá del puramente descriptivo *leyes de Indias*). Como queda insinuado y ahora veremos, los más resolutivos ensayos (o tanteos) en este sentido estuvieron precisamente vinculados a la necesidad sentida de proporcionar exposiciones compendiosas que facilitasen su enseñanza, siempre con vocación práctica, como por otro lado estaba ocurriendo en términos similares en los restantes territorios hispánicos. Se diría que, a falta de una exposición general de ese estilo, que nunca llegó en su propio contexto, los árboles impedían ver el bosque. Si la razón de ser del nombre es dar cuenta de una singularidad, interesa conocer qué cosa designa, o sea, cómo se concibe este derecho así territorialmente calificado cuando se trata de exponer de manera general y compendiosa su contenido.

2. La cosa: el *derecho de Indias* en su contexto

La ocasión vino dada por el fomento oficial del estudio del *derecho patrio* a partir del auto acordado de 1713, pero aquí adquirió una valencia política evidente en el contexto del discurso criollo, como uno de los argumentos para

¹⁶ JUAN FRANCISCO DE AZCÁRATE, *Proyecto de reforma de algunos de los estatutos de la Real Academia de Jurisprudencia teorico-practica, real y publica, a cuyas expensas se imprime, propuesto Por el Lic. D. ---, Regidor honorario reelecto, y Síndico Procurador del Comun que fué de esta N. C., Fiscal actual de la misma Academia*, México, En la Oficina de D. Mariano Ontiveros, 1812, p. 25.

¹⁷ Pueden encontrarse algunos ejemplos en las notas 21, 25, 26, 34, 37.

defender su *derecho de prelación* a los cargos de la Monarquía en América¹⁸. Comoquiera que esta pretensión era inconciliable con la condición territorialmente *accesoria* de las Indias, que hacía de los *españoles americanos* unos sujetos intrínsecamente coloniales –a un tiempo *colonizadores* y *colonizados*–, las élites criollas construyeron un discurso muy bien argumentado en términos jurídicos y directamente encaminado a desprenderse de esta condición, sin perder obviamente aquella: en dos palabras, a sostener frente a la Monarquía que las Indias no eran colonias sin alterar el estatus colonial de las poblaciones no europeas de América. En sus formulaciones más acabadas, la singularidad de los españoles americanos –*patria Indus, genere Hispanus*– se construye a partir de la confluencia entre la *sangre* (española) y la *tierra* (americana), con los efectos de *honor* y *amor* a ellas respectivamente asociados y el resultado de excluir a los españoles europeos y a los indígenas americanos. Este discurso, que pasó pronto a formar parte del *archivo criollo* y dejó sus trazas en textos de muy diversa índole, es directamente funcional a la apropiación criolla del territorio y desemboca, para lo que ahora importa, en una suerte de *epistemología patriótica* que no admite otro conocimiento válido sobre la América que el producido por los americanos. Pues bien, por esta vía, que lleva a imputar al gobierno local de los españoles los males de la América, entra la idea de que las Indias tienen “leyes peculiares para su gobierno, ordenanzas, autos acordados, cédulas reales, estilos particulares de los tribunales y, en una palabra, un *derecho entero* que necesita un estudio de por vida” (*Representación*, 1771).

¿Cómo?

En la segunda mitad del siglo XVIII la necesidad parecía visiblemente sentida. Puede valer como ejemplo la muy conocida propuesta del cabildo eclesiástico de Buenos Aires, cuando en 1771 defendió que la ciudad debía contar con una Universidad para la enseñanza del derecho, dotada –las del romano aparte– con tres cátedras: “una de derecho de Partidas [...], otra de la Recopilación de Castilla, [...] y otra de nuestro municipal derecho de Indias [...], por ser ésta la que mira al que en estas partes es el principal objeto de

¹⁸ Para lo que sigue, CARLOS GARRIGA, “La politización de *la América* criolla. (En torno a la *Representación* mexicana de 1771)”, en Pedro Yanzi Ferreira et al., comp., *XVIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Nacional de Córdoba, 2016, pp. 1423-1453: 1437, para la frase de la *Representación* que cito luego.

esta ciencia [legal]¹⁹. También en la parte europea de la Monarquía se escuchan desde mediados de siglo algunas voces favorables al estudio académico del “Derecho de Indias”²⁰. Y alguna vez llegó a disponerse expresamente en los planes de estudio, también a ambos lados del Atlántico, bien que del modo accesorio que correspondía a su condición municipal²¹.

El mismo Consejo de Indias había tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, como destacó Mariluz Urquijo en un viejo trabajo, al dar conocer la iniciativa de un licenciado José Francisco Sanz del Águila, abogado en la Chancillería de Granada, que en 1785 propuso la creación allí de una *Acade-*

¹⁹ JUAN MARÍA GUTIÉRREZ, *Origen y desarrollo de la Enseñanza Pública Superior en Buenos Aires*. [...] (Segunda ed., aumentada por su autor). Texto reordenado para la presente reedición, precedida por un estudio de Juan B. Alberdi, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1915, pp. 248-261: 257 para la cita (y en general, sobre el fallido intento, pp. 247-290, 335-337; referencias similares, pp. 263-271). Cfr. RICARDO LEVENE, *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del derecho patrio en la Argentina*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, 1949, pp. 25-26; ABELARDO LEVAGGI, “Derecho indiano y derecho romano en el siglo XVIII”, *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, V, 1980, pp. 267-309: 284-287. Véase igualmente la opinión de los autores del Plan de estudios de Lima, nota 27.

²⁰ Así, recomendando que en la Secretaría del Despacho de Indias se buscasen “sugetos peritos en el gobierno de aquel nuevo mundo”, se dice que “esto se lograría, ordenando que en la Academia del Derecho Real se explicase también Derecho de Indias” (“Representación hecha al Exmo. Sr. Marques de la Ensenada, sobre la política exterior é interior de España: [...]” (*Semanario erudito que comprehende varias obras [...]*. Dalas a la luz Don Antonio Valladares de Sotomayor, XIV-XV, Madrid, Por Don Blas Roman, 1788, pp. 218-284 y 3-49, respectivamente), § 211 (XV, p. 49). Véase también la opinión de Porlier citada en la nota 28.

²¹ Interesando la mención expresa: en la Universidad de Granada, según el Plan de 1776, el Catedrático de “Leyes del Reyno” en sexto año debía instruir y ejercitar “en la Teórica y Práctica del Derecho Nacional, por las rubricas de las dos Recopilaciones de Castilla e Indias, con las Pragmáticas, Autos acordados, y demás [...]” (*Real Provision de Su Magestad y señores del Consejo, por la que se establece el numero de Catedras, y el metodo de enseñanzas y estudios que ha de haver desde su publicación en la Real Universidad de Granada*, Madrid, Imprenta de Blas Román, 1776, f. 17v). Y diez años después se creó en la Universidad de Caracas, junto a la de Leyes, una Cátedra de Derecho Real, “para que se enseñase metódicamente la legislación municipal de mis dominios” (RO San Ildefonso, 5.IX.1786 y RC Aranjuez, 3.II.1802, de donde tomo la cita, con referencia a la anterior: *Cedulario de la Universidad de Caracas (1721-1820)*. Introducción y Compilación por Ildefonso Leal, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1965, docs. 72 y 102, pp. 266 y 329, respectivamente; cfr. TAU, *Casuismo*, cit., pp. 246-249; BARRIENTOS, *Historia*, cit., pp. 418-423. Pero sin necesidad de disposición expresa, no debía ser inhabitual: cfr. JAIME DEL ARENAL FENOCHIO, “El estudio de los Derechos real e indiano en el Colegio de San Ildefonso de México a principios del siglo XIX”, en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano [...]*, Madrid, Universidad Complutense, 1991, I, pp. 239-266.

*mia de Jurisprudencia Índica*²². A lo que parece, movido por la desatención universitaria a la legislación de Indias, se había dedicado a su estudio, llevaba ya un año enseñándola privadamente a otros más jóvenes y solicitaba de José de Gálvez el establecimiento de una academia pública²³. Su proyecto fue favorablemente informado por el presidente de la Chancillería y encontró tan buena disposición en el Secretario que el abogado llegó a extender y presentar para su aprobación unas *Constituciones*, en las que se imponía como requisito para ejercer la abogacía u optar a oficios el haber estudiado “Derecho Índico”, aparentemente por el procedimiento habitual de cotejarlo con el de Castilla: “explicándoles con toda claridad y método el Derecho Índico, manifestándoles en lo que sea conforme con el de Castilla, ilustrándolos con las Historias pertenecientes a las Indias Orientales y Occidentales, y con las que tengan correlación de las potencias extranjeras inmediatas”. Sin embargo, el proyecto no obtuvo la real aprobación, a consulta del Consejo de Indias (23 de mayo de 1787) y conforme al parecer de sus fiscales –uno de los cuales era Antonio Porlier–, que fundaron su oposición en la escasa entidad o singularidad de la legislación de Indias en el marco del derecho castellano. Merece la pena reproducir a la letra el dictamen de los fiscales en este punto.

Ante todas cosas, lo que importa es examinar si el estudio de las Leyes de Indias exige una Academia especial y distinta de las muchas que de Derecho Real o Patrio se hallan establecidas en el Reyno. Para esto conviene reflexionar que el Derecho Índico sólo es un ramo del Público Real, que si bien tiene algunas particularidades, casi todo coincide con el Derecho común, cuya noción es la que principalmente facilita su inteligencia, según demuestran los Libros, Títulos y Leyes recopiladas en Indias, en que no hay otra diferencia substancial de las de Castilla, que el tratarse allí de los puntos de su navegación, armadas y

²² JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, “Una academia de derecho indiano bajo Carlos III”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 7, 1956, pp. 83-92, a partir del cual he consultado directamente el expediente original, que cito en la nota siguiente. Véase también MARÍA DOLORES FUENTES BAJO, “Algunos datos nuevos sobre el granadino Sánchez del Águila y su Academia de Derecho índico”, en *Primeras Jornadas de Andalucía y América*, Diputación Provincial de Huelva – Instituto de Estudios Onubenses, 1981, II, pp. 195-212, centrado más en el abogado que en su proyecto y actividades académicas, de las que no parece quedar rastro en los archivos granadinos.

²³ Archivo General de Indias, Indiferente General, 382: “Expediente sobre las Constituciones que ha formado Dn. Josef Sanz [*tachado*: Sánchez] del Águila, Abogado de la Chancillería de Granada, para el régimen de una Academia de Jurisprudencia Índica”, de donde procede toda la información sobre el caso, muy correctamente resumido por Mariluz Urquijo.

flotas, y exercerse la jurisdicción respecto de vasallos indios, que por su constitución miserable exigen ser tratados con más humanidad y comiseración, pero en puntos de virreyes, Audiencias, juzgados ordinarios o delegados, minas, tropa veterana o miliciana apenas hay variación, y ninguna se verifica en lo que es Derecho Privado en últimas voluntades, contratos, adquisición de dominios, y castigo de delinquentes, de forma que los profesores de algún talento y aplicación, al mismo tiempo que se instruyen en el Derecho Común Real, adquieren o pueden adquirir conocimiento de las particularidades substanciales de el ramo índico, a cuyo fin en las Academias de Derecho Patrio indistintamente se figuran negocios, escriben disertaciones y substentan teoremas, ya de una, ya de otra materia de estos o aquellos reynos, como consta a los fiscales de algunas de las de Madrid, y especialmente de la de Santa Bárbara²⁴.

Los fiscales redondeaban su argumento, en fin, invocando la situación de *los demás derechos municipales*, que tampoco habían merecido jamás estudio especializado²⁵.

No podía ser de otro modo. Allí donde llegó a introducirse, fueran universidades o seminarios, colegios o academias de jurisprudencia, la enseñanza del derecho de Indias no era oficialmente más que un apéndice especializado –*municipal*– del castellano, a su vez entendido, siempre y como siempre, como derecho *propio* frente al *común* en sus vertientes civil y canónica²⁶.

²⁴ *Ibid.*, s. fol.

²⁵ *Ibid.*, s. fol.: “por igual motivo de la indistinción y generalidad de ramas con que se enseña el Derecho Real en las Academias no se han estimado por precisas ningunas especiales para instruir a los profesores de los fueros de Aragón, Navarra, Vizcaya, y Guipúzcoa, porque éstos y los demás derechos municipales no han merecido jamás, en concepto de los sabios, ni cátedra, ni Academia peculiar de ellos, sin que por esto hayan faltado a S. M. sujetos literatos, que le sirvan con acierto en la Península y en América, porque lo común y frecuente es que los profesores, que por inclinación, por Patria o por otros respetos solicitan su acomodo en estos o aquellos Reynos, donde su constitución legislativa añade alguna particularidad a la común, que se aprende en las universidades, o a la Real, que se adquiere con el estudio práctico de Academia, o en otros letrados, procuran dedicarse a conseguirla por servir bien y lealmente a Dios y al Rey, y cumpliendo con los estrechos encargos de su conciencia, satisfacer a el honor y crédito público de su empleo [...]”.

²⁶ Todavía las Constituciones de la Real y Literaria Universidad de Guadalajara prescribían en 1806, a partir del Plan salmantino de 1771: “advirtiendo ambos Catedráticos a sus discípulos en viva voz lo que dispone el Derecho Real de Castilla y Municipal de Indias, y las Reales Cédulas sobre la materia que les explicarán” (const. LIX, apud JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *La cultura jurídica en la Nueva España. (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México, UNAM, 1993, pp. 134-135). Y en la reforma de los Estatutos de la Universidad de Caracas aprobada en 1817 el Catedrático de Leyes, tras enseñar un año derecho romano, debía emplear los dos siguientes “con método en el Derecho

¿O es que sí podía ser de otro modo?

A las alturas de 1788, en su renovador plan de estudios del Real Colegio de San Carlos de Lima —el Convictorio Carolino—, decían los doctores Mariano de Rivero y Toribio Rodríguez de Mendoza, celebrado como uno de los ideólogos de la independencia peruana:

Se extrañará y con razón el que no hayamos hablado una palabra del derecho de Indias. Pero es el caso que se meditaba seriamente la composición de unas Instituciones compendiosas y esperábamos su conclusión para presentarlas y pedir su estudio: Mas viendo las muchas dificultades que estorban su formación y los actuales embarazos que nos impiden el dedicarnos a esto, tomamos por ahora el partido de que los maestros al tiempo de explicar el derecho de Castilla, adviertan lo dispuesto para las Indias. Las partidas dan ocasión para tratar de todos los ramos de esta legislación. Este estudio en Indias pedía más atención, pero ya que no hay un compendio por donde hacerlo como principal, contentémonos con que sea accesorio, hasta que se verifique la composición de aquel²⁷.

Accesorio y no principal... ¿Esto era así porque no había una obra adecuada o no había una obra adecuada porque esto era así?

El proyecto de componer unas *Instituciones compendiosas* llegó ciertamente a concebirse y hubo algunos ensayos más o menos acabados, pero los resultados muestran, por sí o por no, que el diagnóstico del Consejo de Indias no iba descaminado²⁸. El más notable fue debido al Dr. Eusebio Ventura Beleña, natural de Guadalajara y oidor en México. Recordemos los datos principales.

Real de España e Indias, sobre su historia, autenticidad y fuerza de sus códigos y disposiciones Reales particulares de esta provincia” (cfr. RC 17.XII.1817: *Cedulario*, doc. 124, p. 382).

²⁷ *Apud* RUBÉN VARGAS UGARTE, S. J., *El Real Convictorio Carolino y sus dos luminarias*, Lima, Carlos Milla Batres, 1970, p. 126. Cfr. GROVER ANTONIO ESPINOZA RUIZ, “La reforma de la educación en Lima: el caso del Real Convictorio de San Carlos”, en Scarlett O’Phelan Godoy, comp., *El Perú en el siglo XVIII. La era borbónica*, Lima, PUCP-Instituto Riva-Agüero, 1999, pp. 205-241: 227-237.

²⁸ Antonio Porlier, p. ej., recomendaba a quien quisiera ascender en la “carrera de las letras”, hacia 1757-1759, “ser docto e instruido en el Derecho de Indias, para cuyo efecto también le conducirá mucho trabajar con tiempo y espacio alguna obra que dar al público, v. g. una Instituta de Derecho de Indias, de que hay mucha falta, o una Historia jurídica del mismo Derecho” (*apud* DAISY RÍPODAS ARDANAZ, “*Advertencias cristiano-políticas* (1757-1759) y *Observaciones breves* (1760-1780) compuestas por don Antonio Porlier”, en Eduardo Martiré, coord., *La América de Carlos IV. Cuadernos de Investigaciones y Documentos*, III, Buenos Aires, INHIDE, 2007, pp. 99-166: 147). Véanse además los testimonios aportados en la nota 37.

A partir del comentario manuscrito de las Instituciones al modo de Vinnio que su pariente el Dr. Santiago Magro y Zurita (†1732), catedrático en la Universidad de Alcalá de Henares, había dejado incompleto, Ventura concibió la composición de una obra de *instituta*, completando el trabajo iniciado y aumentándola “toda ella, quanto concierne á las Leyes de Indias, y Reales Disposiciones de estos Reynos y los de Castilla, que han salido despues del fallecimiento de aquel”²⁹. En 1786 anunciaba su publicación (mediante suscripción) con el título *Instituta civilis hispano indiana*, esperando que “los Españoles Europeos y Americanos elijan estudiar los elementos del Derecho Civil y Real por una Instituta trabajada en ambos Reynos por dos Compatriotas”³⁰. La obra apareció efectivamente en México al año siguiente, con el título de *Elucidationes* más ajustado a su modesto contenido, aunque conservó en los exteriores el inicialmente previsto³¹. Con iguales características y previas las correspondientes licencias fueron nuevamente impresa en Madrid en 1792³².

Sin embargo, a pesar de la extensa difusión que revela su lista de suscriptores no parece que las *Elucidationes* de Magro y Beleña cumplieran el

²⁹ Cfr. JUAN CATALINA GARCÍA, *Biblioteca de escritores de la Provincia de Guadalupe y bibliografía de la misma hasta el siglo XIX*, Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1899, pp. 15-18, 298-300, 564; y especialmente, JAIME DEL ARENAL FENOCHIO, “*Elucidationes*. Un libro jurídico mexicano del siglo XVIII”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 3/3, 1979, pp. 423-450, de quien dependen los pocos trabajos posteriores que se han acercado a esta obra: BARRIENTOS, *La cultura*, cit., pp. 131-132, e *Historia*, cit., pp. 426-427. La frase citada procede del texto citado en la nota siguiente.

³⁰ Cfr. “Suplemento a la Gazeta de Mexico del martes 10 de octubre de 1786”, con el prospecto, en Manuel Antonio Valdés, *Gazetas de Mexico, compendio de noticias de Nueva España Que comprehenden los años de 1786, y 1787*, II, México, Por Don Felipe de Zúñiga y Ontiveros, s. a., pp. 217-221.

³¹ *Elucidationes* (1787-1788), donde figura como anteportada por dos veces la inscripción: “Magro et Beleña. Instit. civil. hispano-ind.”. En su *Proemium*, §§ 6-7, evoca sucintamente la formación y posición de las *Leges Indiarum* (pp. 16-17). Está bien descrita en la *Continuacion del memorial literario, instructivo y curioso de la Corte de Madrid*, I, Imprenta Real, 1793, pp. 115-117: “El método de esta obra es seguir el de la Instituta de Justiniano, comentando el texto al modo del Vinnio y de los demas Institutistas de este género; y luego en algunos lugares se ponen varias adiciones de Cédulas, Ordenes, Pragmáticas Reales, resoluciones y demas materias que ilustran en lo que toca al derecho municipal de Indias”.

³² Manteniendo también la portadilla con el título original (Reimpres. Matrini, Apud Viduam Joachimi Ibarra, 1792). Cfr. MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, “Estudio introductorio”, en EUSEBIO VENTURA BELEÑA, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, 2ª ed. facs., México, UNAM, 1991, pp. vii-lix: lii-lviii.

propósito acariciado por éste, quizá no tanto por su limitado o insuficiente contenido de derecho municipal cuanto por su abultado conjunto de referencias comunes³³. Es verdad que fue utilizada para la docencia, al menos en Puebla³⁴, pero los intentos del virrey conde de Revillagigedo de introducirla en la Universidad de México fueron resistidos exitosamente por el claustro³⁵. La historia se repitió, con unas u otras variantes, por diferentes lugares³⁶. Antes de la desintegración de la Monarquía no consiguió hacerse una obra de instituciones hispano-indianas, es decir, una exposición general del derecho de la Monarquía católica en las Indias, quizá porque las expectativas eran mayores que las posibilidades³⁷. Todavía en 1807 la primera reimpresión mexi-

³³ El comentario citado antes no oculta su crítica: hubiera sido mejor “si desde el principio la hubiera tomado abrazando los principios generales, doctrinas y materias mas solidas, echadas á un lado infinitas de derechos extraños y muy remotos á nosotros, y estrivando principalmente sobre derecho patrio, con que hubiera hecho unos elementos, que lejos de fastidiar el animo, la alentarian para las empresas de otros estudios mayores” (*Continuacion del memorial*, pp. 115-117). Cfr. ANGELA CATTAN ATALA y HUGO HANISCH ESPÍNDOLA, “El Derecho Indiano en un comentario de las Instituciones de Justiniano editadas en el siglo XVIII”, en *VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* [...]. *Actas y estudios*, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, 1984, I, pp. 211-221, para un repaso muy somero.

³⁴ La *Gazeta de México*, III, 21 (2 de diciembre de 1788) publica una “Copia del § V. de un Auto del Ilustrísimo Sr. Obispo de la Puebla de los Angeles sobre la reforma y fomento de las Cátedras de Derecho Canónico y Civil del Colegio Seminario Palafoxiano” (s. d., reproducido en la edición madrileña de las *Elucidaciones*): “El Catedrático de Derecho Civil explicará el texto de las Instituciones del mismo Justiniano por la obra que últimamente ha dado á luz el Sr. Beleña, [...] elucidándolas, no solo con las decisiones del Derecho Real de España, sino del Municipal de estos dominios, y aun de las Reales Cédulas y Ordenes que no se han insertado en nuestras Recopilaciones”, en cumplimiento de los soberanos “mandatos dirigidos á la enseñanza del Derecho Real” (p. 199).

³⁵ Cfr. ALBERTO MARÍA CARREÑO, *Efemérides de la Real y Pontificia Universidad de México según sus libros de claustros*, México, UNAM, 1963, II, pp. 738-739, 751; MARGARITA MENEGUS, “Tradicón y reforma en la Facultad de Leyes”, en *Tradicón y reforma en la Universidad de México*, México, CESU–Miguel Ángel Porrúa, 1994, pp. 109-127.

³⁶ Para Nueva Granada, p. ej., VÍCTOR M. URIBE-URÁN, *Vidas honorables. Abogados, familia y política en Colombia, 1780-1850*, Medellín, Fondo Editorial Universidad EAFIT – Banco de la República, 2008, pp. 81-107.

³⁷ Sabemos de algún ensayo frustrado o inédito que quizá fuera en esta dirección. Así, se dice que Rezábal y Ugarte dejó entre sus papeles, al morir (1800), una “Nueva Política Indiana a similitud de la del Señor Solórzano, adaptada a las presentes circunstancias, con que en mucha parte ha variado la Legislación Municipal con la Institución de Intendencias, de Regencias, ordenanzas respectivas, nueva planta de los Consulados, y ramo de minería, supresión de repartos, subdelegaciones” (“Noticia del fallecimiento del Señor Don Josef de Rezábal, tercer Regente de la Real Audiencia de Chile”, *apud* GUILLERMO

cana de la *Ilustración* de Sala detectaba la necesidad e intentaba satisfacerla, muy precariamente, agregando donde correspondiera algunos artículos del *derecho de Indias* a partir de obras impresas “y de otros quadernos y manuscritos, que se han podido conseguir”³⁸.

A falta de textos adecuadamente *compendiosos*, pues, el derecho real (de Castilla y de Indias) se enseñaba directamente en las aulas, casi siempre al paso del derecho romano, o se aprendía preferentemente en la práctica, mediante las pasantías y/o en las Academias de jurisprudencia (siempre vinculadas al foro³⁹), que en estas décadas finalísimas asumieron el protagonismo de la formación jurisprudencial⁴⁰. Me parece muy elocuente, en este sentido, un género de ejercicios académicos aparentemente generalizado a caballo entre los siglos XVIII y XIX en la Universidad de Guatemala, que bajo el título genérico de *propositiones de iure* enuncian al modo *institutista* las reglas establecidas por los distintos derechos sobre la materia considerada (con el

FELIÚ CRUZ, “Un bibliógrafo español del siglo XVIII. José de Rezábal y Ugarte”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, 74, 1966, pp. 74-121: 104-107). Y hay noticia de que el Dr. Basilio Manuel Arrillaga y Balcárcel, jesuita mexicano nacido en 1791 y electo diputado a Cortes en 1821, entre sus papeles “dejó un compendio de Derecho Municipal de Indias que comprende 300 artículos” (EMETERIO VALVERDE TÉLLEZ, *Crítica filosófica o Estudio bibliográfico y crítico de las obras de Filosofía escritas, traducidas o publicadas en México desde el siglo XVI hasta nuestros días*, México, Sucesores de Francisco Díaz de León, 1904, pp. 115-116).

³⁸ JUAN SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, en tres volúmenes (I-II, México, Imprenta de Arizpe, 1807; III, Oficina de Ontiveros, 1808), precedida de una “Nota del editor”, explicando las razones y características de la edición: “Se hacia demasiado sensible que una obra de esta clase no comprendiera en si algunos articulos del *derecho de Indias*, tan esenciales en nuestras causas, y esto se vá á procurar en quanto sea posible, recogiendo doctrinas del Sr. Beleña, del Sr. Solorzano, y de otros quadernos y manuscritos, que se han podido conseguir. [...] Todo quanto se agregue del *derecho de Indias*, irá al fin de cada titulo en el metodo que se halla en la Instituta de Castilla de Jordan y de Manuel” (I, pp. vi-vii; subr. míos). El anónimo “Sugeto que ha tomado à su cargo este empeño” (pp. vi-vii) resultó ser el (después) “distinguido y sabio jurisperito D. Juan M. Wenceslao Sánchez de la Barquera” (*El Derecho. Periódico de jurisprudencia y legislación*, V-2, 9 de julio de 1870, pp. 27-29, con lujo de detalles).

³⁹ Para un panorama general, C. ALBERTO ROCA, “Las academias teórico-prácticas de jurisprudencia en el siglo XIX”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 10, 1998, pp. 717-752; ALEJANDRO MAYAGOITIA, “Notas sobre pasantía y pasantes en la ciudad de México a fines del período virreinal”, *Ars Juris*, 34, 2005, pp. 297-409; BARRIENTOS, *Historia*, cit., pp. 423-426.

⁴⁰ Cfr. PAZ ALONSO ROMERO, “La formación de los juristas”, en Carlos Garriga, coord., *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, CIDE et al., 2010, pp. 107-137.

resultado de destacar, cuando es el caso, la singularidad jurídica americana en el plano legislativo)⁴¹.

Con este trasfondo, no parece casual que fuera precisamente la obra del guatemalteco José María Álvarez, nacida en aquellas aulas y a ellas destinada, la que más se acercara al resultado apetecido, a juzgar por su rotundo éxito en la América del siglo XIX⁴². Pues bien, basta un vistazo a su primera edición para constatar la limitadísima presencia de las leyes de Indias –y su accesoriadad respecto a las castellanas–, en una posición que responde perfectamente, creo yo, a su condición de derecho municipal⁴³. Recuérdese que en 1829 su obra

⁴¹ He podido consultar las seis siguientes: JOSÉ MARIANO MÉNDEZ Y CORDERO, *Propositiones de iure naturali, romano, hispano atque indico defendendae a Mariano Mendez & Cordero sub disciplina Bernardi Pavón & Muñoz Iur. Civil. Prof.*, Guatemalae, s. n., 1801; FRANCISCO JAVIER URRUTIA, *Propositiones de iure naturali, ac regio Castellae, et Indiarum defendendae a D. Francisco Xaverio Urrutia sub disciplina D. D. Ioseph Mariae Alvarez iuris Civ. Profes.*, Guatemalae, Apud Emmanuelem de Arevalo, 1807; JUAN FERMÍN DE AYZINENA, *Propositiones de iure naturali, ac regio Castellae, et Indiarum. Defendendae A. B. D. Joanne Firmino de Ayzinena, sub disciplina D. D. Ioseph Mariae Alvarez Iur. Civ. Prof.*, Guatemalae, Apud Arevalo, 1808; JUAN NEPOUCENO FERNÁNDEZ LINDO Y CELAYA, *Propositiones de iure naturali, ac regio Castellae, et Indiarum. Defendendae A. D. Joanne Lindo et Zelaya sub disciplina D. D. Iosephi Mariae Alvarez iuris Civ. Profes.*, Guatemalae, apud Arevalo, 1809; JOSÉ DEL BARRIO, *Propositiones de iure naturali, ac Hispano civili defendendae A. B. D. Josepho del Barrio, sub disciplina D. D. Ioseph Mariae Alvarez juris civilis profes.*, Guatemalae, Apud Arevalo, 1813; MANUEL BETETA, *Propositiones de iure naturali, ac regio Castellae et indiarum defendendae ab Emmanuele Beteta sub disciplina D. D. Iosephi Mariae Alvarez iur. civilis prof.*, Guatemalae, apud Betetam, 1817. Pero tengo noticia de otras dieciséis, que como las anteriores alternan las expresiones “iure indico” e “iure Indiarum” (con preferencia de éste) y se extienden entre 1801 y 1817: JOSÉ TORIBIO MEDINA, *La imprenta en Guatemala (1660-1821)*, Santiago de Chile, Impreso en casa del autor, 1910 (ed. facs.: Tipografía Nacional de Guatemala, 1960), II-2, núms. 1114, 1128, 1146, 1177, 1381, 1411, 1470, 1507, 1509, 1533, 1542, 1576, 1759, 2139, 2161, sin núm. (en las Adiciones correspondientes a 1816, p. 688).

⁴² JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. Por el Dr. --- Catedrático de Instituciones de Justiniano en la Real y Pontificia Universidad de Guatemala*, Guatemala, Imprenta de D. Ignacio Beteta, I-IV, 1818-1820. Muchos detalles sobre el autor y su obra en el estudio preliminar a la ed. facs. de la reimpresión mexicana de 1826, debido a Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González (México, UNAM, 1982).

⁴³ Ha realizado este trabajo MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, “Las Instituciones de José María Álvarez, parteaguas entre el derecho indiano y los derechos nacionales (peculiaridades indianas de su obra)”, en *Universidades españolas y americanas. Época colonial*. Prólogo de Mariano Peset. Valencia, Generalitat Valenciana, 1987, pp. 187-205, subrayando cómo en derecho privado las diferencias entre el de las Indias y el castellano “aparecen sobre todo en aquellas instituciones en las que debían ser tomados en cuenta los indios” (p. 204).

pudo ser reimpresa en Madrid como *Instituciones de Derecho real de España*, a secas, sin “otra liviana alteración” que “haber suprimido las disposiciones peculiares de la legislación de Indias”⁴⁴; restituidas por Dalmacio Vélez para su edición bonaerense de 1834, entendiéndose sin más que añadirle una treintena de referencias de esta especie lo hacía “estar arreglado al derecho de Indias”⁴⁵.

A fin de cuentas, en este plano legal las peculiaridades indianas no eran tantas. O lo que es igual: comoquiera que ello obviamente no significa que el derecho castellano fuera válido *sin más* para las Indias, ha de significar no menos obviamente que la singularidad jurídica americana no radicaba en el derecho de Indias, sino que traía causa de la extraordinaria *facticidad* del Nuevo Mundo; no en las leyes específicamente dictadas para éste (tan lejos de constituir un *derecho entero*), sino en la proteica adaptación del orden que las envolvía a las circunstancias locales, a la *localidad* del Continente americano.

Lo había percibido bien, siguiendo la tradición jurisprudencial del seiscientos, el abogado mexicano Juan Francisco de Azcárate. En 1812, nada más conocer la Constitución, proponía reformar los estatutos de la Academia de jurisprudencia mexicana, entre otras cosas, para que los pasantes se instruyeran en el concepto “peculiar del Reyno, valiéndose para el efecto del derecho y política indiana del sabio Señor D. Juan de Solórzano en todos los puntos que sean conformes á lo prevenido por la Constitución fundamental de la Monarquía. Por este medio advertirán los pasantes muchas de las diversas circunstancias que la distinta localidad origina entre este Continente y el de la España citra-marina”. En esta línea, recomendaba que los académicos ilustraran los puntos más relevantes de la Constitución “contrayéndolos a la localidad de nuestro Continente”, dedicándose, por ejemplo, a “explicar el origen del Derecho indiano, señalando las colecciones de Cédulas, así impresas como ineditas, que precedieron á la recopilación de sus leyes y las formadas posteriormente”⁴⁶.

⁴⁴ JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho real de España*, Madrid, Imprenta de Repullés, 1829, pp. iii-iv para la cita, con otras precisiones que no hacen a nuestro caso.

⁴⁵ JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho real de España*, [...] *adicionadas con varios apéndices, párrafos, etc. Por Dalmacio Vélez*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834, “Prólogo”, sin paginar, con indicación de los diversos cambios que además del señalado introdujo. Cfr. el comentario de Ricardo Levene, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 4, 1952, pp. 205-211, de donde tomo la cifra de las “Leyes de Indias” citadas por Vélez (p. 210)

⁴⁶ AZCÁRATE, op. cit., p. 25, aparte de lo más obvio: que los pasantes en sus *papeles* “hicieran mención de la legislación indiana, advirtiendo las diferencias que hay entre esta y la española”.

3. La construcción historiográfica del *derecho indiano*: de *derecho de las Indias* a *derecho vigente en las Indias*

Me parece improbable, a falta de una indagación más detenida, que este nombre carente de tradición arraigara y se difundiese en el siglo XIX, tras las sucesivas emancipaciones⁴⁷. No se daban entonces las condiciones para semejante giro, ni en la vieja España, ni en las nuevas repúblicas independientes, aunque sólo fuera porque tanto en la una como en las otras tan sólo restaban del *derecho de las Indias* –precisamente por su directa dependencia del proceso de colonización– porciones legislativas, por generosas que éstas fuesen y fortísima la continuidad del viejo derecho en los territorios americanos emancipados o todavía dependientes de España.

Aquí, en esta última, parece abrirse camino a partir de los años treinta el término (inequívocamente metropolitano) *ultramar* para englobar los restos del viejo imperio y calificar su legislación histórica, ahora ubicada, junto con las nuevas disposiciones especiales que se iban dictando, bajo la rúbrica de *legislación ultramarina*⁴⁸.

Al otro lado del océano, el apelativo *Indias* había ido cediendo en el curso del siglo XVIII, al menos entre los *españoles americanos* que hacían oír su voz (las élites letradas criollas), ante el nombre *la América*, que es aparentemente el que habitualmente se emplea también durante el proceso y tras la emancipación para referirse al conjunto de aquellas tierras (la América), las nuevas unidades políticas (repúblicas americanas) y sus habitantes (los americanos). Aunque son constantes las referencias a las *leyes de Indias*

⁴⁷ Para un panorama general, sin preguntarse por el nombre, GARCÍA GALLO, “La historiografía”, cit., pp. 22-32.

⁴⁸ Véanse, p. ej., JOSÉ MARÍA ZAMORA Y CORONADO, *Biblioteca de legislación ultramarina en forma de diccionario alfabético. Contiene el texto de todas las leyes vigentes de Indias, y extractadas las de algún uso, aunque solo sea para recuerdo histórico*: [...], 6 vols., Madrid, Imprenta de Alegría y Charlain, 1844-1846; JOAQUÍN AGUIRRE y JUAN MANUEL MONTALBÁN, *Recopilación compendiada de las leyes de Indias, aumentada con [...] todas las disposiciones dictadas posteriormente para los dominios de Ultramar*, Madrid, Imprenta de D. Ignacio Boix, 1846. Cfr. MARTA LORENTE, “La suerte de la Recopilación de 1680 en la España del siglo XIX” [1997], ahora en su *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Universidad Autónoma de Madrid, 2010, pp. 217-260; JAVIER ALVARADO PLANAS, “Historiografía jurídica ultramarina en la España del XIX”, en Feliciano Barrios, coord., *El gobierno de un mundo. Virreinos y Audiencias en la América hispánica*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 69-92.

(que es a fin de cuentas el título que lleva su recopilación), el derecho especial que en conjunto formaban y, explícita o implícitamente nacionalizado, continúa en vigor es habitualmente llamado *derecho americano* o *derecho hispano-americano*, en las obras que, modernizadas o nuevamente escritas, tratan compendiosamente del orden jurídico heredado y espasmódicamente reformado⁴⁹. Justamente en este contexto se escriben unas primeras y muy elementales *historias del derecho* de Indias, bajo el epígrafe nacional respectivo: historia del derecho mexicano, chileno, etc. Además de escuetísimas son historias puramente utilitarias, escritas por razones netamente jurídicas, la primera y más evidente de las cuales era establecer una cronología a efectos de fijar el correspondiente orden de prelación (en aplicación del principio *lex posterior derogat prius*)⁵⁰. Pues bien, un somero repaso evidencia al punto que en el plano general este derecho recibe frente al *español* que constituye su matriz el nombre de *derecho americano*, uno y otro presentados en clave general-especial. Al mismo tiempo, aun cuando se siga hablando de leyes de Indias, en cada Estado el viejo derecho en su conjunto (la porción correspondiente del derecho americano) es llamado (frente al propiamente *nacional*) *derecho español*⁵¹.

Y en sentido estricto, así era: en la medida que el caso mexicano que mejor puedo testimoniar sea generalizable, tras la independencia tuvo lugar

⁴⁹ Baste con recordar, a título de ejemplos, el *Manual del abogado americano*. Por D. J. E. de O. profesor de jurisprudencia, 2 tomos, París, Librería de Jules Renouard, 1827; 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 B. Guim, [...] París, Librería de Rosa, Bouret y C^{ia}, 1851; Fernando Walter, *Manual del derecho eclesiástico universal*, [...] traducido al español por D. Joaquín Escriche. [...] París, Librería de don Vicente Salvá, 1845, en cuyo prólogo el editor hace referencia a un *Diccionario de derecho hispano-americano*, en curso de elaboración. Cfr. BERNARDINO BRAVO LIRA, “El Derecho indiano después de la independencia de la América española: legislación y doctrina jurídica”, *Historia*, 19, 1984, pp. 5-52 (aunque no se ocupa del nombre ni registra ningún uso de éste).

⁵⁰ Pueden servir de ejemplo las “historias del derecho” que adicionaron las ediciones *nacionalizadas* de las *Instituciones* de Salas, que fueron al menos seis, todas editadas en París y por D. Vicente Salvá en los años cuarenta. Cfr. CARLOS GARRIGA, “Continuidad y cambio del orden jurídico”, en *Historia y Constitución*, cit., pp. 59-106: 73-84.

⁵¹ Significativamente, el *Manual de práctica arreglado a la forma forense de la República mexicana, ó sean adiciones a la obra que Sobre las instituciones del derecho real de Castilla y de Indias escribió el Dr. D. Jose Maria Alvarez*, México, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, 1828, se refiere tanto “al derecho que se llamó de las Indias” como a “la legislación española que en gran parte por ahora nos rige” (Prólogo, s. fol.).

una fuerte simplificación del viejo derecho, que a efectos legislativos quedó prácticamente reducido al binomio *Partidas-Novísima Recopilación*, más las disposiciones especiales correspondientes a unos u otros sectores (milicia, minas, etc.), con escasísima presencia de las leyes de Indias (revelando así, por cierto, el peso efectivo que en el conjunto tenían).

Lo que por entonces raramente se encuentra es la locución *derecho indiano*, que en ese contexto político debía de tener además, del lado americano, una impronta inequívocamente colonial. A las alturas de 1852, se refería Alberdi en sus *Bases* al “derecho indiano ó colonial”, caracterizándolo como “un derecho colonial, de exclusion y monopolio”⁵². Así, como *colonial law*, se le veía también desde fuera, en una obra de mitad de siglo extraordinariamente influyente en los medios académicos anglosajones⁵³. Y así, en fin, como derecho colonial español, fue conceptualizado cuando, una vez extinguido (al menos en sus formulaciones originales), comenzó a estudiarse académicamente la historia de los correspondientes derechos nacionales.

Aunque algún rastro puede encontrarse en lugares como España⁵⁴, fue en Argentina, la Argentina que recibió en 1909 una visita de Rafael Altamira calificada de “acontecimiento de proyecciones verdaderamente excepcionales para la historia jurídica” que aquí nos ocupa, donde este nombre encontró mejor acomodo⁵⁵. En aquel ambiente, a las alturas de 1912, Carlos Octavio Bunge definió muy precisamente el *derecho indiano* como el *derecho colo-*

⁵² JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Organización política y económica de la Confederación Argentina, que contiene: 1º Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* [...]. Nueva edición oficial, corregida y revisada por el autor, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, 1856, p. 65 (vid. también, p. 155); y más adelante, en otro de los textos ahí recogidos y en medio de otras consideraciones interesantes, se refiere al “derecho fluvial indiano” (p. 427).

⁵³ GUSTAVUS SCHMIDT, *The Civil Law of Spain and Mexico, arranged on the principles of the modern codes, with notes and references*. [...] New Orleans, Printed for the author by Thomas Rea, 1851, *maxime* cap. VI (pp. 91-102). Cfr. AGUSTÍN PARISE, in *Journal of Civil Law Studies*, 2 (2009), pp. 183-193: 186-188.

⁵⁴ Así, VICENTE DE LA FUENTE, “Palacios Rubios considerado bajo el aspecto de su importancia literaria y jurídica”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XXXIV, 1869, pp. 160-176: 172; ANTONIO MARÍA FABIÉ, *Ensayo histórico de la legislación española en sus estados de ultramar*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1896, pp. 220, 330.

⁵⁵ P. ej., ENRIQUE RUIZ GUIÑAZÚ, *La magistratura indiana*, Buenos Aires, FDCE (=Facultad de Derecho y Ciencias Sociales), 1916, pp. 248, 255; en el contexto académico detalladamente reconstruido por ABELARDO LEVAGGI, *El cultivo de la historia jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1876-1919)*, Buenos Aires, Perrot, 1977, pp. 87-101: 91 para la frase citada.

nial español, distinto del *derecho español no colonial* (o *metropolitano*) y de los *derechos indígenas*, por fuertes que fuesen sus interacciones recíprocas y especialmente la *influencia* del derecho español en el indiano y de éste en los derechos indígenas⁵⁶. Como es sabido, Bunge no llegó a escribir la parte de su historia relativa al *derecho indiano o colonial* (“entendiendo que comprende él, no sólo las lejanas leyes españolas, sino también y en extenso las prácticas americanas”⁵⁷), pero visto lo visto yo diría que, sin cambiar de significado, el concepto adquiere otro sentido con su sucesor en la cátedra de la Universidad de Buenos Aires, Ricardo Levene, que vació al *derecho indiano* de todo componente colonial.

El nombre estaba, como vemos, en el ambiente y comenzaba a usarse científicamente⁵⁸, pero fue consagrado por Levene ya desde sus primeros trabajos, que arrancan en 1916 bajo la forma de notas o apuntes para las clases y tienen su hito ocho años después en la *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*⁵⁹, cuya génesis ha esclarecido minuciosamente Tau Anzoátegui⁶⁰. No hay en ellos indagación ni problematización alguna de esta

⁵⁶ CARLOS OCTAVIO BUNGE, *Historia del Derecho Argentino*, I, Buenos Aires, FDCS, 1912, pp. xxx, xxxiv-xxxv; también, pp. 4, 133, 138, 164.

⁵⁷ *Ibid.*, p. xxxv.

⁵⁸ Valga como ejemplo, sin pretensión ninguna de exhaustividad, ROBERTO AHUMADA, “El Derecho Indiano en el momento de la Revolución de Mayo. Factores de renovación”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 10, núm. 1-2-3, 1923, pp. 77-105, en la clave política que el título sugiere, pero incluyendo dentro del derecho indiano, como derecho colonial, tanto las “Leyes de Indias” como la “Legislación Española propiamente dicha” (pp. 84-85).

⁵⁹ RICARDO LEVENE, *Introducción al estudio del derecho indiano*, Buenos Aires, Imprenta Escoffier, Caracciolo y Cía, 1916; *Notas para el estudio del derecho indiano*, Buenos Aires, Imprenta y Casa Editora Coni, 1918; *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1924 con sendos adelantos en la *Hispanic American Historical Review* (3-2, 1920, pp. 144-151 y 152-158) y en el volumen inaugural del *AHDE* (= *Anuario de Historia del Derecho Español*) (1, 1924, pp. 55-74). Fue elogiosamente reseñada por JOSÉ M. OTS CAPDEQUI en *AHDE*, 2, 1925, pp. 528-530, sin hacer referencia a la cuestión del nombre, que él por su parte comenzó tímidamente a utilizar en aquellos años: “D. Manuel Josef de Ayala y la historia de nuestra legislación de Indias”, *HAHR*, 3-3, 1920, pp. 281-332: 281-282; “El derecho de propiedad en nuestra legislación de Indias”, *ibid.*, pp. 49-168: “una historia del derecho llamado indiano” (p. 49; también 51, sin referencia a Levene).

⁶⁰ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “De la sociología al derecho indiano. Contrapunto entre Ricardo Levene y Ernesto Quesada”, *RHD* (= *Revista de Historia del Derecho*), 34, 2006, pp. 357-417: 385-395, 404-417, para el detalle de las publicaciones citadas de Levene. Véanse también sus trabajos: “Altamira y Levene: una amistad y un paralelismo

expresión, que simplemente se utiliza, alternándola con otras como “derecho de Indias” o legislación indiana, para designar este “nuevo derecho”, que a pesar de ciertas ambigüedades me parece claro identifica aquí con el derecho *de las Indias*, sin por ello dejar de atenderse al castellano, explicitando que el primero versa principalmente sobre los asuntos de derecho público y ambos se relacionan en términos general-especial⁶¹. Su obra descansa sobre dos ideas principales, las mismas que sostenían, por cierto, el discurso criollo. Por un lado, el derecho indiano se presenta insistentemente dotado de un fuerte “carácter peculiar e inconfundible”, que se manifiesta desde el primer momento y no deja de acrecer *legislativamente* con el correr de los siglos. Y carece, por otro lado, de toda impronta colonial, tanto por presuponerse la legitimidad del proceso de conquista -con la consiguiente ocupación del territorio y dominación de sus gentes-, presentado y encomiado explícitamente como una prolongación de la *España foral*⁶²; como por predicarse de las Indias un estatus territorial equiparable al castellano en el marco de la Monarquía, de modo que la peculiaridad de su derecho, el *derecho indiano*, traería causa en último término de las circunstancias geográficas, políticas, económicas, a las que de hecho se presta atención, en línea con las concepciones historiográficas que por entonces hacía valer también Altamira⁶³. En estas condiciones, no me parece exagerado decir que Levene lleva a sus últimas consecuencias las falacias del discurso criollo aquí caracterizado, en el que el estatus de *la América* comoterritorio *principal* era condición necesaria del autogobierno que se postula (e incluye el dominio sobre los pueblos indígenas) y encuentra su expresión en un *derecho entero*. El constructo

intelectual”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 15, 1990, pp. 475-492; y en fin, “Diálogos sobre Derecho indiano entre Altamira y Levene en los años cuarenta”, en *AHDE*, 67-I, 1997, pp. 369-389.

⁶¹ En respuesta a una concepción que dos décadas después expresó muy gráficamente JOSÉ M. OTS CAPDEQUI, *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Universidad de Buenos Aires, 1943.

⁶² LEVENE, *Introducción*, cit., pp. 9-10: “Derecho indiano formado y acumulado durante la conquista del Nuevo Mundo y su “reconquista” del poder de los herejes, como el derecho foral generóse durante la histórica Reconquista contra la dominación de los árabes”.

⁶³ RAFAEL ALTAMIRA, *Técnica de investigación en la historia del derecho indiano*, México, José Porrúa e Hijos, 1939, entre otros. Cfr., concluyentemente, JESÚS VALLEJO, “La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira”, en *Libro homenaje In memoriam Carlos Díaz Rementería*, Universidad de Huelva, 1998, pp. 765-782.

historiográfico derecho indiano nacería marcado por esta impronta, como resultado de “una conquista sin conquista ni conquistados”⁶⁴.

No puedo seguir ya aquí con un mínimo de detenimiento los desarrollos posteriores, que abarcan toda la historiografía del llamado derecho indiano y está cargada de las implicaciones ideológicas que marcaron su nacimiento. Bastará con recordar sus hitos principales, que a nuestros efectos son dos.

Consolidado el nombre e identificado con el *derecho de las Indias*, un primer punto de inflexión se sitúa en la obra de García Gallo, que en su empeño por redefinir la identidad del derecho indiano en perfecta sintonía con el nacionalcatolicismo imperante, fue contumaz defensor desde los años cincuenta de ampliar el significado de la expresión para englobar todo el *derecho vigente en las Indias*, delimitado con criterio territorial y concebido en términos sistemáticos y legalistas, unitarios y puramente dogmáticos⁶⁵; englobando al Nuevo Mundo por esta vía, como ha escrito Nuzzo, en un “sistema legislativo, cristiano y nacionalista”⁶⁶.

Aun sin cuestionar su trasfondo, la idea no concitó unanimidades y algún debate suscitó entre los partidarios de un concepto más apegado a las fuentes, obediente a la lógica de la especialidad. Así, compartiendo el sentido que García Gallo atribuía al *derecho indiano*, Zorraquín Becú puso de relieve sin embargo las aporías que encerraba su comprensión como “derecho vigente en Indias”, considerándolo por su parte un “sistema complementario” destinado a llenar los vacíos de la legislación castellana, que el definía –en términos que yo calificaría de netamente coloniales– como “un sistema de leyes, doctrinas y costumbres, creado o aceptado por los reyes de Castilla, para organizar el gobierno espiritual y temporal del Nuevo Mundo hispánico,

⁶⁴ La frase es de LUIGI NUZZO, “Between America and Europe. The Strange Case of the *derecho indiano*”, en Thomas Duve, Heikki Pihlajamäki, eds., *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Frankfurt a. M., Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 161-191: 184.

⁶⁵ GARCÍA GALLO, “Panorama actual”, cit. (1952), pp. 37-62; “Problemas metodológicos”, cit. (1967), pp. 63-119, entre otros. Cfr. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El tejido histórico del derecho indiano. Las ideas directivas de Alfonso García Gallo”, *RHD*, 21, 1993, pp. 9-72.

⁶⁶ Cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO, “Ignorancia académica por España (1944) y privación indígena por América (1831)”, en *Derecho Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, I, Universidad de Valencia, 2007, pp. 413-423; LUIGI NUZZO, “Dall’Italia alle Indie. Un viaggio del diritto comune”, *Rechtsgeschichte*, 12, 2008, pp. 102-124; íd., “Between America and Europe”, cit., p. 175 y *passim*.

regular la condición de sus habitantes, dirigir la navegación y el comercio y, sobre todo, procurar la incorporación de los indígenas a la grey católica”⁶⁷.

A las alturas de 1997, haciendo balance, Tau Anzoátegui destacaba la dificultad que encerraba la cuestión del nombre, explicitaba las divergencias entre quienes usaban la expresión “derecho indiano” *en sentido amplio y en sentido restringido*, y se mostraba partidario de una solución conciliadora e integradora entre las dos posiciones, pues inclinándose por su “acepción más abarcadora” admitía la necesidad de hacer uso también de la restringida⁶⁸. De entonces acá no han faltado voces autorizadas más radicalmente partidarias de concebir el derecho indiano, sin mayores distinguos, como “el sistema jurídico que imperó en la América española”, en su más amplio sentido, integrador de los distintos derechos allí *vigentes*, que es en todo caso el que ha ido imponiéndose y se halla hoy, creo, generalmente aceptado⁶⁹.

Aunque no igualmente comprendido. Un segundo punto de inflexión se sitúa, precisamente, en medio de lo que deba entenderse por “derecho vigente en las Indias” y tiene como hito la obra de Tau Anzoátegui, que especialmente a partir de *Casuismo y sistema* se ha distanciado abiertamente de su comprensión legal y sistemática para atender más y más a la construcción local y en clave jurisprudencial de un derecho nutrido por una pluralidad de fuentes y formulado casuísticamente⁷⁰. Creo sin embargo que, así concebido, el *espíritu del derecho indiano* es difícilmente conciliable con su comprensión como derecho *vigente* en las Indias, que remite más bien a la idea de *ordenamiento* y responde, en definitiva, a la concepción legalista del derecho que defendía García Gallo y es hoy por hoy llanamente indefendible.

4. Consideración final

Si entendemos, como no tengo dudas por mi parte ha de entenderse, que las categorías historiográficas deben construirse a partir de los conceptos históricos, cabe hacer severas objeciones a esta comprensión del *derecho indiano* (incluso prescindiendo de todas las que en razón de lo dicho pueden hacerse al nombre).

⁶⁷ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “Hacia una definición del Derecho Indiano”, *RHD*, 22, 1994, pp. 401-417: 404-407, último de una serie de trabajos dedicados a la cuestión.

⁶⁸ TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes*, cit., pp. 27-39, presentándolo, dadas las circunstancias, como una “noción en elaboración”.

⁶⁹ EDUARDO MARTIRÉ, “El Derecho Indiano, un derecho propio particular”, *RHD*, 29, 2001, pp. 333-363 (354 para la cita), entre otros trabajos.

⁷⁰ Véanse, entre otras aportaciones suyas, las referencias de las notas 3, 4, 64, 76.

Por un lado, niega cuando menos implícitamente la entidad e identidad del orden propio de los pueblos indígenas, que desde el punto de vista de sus agentes tiene su propia legitimidad y razón de ser, ajenas a e independientes del orden católico impuesto por la conquista⁷¹.

Por otro lado, es inconsistente con el pluralismo jurídico definitorio de aquella experiencia histórica, en la que el *derecho de Indias*, sólo muy tardía e incidentalmente llamado *indiano*, tenía la limitada posición que correspondía a su condición *municipal* -expresión a su vez del estatus *territorial* accesorio que tenían las Indias en el marco de la Monarquía católica-, pero no era por ello menos decisivo, en la medida que venía a explicitar normativamente el componente colonial inherente a la tradición jurídica católica⁷².

Pero además me parece que es innecesario. En la adopción de este nombre, se dice siempre, ha pesado el criterio puramente utilitario de necesitar alguno, dado que ninguno en su momento poseyó “aptitud conceptual para abarcar la totalidad del orden jurídico imperante en las Indias”⁷³; pero este es un problema que dista de ser específicamente *indiano* y afecta a todos los *derechos* por igual: los nombres de los derechos propios no designan el *vigente* en el correspondiente territorio, sino el suyo especial, que sólo cobra sentido como parte del binomio derecho común-derecho propio⁷⁴. No hay ninguna expresión, aparte del nombre *derecho*, para designar todo el territorialmente *vigente* porque esta misma idea es extraña a un orden en el que, como tradicional que es, lo que sea derecho no depende de autoridades políticas, sino que resulta de la tradición jurisprudencialmente gestionada⁷⁵.

En realidad, a estas alturas y por simplista que parezca, buena parte del problema viene de intentar utilizar la designación de un campo de estudio,

⁷¹ Muy incisivamente, BARTOLOMÉ CLAVERO, “Europa hoy entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional”, *QF* (= *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*), 33/34, 2004-2005, pp. 509-607: 541-555.

⁷² Cfr. CARLOS GARRIGA, “Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV”, en Eduardo Martiré, coord., *La América de Carlos IV* (= *Cuadernos de Investigaciones y Documentos*, I), Buenos Aires, INHIDE, 2006, pp. 35-130 (disponible también: <http://www.horizontesyc.com.ar/>).

⁷³ TAU ANZOÁTEGUI, “*Nuevos horizontes*, cit., p. 27.

⁷⁴ Dicho sea sin ánimo de banalizar toda la problemática que su cambiante comprensión encierra: cfr. ITALO BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁷⁵ Cfr. ALEJANDRO AGÜERO, “On Justice and *home rule* tradition in the Spanish colonial order. Criminal justice and self government in Córdoba del Tucumán”, *QF*, 41, 2012, pp. 173-221: 176-187.

que es lo que rectamente comprendido se designa hoy con el nombre derecho indiano, para denominar un *ordenamiento*. Desde mi punto de vista, y dejando aparte la cuestión del nombre, el campo de estudio es la dimensión jurídica del proceso de colonización y debe pivotar en torno a dos polos que mutuamente se requieren: tradición jurídica católica y *localización* del derecho, que no siendo específicamente “indianos” cobraron en América la inédita dimensión que su extraordinaria *facticidad* impuso⁷⁶.

⁷⁶ Cfr. ANTÓNIO M. HESPANHA, “Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro”, *QF*, 35, 2006, pp. 60-81; BARTOLOMÉ CLAVERO, “Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización. (Lectura coral de las Vísperas constitucionales de António Hespanha)”, *QF*, 41, 2012, pp. 675-763: 698-707, críticamente; ALEJANDRO AGÜERO, “Derecho local y localización del derecho en la tradición jurídica hispana. Reflexiones a partir del caso de Córdoba del Tucumán”, en Víctor Tau Anzoátegui y Alejandro Agüero, coords., *El derecho local en la periferia de la Monarquía hispana. Siglos XVI-XVIII*, Buenos Aires, INHIDE, 2013, pp. 91-120: 103-110, que ha teorizado muy bien esta cuestión decisiva.

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

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

vkluge@hotmail.com

Resumen: Analizo, tomando como fuente principal actas, deliberaciones, bandos de buen gobierno y procedimientos judiciales entablados ante el Cabildo de Nueva Orleans, la aplicación del derecho indiano peninsular y el surgimiento de un derecho indiano local en la referida ciudad a través del estudio de las diversas cuestiones que se planteaban.

Comienzo con las primeras disposiciones dictadas por las autoridades españolas, para pasar luego al tratamiento que el Cabildo y los gobernadores le dieron a las diversas cuestiones que se planteaban en el día a día de la ciudad de Nueva Orleans tales como el funcionamiento del Cabildo, la administración de justicia, el ejercicio de la Medicina y otras profesiones relacionadas con la salud, el comercio, el abasto y algunos temas relativos a los esclavos y negros, la unidad de domicilio conyugal, el matrimonio de los hijos de familia, los monasterios, hospitales y la educación, entre otros.

Palabras clave: derecho indiano, cabildos, Nueva Orleans hispánica, derecho local, vida cotidiana, bandos de buen gobierno.

Abstract: Taking as major sources records, deliberations, *bandos de buen gobierno* and judicial proceedings submitted before the New Orleans cabildo, I review the application of the peninsular *Derecho Indiano* and the rise of a local *Derecho Indiano* in that city through the study of the different issues dealt with by the cabildo.

I begin with a review of the first regulations issued by the Spanish authorities and then analyze how the cabildo and the governors treated the different issues arising every day in the city of New Orleans, such as the functioning of the cabildo, the administration of justice, the practice of medicine and other health-related professions, trade, food supply and certain topics related to slaves and black people, the unity of the marital home, children's marriage, monasteries, hospitals and education, among others.

Keywords: Derecho Indiano, cabildos, Spanish New Orleans, local law, every-day life, Bandos de buen gobierno.

Sumario: 1. Introducción. 2. La Luisiana Española. 3. Primeras disposiciones. Las ordenanzas e Instrucciones de O'Reilly. 4. Los gobernadores, el cabildo y el derecho indiano 4.1. Funcionamiento del Cabildo. Administración de justicia. 4.2. El ejercicio de la Medicina y otras

profesiones relacionadas con la salud. 4.3. Comercio, abasto y algunas cuestiones relativas a los esclavos y negros. 4.4. Unidad de domicilio conyugal. Matrimonio de los hijos de familia. 4.5. Monasterios, hospitales y educación. 5. Los gobernadores y los bandos de buen gobierno. 6. Consideraciones finales.

1. Introducción

El 3 de noviembre de 1762, durante el reinado de Luis XV, por un tratado preliminar de paz de carácter secreto –suscripto en Fountainbleau–, ratificado en París en febrero de 1763 y que no se hizo público hasta el 23 de abril de 1764, Francia cedió a España toda la provincia de la Luisiana que se encontrara al oeste del Misisipi, junto con una parte de la costa este que rodeaba e incluía la ciudad de Nueva Orleans.

Por una real cédula del 22 de marzo de 1767 el Rey suprimió los tribunales franceses y ordenó que los pleitos se sustanciaran conforme a las leyes y costumbres de la Colonia y la Recopilación de Leyes de Indias. Esta real cédula marcó el comienzo de aplicación del derecho indiano: el derecho francés quedaba derogado y las regulaciones españolas pasaron a ser las únicas en vigor en la región de la Luisiana.

El 18 de agosto de 1769 el Teniente General Alejandro O’Reilly, designado por el rey de España Carlos III como Gobernador y Capitán General de la Luisiana, tomó formal y física posesión de la provincia en nombre del monarca español. Sólo luego de superar una serie de revueltas, pudo comenzar a llevar a cabo su misión de organizar militar, judicial y comercialmente la provincia de Luisiana que le había encomendado el rey¹.

El objeto del presente trabajo consiste en analizar, tomando como fuente principal actas, deliberaciones², bandos de buen gobierno y procedimientos

¹ Conforme HENRY PLAUCHE DART, “The sources of the Civil Code of Louisiana”, *Address delivered at the Annual Meeting of the Louisiana Bar Association*, New Orleans, J.G.Hauser, “The legal printer”, 1911, pp.32-33.

² Las actas y deliberaciones del Cabildo suman 395 documentos producidos desde el primer día de funcionamiento del Cabildo hasta el último –el 18 de noviembre de 1803–. Este material fue transcrito, traducido al inglés y microfilmado gracias al Work Projects Administration, finalizado en agosto de 1939. El resultado de este proyecto son diez volúmenes y 3 rollos de la versión en español y 4 de la inglesa, que se encuentran actualmente en el Archives Department de la New Orleans Public Library, en la Loyola University Library, en la Louisiana State Library y en St. Martin Parish Library en St. Martinville. Proyecto WPA #665-64-3-112 supervisado por E. D. Friedrichs, conforme HENRY PUTNEY BEERS, *French and Spanish Records of Louisiana*, Baton Rouge, LSU Press, 1989; pp. 35- 37.

judiciales entablados ante el Cabildo de Nueva Orleans, la aplicación del derecho indiano peninsular y el surgimiento de un derecho indiano local, a través del estudio de las diversas cuestiones que se planteaban.

A tal efecto comienzo con las primeras disposiciones dictadas por las autoridades españolas –las *Ordenanzas e Instrucciones* de O’Reilly– para pasar luego al tratamiento que el Cabildo y los gobernadores le dieron a las diversas cuestiones que se planteaban en el día a día de la ciudad de Nueva Orleans tales como el funcionamiento del Cabildo, la administración de justicia, el ejercicio de la Medicina y otras profesiones relacionadas con la salud, el comercio, el abasto y algunos temas relativos a los esclavos y negros, la unidad de domicilio conyugal, el matrimonio de los hijos de familia, los monasterios, hospitales y la educación, entre otros.

Me adentro de esta forma en el estudio de una serie de problemáticas de la vida cotidiana de Nueva Orleans para cuya resolución la corporación municipal y el gobernador recogieron el derecho indiano, o generaron nuevas normas de derecho indiano.

Si bien numerosos autores –la mayoría estadounidenses– han trabajado sobre la Luisiana española o aspectos de la vida cotidiana en Nueva Orleans durante la dominación española, la mayoría de ellos lo han hecho desde la historia política o social, pero ninguno lo ha hecho desde la perspectiva histórico-jurídica ni ha trabajado sobre los expedientes judiciales planteados al Cabildo. En este sentido, algunos han utilizado las actas y deliberaciones del Cabildo, pero sin adentrarse en su análisis como una manifestación de un derecho indiano, sino como elemento para describir³. En su estudio de estos

³ Me refiero a los trabajos de DART, *op.cit.*; GILBERT C. DIN y JOHN E. HARKINS, *The New Orleans Cabildo. Colonial Louisiana first city government 1769-1803*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1996; THOS J. SEMMES, *History of the Luisiana and of the Civil Law*, New Orleans, Clark/Hofeline, 1873; BEERS, HENRY PUTNEY BEERS, *op.cit.*; CHARLES GAYARRÉ, *History of Louisiana. The Spanish domination*, Second Edition, Vol. III, New Orleans, James A. Gresham, Publisher, 1879; BIBIANO TORRES RAMÍREZ, *Alejandro O’Reilly en las Indias*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, CLXXXVII, 1969; LOUIS MOREAU- LISLET, y HENRY CARLETON, *The Laws of las Siete Partidas which are still in force in the State of Louisiana*, Volumen 1, Nueva Orleans, James McCaraher, 1820; PAUL E HOFFMAN, *Luisiana*, Madrid, Editorial Mapfre, 1992; JOSÉ MONTERO DE PEDRO, *Españoles en Nueva Orleans y Luisiana*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación, 1979; JULIA C. FREDERICK, “A blood test before marriage: ‘Limpieza de Sangre’ en Spanish Louisiana”, *Louisiana History*, vol. 43, n° 1, Lafayette, Journal of the Louisiana Historical Association, University of Louisiana, Winter, 2002, pp. 75-85; FERNANDO SOLANO COSTA, “La emigración acadiana a la Luisiana española (1763-1785)”, *Cuadernos de Historia Jerónimo Zurita*, Madrid, V.II, pp. 85-125,

distintos temas, la mayoría de los autores se ha referido al derecho vigente durante la dominación española como “derecho hispánico” sin concebir en ningún caso a ese derecho como expresión del derecho indiano.

2. La Luisiana Española

Tal como se señaló precedentemente, el 18 de agosto de 1769 O’Reilly tomó posesión de la provincia de Luisiana en nombre del monarca español⁴, en la que desde la referida real cédula del 22 de marzo de 1767 el Rey había dispuesto tener “por extinguido el Consejo Superior” de la Luisiana “de modo que no haya de conocer de ninguna de las causas civiles ni criminales ni de ningún otro género de recursos”; y que los pleitos y causas civiles y criminales que se plantearan los naturales del país entre sí o con algún español o extranjero, “se actúen, substancien y determinen conforme a las Leyes y costumbres que tengan uso constante y seguido en la Colonia”, y que en los casos no prevenidos o dudosos, se acudiera a las Leyes de la Nueva Recopilación de Indias. Sin embargo, si el pleito fuere entre españoles, se aplicarían las Leyes de Indias⁵. Ello porque el monarca consideraba apropiado que la Luisiana

disponible en <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/01/44/03solano.pdf> [consultada el 20/06/2012]; INMACULADA MARTÍNEZ Y GÁLVEZ, “La mujer y la vida familiar en Nueva Orleans (1763-1803)”, en *XIII Coloquio de historia canario - americano*, Las Palmas de Gran Canaria, Cabildo Insular de Gran Canaria, 1998, pp. 1380-1394; disponible en <http://www.americanistas.es/biblo/textos/08/08-095.pdf>, [consultada el 20/06/2012]; MARILYN STONE, “Desde las Siete Partidas a los códigos civiles norteamericanos”, *Actas de XI Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas*, coord. por Juan Villegas, Vol. 3, 1994, pp. 25-33, disponible en http://cvc.cervantes.es/literatura/aih/pdf/11/aih_11_3_005.pdf [consultada el 24/06/2012] y MINTER WOOD, “Life in New Orleans in the Spanish Period”, *Louisiana Historical Quarterly*, volume XXII, N° 3, July 1939, pp. 642-709 entre otros.

⁴ Me he referido a los antecedentes de la llegada de los españoles a la Luisiana en mis trabajos “De cuando la Luisiana fue española. El derecho indiano en la vida cotidiana de Nueva Orleans (1769-1803)” en *Libro en homenaje a los 100 años del nacimiento de Ricardo Zorraquín Becú*, Academia Nacional de Historia, República Argentina, en prensa, y en “Casarse lejos de casa... Las solicitudes para contraer matrimonio ante el Cabildo de Nueva Orleans (1769-1803)”, *Actas XVIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 16 al 20 de julio de 2012, pp. 375-398.

⁵ Conforme RODOLFO BATIZA, “La unidad del Derecho Privado en Luisiana durante el régimen español”, en *Inter-American Law Review*, Volumen 4, Nueva Orleans, Tulane

fuera gobernada por las mismas leyes que existían en otros dominios de Su Majestad en América, y que en su organización militar, judicial y financiera hubiera una subordinación a la isla de Cuba⁶.

Esta real cédula marcó el comienzo de aplicación del derecho indiano: el derecho francés quedaba derogado y las regulaciones españolas pasaron a ser las únicas en vigor en la región de la Luisiana.

Surge de esta manera un derecho que nace de la inmediatez y que se caracteriza, tal como ha señalado Víctor Tau Anzoátegui, por nacer y regir en el lugar adonde va a ser aplicado⁷. Un derecho que, según este autor, fue desatendido por la iushistoriografía clásica del siglo XIX y parcialmente la del siglo XX, porque ésta había volcado “todo su esfuerzo en el conocimiento del Derecho territorial o nacional, dando preferencia a las fuentes legales generales recopiladas o no, peninsulares y americanas”. Es que, conforme Tau Anzoátegui, los juristas decimonónicos sólo muy tardíamente reconocieron cierto valor a esta normativa pues la “ciencia de los códigos” o “la cultura del código” no la incluyó dentro del “marco esencial del Derecho”, sobre el cual se discutía y enseñaba el Derecho positivo⁸.

3. Primeras disposiciones. Las *Ordenanzas e Instrucciones* de O’Reilly

Unos meses después de su llegada, el 25 de noviembre de 1769, el gobernador O’Reilly dictó unas *Ordenanzas e Instrucciones* por las que sustituyó el Consejo Superior francés por el Cabildo y que constituyen la primera manifestación de derecho indiano criollo dictada en Luisiana⁹.

Institute of Comparative Law, 1962, pp. 121-137, citado por AGUSTÍN PARISE, *Historia de la Codificación Civil del Estado de Luisiana y su influencia en el Código Civil Argentino*, Prólogo de Abelardo Levaggi, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires-Eudeba, 2013, p. 37.

⁶ Comunicación del Rey a su gobierno del 17 de octubre de 1769 –mencionada por GAYARRÉ, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁷ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Los Bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (Época hispánica)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2004, p. 17 y 27.

⁸ TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.* pp.15-16, 24 y 67.

⁹ D. ALEJANDRO O’ REILLY, *Gobierno Militar y político de la Luisiana*, Nueva Orleans, Edición facsimilar. Impresa por Francisco Xavier Rodríguez, Escribano de su Expedición, Mc. Murtie-Early, 1769 (en adelante *Ordenanzas*, seguido de la sección y/o el artículo).

Por medio de estas *Ordenanzas* –elaboradas por los asesores legales de O’Reilly, los abogados Don José Urrustia y Don Félix del Rey–, y que tuvieron por fuente el derecho castellano y el derecho indiano¹⁰– se estructuró políticamente la Luisiana y se sentaron las bases de la administración de justicia.

Las normas dictadas por O’Reilly consistían en dos documentos que fueron publicados en español y francés y que se conocen como *Código O’Reilly*. Por el primero se erigió en nombre del Rey “un Cabildo, Justicia, y Regimiento en esta Ciudad” y se determinó su funcionamiento, mientras que el segundo es un “Reglamento para juzgar las causas civiles y criminales en la Luisiana”, tareas que estarían a cargo de los alcaldes del Cabildo¹¹. O’Reilly también dictó una *Ordenanza relativa a Mercedes de Tierras y Solares* el 18 de febrero de 1770¹².

El *Código O’Reilly* fue distribuido a los funcionarios a lo largo de la Luisiana y sirvió a los habitantes para familiarizarse con las leyes de España utilizadas en los dominios del Nuevo Mundo. Sin perjuicio de ello, Din y Harkins insisten en que los funcionarios políticos, los magistrados y los oficiales del ejército en la Luisiana continuaron utilizando la *Recopilación de leyes de Indias* y otros textos legales españoles¹³. Por otro lado, la importancia del *Código O’Reilly* radica precisamente en que fue el primer cuerpo legal dictado en la Luisiana para el funcionamiento del Cabildo de Nueva Orleans¹⁴.

El *Código* tenía como fuentes la *Recopilación de Leyes de Indias*, la *Recopilación de Castilla*, las *Partidas* y la *Curia Filípica*.

Por su parte, el *Reglamento* se ocupaba de la capacidad para estar en juicio, requisitos de la demanda, excepciones, contestación de demanda, apertura a prueba, producción de prueba, alegatos, sentencia, apelación ante el Cabildo, juicio ejecutivo, juicio criminal, penas, testamentos y de los aranceles de los jueces, asesores, regidores, alguaciles mayores, depositario general, abogados, escribanos, anotadores de hipoteca, procuradores, contador judicial, tasadores, etc.

Para Semmes, como el derecho francés y el derecho español descendían de la misma fuente, los cambios efectuados durante el dominio español, en lo

¹⁰ GAYARRÉ, *op. cit.*, p. 8.

¹¹ DIN Y HARKINS, *op.cit.*, p. 24; “Reglamento para juzgar las causas civiles y criminales en la Luisiana”, en Torres Ramírez, *op. cit.*, pp.203-225 (en adelante *Reglamento* seguido del número de capítulo y/o artículo).

¹² PARISE, *op. cit.*, p. 37.

¹³ DIN Y HARKINS, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 53-54.

que se refiere al derecho privado, no fueron radicales, los que sí lo fueron en el ámbito del derecho público¹⁵.

Agustín Parise afirma que “los restantes gobernadores españoles parecen haber realizado pocos cambios al sistema legal incorporado por O’Reilly en 1769” y que

parecería que los criollos en la Luisiana habían aceptado la transición hacia el sistema de leyes español. No obstante, algunos de los habitantes de origen francés resolvían sus pleitos extrajudiciales conforme las leyes, costumbres y usos franceses¹⁶.

Con respecto a la doctrina jurídica castellano-indiana, Parise señala que circuló en la Luisiana y fue consultada con familiaridad. En este sentido, menciona *La Curia Filípica* de Juan de Hevia Bolaños que ocupaba un estante en la biblioteca de Gustavus Schmidt –uno de los abogados más destacados de la ciudad de la Nueva Orleans–, cuya biblioteca jurídica privada fue una de las de mayor riqueza en la región sur de los EE.UU. Parise sostiene también que el trabajo de José Febrero, *Librería de Escribanos é instrucción jurídica teórica práctica de principiantes* circuló mucho entre los juristas de la Luisiana y fue fuente del Digesto de 1808¹⁷.

La compulsa de las actas del Cabildo da cuenta de la circulación de las obras de doctrina indiana, ya que en 1778 los regidores del Cabildo plantearon la necesidad de comprar algunos libros de derecho como la Recopilación de Leyes de Indias y de la Curia Filípica, lo que se resolvió positivamente¹⁸.

4. Los gobernadores, el cabildo y el derecho indiano

Las *Ordenanzas* prescribieron la creación de un cabildo que, como la mayoría de los cabildos indianos, ejercía poderes administrativos, legislativos, regulatorios y judiciales¹⁹.

¹⁵ SEMMES, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶ PARISE, *op. cit.*, p. 37.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 52- 53.

¹⁸ *Digest of the Acts and Deliberations of the Cabildo*, City Archives, New Orleans Public Library, Volumen I, p. 288. (en adelante ADC, seguido del Libro, Volumen y página, o Libro y página).

¹⁹ BEERS, *op. cit.*, p. 33.

El marco legal de las decisiones del Cabildo eran en principio las leyes de Indias y las normas dictadas por O'Reilly; pero no siempre las disposiciones se podían adaptar a lo prescrito, por lo que cuando las autoridades se apartaban, lo que conforme Din y Harkins sucedía a menudo— lo debían justificar a la Corona²⁰.

En este sentido, tanto el Cabildo de Nueva Orleans como los gobernadores, fueron creadores de un derecho indiano local, que surgía en la medida en que las autoridades indianas debían resolver las distintas cuestiones que se planteaban.

Conforme las *Ordenanzas*, los funcionarios del Cabildo debían efectuar rondas nocturnas para vigilar la seguridad de la ciudad, celar y castigar amancebamientos, juegos prohibidos y demás pecados públicos²¹, aparecer en público correctamente vestidos, llevar la vara que simbolizaba la justicia real y ser tribunal de apelación de las sentencias civiles²².

En función de lo establecido por el *Código O'Reilly*, el Cabildo se ocupó efectivamente de cuestiones de policía, impuestos, supervisión del abasto, obras públicas, regulación de la salud y de las construcciones, distribución de tierras y organización de las festividades²³.

A continuación, presento una serie de temas para cuya resolución la corporación municipal y el gobernador recogieron el derecho indiano, o generaron nuevas normas de derecho indiano.

4.1. *Funcionamiento del Cabildo. Administración de justicia*

En 1791, siendo Gobernador Esteban Miró, los regidores, considerando que era contrario a las Leyes de Indias llevar a cabo reuniones en la casa del Gobernador—lo que había sido efectuado de tal manera por el estado de necesidad como consecuencia de un incendio—acordaron alquilar un lugar para efectuar las reuniones²⁴.

Unos años más tarde, en febrero de 1795 los miembros del Cabildo decidieron solicitar al rey que autorizara el aumento del número de ellos²⁵, lo

²⁰ DIN y HARKINS, *op. cit.*, p. 54.

²¹ *Ordenanzas*, Sección II.5-6.

²² *Ordenanzas*, Sección II. 4, DIN y HARKINS, *op. cit.*, p. 23.

²³ *Ordenanzas*, Sección I, DIN y HARKINS, *op. cit.*, p. 56.

²⁴ ADC, Libro 3, Volumen II, p. 155, del 21/10/1791.

²⁵ ADC, Libro 3, Volumen III, p. 199, del 20/02/1795.

que fue resuelto positivamente casi dos años más tarde, cuando se dispuso la venta en pública subasta de seis nuevas plazas²⁶.

A pesar de lo dispuesto por O'Reilly respecto de la obligación del Cabildo de archivar y mantener bajo reserva la documentación emitida por éste²⁷, en 1780 esta disposición parece no haberse cumplido del todo, lo que se deduce de la decisión del Cabildo de mandar a confeccionar un cajón de madera para colocar los documentos, previo inventario y bajo la custodia del Secretario²⁸.

En lo que respecta a la administración de justicia, las autoridades indianas fueron instruidas de la real cédula del 27 de abril de 1784 por la que los tribunales eclesiásticos no se debían introducir en el conocimiento de las testamentarías y abintestatos de los difuntos, aunque fueran clérigos, ni sus incidencias, “pues todo lo de estas materias pertenece a las justicias reales ordinarias...”²⁹. De ello da cuenta un acta en la que se consigna que en 1784 el gobernador Miró exhibió a los regidores una real cédula por la que se estableció que los tribunales eclesiásticos no tenían jurisdicción acerca de la validez o nulidad de testamentos y otras cuestiones de derecho sucesorio³⁰.

El Idéntico espíritu debe haber primado cuando en 1787, el mismo gobernador hizo circular cinco cartas en las que el rey ordenaba: 1) Que los tribunales eclesiásticos solo podían intervenir en casos de divorcios, sin interferir en cuestiones patrimoniales derivadas de los mismos; 2) Que se respetara lo dispuesto en relación con las concesiones efectuadas a la orden de los presbiterianos, dentro y fuera de los límites de la ciudad; 3) Que se cumpliera lo dispuesto en relación con la expulsión de prisioneros que se refugiaron en asilo sagrado; 4) Que se cumpliera lo dispuesto sobre matrimonios de hijos de familia; 5) Que se cumplieran las normas relativas a contratos de intercambio marítimo³¹.

El deseo de la Corona de que las causas se iniciaran y concluyeran en América fue dado a conocer en 1785 por el Gobernador Miró a los regidores al exhibirles las reales cédulas dirigidas a las autoridades americanas por las que prohibían que ningún funcionario público se dirigiera directamente en

²⁶ ADC, Libro 4, Volumen II, p. 13, del 28/07/1797.

²⁷ *Ordenanzas* art. I.11.

²⁸ ADC, Libro 2, p. 22, del 21/04/1780.

²⁹ Real cédula del 27 de abril de 1784, en JUAN JOSEPH MATRAYA Y RICCI, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales (1819)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978, p. 382.

³⁰ ADC, Libro 3, Volumen I, p. 14, del 3/9/1784.

³¹ ADC, Libro 3, Volumen I, p. 187, del 17/8/1787.

apelación al rey. Por estas disposiciones se estipulaba que lo debían hacer a través de sus inmediatos superiores, salvo cuando el funcionario quisiera dar a conocer situaciones de extrema gravedad³².

4.2. El ejercicio de la Medicina y otras profesiones relacionadas con la salud

Otra disposición indiana en Nueva Orleans fue un decreto de O'Reilly del 12 de febrero de 1770 por el que el Cabildo tenía competencia para supervisar el ejercicio de la Medicina³³. A pesar de que el decreto dividió la profesión médica en dos categorías, médicos y cirujanos, su principal objeto fue regular las actividades de los médicos, permitiendo que los cirujanos practicaran la Medicina durante diez años, previo registro por parte del Escribano del Cabildo. En este sentido, por ejemplo, el Cabildo registró autorizaciones para abrir farmacias³⁴ así como para ejercer como médicos y cirujanos³⁵.

El 8 de mayo de 1772 ordenó que todos los cirujanos presentaran dentro del término de ocho días la documentación correspondiente, a efectos de que ésta fuera examinada³⁶, registró designaciones de integrantes de los Comités que debían examinar a los médicos y cirujanos que pretendían ser admitidos³⁷ e impidió a quienes no eran médicos el ejercicio de la medicina³⁸.

También tuvo que intervenir cuando los farmacéuticos de Nueva Orleans se quejaron de que los médicos y cirujanos indicaban sus propias recetas, en cuyo caso dispuso que todas las recetas debían completarse en las farmacias salvo que el médico hubiera sido llamado para atender pacientes en el campo. En este último caso, el Cabildo resolvió que el médico podía ordenar su propia receta³⁹.

Con respecto a las farmacias el Cabildo ordenó que debían ser inspeccionadas cada cuatro meses, que este tipo de comercios debía tirar los me-

³² ADC, Libro, 3, Volumen I; p 46, del 8/4/1785. Ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, Editorial Perrot. 2a.ed., 1981, p. 176.

³³ El decreto fue impreso inicialmente en francés. Archivo General de Indias, *Papeles procedentes de la Isla de Cuba*, legajo 188. Citado por DIN y HARKINS, *op. cit.*, p. 208.

³⁴ ADC, Libro 1, p. 18, del 12/1/1770; ADC, Libro, 3, Volumen I, p. 41, 1785.

³⁵ ADC, Libro 1, p. 260, 271, 291, 283, 331, 66, 184, 185, entre otros.

³⁶ ADC, Libro 1, p. 95.

³⁷ ADC, Libro 2, p. 184, Libro 3, Volumen III, p. 3; Libro 4, Volumen I, p. 106, Libro 4, Volumen 3, p. 125

³⁸ ADC, Libro 4, Volumen IV, p. 127, del 14/8/1801.

³⁹ ADC, Libro 4, Volumen III, p. 108, del 22/11/1799.

dicamentos vencidos y que todos los medicamentos importados debían ser revisados antes de ponerlos a la venta⁴⁰.

4.3. Comercio, abasto y algunas cuestiones relativas a los esclavos y negros

La política comercial de la corona española, dada a conocer por el Gobernador Ulloa en 1766 y que reducía el comercio solo a través de seis puertos peninsulares llevaba a un régimen de inestabilidad, que se basaba en privilegios, cambios constantes, codicia oficial y que traía como consecuencia un creciente contrabando, que, en opinión de Wood, se debía a la imposibilidad física de estructurar un comercio de exportación e importación a través de canales legítimos⁴¹.

Una cuestión que debía atender el Cabildo era justamente las quejas de los comerciantes de Nueva Orleans por el comercio de importación y exportación, por lo que en 1769 dispuso que los comerciantes minoristas no podían comprar mercadería que llegara del río y que no se compraran grandes cantidades de productos, sino solo lo necesario para el mantenimiento de cada familia⁴².

Este problema parece no haber sido resuelto por la referida disposición de 1769, porque al año siguiente se denunciaba que continuaban las especulaciones de los comerciantes y que la ciudad sufría de desabastecimiento de víveres debido a que los comerciantes minoristas navegaban toda la extensión del río y acaparaban todas las provisiones que encontraban.

El Cabildo tomó nuevamente cartas en el asunto, y decidió que todos los barcos debían anclar frente a la Plaza y poner sus productos a disposición para la venta al por menor por un período de cuatro horas, a partir del que podían venderlos al por mayor. En la misma oportunidad prohibió la navegación por el río con el objeto de comprar mercaderías, bajo pena de confiscación⁴³.

Los problemas de desabastecimiento continuaron, y en 1775 los regidores plantearon que los inconvenientes se producían por el exceso en las exportaciones. En consecuencia, solicitaron que éstas se limitaran, lo que fue resuelto en forma positiva hasta que se resolviera el problema por el gobernador Unzaga⁴⁴.

⁴⁰ ADC, Libro 4, Volumen III, p. 108, del 22/11/1799.

⁴¹ WOOD, *op. cit.*, pp. 663- 664.

⁴² ADC, Libro 1, p. 8 , del 12/9/1769.

⁴³ ADC, Libro 1, p. 41, del 10/5/1770.

⁴⁴ ADC, Libro 1, p. 229, del 17/11/1775.

Con respecto a las exportaciones de tabaco, en 1770 los regidores resolvieron solicitar al rey la exportación de tabaco libre de impuestos, petición que se demoró casi un año y medio debido a las dificultades que tenían los regidores de redactar el documento en español. A pesar de la obligación que pesaba sobre los regidores de redactar los documentos en este idioma, el Cabildo resolvió autorizar la remisión del documento en francés, previa solicitud al Rey de que lo aceptara en francés porque ellos eran españoles “de corazón”⁴⁵.

En 1785 el Gobernador Miró exhibió a los regidores la disposición real por la que se prohibía que los pasajeros se embarcaran con más de dos libras de tabaco, la que se debía aplicar tanto a los nobles que llegaran a España como a los americanos⁴⁶.

En 1791 el mismo Gobernador informó a los regidores que a pesar de que las disposiciones reales de 1782 sobre libre comercio estaban por expirar, se considerarían prorrogadas. Esta decisión tomada por el Gobernador constituye un ejemplo de una medida local que se contrapone a una norma dispuesta por el rey⁴⁷. Teoría y práctica, derecho y realidad, ser y deber ser se ponen de manifiesto en esta ocasión, cuando los regidores-integrantes- ellos mismos de la elite de comerciantes de Nueva Orleans-decidieron extender la aplicación de una norma cuya aplicación había llegado a su fin.

No obstante, la práctica se legalizó cuando en 1796, durante el gobierno de Carondelet, éste presentó a los regidores copia de una disposición del 9 de junio del mismo año, por la que el propio rey prorrogó las disposiciones sobre libre comercio a la Luisiana. La extensión de la normativa parece haber dejado satisfechos a los regidores, sin perjuicio de que éstos solicitaron al Gobernador que requiriera que el rey modificara tres disposiciones relativas a rutas de los barcos y aranceles, entre otras⁴⁸.

Las cambiantes circunstancias políticas probablemente hayan llevado a que tres años más tarde, el rey derogara una disposición de 1797 por la que los barcos podían comerciar libremente en sus dominios todo tipo de mercaderías a bordo de buques nacionales o extranjeros, de los puertos de naciones amigas o españoles. Esta norma parece no haber sido del gusto de los regidores, quienes el 27 de setiembre de 1799 resolvieron pedir una opinión al asesor legal y solicitar al Gobernador civil que hiciera uso de su influencia con el Gobernador

⁴⁵ ADC, Libro I, p. 31, del 30/6/1770; Libro I, p. 74, del 10/4/1771.

⁴⁶ ADC, Libro 3, Volumen I, p. 86, del 23/12/1785.

⁴⁷ ADC, Libro 3, Volumen II, p. 152, del 17/9/1791.

⁴⁸ ADC, Libro 3, Volumen III, p. 86, del 16/9/1796.

militar y el Intendente para que los buques que navegaran el río pudieran cargar y descargar mercaderías como lo habían hecho hasta entonces, para evitar las consecuencias irreparables que se producirían de acatar la disposición real⁴⁹. Sin perjuicio de ello, unos días más tarde, el 6 de octubre, los regidores, en sesión extraordinaria, resolvieron solicitarle al rey que no aplicara esta disposición a la Luisiana⁵⁰, y a los diecinueve días, sin esperar la respuesta del rey, resolvieron suspender el cumplimiento de la disposición en relación con el comercio con nacionales neutrales, mientras el rey no decidiera lo contrario⁵¹. Una vez más, derecho y realidad se enfrentaban, al tomar los regidores una decisión en relación con el comercio, en contraposición a lo ordenado por el rey.

En mayo de 1802 continuaban las presiones para lograr mayor apertura económica, de lo que da cuenta la lectura de una carta oficial del Gobernador por la que adjunta una real cédula en la que se permite la exportación de plata pagando los respectivos impuestos⁵².

Estas medidas que implicaron una apertura económica, llevaron a que el comercio en el puerto de Nueva Orleans durante los últimos años de la dominación española, liberado de los mayores obstáculos, se constituyera en el punto de partida de la gran prosperidad económica de la ciudad⁵³.

En relación con los esclavos, el 28 de febrero de 1770 el Gobernador O'Reilly había dispuesto, entre otras normas, un perdón para los esclavos fugitivos que retornaran dentro del mes de haberse escapado de sus amos⁵⁴. Esta norma parece haberse dictado en un contexto en el que, según Wood, la fuga de esclavos era cosa muy frecuente, de la que daba cuenta cada número de *Le Moniteur de la Louisiane*, en el que se reportaba con minuciosidad los nombres, descripciones y tribus a las que pertenecían los negros que se escapaban⁵⁵.

Según Din y Harkins, se trató de la primera manifestación de que la administración española no estaba dispuesta a tolerar las duras costumbres en relación con el trato a los esclavos, a las que los dueños de las plantaciones estaban acostumbrados⁵⁶. En este caso, una norma real pretende poner fin a

⁴⁹ ADC, Libro 4, Volumen III, p. 77, del 27/9/1799.

⁵⁰ ADC, Libro 4, Volumen III, p. 88, del 6/10/1799.

⁵¹ ADC, Libro 4, Volumen III, p. 101, del 25/10/1799.

⁵² ADC, Libro 4, Volumen IV, p. 208, del 21 de mayo de 1802.

⁵³ WOOD, *op. cit.*, p. 667.

⁵⁴ No me referiré *in extenso* en este trabajo al tema del Cabildo y los esclavos, atento a que el tema ya ha sido tratado en profundidad por Din y Harkins. Solo mencionaré algunas disposiciones al respecto que he encontrado al efectuar mi compulsas en relación con otros temas.

⁵⁵ WOOD, *op. cit.*, p. 661.

⁵⁶ Conforme DIN, *op. cit.*, p. 155.

una práctica instalada entre los dueños de esclavos, que considera contraria al espíritu de la Corona española.

En febrero de 1792 el Cabildo resolvió que todos los negros que no fueran bozales, traídos de islas extranjeras como pasajeros, fueran inspeccionados a su llegada, de la que se debía informar inmediatamente al Gobernador⁵⁷. En realidad, se trataba, según Wood, de prohibir las importaciones de negros del Caribe, debido al temor a las insurrecciones⁵⁸.

A pesar de la prohibición, la importación de hecho continuaba⁵⁹ –motivada principalmente por la necesidad de mano de obra para el trabajo en las plantaciones de azúcar–. Es que esta imposición generaba las quejas de los vecinos ricos de Nueva Orleans⁶⁰ y el apoyo de los regidores⁶¹.

En función de ello el Cabildo decidió el 16 de agosto de 1800 que no existía ninguna disposición que la prohibiera, sino-en su opinión-solo una carta del rey por la que acusaba recibo de su petición-documento que había sido usado por el Gobernador Carondelet para prohibir la importación temporaria de negros-. Esta salida permite suponer que los regidores resolvieron por sí mismos dejar de lado la prohibición y continuar permitiendo el comercio de negros, en otra manifestación de independencia y de búsqueda de soluciones para las situaciones que se les planteaban⁶².

4.4. Unidad de domicilio conyugal. Matrimonio de los hijos de familia

En materia de derecho de familia, las autoridades en la Luisiana se hicieron eco del principio de unidad de domicilio conyugal consagrado en la Recopilación de Leyes de Indias de que los casados pasaran a América con sus mujeres y de que los que así no lo hicieran, fueran remitidos de vuelta con sus bienes, “a hacer vida con sus mujeres”. Esta norma se aplicó también a los casados y desposados en Indias que querían volver a España⁶³.

⁵⁷ ADC, Libro 3, Volumen II, p. 192, del 10/2/1792.

⁵⁸ WOOD, *op. cit.*, p. 658.

⁵⁹ ADC, Libro 4, Volumen III, p. 42, del 28/6/1799.

⁶⁰ ADC, Libro 4, Volumen III, p. 202, del 8/8/1800.

⁶¹ ADC, Libro 4, Volumen IV, p. 13, del 24/10/1800.

⁶² ADC, Libro 4, Volumen III, p. 204, del 16/8/1800.

⁶³ Me he referido *in extenso* a la unidad de domicilio conyugal en *Escenas de la vida conyugal. Los conflictos matrimoniales en la sociedad virreinal rioplatense*, Buenos Aires, Editorial Quórum, en coedición con la Universidad del Museo Social Argentino, 2003.

Al respecto, en 1783 el gobernador Gálvez presentó a los regidores un oficio por el que se prohibía a los soldados regresar a España sin permiso de su Majestad y solo por negocios oficiales, en este caso con el consentimiento de sus esposas y con el encargo de dejar asegurada la subsistencia de sus familias –recogiendo de esta manera las disposiciones de la Recopilación de Leyes de Indias–⁶⁴.

En relación con el matrimonio de los hijos de familia, rigieron en Nueva Orleans- como en el resto de las posesiones españolas en América-, las disposiciones que exigían el consentimiento paterno al matrimonio de los hijos⁶⁵. En consecuencia, también en el Cabildo se trató el tema, al presentar el Gobernador las prescripciones relativas al matrimonio de los hijos de familia, en las que el Rey defendía el disenso del padre al matrimonio de sus hijos y prohibía a la madre designar como herederos a los hijos desobedientes⁶⁶.

Este requisito fue expresamente señalado por medio de un oficio dirigido al Cabildo de Nueva Orleans, en el que se ordenaba a los regidores dar cumplimiento a las disposiciones del Consejo de Indias sobre el matrimonio de los hijos de familia⁶⁷. La Corona informaba al Cabildo que- atento a lo prescripto en la real cédula dictada en Aranjuez 31 de mayo de 1783-, los hijos de familia mayores de veinticinco años que querían contraer matrimonio, debían pedir y obtener el consejo paterno y por su denegación, el suplemento judicial prevenido en el capítulo 9 de la Real Pragmática de 23 de marzo de 1776⁶⁸—extendida a América el 7 de abril de 1778—⁶⁹, bajo las penas establecidas en ella.

Las autoridades encargadas de llevar adelante las solicitudes para contraer matrimonio eran los alcaldes ordinarios del Cabildo, ya que conforme las *Ordenanzas*, conocían en primera instancia de todos los asuntos civiles y criminales entre personas de su jurisdicción que no gozaran de fuero especial⁷⁰.

⁶⁴ Ley 1, título III del Libro VII –De los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mujeres y esposas– de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680. *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias: mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del rey Don Carlos II, nuestro señor*, Madrid, Julián de Paredes, 1681.

⁶⁵ He desarrollado en tema en KLUGER, *Casarse lejos de casa*. cit.

⁶⁶ ADC, Volumen 2, p. 196, del 19/9/1783.

⁶⁷ ADC, Libro II, pp. 190-194, del 19/9/1783.

⁶⁸ SANTOS SÁNCHEZ, *Extracto puntual de todas las Pragmaticas, Cédulas, Provisiones, Circulares, y Autos acordados, publicados y expedidos por regla general en el reinado del Señor D. Carlos III*, Madrid, Imprenta de La viuda e hijo de Marín, 1794, Tomo I, p. 360.

⁶⁹ MATRAYA Y RICCI, *op. cit.*, p. 380.

⁷⁰ *Ordenanzas*, Sección II.1.

En este contexto de movimiento constante de individuos, jóvenes cuyos progenitores se encontraban en lugares alejados de Nueva Orleans, se dirigieron ante los alcaldes del Cabildo y plantearon distintas solicitudes que apuntaron a poder contraer matrimonio religioso⁷¹. En estas circunstancias, los alcaldes del Cabildo tuvieron que ocuparse de los trámites que iniciaban estos individuos para poder casarse a la faz de la Iglesia, los que variaban dependiendo de la situación en que se encontraba cada uno.

Si bien en la mayoría de los casos que he compulsado no se invocó ninguna disposición legal, Pedro Rene Coscher, por ejemplo, en su solicitud del 8 de mayo de 1794 señaló que pedía la licencia porque carecía de padres y parientes y porque era “indispensable obtener licencia para contraer dicho matrimonio según lo prevenido por la Real Pragmática”⁷². Cuatro años más tarde, Antonio Lavellesse también se vio obligado a solicitar autorización ante el Cabildo para casarse con Emilia Labbe porque carecía de parientes legítimos que hubieran podido darle el debido consentimiento⁷³.

También Catalina Susana Bello, en 1785, se había presentado ante el Gobernador Esteban Miró para que se intimase a su novio –con quien había contraído esponsales– a que le pidiese a su hermano la venia para contraer matrimonio o en su defecto expusiera las causas de su oposición⁷⁴. Por su parte, en 1791 María Adelayda Leconte tuvo que pleitear con su madre y llevar adelante un juicio de disenso para poder contraer matrimonio con el Subteniente de Infantería José Piernas, ya que, según la novia, su madre no tenía ningún motivo legítimo para oponerse y solo deseaba “retardar la conclusión de este pleito para hacer más remota la remisión de diligencias” que su pretendiente debía dirigir a sus superiores para que lo autorizaran a casarse. Finalmente, ante los “caprichosos subterfugios maliciosamente producidos” por la madre, el Gobernador Carondelet prestó el consentimiento que la madre negaba⁷⁵.

Ello debido a la exigencia de las autoridades religiosas de certificados de soltería o justificación de viudedad para autorizar los matrimonios religiosos,

⁷¹ Los expedientes tramitados ante el Cabildo de Nueva Orleans se encuentran microfilmados y han sido compulsados en el Archives Department de la New Orleans Public Library y en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane, Nueva Orleans, Luisiana, Estados Unidos de Norteamérica.

⁷² Louisiana Cabildo Judicial Records (en adelante LCJR y número de expediente, o año y número de caso), 1794050801.

⁷³ LCJR, 1798, Case 3.

⁷⁴ LCJR, 1785, Case 1.

⁷⁵ LCJR, 1791, Case 1.

probablemente atento a las denuncias de casos de poligamia y quejas de los religiosos respecto de ciertas conductas “lascivas”⁷⁶.

Al fin y al cabo, Nueva Orleans era una ciudad típicamente de frontera y en la que circulaban individuos de diversos orígenes, razas y credos religiosos. En opinión de Din y Harkins, era una urbe que estaba más poblada que otras en Texas, New México y California, en la que se desenvolvía una gran actividad económica y a la que llegaban continuamente sujetos de distintas procedencias⁷⁷.

La solución que los alcaldes le fueron dando a las solicitudes que se presentaron, contribuyó al surgimiento de un derecho indiano netamente criollo, elaborado sobre la base de la realidad que se planteaba en cada caso, según se tratara de individuos que tenían parientes en Nueva Orleans dispuestos a otorgarles el permiso –en cuyo caso solicitaban que se le otorgara validez a las autorizaciones–, hijos cuyos parientes se negaban a otorgarles el consentimiento o sujetos que carecían de familiares y se veían obligados a requerir la venia supletoria.

En el primer caso, las justicias aceptaron las licencias de los parientes que las habían otorgado y ordenaron se confeccionara a los solicitantes la constancia necesaria para ser presentada ante el tribunal eclesiástico⁷⁸. En el segundo, tuvieron que convocar a los parientes que se negaban a otorgar el consentimiento y sustanciar un juicio de disenso en el que éstos debían exponer la razón de la oposición al matrimonio⁷⁹. En el tercero, y en virtud de una real cédula del 7 de abril de 1778 que disponía en su apartado IV que los españoles y demás europeos debían pedir el consentimiento de la justicia del territorio en que se hallaren⁸⁰, los alcaldes del Cabildo tuvieron que otorgar la venia supletoria al no contar con parientes dispuestos a otorgar el permiso requerido por las disposiciones reales. En estos casos, luego de la deposición de dos o tres testigos y un trámite muy breve, se ordenaba la emisión de un testimonio para ser presentado ante los tribunales eclesiásticos.

La compulsa de estas actas del Cabildo da cuenta de que también en Nueva Orleans-como en el resto de las posesiones españolas en América-, las autoridades contribuyeron a la ideología de la Corona de evitar los matrimonios desiguales.

⁷⁶ MARTÍNEZ Y GÁLVEZ, *op. cit.*, p.1384.

⁷⁷ DIN y HARKINS, *op.cit.*, pp. 1-2.

⁷⁸ KLUGER, *Casarse lejos de casa... op.cit.*, pp.395-396.

⁷⁹ LCJR, 1791, Case 1.

⁸⁰ Archivo General de la Nación, Sala IX, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales, Expediente 37-07-01.

4.5. *Monasterios, hospitales y educación*

En 1790 el Gobernador Miró exhibió a los regidores una real cédula por la que el Rey anuló una disposición previa por la que prohibía que existieran pequeños monasterios de órdenes religiosas militares en las Indias y en las Filipinas⁸¹.

En relación con la asistencia a la población pobre, en 1793 el Gobernador Carondelet presentó copia de una real cedula por la que el Consejo de Indias aprobó la construcción de un nuevo hospital de caridad a ser construido por Andrés Almonaster⁸².

En lo que respecta a la enseñanza del español, en 1797 el Gobernador Gayoso hizo saber al Cabildo una disposición real por la que se había ordenado la creación de escuelas en las Indias en las que se enseñara el idioma español y la consiguiente prohibición del uso de las lenguas nativas⁸³. Este interés por la educación se explica fundamentalmente porque la Corona se quería asegurar la fidelidad de sus nuevos vasallos, que en los primeros años de la dominación española no hablaban el idioma, se debían someter a un nuevo sistema político y además la ciudad se comenzaba a poblar con individuos de distintas procedencias⁸⁴.

5. **Los gobernadores y los bandos de buen gobierno**⁸⁵

En el lapso 1769-1803 en el que la corona española dominó la Luisiana, los gobernadores Miró, Carondelet y Gayoso, entre otros, dictaron para Nueva Orleans, cada uno un bando de buen gobierno.

En términos generales, el bando de buen gobierno era un mandamiento de autoridad competente dirigido a los vecinos y habitantes de la ciudad y su

⁸¹ ADC, Libro 3, Volumen II, p. 109, del 28/5/1790.

⁸² ADC, Libro 3, Volumen III, p. 91, del 18/10/1793.

⁸³ ADC, Libro 4, Volumen II, p. 21, del 5 /8/1797.

⁸⁴ WOOD, *op. cit.*, p. 682.

⁸⁵ Me he referido a los bandos de buen gobierno del Río de la Plata en mis trabajos "Disciplinamiento familiar y social en el Río de la Plata, Tucumán y Cuyo: amancebados, casados ausentes e hijos fugitivos en la mira de los bandos de buen gobierno". *Revista de historia del derecho* N° 33. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 2005, pp.131-158, y "La administración de justicia en el Río de la Plata, Tucumán y Cuyo a la luz de los bandos de buen gobierno". *Actas XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Córdoba (España). Coordinador: Manuel Torres Aguilar. Diputación de Córdoba. Universidad de Córdoba. 2005, pp.487-508.

jurisdicción, que contenía un conjunto articulado de disposiciones sobre diversas materias relativas a la vida local, que se daba a conocer públicamente a toda la población. Se remonta a la costumbre de los pretores de Roma, seguida luego por los corregidores de todas las provincias del Imperio, de hacer publicar edictos y capítulos para que el pueblo los observase en orden a la buena gobernación y la administración de justicia⁸⁶.

El 2 de junio de 1786 el Gobernador Miró dictó el primer bando de buen gobierno del que se tiene registro en Nueva Orleans. El bando constaba de 34 artículos que se referían a comportamientos sociales acorde con la moral, comercio, juego, uso de armas de fuego, duelos, bailes de gente de color, toque de queda, inmigración de negros *croles* y presencia de animales en las calles, entre otros temas.

Las normas contenidas en el bando prohibían el trabajo y el comercio los días domingos y feriados religiosos y cualquier tipo de juego de azar, establecían normas que obligaban a los dueños de distintos tipos de animales a hacerse cargo de los que circulaban por las calles o cuyos cuerpos sin vida quedaban en los caminos, prohibían almacenar más de 50 libras de pólvora en los negocios, ordenaban la limpieza de las chimeneas, el mantenimiento en condiciones de higiene de los frentes de las casas y la limpieza de las zanjas una vez por mes, prohibían la inmigración de negros *creoles* de las islas francesas y británicas, ordenaban que los barcos de carga en que éstos eran transportados fueran inspeccionados en Belize y de que en caso en que fueran hallados negros *creoles*, fueran detenidos hasta que sus dueños los enviaran de regreso en el primer vapor y que fueran alimentados por sus dueños mientras estuvieran detenidos, y reglas relativas al tránsito de carruajes tirados por caballos dentro de la ciudad⁸⁷.

Para Wood, la disposición que prohibía trabajar los domingos y feriados religiosos fue cuestionada porque se necesitaba mano de obra para recoger la cosecha en determinadas épocas del año, por lo que, aunque no fue eliminada, en la práctica no fue observada⁸⁸.

Según Gayarré, en el bando se hacía saber la intención de proceder con toda severidad en los casos de concubinato, se prescribía la obligación de las mujeres negras de llevar el *tignon*, la prohibición para los negros de reunirse de noche, de salir sin pasaporte y sin asegurar sus deudas, y se ordenaba que quienes llegaran o se fueran de Nueva Orleans se tenían que presentar

⁸⁶ KLUGER, *Disciplinamiento familiar y social*, op. cit., p. 142

⁸⁷ ADC, Libro 3, Volumen 1, pp. 105-111 del 2/6/1786.

⁸⁸ WOOD, op. cit., p. 661.

al gobernador⁸⁹. Las normas inmigratorias, para Wood, eran un intento de regular a esta población tan heterogénea, y evitar la llegada de gente extraña a la ciudad a través de las casas de los campesinos⁹⁰.

Por el mismo bando se castigaba a los desertores de la Marina, se prohibían grandes reuniones sin autorización del gobernador, se impedía caminar de noche si no era en casos de urgencia, no se podía alquilar una vivienda a un esclavo, las tabernas debían cerrarse a determinadas horas, no se podía vender alcohol a indios, esclavos y soldados, no les podían comprar cosas a ellos ni a los convictos y se prohibía la venta de esclavos, de palabra⁹¹.

El 22 de enero de 1792 el Gobernador Carondelet dictó un bando de buen gobierno por el que dividía Nueva Orleans en cuatro barrios y nombraba para cada uno de ellos un alcalde, encargado de su policía y justicia. Carondelet también se ocupó de que los habitantes de Nueva Orleans se reportaran a las autoridades y de que éstas supieran el nombre de los residentes y de los recién llegados. Los alcaldes de barrio también estaban a cargo de supervisar los procedimientos en caso de incendio. El Gobernador se ocupó, en el mismo bando, de la iluminación de la ciudad y de reunir el dinero necesario para hacer frente a este gasto, mediante un impuesto a cada chimenea ⁹².

Según Din, el bando se refería básicamente a cuestiones de familia y anunciaba que no toleraría “conductas impropias”, y a pesar de que contenía unas pocas disposiciones sobre los negros libres o esclavos, prohibía la importación de individuos en cautiverio de Jamaica y de las Indias Orientales, debido a su previo contacto con ideas revolucionarias que hubieran podido alterar la tranquilidad de la Luisiana⁹³.

Poco tiempo después, Carondelet parece haber agregado algunas disposiciones a su Bando, entre las que se encontraba la prohibición de la venta por

⁸⁹ GAYARRÉ, *op. cit.*, pp. 178-180. No he encontrado este contenido en el texto del bando mencionado por Gayarré, por lo que ignoro si se trata del mismo bando del 2 de junio de 1786, o de otro bando. Sobre las normas que regulan la vestimenta o el arreglo de las mujeres negras, ver también WOOD, *op. cit.*, p. 658.

⁹⁰ WOOD, *op. cit.*, p. 694.

⁹¹ GAYARRÉ, *op. cit.*, pp. 178-180.

⁹² En <http://archive.is/mkCW7#selection-509>, consultado el 14 de marzo de 2016.

⁹³ GILBERT C. DIN, *Spaniards, Planters, and Slaves: The Spanish Regulation of Slavery in Louisiana, 1763-1803*, College Station, Texas A&M University Press, 1999, p. 134. No he podido encontrar el texto de este bando. Aparentemente en el mismo bando se estableció que el comercio en el Missouri quedaba abierto a todos los súbditos del rey de España, eliminando brevemente la política de monopolios, se introducía el alumbrado en las calles de Nueva Orleans y ordenaba construir su primer teatro, entre otras muchas mejoras.

menor de licores, actividad que perjudicaba a los dueños de las tabernas –en su mayoría regenteadas por catalanes–, según Wood⁹⁴.

El último bando que he registrado, fue el emitido por el Gobernador Manuel Gayoso de Lemos el 1 de enero de 1798, para establecer el orden y llevar tranquilidad a los pobladores. El bando contenía varias disposiciones sobre los negros, prohibía el trabajo los días domingo y fiestas religiosas, independientemente de la clase social a la que perteneciera el trabajador. Estaba dirigido a los amos que hacían trabajar a sus esclavos esos días, pero no a aquellos que trabajaban por su cuenta. Por el mismo bando se establecía una pena de veinticinco azotes a aquellos esclavos que jugaran juegos de cartas prohibidos y de dados. Los esclavos debían contar con la autorización de sus amos para comprar alcohol, armas de fuego y municiones. A fin de evitar robos y la venta de mercadería robada, el bando exigía que los esclavos que fueran vendedores ambulantes contaran con una autorización de sus amos y una lista de las mercaderías que vendían, firmada por los alcaldes de barrio. Quienes compraran mercadería a quienes no contaran con la referida documentación, se exponían a una multa de veinte pesos la primera vez, cuarenta la segunda y prisión o exilio la tercera. Gayoso repetía la prohibición de vender licor, vino y aguardiente a los esclavos para que éstos la consumieran. La ropa debía ser lavada en determinados lugares del río y los esclavos que contravinieran esta disposición se exponían a una pena de diez azotes. Los esclavos que tiraran basura en el río cerca de las barracas militares recibirían veinte azotes. También debían vivir con sus amos y no podían apartarse con el pretexto de que hacían tareas por su cuenta, salvo que estuvieran casados con personas libres, bajo una pena de cuatro pesos en caso de violación de la prohibición por primera vez y el doble la segunda. Todo esclavo que fuera encontrado en el ejido sin permiso escrito de juntar leña sería considerado fugitivo y castigado con veinticinco azotes ⁹⁵.

6. Consideraciones finales

Por una real cédula de 1767 el monarca español dispuso que en una remota provincia que desde hacía poco había comenzado a formar parte de sus reinos,

⁹⁴ LCJR, 1792, Case 1; WOOD, *op. cit.*, p. 671.

⁹⁵ Este bando es también mencionado por DIN, *op. cit.*, pp. 195-196 y se encontraría en el Archivo General de Indias. Ver también WOOD, *op. cit.*, pp. 657 y 677.

como lo era la Luisiana, se reflejara el mismo sistema jurídico que en el resto de sus posesiones indianas: “las Leyes y costumbres que tengan uso constante y seguido en la Colonia”, así como la Recopilación de leyes de Indias.

Esta decisión de Carlos III marca el comienzo de aplicación del derecho que se había dictado para las Indias, en la Luisiana, y el punto de partida para la elaboración de un derecho indiano local que no dejó de crecer en cantidad de normas y soluciones hasta la partida de los españoles en 1803.

Un derecho indiano que se incubó, nació y se desarrolló al calor de las decisiones de quienes tuvieron la responsabilidad de gobernar estos remotos reinos durante más de treinta años, que se enfrentaron a situaciones a veces muy disímiles de aquellas que se planteaban en la metrópoli, y que tuvieron que dar soluciones que les reclamaban quienes ni siquiera hablaban el mismo idioma.

Un derecho integrado por normas emitidas desde la Península, al que se sumaban las *Ordenanzas e Instrucciones* dictadas por O’Reilly, los bandos de buen gobierno que emitían los gobernadores, las decisiones que tomaba el Cabildo y finalmente las sentencias que estas mismas autoridades dictaban en los pleitos que se sustanciaban ante ellos.

Este plexo de reales cédulas, ordenanzas, instrucciones, bandos de buen gobierno y resoluciones judiciales, fue el marco legal de un también variopinto conjunto de cuestiones que surgían día a día y a las que había que darles una solución. Temas que iban desde el funcionamiento del Cabildo como institución, sus atribuciones en la administración de justicia, su supervisión del ejercicio de la Medicina y otras profesiones relacionadas con la salud, sus competencias e inquietudes en relación con el comercio y el abasto, y las complicadísimas relaciones entre los blancos-españoles, franceses, acadianos, y otros- con los esclavos y negros; hasta problemáticas que tenían que ver con la unidad de domicilio conyugal, el matrimonio de los hijos de familia, el disciplinamiento social, el orden urbano, la construcción de monasterios, el mantenimiento de los hospitales y la educación.

Más allá de las normas que el rey dictaba desde la metrópoli –que probablemente habían sido dictadas para otros tiempos y otros espacios geográficos–, y que llegaban a Nueva Orleans y se daban a conocer tanto a gobernadores, regidores como a los propios habitantes, la realidad indiana obligó a quienes estaban al frente de la ciudad, a adaptarlas, a acercarlas, a moldearlas.

En definitiva, a buscar soluciones a su alrededor, a observar, a ser creativos y a poder –a pesar de la distancia y el océano de por medio–, administrar la ciudad y resolver los conflictos que día a día le acercaba su colorida y multiétnica población.

ENTRE DERECHO INDIANO Y DERECHO INTERNACIONAL:
TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA Y CRÍTICA DEL EUROCENTRISMO

BETWEEN DERECHO INDIANO AND INTERNATIONAL LAW:
EUROPEAN LEGAL LEGACY AND WESTERN COLONIALISM

LUIGI NUZZO

Università del Salento (Italia)

luigi.nuzzo@unisalento.it

Resumen: Tratando de responder a la cuestión de si es posible apropiarse del legado jurídico europeo para escribir una historia descolonizada del derecho internacional y si esta tarea es posible, incluso, para un historiador jurídico europeo, este artículo pretende repensar la actitud de los internacionalistas para identificar el derecho internacional como disciplina científica y sistemática. Centrándose en los trabajos de Carl Schmitt, el artículo pretende conectar el derecho internacional con el discurso colonial, revelando las relaciones ambiguas entre dos historias, que parecían durante mucho tiempo diferentes, y condenadas a correr en paralelo sin jamás juntarse.

Palabras clave: eurocentrismo, derecho colonial, Carl Schmitt, derecho indiano.

Abstract: Trying to answer to the question whether it is possible to appropriate the European legal legacy to write a decolonized history of international law and whether this is possible for a European legal historian, this article aims to rethink the tendency of international lawyers to identify the international law as a scientific and systematic discipline. Focusing on the works of Carl Schmitt, it intends to reconnect international law and the colonial discourse to reveal the ambiguous relationships between two different stories that have seemed for too long to be different and doomed to run in parallel without ever meeting.

Keywords: Eurocentrism, colonial law, Carl Schmitt, Derecho Indiano.

“When one says Eurocentrism, every self-respecting postmodern leftist intellectual has as a violent reaction as Joseph Goebbels had to culture — to reach for a gun, hurling accusations of protofascist Eurocentrist cultural imperialism. However, is it possible to imagine a leftist appropriation of the European political legacy?” *

* SLAVOJ ŽIŽEK, “Leftist plea for Eurocentrism”, *Critical Inquiry*, n° 24, 1998, p. 988.

Con estas palabras Slavoj Zizek comenzó su “Leftist plea for Eurocentrism” publicada en el lejano 1998 en la revista *Critical Inquiry*. El artículo es muy conocido y ha generado, como suele ocurrir con las obras del filósofo esloveno, un gran y amargo debate, que superando las fronteras de las revistas filosóficas y literarias, aterrizó en las páginas de los periódicos. Filósofos españoles como Santiago Zabala, diplomáticos singapurenses como Kishore Mahbubani, académicos postcoloniales como Walter Mignolo o Hamid Dabashi tomaron parte¹.

Dabashi mismo ha publicado recientemente un libro provocador titulado *¿Can non Europeans Think?*, en el que, no obstante el título, la cuestión no es si los no europeos pueden pensar, sino si el europeo puede leer. La respuesta que da es inequívoca: no, no pueden. Los europeos no pueden leer porque “they are assimilating what they read back into that snare and into what they already know – and are thus incapable of projecting it forward into something they may not know and yet might be able to learn”.²

No quiero reconstruir este debate ni discutir las diferentes posiciones de Zizek, Dabashi o Mignolo. El propósito de mi trabajo es ciertamente más modesto y más modesta su dimensión temática, la legal, pero ciertamente los procesos de des-occidentalización, decolonialidad y re-occidentalización implican ahora todos los aspectos tanto de nuestra vida intelectual como material y, obviamente, los aspectos legales no están excluidos.

Tomando en serio la cuestión planteada por Zizek y tratando de plantearla en términos legales, mi pregunta indaga acerca de si hay una manera posible de apropiarse el legado jurídico europeo para escribir una historia descolonizada del derecho indiano y, más en general, del derecho internacional, y si esa tarea sería posible de ser realizada por un historiador jurídico europeo o si está, como Dabashi parece sugerirlo, atrapado en su propio pasado con sus muertos héroes blancos.

Con el propósito de encontrar una respuesta, hemos tenido que repensar críticamente la actitud de los historiadores del derecho indiano y de los internacionalistas (con muy pocas excepciones) para identificar el objeto de sus disciplinas como un saber científico y sistemático, con el propósito de reconectar el plano jurídico con el colonial, revelando las ambiguas relaciones

¹ KISHORE MAHBUBANI, *Can Asian Think*, Singapore, Cavendish, 2009; SANTIAGO ZABALA, “Slavoj Zizek and the role of the philosopher”, *Al Jazeera*, 25/12/2012; HAMID DABASHI, “Can Non-Europeans Think?”, *Al Jazeera*, 15/1/2013; WALTER MIGNOLO, “Yes, we can: Non-European thinkers and philosophers”, *Al Jazeera*, 19/2/2013.

² HAMID DABASHI, *Can Non-Europeans Think?*, London, Zed Books, 2015, p. 6.

entre dos historias diferentes, que parecían durante demasiado tiempo diferentes y condenadas a desarrollarse en paralelo sin tocarse nunca³.

Paradójicamente, en mi opinión, el autor que más puede ayudarnos en este propósito es uno de los juristas más eurocéntricos del siglo XX (y en este caso lo eurocéntrico solamente puede ser considerado como un cumplido): Carl Schmitt.

En el contexto de un desarrollo intelectual que intentaba superar el decisionismo de los años veinte con una creciente atención a la dimensión concreta del ordenamiento jurídico y en coincidencia con su progresiva marginalización en la Alemania nazi, Schmitt, a partir de finales de los años treinta, hace del derecho internacional el foco principal de su investigación⁴.

¿Cómo superar el dualismo todavía imperante en la ciencia jurídica alemana entre *Volksrecht* y *Landesrecht* sin recurrir al monismo kelseniano? Y ¿cómo contener las consecuencias políticas del universalismo abstracto y del igualitarismo formal entre Estados que aquella teoría presuponía y que, a decir de Schmitt, habían sido empleados para afirmar la completa supremacía angloamericana?⁵

³ Sobre la relación entre derecho internacional y colonialismo v. ANTONY ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; MARTTI KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; más recientemente LUIGI NUZZO, *Alle origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann 2012; ARNULF BECKER LORCA, *Mestizo International Law. A Global Intellectual History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁴ Los primeros ensayos dedicados al derecho internacional se publicaron a mediados de los años veinte; v. especialmente CARL SCHMITT (1925), "Der 'status quo' und der Friede", en CARL SCHMITT, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar, Genf, Versailles, Hamburg*, Hanseatische Verlagsanstalt, 1940, pp. 33-42, und CARL SCHMITT, "Die Kernfrage des Völkerbundes", in CARL SCHMITT (2005), *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*, hg. GÜNTER MASCHKE, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 73-128. El interés de Schmitt hacia el derecho internacional creció durante los años treinta, v. Carl Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, g. Günter Maschke, Berlin, Duncker & Humblot, 1995.

⁵ CARLO GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Il Mulino, pp. 864-889. Acerca de Schmitt internacionalista v. ANTONY CARTY, "Inter-War German Theories of International Law: Hans Kelsen and Carl Schmitt. Some Psychoanalytical and Phenomenological Perspectives", *Cardozo Law Review* 16, 1995, pp. 1235-95; ANTONY CARTY, "Carl Schmitt's Critique of Liberal International Legal Order Between 1933 and 1945", *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, pp. 25-76; MARTTI KOSKENNIEMI, "International Law as Political Theology. How to read the *Nomos der Erde*", *Constellations*, 11, 4, 2004, pp. 492-511; STEFANO CARLONI (2008), "Dal Gros-

Estas eran las preguntas que Schmitt se planteaba y a las cuales buscaba ofrecer una respuesta que fuese funcional a las exigencias de la Alemania nazi.

Muy esquemáticamente podemos decir que su investigación se orientó en dos direcciones estrechamente ligadas la una con la otra: la primera encaminada a la superación de la perspectiva estatal a través de la individuación de un nuevo sujeto jurídico, el Reich, y de una nueva dimensión espacial, el Grossraum y, la segunda, encaminada a la individualización de un nomos un principio jurídico que no podía simplemente identificarse con una ley, a través de la cual se establecía una relación entre Ordnung y Ortnung, es decir, una conexión real entre el sistema jurídico y su espacio de validez⁶.

En 1950 estas líneas de investigación confluyeron en un libro importante, *El Nomos de la Tierra*, que desde hace algunos años finalmente está en el centro de las atenciones de los historiadores del derecho, gracias también a una traducción al inglés bastante reciente⁷. Sin embargo, estas ya aparecen en dos conferencias pronunciadas por Schmitt en 1943. La primera de ellas tuvo lugar en el Instituto de Estudios Políticos de Madrid y dedicada al *Cambio de estructura del derecho internacional*⁸. Una guerra planetaria estaba en marcha y su significado y propósito eran muy claros para Schmitt. Estaba en juego el Nomos de la Tierra, que es el principio fundamental de la distribución del espacio terrestre. Europa, atrapada entre el imperialismo capitalista anglo-americano y los bolcheviques, tuvo que responder al desafío global que se le planteó, no con estériles reacciones regionalistas o localistas, sino que tuvo que pensar en sí misma como un espacio global diferente. España fue el punto de partida. Todo comenzó en España y en España todo pudo tener un nuevo comienzo. La conquista española del Nuevo Mundo y la doctrina de Francisco de Vitoria había traído el fundamento científico y cultural de una nueva ley de las naciones, produciendo el primer cambio en la estructura del derecho internacional.

sraum al Nomos der Erde e retour: il pensiero internazionalistico di Carl Schmitt”, *Rivista di filosofia del diritto*, 85, 1, 2008, pp. 51-91. Ahora también ROBERT HOWSE, “Schmitt, Schmitteanism and Contemporary International Legal Theory”, en ANNE ORFORD et al. (eds.), *The Oxford Handbook of the theory of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 212-231.

⁶ MATHIAS SCHMÖCKEL, *Die Grossraumtheorie. Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft im Dritten Reich, insbesondere der Kriegszeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 124 y ss.; GALLI, op. *Genealogia della politica*, cit., pp. 864-877.

⁷ CARL SCHMITT (1950), *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, Greven, 1950. El libro fue traducido al español por Gl. Ulmen solamente en 2003.

⁸ CARL SCHMITT (1943), “Strukturwandel des Internationalen Rechts”, in MASCHKE (hg.), *Staat, Großraum, Nomos*, cit., pp. 652-670.

Pocos años después, luego del final de la segunda Guerra Mundial, la nacionalista y ultra-conservadora España le parecía a Schmitt el último baluarte. En una conferencia titulada *La unidad del mundo*, pronunciada nuevamente en Madrid en 1951, Schmitt expresó su deseo por el arribo de una “tercera fuerza”, India, Europa, la Mancomunidad Británica, el Mundo Hispánico, el Sistema Árabe o una fuerza más que todavía no estaba definida. Esta podría romper el “preocupante dualismo” –entre Este y Oeste, comunismo/capitalismo–, permitiendo la aparición de nuevas perspectivas macro-espaciales y con ellas haciendo posible la singularización de un principio para su posible equilibrio⁹. Esto podría conducir a una (re)unificación del mundo y, finalmente, a la definición de un nuevo derecho internacional. Sin embargo, para reconstituir la unidad del mundo, también era necesaria una nueva filosofía cristiana de la historia. Como nuevo katechon esta podría superar el dualismo entre la filosofía marxista de la historia y el débil relativismo histórico del occidente capitalista confiado en el progreso y en la técnica. La España de Franco fue el nuevo espacio geográfico desde el que fue posible empezar la reconstrucción de la identidad europea y donde Schmitt, derrotado por la historia como lo estaba, podía encontrar una razón para la esperanza¹⁰.

Pero volvamos a 1943 y a la segunda conferencia. Entre 1943 y 1944 Schmitt ofreció otro importante discurso, no directamente en relación con el derecho internacional sino estrictamente relacionado con su proyecto jurídico. Mientras Europa ardía, él estaba de gira: Bucarest, Budapest, Madrid, Coimbra, Barcelona y, finalmente, Leipzig, cuando las fuerzas aliadas ya habían aterrizado en Normandía. La conferencia estuvo dedicada a *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* y el objeto polémico siempre fue el mismo: el positivismo legal, así como sigue siendo el mismo tema principal, que es la definición del derecho como *concrete Ordnung*¹¹.

⁹ CARL SCHMITT, “La unidad del Mundo”, *Anales de la Universidad de Murcia* 9, 1950-1951, pp. 343-355.

¹⁰ Sobre la relación entre Schmitt y el historiador del derecho español Alfonso García Gallo, v. LUIGI NUZZO, “Between America and Europe. The Strange case of Derecho Indiano”, in THOMAS DUVE, HEIKKI PIHLAJAMÄKI (eds.), *New Horizons in Colonial Spanish Law. Contributions to transnational Early Modern Legal History*, Frankfurt am Main, Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2015, pp. 161-192.

¹¹ El texto fue publicado en alemán solamente en 1950, CARL SCHMITT, “Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft”, in CARL SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1958. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 386-429.

Pero, para dar su batalla, Schmitt esta vez enlistó un nuevo héroe, Frierich Carl von Savigny, e identificó un nuevo texto de referencia, *Der Beruf von unserer Zeit für Gesetzgebung and Rechtswissenschaft*, el gran manifiesto contra la codificación escrito por Savigny en 1814¹². Pero, si lo pensamos, la referencia a Savigny y la celebración del Volksgeist no son tan sorprendentes.

El mundo de Schmitt estaba colapsando y él vio el último asilo de la ley (Recht) en la ciencia, identificando en el jurista al guardián que custodia el fundamento racional del ser humano. Schmitt escribió en un texto publicado dos años más tarde que los juristas no pueden escoger el régimen ni los cambiantes titulares del poder, sino que pueden actuar como fuente de derecho ellos mismos. El derecho, en efecto, como lo había escrito Savigny, tenía una existencia orgánica que estaba determinada por la continuidad entre el pasado y el presente y estaba comprometida con la sabia mediación de la jurisprudencia. De esta manera, su positividad estaba libre de la contingencia de una decisión política, no dependiendo más de la voluntad arbitraria del legislador, sino de un principio metajurídico, el principio de necesidad.

Schmitt sabía obviamente que un retorno a Savigny y al derecho romano era imposible porque “la verdad histórica es verdad solamente una vez” (p. 73 de la edición italiana). Pero en ese momento de crisis Savigny era necesario de nuevo. La historia del derecho europeo fue una historia común basada en interacciones e influencias mutuas y la propia identidad europea se había formado en la interacción entre el *ius publicum europaeum* y la evolución del espíritu europeo. Para reconstruir la identidad jurídica europea se debía partir de aquellos que habían captado ese espíritu y lo habían traducido a conceptos legales proporcionando una imagen del jurista y de la ley que continuamos teniendo a la vista.

Al mismo tiempo, el historicismo era necesario para releer “en su evolución histórica” la idea de Schmitt (y no de Savigny) del derecho como un orden concreto y para ir más allá de cualquier formalismo jurídico vacío transfigurando la necesidad en la decisión soberana. Y, sin embargo, Savigny fue usado para recuperar la dimensión mitológica del derecho contra el tecnicis-

¹² V. MARIO BRETONE, “L’anatra giuridica. Meditazione sul diritto romano tra Savigny e Schmitt”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 33,1, 2003, pp.127-149; LUIGI GAROFALO, “Carl Schmitt e la Wissenschaft des römischen Rechts. Saggio su un cantore della scienza giuridica europea”, *Anuario da facultade de dereito de Universidade de Coruña*, 11, 2007, pp. 299-323; MATTHIAS LIEVENS, “Carl Schmitt’s Concept of History”, *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, eds. JENS MEIERHENRICH and OLIVER SIMONS, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 401-425.

mo de la modernidad. No por casualidad, en la introducción al *Nomos de la Tierra*, Schmitt se basa en Bachofen considerándolo como heredero legítimo de Savigny y de la Escuela Histórica. Era él quien había entendido que la historicidad de Savigny era algo más que la arqueología y la museología, que tenía que ver con la esencia de la ciencia jurídica.

Pero hay un último punto en el que debemos enfatizar porque finalmente nos lleva al *Nomos* y al problema del derecho internacional.

Savigny, identificando en el pueblo la matriz original del Estado y en su conciencia el origen del derecho positivo, pudo replantearse también la naturaleza del derecho internacional, introduciendo un elemento de complejidad en una representación que hizo descender su positividad del carácter consuetudinario y convencional del derecho internacional y que, por consiguiente, limitó su eficacia a los estados involucrados. Al igual que el derecho interno, el derecho internacional era derecho positivo y su positividad no dependía de la voluntad de un sujeto político, sino que se refería a una dimensión más profunda, a una tradición jurídica común uniformada por el derecho romano, por la “afinidad de raza” y, sobre todo, por un trasfondo religioso común. La identidad racial y el cristianismo fueron, por lo tanto, las fronteras de la comunidad internacional y la convirtieron en un espacio homogéneo con su propio derecho¹³.

El Nomos de la Tierra no representa una innovación en la producción de Schmitt. Se trata sobre todo de una reinterpretación sistemática de obras e ideas encontradas en obras anteriores, enmendadas con las referencias políticas y raciales más vergonzosas¹⁴.

Pero, siguiendo las pautas metodológicas esbozadas en *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, el *Nomos* abre a la historia y, aunque no es un libro de historia del derecho, contiene la historia más extraordinaria que se haya escrito jamás sobre el derecho internacional. Una historia que todavía puede decir mucho incluso a quien se ocupa del derecho indiano y que, pa-

¹³ LUIGI NUZZO, “History, Science and Religion. International Law and the Savigny’s Paradigm”, in LUIGI NUZZO, MILOS VEC (eds.), *Constructing International Law. The Birth of a Discipline*, Frankfurt a. Main, Klostermann, 2012, pp. 25-50.

¹⁴ Pienso, por ejemplo, además de los dos textos citados, en algunas obras escritas a finales de los años treinta como *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938); *Völkerrechtliche Großraumordnung Interventionsverbot und für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht* (1939) o en artículos de los primeros años cuarenta, como *Das Meer gegen das Land* (1941) y *Staatliche Souveränität und freies Meer. Über den gegensatz von Land und Meer im Völkerrecht der Neuzeit*, cuyos argumentos volverán a comparecer en el más famoso *Land und Meer* (1942).

radóticamente, consideradas las posiciones de Schmitt, puede ayudarnos a escribir una historia crítica del derecho internacional.

La historia de Schmitt es, de hecho, la historia del *jus publicum europaeum* desde sus orígenes aventureros hasta su disolución. Ella relataba la identidad perdida de Europa bajo los golpes del formalismo kelseniano y del universalismo jurídico, pero expresaba también, en la relación entre *Ordnung y Ortnung*, que asumía como arquetipo narrativo, el auspicio de nuevas líneas de amistad y, con ellas, de un nuevo *nomos* y de un nuevo proceso de subdivisión espacial.

Las reivindicaciones americanas de un nuevo hemisferio occidental, la equiparación entre territorios coloniales y territorios metropolitanos, el paso de un derecho y un orden europeo a un derecho y un orden mundial consagrado por la conferencia de paz de París y por la Liga de Ginebra, el retorno a un concepto discriminatorio de guerra y a la identificación premoderna del enemigo con criminal, habían determinado la disolución del sistema político-jurídico sobre el cual se habían regido las relaciones europeas durante cuatrocientos años. Este sistema había tenido en los Estados territoriales a sus protagonistas y en el descubrimiento del Nuevo Mundo su presupuesto.

Los viajes de Colón habían permitido a Europa tener la conciencia de un espacio libre e inmenso dispuesto para ser textualizado y ocupado. Las Bulas de Alejandro VI habían sido el instrumento para alcanzar estos objetivos.

Introdujeron de nuevo los territorios y el océano dentro de un texto legal y justificaron la ocupación de las potencias católicas, España y Portugal. Estos determinaron, con los actos de toma y distribución de las tierras, un *konkrete Ordnung*, que es un principio fundador para organizar las comunidades políticas y justificar la positividad de la ley (Recht).

Como es bien sabido, el Papa dio las nuevas tierras a los soberanos castellanos para difundir la palabra de Cristo y dejar que la población indígena entrara en contacto con la religión católica. De esta manera atribuyó una fuerte obligación moral a Fernando e Isabel y configuró un título legal que legitimó la presencia española en América frente a los nativos, así como frente a las demás potencias europeas. Al mismo tiempo definió los límites espaciales del dominio español. Una línea trazada a cien millas al oeste de las Azores y que se extiende desde el Polo Norte hasta el Polo Sur, localizaba dos zonas diferentes. Una estaba reservada para la expansión de los españoles, la otra podía ser ocupada por los portugueses. Pues a través de la oposición con el espacio de la *respublica christiana*, ubicó las Indias Occidentales y las marcó como

un espacio vacío y no calificado territorio. Europa necesitaba ese espacio vacío para su propia existencia¹⁵.

Para la definición de un nuevo *nomos* de la tierra las *rayas* de Alejandro VI, sin embargo, no eran suficientes. Habían permitido localizar la espacialidad vacía y no cualificada de las Indias y del Océano a través de la oposición a aquella llena y articulada de la romanidad cristiana, pero, trazadas sobre el Océano, ignoraban su diversidad, tenían una función simplemente distributiva y presuponían al Pontífice una autoridad de orden superior común reivindicando incluso la unidad de la *respublica christiana*¹⁶.

La aparición de un nuevo orden requería, en cambio, una verdadera y propia revolución espacial. Imponía la superación de aquella unidad. Para Schmitt esto fue posible solo con la aparición en campo de Inglaterra, y gracias al empuje del calvinismo, *que él definió* como una nueva religión de lucha¹⁷. Las *amity lines*, las líneas de amistad franco inglesas, aparecidas por vez primera en una cláusula secreta del tratado de Cateau Cambresis, sancionaron definitivamente la desaparición de un mundo, definiendo la estructura del derecho internacional europeo. Ellas afirmaron la existencia de dos espacialidades ahora contrapuestas: una, la tierra europea, reino del derecho y de la paz y, la otra, el Océano y los territorios aún desconocidos más allá del mar, no registrables por el derecho ni por la eficacia de los tratados internacionales, verdaderos, propios y permanentes escenarios de guerra en los cuales desfogar las pulsiones bélicas y coloniales de Occidente. *Beyond the line*, ahora, todo resultaba posible. Más allá de la línea no podía haber paz y los acuerdos estipulados entre las potencias europeas estaban privados de cualquier eficacia.

Por lo tanto, España e Inglaterra habían tomado dos opciones completamente diferentes: la primera, en la definición de Burke, una gran ballena varada sobre las costas europeas, había optado por la tierra, la segunda, una isla que se había hecho pez, en la definición de Schmitt, por el Océano. Estas elecciones expresaban dos concepciones territoriales diversas y dos ordenamientos jurídicos diversos, a los cuales se acompañaban conceptos igualmente diversos de guerra y de enemigo. Schmitt propone ilustrarlos asumiendo

¹⁵ Para un análisis comparativo de las estrategias de colonización españolas y portuguesas v. TAMAR HERZOG, *Frontiers of Possession. Spain and Portugal in Europe and Americas*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2015.

¹⁶ FILIPPO RUSCHI, *Questioni di spazio. La terra, il mare e il diritto secondo Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 250 y ss.

¹⁷ CARL SCHMITT, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2008, p. 61.

como punto de observación la reflexión de Francisco de Vitoria y la de Alberico Gentili. No puedo aquí discutir acerca del mérito las tesis de Schmitt ni mucho menos analizar ya sea la polémica validez de su interpretación en contra del uso que los juristas americanos, y en particular James Brown Scott, habían hecho del concepto vittoriano de guerra justa y de enemigo entre las dos guerras mundiales, o bien sea la ideológica mitologización del *De iure belli de Gentili* en función antigrociana. Debo, sin embargo, recordar que, con referencia al concepto de ocupación y de ocupabilidad de las tierras americanas, la distancia entre Vitoria y Gentili es mucho menor de cuanto emerge de las páginas de Schmitt. Ambos, de hecho, habían retomado del derecho romano el concepto de ocupación, fabricando un título jurídico que legitimaba, por el derecho de gentes, incluso la adquisición de terrenos y propiedades privadas de *dominus*. Y ambos habían excluido la ocupabilidad a priori de las tierras en ultramar. Las Indias de hecho no podían ser consideradas *res nullius abiendose entre las poblaciones indigenas dominia privados y publicos*.

Al mismo tiempo el mismo Schmitt fundando su historia del *ius publicum europaeum* sobre el concepto de los *nomos* nos compele a reconectar el discurso español y el inglés y ubicar su más bajo denominador en la conquista.

La conquista y sólo la conquista permite la individualización de un *nomos*, esto es, de un principio constitutivo con capacidad de fundar un nuevo ordenamiento interestatal y un nuevo derecho internacional global. La historia del derecho internacional moderno llega a coincidir entonces con la conquista europea del continente americano y puede ser narrada como una historia de ocupaciones territoriales, cuyo inicio, desde cualquier perspectiva que se escoja, la española o la inglesa, se identifica necesariamente con un *landnahme*.

La toma de posesión es de hecho un *Ur-akt*. Esta es un acto primordial profundamente jurídico y al propio tiempo desvinculado de cualquier dimensión legal con capacidad de fundamentar un proceso jurídico constitutivo, un orden concreto en tanto a favor de alguien y contra otra persona.

Todo nace siempre de la ocupación de la tierra. Su medición, división y puesta en producción permiten definir un nuevo *nomos*, haciendo visible el ordenamiento político y social de un pueblo y al mismo tiempo constituyen un radical título que puede ser válidamente opuesto a cualquier otra persona que tenga pretensiones sobre la misma tierra.

Entonces, más allá de las estereotipadas representaciones historiográficas que durante mucho tiempo han polarizado el discurso inglés y español sobre la conquista en torno a los principios contrapuestos del descubrimiento y la ocupación y a los cuales ha contribuido el mismo Schmitt, hay en la base

de las respectivas estrategias de colonización la idéntica conciencia de que la producción de un nuevo espacio social necesitaba una eficaz definición del territorio. Es decir, necesitaba de líneas que determinaran de manera indeleble la pertenencia de los nuevos territorios a la autoridad de los soberanos ingleses y españoles¹⁸. De un lado, signos claros que recondujeran, sin incertidumbre y sin posibilidad de malos entendidos, las concesiones de tierra en favor de descubridores y pobladores, aventureros y compañías comerciales al gesto gracioso y originario del soberano; del otro, nuevas prácticas que permitieran ocupar los territorios signados jurídicamente por la simbología apropiadora castellana o anglosajona, e hicieran que la tierra llevase por siempre los signos del trabajo de los colonizadores¹⁹.

Las bulas pontificias y las cartas de patente realizaron la primera de estas tareas.

De la misma manera Alejandro VI, en las patentes reales, Isabel, asumiendo las Bulas como modelo para definir y legitimar la propia autoridad, había reconducido el derecho de conceder licencia para descubrir y ocupar las tierras americanas que no fuesen ya de un príncipe cristiano a su *especial grace, certaine science and mere motion*. Al mismo tiempo había elevado la efectiva ocupación a principio guía de su política expansionista. Es clara su polémica afirmación contra los españoles que *prescription without possession is a worth little*, como por lo demás no hay que olvidar que todo el discurso inglés sobre la conquista gira en torno a la metáfora del *planting*²⁰. En los primeros textos pensados para sustentar jurídicamente la presencia de Inglaterra en América, el *True Report* de George Peckam y todavía más claramente en el *Discourse of Western Planting* de Richard Hakluyt, los ingleses

¹⁸ ANTHONY PAGDEN, *Lords of All the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France, c.1500 – c.1800*, New Haven, Yale University Press, 1995. Más enfocado en los aspectos legales RICHARD ROSS, “Legal Communications and Imperial Governance: British North America and Spanish America Compared”, in CHRISTOPHER TOMLINS MICHAEL GROSSBERG, *The Cambridge History of Law in America*, vol. 1 *Early America (1580-1815)*, Cambridge, Cambridge University press, pp. 104-143 y RICHARD ROSS, “Spanish American and British American Law as Mirrors to Each Other: Implications of the Missing Derecho Británico Indiano”, en THOMAS DUVE, HEIKKI PIHLAJAMÄKI (eds.), *op. cit.*, pp. 9-28.

¹⁹ PATRICIA SEED, *Ceremonies of Possession in Europe’s Conquest of the New World, 1492-1640*, Cambridge, Cambridge University press, 1996; LUIGI NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004.

²⁰ CHRISTOPHER TOMLINS, “The Legal Cartography of Colonization, the Legal Polyphony of Settlement: English Intrusions on the American Mainland in the Seventeenth Century”, *Law and Social Inquiry*, 26, 2, 2001, pp. 315-372.

debían plantar las semillas de la religión y de la civilización anglosajona y, transformando las posesiones americanas con el trabajo en los campos y con la crianza de los animales, tomar posesión de todo el territorio americano²¹.

Pero la colonización necesita también nuevas prácticas, nuevas formas de gobernanza.

El procedimiento inglés de toma de posesión se complementó con otros actos, que fueron simbólicamente muy relevantes, como las ceremonias de la vara y el césped (con la cual Humprey Gilbert tomó posesión de Newfoundland en 1583) que retomaban expresamente las prácticas feudales inglesas de entrada del nuevo propietario en posesión del feudo o de un bien inmueble; u otros tantos cargados de valor simbólico que tenían la tarea de hacer visible tanto la transformación del espacio como el cercado del territorio ocupado o la construcción de habitaciones en el mismo²².

El enfoque no es diferente, incluso si miramos el caso español. Si la donación de Alejandro VI permaneció en las argumentaciones de los juristas indianos como el título más relevante durante todo el siglo XVII y los autos de posesión en forma reforzaron los derechos que de ella emanaban, el proceso de apropiación, sin embargo, se habría perfeccionado solamente cuando la ocupación fuese seguida de la *población* de los lugares descubiertos. La apropiación de las tierras americanas siguió los caminos de la memoria; recordó la tradición romana del derecho privado, la jurisprudencia del *ius commune*, los elementos germánicos, las costumbres feudales, y utilizó un modelo que, aunque aplicado a las diferentes áreas geográficas de vez en cuando absorbidas en el imaginario legal cristiano, permaneció fiel a este original arquetipo²³.

Es decir, para españoles e ingleses era necesario que los territorios marcados jurídicamente por la simbología de la apropiación fuesen físicamente ocupados, que la tierra llevase por siempre las muestras del trabajo de los colonizadores. Esto habría permitido superar aquel sentido de inseguridad que producían las enormes extensiones americanas, y habría satisfecho la promesa de usufructo económico y de riquezas que las Indias evocaban. En el plano político jurídico habría luego despejado cualquier duda acerca de quién fuese el nuevo legítimo propietario en el caso en el cual el sistema

²¹ ROBERT WILLIAM JR., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, 1990, Oxford, Oxford University press, 1990.

²² STEPHAN MC MILLAN (2006), *Sovereignty and Possession in the English New World. The Legal Foundations of Empire, 1576-164*, Cambridge, Cambridge University press, 2006.

²³ NUZZO, *Il linguaggio giuridico*, cit.

semiótico establecido por las tomas de posesión y su presupuesto jurídico teológico, la donación pontificia o las patentes inglesas, no hubiesen sido comprendidas o aceptadas.

Trescientos años después, otra conquista mostró a Schmitt la última gran victoria del *jus publicum europaeum* y al mismo tiempo el comienzo de su disolución.

Entre 1884 y 1885 las potencias europeas y los Estados Unidos se reunieron en Berlín para encontrar una solución a los problemas causados por la lucha por África. Tanto la civilización como el progreso fueron la base de la nueva política expansionista europea, los nuevos valores aptos para transformar una conquista en una misión²⁴.

Por estos aspectos, los poderes signatarios pudieron expresar tanto el deseo de identificar las condiciones más favorables para el desarrollo del comercio y la tutela de los nativos en un espíritu de cooperación mutua, como el compromiso del modo de adquirir y dividir el continente africano, liberando con el mismo espíritu de cooperación mutua el impulso apropiado de la política exterior occidental de cualquier freno constitucional.

Quedando entendido que todas las naciones implicadas debían combatir la esclavitud y garantizar libertad de conciencia y tolerancia religiosa a los nativos, ellas tenían esencialmente dos objetivos, garantizar el libre comercio y definir el régimen jurídico de los territorios africanos aún no ocupados por las potencias europeas.

Así, por un lado, declararon la navegabilidad de los ríos Congo y Níger y la neutralidad de los territorios a lo largo de ellos. Por otra parte, identificaron el principio de efectividad como criterio que debía ser utilizado en las disputas sobre las futuras adquisiciones de territorios pertenecientes a poblaciones de diferente fe o a una civilización considerada inferior. Al mismo tiempo se consideró que la falta de una soberanía estatal ejercida en un determinado territorio era la condición previa que legitimaría esas adquisiciones.

En Berlín, de hecho, no se trató más de establecer con carácter de principio que también la tierra, si no pertenece a alguien, fuese un bien ocupable, sino de individualizar los criterios jurídicos que hicieran del sintagma *res nullius* un atributo calificador de los territorios africanos.

Vitoria, Gentili, pero también Locke, Grozio e incluso Vattel podían ayudar muy poco a los internacionalistas de final del siglo XIX. Para reconocer el presupuesto de la ocupabilidad de un territorio en un déficit de soberanía y

²⁴ KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 121 y ss.

no más (o no solo) en el hecho de que aquel no estuviese habitado o utilizado económicamente, era necesario separar claramente el plano iusprivatístico de aquel iuspublicístico. Sólo de esta manera, de hecho, habría sido posible afirmar que el mismo territorio pudiese ser objeto de una valoración diferente según el punto de vista preseleccionado, y aceptar que sobre el mismísimo sitio, en el mismísimo tiempo, pudiese ejercitarse un derecho de propiedad, pero no un derecho de soberanía.

Las poblaciones indígenas podían tener un derecho de propiedad sobre los territorios que materialmente ocupaban pero no ejerciendo (según estándares occidentales) un poder soberano sobre su territorio, no podían ser considerados unos estados, ni mucho menos podía reconocérseles una subjetividad internacional.

Sin embargo, cuando tuvieron que vender sus tierras, suscribir un tratado de protectorado o asistir a un acto de toma de posesión, fueron calificados como estados con disfrute de soberanía plena (con gran embarazo del jurista occidental)²⁵.

También en este caso a Schmitt le interesaba la conquista y no los conquistados. Su análisis, sin embargo, focalizándose en los cambios territoriales en el interior del sistema interestatal europeo y más en general en la dimensión espacial del derecho internacional permite ver el constante y profundo ligamen entre derecho internacional y colonialismo, reuniendo mediante el reconocimiento de la centralidad de la ocupación la conquista del continente americano con la del continente africano.

Una vez más quisiera señalar que este no era el objetivo de Schmitt en cuanto él estaba interesado en analizar cómo el último gran acto del derecho interestatal europeo reveló signos claros de una crisis sin solución en la que los principales actores responsables fueron los Estados Unidos quienes en 1884 reconocieron la bandera de la Sociedad Internacional del Congo a pesar de que este no era un Estado.

Pero, como dije al principio de este artículo, mi objetivo es usar a Schmitt contra Schmitt y contra todas aquellas representaciones que esconden la violencia del proyecto colonial occidental, detrás de la geometría refinada de los sistemas legales o de las formas conceptuales.

Así que tomemos a Schmitt en serio y sigamos la lógica de nomos.

²⁵ LUIGI NUZZO, "Territory, Sovereignty and the Construction of Colonial Space", *International Law and Empire. Historical Explorations*, editado por MARTTI KOSKENNIEMI et al., Oxford, Oxford University press, pp. 263-292.

Esto nos permite descubrir que hay varios hilos que unen a los continentes americano y africano. Pienso, por ejemplo, en la relación derecho privado, derecho público, propiedad/soberanía los cuales mencioné antes y que en la América del siglo XVIII se traduce en el uso polémico de la ocupación de tierras indígenas por parte de los colonos angloamericanos para reivindicar propiedad y espacio político autónomo por la Corona; al reconocimiento oficial de parte de España con la convención de Nootka (1790), del principio de la ocupación efectiva y, paralelamente, al retorno al principio del descubrimiento originario por parte de la jurisprudencia de la Suprema Corte americana guiada por Madison (a quien se debe también la introducción en el discurso colonial moderno de la imagen del pupilo en el interior de un camino argumentativo dirigido a identificar a los nativos americanos como *domestic dependant nations*); o, incluso, a la gran controversia sobre Oregón que comienza en el siglo XVIII y terminó sólo en 1846, a la cual está dedicado el primer trabajo de Traver Twiss, un gran internacionalista inglés, atentísimo a los fenómenos coloniales y autor de artículos importantes sobre la cuestión del Congo²⁶.

Pero hay un punto que quiero recordar de manera particular porque muestra, en mi opinión, de manera clara, el estrecho vínculo entre el mundo colonial premoderno y el moderno: la conquista del continente americano constituyó de hecho el filtro para observar la experiencia colonial y, más en general, para pensar las relaciones con las poblaciones no Occidentales, permitiendo a los internacionalistas construir un discurso que, retóricamente fundado en su diversidad, especialidad o excepcionalidad, justificase para aquellas poblaciones y aquellos territorios un retorno al tiempo del antiguo régimen y a un régimen normativo diverso, especial y excepcional, marcado por el principio de la personalidad de la ley y en el cual reglas y excepciones, derechos y privilegios, *iura* y *facta* se sobreponían hasta resultar indistinguibles.

Las capitulaciones, los asentamientos y las concesiones en oriente y en el lejano oriente, la introducción del concepto de hinterland o la esfera de influencia, las transformaciones sufridas por el protectorado en su trasplante en África, el régimen de mandatos al que se recurrió después de la Primera Guerra Mundial y, por último y más generalmente, las distorsiones del concepto de soberanía fuera de las fronteras de Occidente, eran todos heridas

²⁶ TRAVERS TWISS, *The Oregon Question Examined in Respect to Facts and the Law of Nations*, London, Longman, Brown, Green, and Longmans, 1846; ANDREW FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*, Cambridge, Cambridge University press, 2014.

severas y claras en relación con el derecho internacional. Al mismo tiempo, para los juristas más sensibles, también fueron un signo de gran energía que los obligó a encontrar soluciones capaces de satisfacer las necesidades de la vida social, legitimando tanto la organización del poder libre del Estado de Derecho como la construcción de una nueva ley.

De hecho, el derecho internacional ya no era la disciplina en la que podían encontrarse esas soluciones. Después de la gran discusión teórica sobre la ocupación de África Subsahariana que marcó el debate jurídico a finales del siglo XIX, los problemas coloniales comenzaron a dejar en silencio la esfera de interés de los abogados internacionalistas y junto con el giro positivista a comienzos de la nueva centuria entraron en el horizonte de los abogados constitucionalistas y administrativistas, y de la burocracia ministerial.

Y así el colonialismo occidental les formuló las preguntas más embarazosas, amenazando la representación unitaria del sistema legal estatal.

¿Cuáles eran estos territorios? ¿Formaban parte del territorio metropolitano? ¿Cuál era el estatus legal de las personas que vivían allí?, considerando que a través del filtro de los estándares de evaluación occidentales esos territorios no podían ser considerados Estados pues debido a un déficit en su soberanía no tenían subjetividad internacional.

Los juristas alemanes propusieron una paradójica pero refinada solución imaginando las posesiones africanas estaban al mismo tiempo dentro y fuera del Imperio, “*völkerrechtlich Inland und staatsrechtlich Ausland*”. Por lo tanto, estaban sujetos a la soberanía territorial del Imperio, pero no eran territorios del Imperio. En otras palabras, los territorios metropolitanos y coloniales tenían una naturaleza diferente. Pero esta diferencia solo tiene importancia en el derecho público, ya que para el derecho internacional ambos están sujetos a la soberanía exclusiva del Estado.

La superación del principio de unidad del territorio estatal no significa, entonces, poner en cuestión el ejercicio de un derecho de soberanía, sino únicamente que el Estado ejerce un derecho diferente sobre el territorio metropolitano y sobre el territorio colonial. Esto está muy bien explicado por un jurista italiano, Romano, quien asignó al Estado la capacidad de asumir diferentes formas según el espacio nacional o colonial en donde éste debía actuar. En el primer caso el Estado actuaba de acuerdo con la separación de poderes y el Estado de Derecho, ejerciendo en su territorio un “derecho especial”, un derecho subjetivo sobre su propia persona. En la colonia, por el contrario, asumió la característica del “Estado del Antiguo Régimen”, es decir, la forma del Estado que existía antes del Estado constitucional, que ejercía en el terri-

torio un derecho real de naturaleza pública. Esto significa, en otras palabras, que dentro de las fronteras metropolitanas el territorio era un elemento esencial e intrínseco del Estado – el Estado fundó su existencia y se identificó a sí mismo con él y, por lo tanto, ejerció un derecho personal sobre su propio territorio. En la colonia esta identificación no funcionó, y la relación entre el Estado y el territorio fue, de nuevo, en analogía con el derecho privado, “un dominio exclusivo y completo de un sujeto sobre una cosa material” permitiendo al Estado el ejercicio de un derecho real sobre la colonia²⁷.

De la misma manera que el territorio colonial fue incluido como una diferencia dentro del espacio jurídico europeo mediante la construcción de una unidad transtemporal entre el pasado pre moderno y el presente colonial, también sus habitantes fueron absorbidos en el sistema legal de Estado como otra parte del sujeto metropolitano. Allí la alteridad absoluta determinada por las diferencias raciales y un atraso cultural insalvable permitió superar el principio de la territorialidad del derecho y la unicidad del sujeto jurídico, pero nunca llegó a quebrar la representación unitaria del sistema jurídico. Confinados en el territorio que habitaron en un tiempo diferente al de la metrópoli, su estatus no podía ser definido por el derecho constitucional. En el momento en que tuvieron que vivir no había constitución, no había individuos, ni derechos, sino un sistema familiar dominado por la figura del padre y en el cual los privilegios y exenciones solamente podían obtenerse mediante un estatus. De hecho, en la Europa premoderna, refiriéndose sólo a la autoridad del padre y a su ley, es decir, sólo dentro de la relación familiar disciplinante, el hombre, la mujer, el niño y los sirvientes podrían asumir un estatus y ser legalmente identificados.

Fuera de la familia y de sus tecnologías disciplinarias no había posibilidad de crecer, de tener acceso a ninguna condición y, por lo tanto, a cualquier forma de existencia institucionalmente reconocida²⁸.

Al ser imposible ser verdaderos ciudadanos y, al mismo tiempo, ser considerados extranjeros, para ellos no había otra posibilidad que ser considerados como sujetos coloniales. Era una definición en la que el sentido del sujeto recuerda la semántica de la palabra latina *subjectus*, que es la de una persona sometida a la autoridad de un padre y de una ley, a la autoridad de los colonizadores y a su aparato administrativo y legal.

²⁷ NUZZO, *Alle origini di una scienza*, cit., p. 271 y ss.

²⁸ PIETRO COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 1., *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 36 y ss.

La incivildad y el atraso del pueblo africano no dejó una salida y abrió un circuito normativo inventado expresamente para ellos. De hecho, les fue asignado un nuevo derecho, el derecho colonial, cuyas premisas teóricas, como hemos visto, no eran tan nuevas. Fue una ley heterogénea debido a la multiplicidad de sus elementos y a la diversidad de sus fuentes, donde no había lugar para la sumisión rígida del juez a la ley, la ley misma perdió su calidad de abstracción y generalidad, así como el principio de la seguridad jurídica ya no funcionaba²⁹.

Pero sobre todo fue una ley principalmente sustraída al control parlamentario y confiada al poder ejecutivo y al arbitrio de la judicatura colonial. Tenía que regular diferentes niveles normativos que avanzaban hacia la integración de las diferentes fuentes legales y la esterilización (este terrible término está utilizado desde Reinsch) sustancial de la ley nativa traduciéndola por el filtro de la moral cristiana y el orden público³⁰.

En las representaciones ofrecidas por los juristas europeos entre los siglos XIX y XX, los nativos parecían condenados a desplazarse a lo largo de la frontera, a vivir en la incertidumbre de un umbral, la línea política legal y simbólica que dividía y unificaba las metrópolis las colonias y su diferente temporalidad. Sin embargo, esta frontera sólo podía cruzarse muy pocas veces: la naturalización era un sueño muy difícil de realizar y los nativos parecían vivir en la novela de Kafka, *Ante la ley*, donde había un hombre del país que pasaba toda su vida esperando entrar en la puerta abierta de la ley, pero sólo pudo ver su luz.

¿Podemos confiar en lo que nos dicen los juristas? ¿podemos aceptar sus representaciones? Y, ¿cómo podemos reaccionar a la ultrapolítica de Schmitt, a su despolitización del derecho internacional mediante su militarización?

Contar con Schmitt la historia del derecho internacional como una historia de ocupación territorial nos permitió superar la relación dialéctica entre el interior y el exterior, metrópoli y colonia, nosotros y los demás, que fue la premisa de su reflexión. Dentro y fuera están dentro de la ley. No hay fuera de la ley. Paradójicamente su realismo, su teoría del nomos, nos permite ver la paradoja del origen del derecho. En otras palabras, la ley no tiene fundamento fuera de la violencia apropiadora de los nomos. Detrás de la ley hay, pues,

²⁹ BERNARD DURAND, *Introduction historique au droit colonial*, París, Economica, 2014.

³⁰ PAUL SAMUEL REINSCH, *Colonial Government. An Introduction to the study of colonial Institutions*, New York, Freeport, 1902, p. 347.

vacío, y este vacío, como Jacques Derrida escribió, en la línea de Benjamin, se llama violencia³¹.

La violencia es el elemento constitutivo del derecho. Es la otra cara de la ley misma y está indisolublemente unida a ella. *Recht* y *Un-Recht* por lo tanto, están juntos pero, para funcionar, como código binario de un sistema social como el derecho es, su unidad tiene que ser ocultada, tiene que desaparecer³². Para ser ley, la ley tiene que representar la violencia de la conquista como algo que está fuera de la ley, debe describir al colonizado como negación y, de esta manera, constituir la identidad del colonizador sobre la base de la identidad negada al colonizado; se puede imaginar la existencia de una comunidad internacional basada en un conjunto de valores compartidos, así como un derecho internacional que los traduzca positivamente porque fuera de él hay comunidades heterogéneas incapaces de entender esos valores (y traducirlos legalmente); finalmente se puede inventar la excepcional normalidad del derecho colonial para considerar la excepción como la hipótesis extrema del sistema jurídico metropolitano para suspender su activo constitucional y abrir el propio sistema jurídico a la violencia de decisión o de necesidad.

Al principio de este artículo preguntamos si era posible apropiarse de la tradición jurídica europea con el objetivo de escribir una historia descolonizada del derecho internacional. Finalmente pienso que la pregunta remite a otra pregunta, incluso más vergonzosa. ¿la crítica puede ser una crítica a sí misma?

Solamente una respuesta positiva permite escribir una historia descolonizada consciente del derecho internacional sin recurrir a desplazamientos ingenuos en la investigación de un punto de observación desde un exterior no existente. Y, para mí, una respuesta positiva es posible cuando la razón universal deja lugar a una razón autocrítica e irónica que deconstruye y reconstruye incesantemente la tradición europea sin ningún reclamo fundacional.

³¹ JACQUES DERRIDA, *Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority*, in DRUCILLA CORNELL et al., *Deconstruction and the possibility of Justice*, New York-London, Routledge, 1992, pp. 3-67.

³² NIKLAS LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, B. 1, 1997, p. 92 y ss.

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

PROF. EM. DR. HORST PIETSCHMANN
Universidad de Hamburgo (Alemania)
horst.pietschmann@uni-hamburg.de

Resumen: A partir de una laguna en la amplia bibliografía sobre historia urbana, la contribución insiste en las diferencias de la extensión geográfica del llamado “alfoz”, los distritos jurisdiccionales en los cuales las autoridades municipales ejercen autoridad, entre las zonas de frontera en la Andalucía bajomedieval y las áreas de expansión atlántica. Aludiendo a distintas explicaciones posibles, se destaca la necesidad de investigaciones futuras que analicen el alcance de las implicaciones jurídicas.

Palabras clave: historia urbana, jurisdicción urbana en distintas épocas, espacio y control urbano, expansión, métodos de colonización, vecindad.

Abstract: The contribution points to a neglected problem of the history of Spanish urbanization either in late-medieval reconquest areas as well in regions of overseas colonization in early modern times, i. e. the different extensions of urban municipal jurisdiction, the so-called *alfoz*, in frontier areas in Andalucía, the Atlantic Islands and early continental America. The contribution calls for deeper study of the phenomenon.

Keywords: Urban history, urban jurisdiction in different times, control of urban spaces, expansion, methods of colonization, legal status residents.

Durante la segunda mitad de los años 70, fecha en que realizaba investigaciones acerca del origen de la organización estatal en los inicios de la colonización española de América¹, el tema de la transferencia del sistema municipal peninsular a Hispanoamérica todavía constituía un problema poco investigado. Las razones obedecían a escasez de bibliografía y de fuentes publicadas sobre el tema así como, en muchos casos, dificultades de acceso a los archivos

¹ De aquellas investigaciones resultó el libro HORST PIETSCHMANN, *Staat und staatliche Entwicklung am Beginn der spanischen Kolonisation Amerikas*. Münster /Westfalen, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 1980. Traducción al español: HORST PIETSCHMANN, *El estado y su evolución al principio de la colonización española de América*. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1989.

municipales. Con investigaciones previas realizadas en archivos centrales de México y Sevilla, un fenómeno evidente saltaba a la vista: la enorme importancia de ciudades, villas y poblados que surgían en las fronteras de Andalucía con su gran impacto musulmán junto a las también recién fundadas en Ultramar a lo largo del proceso de la expansión. Sin lugar a dudas, esta escasez bibliográfica constituía un contraste en la década de los años setenta pero, afortunadamente, ha comenzado a cambiar.

Últimamente, y de modo regular, se organizan coloquios y congresos sobre historia del urbanismo en casi todas las épocas. Se estudia el trayecto de ciudades romanas y peninsulares a través de la arqueología y de la historia en épocas posteriores o se hace el seguimiento al urbanismo en sus múltiples facetas en otras épocas². Aun así, poco se encuentra sobre el problema del surgimiento de normas sobre fundación de ciudades a lo largo de la Europa cristiana y todavía hay escasez de estudios comparativos³. En intentos de investigación de este tipo, el tema del urbanismo se encuentra, por lo general, en un rango secundario y las publicaciones sobre “imperio-estado”, es tema recurrente en los decenios pasados. Esta problemática se vincula, ahora, con los debates sobre los imperios tanto medievales como modernos, europeos, no europeos o, simplemente, ultramarinos. En estos debates y discursos casi siempre prevalecen los conceptos latinos de “dominium” e “imperium”. A tra-

² Para la historia antigua, ver: http://www.toletum-network.com/blog/?page_id=2. (consulta: 22/XI/2016) Para la temprana Edad Media: Primer Congreso Internacional “Espacios urbanos en el Occidente mediterráneo” entre los siglos VI y VIII. Toledo, 30 de septiembre-3 de octubre de 2009: <http://www.toletumvisigodo.eu> (consulta: 15/XI/2016). Para la época moderna, el congreso reciente en Madrid en la Casa de Velázquez: Arqueología e historia urbana en la América Moderna, 21 a 24 de noviembre de 2016 y también el: Quinto Seminario Internacional. Red Iberoamericana de Investigación del Urbanismo Colonial: <http://riiuc.aq.upm.es>. (consulta: 27/XI/2016). Otro congreso se organizó durante el verano de 2016 en Cádiz donde la Asociación de Demografía discutió formas de asentamiento urbano en la España de la época moderna: cchs.csic.es/es/event/XI-congreso-asociacion-demografia-historica-adeh (consulta: 10/1/2017).

³ JAMES MULDOON, *Empire and Order: The Concept of Empire, 800-1800*, New York, Macmillan, 1999; LAUREN BENTON, *A Search for Sovereignty. Law and Geography in European Empires, 1400 – 1900*, Cambridge University Press, 2010; más recientemente ANA CRESPO SOLANO, coord., *Empires: concepts and new research on the Hispanic World, 16th – 18th Centuries. Culture & History, Digital Journal*, vol. 3, nº 1, January – June 2014. Madrid, eISSN: 2253 – 797X, la coordinadora presenta un dossier que contiene varias colaboraciones de las cuales para, el contexto presente, es de particular interés: REGINA GRAFE, “On the spatial nature of institutions and the institutional nature of personal networks in the Spanish Atlantic”, pp. 59 -70.

vés de su definición y alcance se aclara la problemática en uno u otro sentido, pero casi siempre con una perspectiva desde arriba correspondiente a la autoridad suprema. El libro de Benton citado, presenta visiones diferentes de la aplicación de ambos conceptos que ya no se aplican a espacios enteros, sino a espacios más específicos como el control de vías de comunicación, montes y terrenos de costa o al ejercicio del poder a través de redes sociales de diversa índole⁴. Por la importancia de ciudades, villas y poblados como centros de poder, de la religión y cultura etc., a continuación nos centramos en el análisis del alcance de la jurisdicción municipal con una perspectiva desde abajo.

De las investigaciones sobre el estado desde arriba, incluso desde los municipios con preferencia en el caso americano, conviene ahora invertir la perspectiva y analizar el alcance de la jurisdicción urbana como elemento de control del espacio⁵. Es precisamente en el período de la expansión ultramarina de Castilla, cuando en poco tiempo se acortan las distancias y los espacios

⁴ Las series de pinturas de ciudades y de colecciones de cartografía que surgen desde el siglo XVI también presentan perspectivas que facilitan “lecturas alternativas”, ver: RICHARD L. KAGAN, ed., *Spanish Cities of the Golden Age. The Views of Anton van den Wyngaerde*, Berkeley, Los Ángeles, London, University of California Press, 1989; MARÍA DOLORES CABRA LOREDO, con la colaboración de ELENA MARÍA SANTIAGO PÁEZ, *Iconografía de Sevilla. Tomo primero. 1400-1650*, Madrid, Ediciones El Viso, 1988.

⁵ Como ejemplos posteriores: HORST PIETSCHMANN, “Zwei frühneuzeitliche Volkerhebungen im Vergleich: die “comunidades” von Kastilien und der deutsche Bauernkrieg”, en: RAINER POSTEL, FRANKLIN KOPITZSCH, eds., *Reformation und Revolution. Beiträge zum politischen Wandel und den sozialen Kräften am Beginn der Neuzeit. Festschrift für R. Wohlfeil zum 60. Geburtstag*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1988, pp. 101-119; idem, “La evangelización y la política de poblamiento y urbanización en Hispanoamérica”, *Pontificia Commissio Pro America Latina, ed., Historia de la Evangelización de América. Trayectoria, identidad y esperanza de un Continente.- História da Evangelização da América. Trajetória, identidades e esperança de um Continente. Simposio Internacional. Actas*, Ciudad del Vaticano, 11-14 de mayo de 1992. Coordinación JOSÉ ESCUDERO IMBERT, Ciudad del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1992, pp. 489-510; idem, “La resistencia española al imperio: Las Indias en los años iniciales del reinado de Carlos V”, *Estudios de Historia del Derecho Europeo. Homenaje al Prof. G. Martínez Díez*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, vol. 2, 1994, pp. 13-30; idem, “Stadtgeschichte des kolonialen Iberoamerika in der Historiographie der Nachkriegszeit”, en: HORST GRÜNDER, PETER JOHANEK, eds., *Kolonialstädte-Europäische Enklaven oder Schmelztiegel der Kulturen? Europa-Übersee*, Bd. 9. Münster, Hamburg, Berlin, London, LIT Verlag, 2001, pp. 51-72; idem, “Identidad indígena y cultura novohispana”, en: RAFAEL DOBADO GONZÁLEZ, ANDRÉS CALDERÓN FERNÁNDEZ, coordinadores, *Pintura de los Reinos. Identidades compartidas en el mundo hispánico. Miradas varias, siglos XVI-XIX*. México D. F., Fomento Cultural Banamex, Academia Mexicana de la Historia, Real Academia de la Historia, 2012, pp. 153-172.

que se trataban de monopolizar y controlar, incluso la frecuencia de la fundación de ciudades, se transforma en elemento de control. En este sentido, el sistema de flotas y galeones y la carrera de Indias misma pueden interpretarse como un mecanismo de *dominium e imperium* ⁶.

No olvidemos, además, que el instrumento de la fundación de ciudades fué importante en siglos anteriores en la Europa oriental, donde los emperadores del Sacro Imperio habían recurrido mucho antes a tales fundaciones en el proceso de colonización al este del río Elba, así como el papa Gregorio IX lo había hecho con la Orden teutónica de Caballería en el Báltico para la conversión de los prusianos en el siglo XIII. Sobre este proceso histórico se ha desarrollado un largo debate relativo a los modelos de ciudad que se aplicaron y para qué fines⁷. El gran historiador sevillano Ramón Carande, en su estudio sobre la historia de Sevilla del siglo XIV, se refirió a estos debates alemanes de comienzos del siglo XX⁸. La problemática es de especial relevancia por el trasfondo de la frontera andaluza y el sistema urbano español trasladado a América. Afortunadamente, esta temática se ha enriquecido mucho con nueva bibliografía sobre la Sevilla bajomedieval⁹, en publicaciones sobre la

⁶ HORST PIETSCHMANN, “Imperio y comercio en la formación del Atlántico español”, en: ISABEL LOBATO FRANCO, JOSÉ MARÍA OLIVA MELGAR, editores, *El sistema comercial español en la economía mundial (siglos XVII-XVIII)*, Huelva, Universidad de Huelva, 2013, pp. 71-95.

⁷ PETER JOHANEK, “Ostkolonisation” und Städtegründung-Kolonialstädte in Ostmitteleuropa?, en: HORST GRÜNDER, PETER JOHANEK, cit. nota nº 3., pp. 27-50; el autor, director de un centro de estudios sobre historia urbana, discute también si los mismos mecanismos jurídicos se encuentran eventualmente en las fundaciones de ciudades a lo largo de las costas de Europa occidental, mencionando tanto autores en pleno siglo XX que sostienen este paralelismo como también autores actuales como Felipe Fernández-Armesto, Pietro Rossi o Robert Bartlett. La versión más reciente sobre esta problemática tal vez en: FELIPE FERNÁNDEZ-ARMESTO AND JAMES MULDOON, eds., *The Expansion of Latin Europe, 1000-1500: Internal Colonization in Medieval Europe*. Ashgate, Variorum, vol. 2, part IV, 2008.

⁸ RAMÓN CARANDE, *Sevilla, Fortaleza y Mercado. Las tierras, las gentes y la administración de la ciudad en el siglo XIV*. 2a edición, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975. Esta obra está dedicada a Jorge von Below, maestro con el que Carande parece haber estudiado durante sus años en Alemania.

⁹ Para Sevilla: FRANCISCO MORALES PADRÓN (Director) *Historia de Sevilla*, 30. Edición, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1989. Esta colección comprende 7 vols. De especial relevancia en este contexto: MIGUEL A. LADERO QUESADA, *La ciudad medieval (1248-1492)* y FRANCISCO MORALES PADRÓN, *La ciudad del Quinientos*. Ambos volúmenes recogen gran parte de la bibliografía nueva desde la reconquista de Sevilla en 1248.

Granada reconquistada¹⁰ así como la urbanización en América¹¹. En el caso de la Nueva España nos encontramos, además, con resultados sorprendentes de investigaciones recientes sobre la historia urbana atlántica¹².

Los hallazgos novohispanos mas sorprendentes que han aportado las dos obras generales citadas a continuación se refieren, en primer lugar, a un significativo número de municipios indígenas jurídicamente reconocidos como tales y sometidos a la legislación correspondiente de la Recopilación de Indias; hasta el momento, se han inventariado para 1800 más de 3.000 repúblicas de indios, según demuestran Tanck de Estrada y colaboradores en su atlas de 2005. Felipe Castro Gutiérrez más recientemente nos sorprendió con ciudades y villas indígenas, como se deduce también de los trabajos de ambos autores citados en nota doce. Castro Gutiérrez, en segundo lugar, nos enfrenta con el número de unas 60 ciudades y villas de indígenas, es decir, de municipios que llevan el título de “ciudad” o “villa” con su escudo; además, los cabildos de estos municipios tienen el privilegio de componerse solamente por indígenas quienes eligen y son electos por indígenas a la usanza de cabildos españoles, pero con prohibición de intervenir residentes españoles en estos procesos gubernativos. Si bien la lógica del concepto de las “dos republicas” –la de españoles y la de indígenas, motivo de no dejar un lugar de derecho para mestizos y negros– que maneja la legislación colonial

¹⁰ JOSÉ ENRIQUE LÓPEZ DE COCA CASTAÑER, *El Reino de Granada en la Época de los Reyes Católicos. Repoblación, comercio, frontera*. 2 vols. Granada, Universidad de Granada, 1989.

¹¹ Para los estudios clásicos: FRANCISCO DE SOLANO, coordinador, *Estudios sobre la Ciudad Iberoamericana*, 2a edición ampliada, Madrid, CSIC, 1983; JORGE E. HARDOY, *Cartografía urbana colonial de América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericana S.R.L., 1991; Congresos del Instituto de Historia del Derecho Indiano. (Actas y Publicaciones). Fundación Hernando de Laramendi. ISBN: 84-931401-1-2. Madrid 2000 (CD-ROM). Perspectivas más amplias y comparativas presenta el libro de JOSÉ MIGUEL DELGADO BARRADO, LUDOLF PELIZAEUS, MARÍA CRISTINA TORALES PACHECO, eds., *Las ciudades en las fases transitorias del mundo hispánico a los Estado nación: América y Europa (siglos XVI-XX)*. Madrid, Frankfurt, México, Iberoamericana, Vervuert, Bonilla Artigas Editores, Universidad de Jaén, 2014.

¹² DOROTHY TANCK DE ESTRADA, *Atlas ilustrado de los Pueblos de Indios de la Nueva España en 1800*. México, El Colegio de México, El Colegio Mexiquense, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2005; y FELIPE CASTRO GUTIÉRREZ, coordinador, *Los indios y las Ciudades de la Nueva España*, México, UNAM, 2010, especialmente el mapa en la p.21; prescindimos de mencionar en este contexto una multitud de estudios individuales sobre municipios o repúblicas de indios individuales que responden más bien a intereses etnohistóricos, económicos o religiosos.

española deja esperar una jerarquía municipal también para aglomeraciones indígenas, hasta ahora simplemente no se ha tomado en consideración¹³. De acuerdo a estas referencias, para la Nueva España podemos encontrar 6 tipos de aglomeraciones humanas con estatus jurídico diferente:

- 1) Repúblicas de indios (más de 3000)
- 2) Villas de indios (ca. 40)
- 3) Ciudades de indios (ca. 20)
- 4) Villas de españoles
- 5) Ciudades de españoles
- 6) Reales de minas

Esta variedad de municipios aun no se ha combinado en un solo mapa, sino de manera particular¹⁴. Tampoco hay estudios comparativos de la variedad municipal en Nueva España. En la actualidad, al recorrer ciudades históricas

¹³ Con excepción de Tlaxcala, Cholula y Huejotzingo, los aliados de Hernán Cortés en la Conquista, cfr. Jaime Cuadriello, *Las glorias de la República de Tlaxcala o la conciencia como imagen sublime*. México, UNAM, INBA, 2004; Andrea Martínez Baracs, *Un gobierno de indios: Tlaxcala, 1519-1750*. México, Fondo de Cultura Económica &, 2008; Wiebke von Deylen, *Ländliches Wirtschaftsleben im spätkolonialen Mexiko. Eine mikrohistorische Studie in einem multiethnischen Distrikt: Cholula 1750-1810*. Hamburg, Hamburg University Press, 2003. Hay que recordar que al llegar un nuevo virrey al puerto de Veracruz es recibido tan sólo con las referencias debidas a un capitán general. Desde Veracruz tiene obligación de visitar primero los 3 municipios indígenas mencionados y entrar en ellos a caballo. Esta tradición perduró sin variación hasta 1765, cfr. Horst Pietschmann, Diego García Panes y Antonio Joaquín de Rivadeneira Barrientes, pasajeros en un mismo barco. Reflexiones en torno al México "imperial" entre 1755 y 1808, en: ALICIA MAYER (coord.), *Un hombre de libros: homenaje a Ernesto de la Torre Villar*. México D. F., UNAM, 2012, pp. 203-232.

¹⁴ Por ejemplo, PETER GERHARD, *Geografía histórica de la Nueva España, 151- 1821*, 2ª edición en español, México, UNAM, 2000. Por no venir al caso, para este artículo no se mencionan los dos volúmenes que el mismo autor publicó sobre el sureste mexicano y el norte durante el mismo período. Los trabajos de Gerhard, hasta ahora, representan el intento más serio de dar un resumen histórico desde que se dispone de fuentes escritas sobre los municipios más importantes novohispanos. Más tarde, Francisco de Solano editó una colección de documentos sobre el régimen municipal hispanoamericano en el siglo XVI: FRANCISCO DE SOLANO, *Normas y Leyes de la Ciudad Hispanoamericana (1492-1600)*. Estudio preliminar y edición Francisco de Solano, Madrid, CSIC, 1996. Esta obra que contiene unos 111 documentos de origen diverso, ya sacados de cronistas, ya documentación real referente o a una ciudad o de forma más general para una provincia o un virreinato, y además sobre los asuntos más diversos, afectando a población española o la indígena o a ambas a la vez.

es común encontrarse en cruces de calles letreros en azulejos, muy cuidados, que rezan “barrio azteca” o “barrio tlaxcalteca” y en Mérida, Yucatán, hay hasta un “barrio de Azcapotzalco”. Este fenómeno lo ha podido observar el autor de estas líneas casualmente en Mérida, San Cristóbal de las Casas, San Luis Potosí y Guadalajara¹⁵. Se explica al leer las llamadas “relaciones geográficas” que mandó hacer Felipe II. En varias de estas relaciones se relata la participación de contingentes indígenas en la conquista de regiones alejadas del imperio azteca¹⁶ y al parecer se asentaron juntos con los conquistadores españoles.

Hasta que se publicaran entre 2005 y 2010 las obras citadas de Tanck de Estrada y de Castro Gutiérrez, el estudio de Peter Gerhard era el más detallado sobre el asentamiento español en Nueva España y, en gran medida, lo sigue siendo por el uso de fuentes que produjo la administración colonial durante el siglo XVI sobre cada comunidad indígena individual a través de cuestionarios o descripciones de misioneros visitando zonas individuales. Los trabajos recientes, en cambio, se remiten a fuentes de tipo más bien colectivo o panorámico de todos los siglos coloniales, muchos de ellos estadísticos o, cuando más, transformables en cálculos numéricos. Por fortuna, queda todavía un largo período por investigar sobre el desarrollo espacial, la historia formativa de la diversidad de jurisdicciones municipales y su trayecto hasta la época de la independencia de México¹⁷.

En sus descripciones minuciosas, siguiendo la cronología de cada caso analizado, Gerhard distingue entre ciudad o villa de españoles, real de minas

¹⁵ Este autor observó estas inscripciones en repetidos viajes por México durante el período en el cual ejerció la cátedra “rotativa” “Guillermo y Alejandro de Humboldt” del “Servicio de Intercambio Académico Alemán” impartida entre “El Colegio de México” y la “Facultad de Filosofía y Letras” de la “Universidad Nacional Autónoma de México” en 2003/4. No se encontraron referencias bibliográficas referentes al fenómeno. Tal vez pueda hallarse alguna explicación en el estudio de Felipe Castro Gutiérrez citado en nota nº 12.

¹⁶ Por ejemplo, DIEGO MUÑOZ CAMARGO, *Relaciones geográficas de Tlaxcala*. Presentación Boris Berenzon Gorn. Edición, prólogo, introducción y notas René Acuña, 2a edición, México, UNAM, 1999.

¹⁷ Lamentablemente, CARLOS HERREJÓN PEREDO, coordinador, *La formación geográfica de México*. México D. F., CONACULTA, 2011, se limita al México independiente y TAMAR HERZOG, *Defining nations: immigrants and citizens in early modern Spain and Spanish America*. New Haven, Yale University Press, 2003, se limita al siglo XVIII y al virreinato del Perú, destacando, por cierto, una diferencia muy notable entre España e Hispanoamérica: mientras en la Península las ciudades vigilan celosamente la vecindad y la conceden, si acaso, después de 10 años de residencia, las ciudades hispanoamericanas prestan muy poca atención a la vecindad, en cambio vigilan mucho más la pertenencia al reino o a la provincia.

y república de indios, sin referir ciudades y villas indígenas. Además, integra en su análisis las encomiendas, parroquias y pueblos subordinados o dependientes de cabeceras situadas en cada jurisdicción. Los documentos sobre corregimientos y alcaldías mayores, introducidas durante la primera mitad del siglo XVI, junto a materiales referente a épocas prehispánicas, facilitan la reconstrucción de una serie impresionante de mapas dibujados de estas entidades, imágenes que pretenden abarcar la jurisdicción de cada ciudad, villa o república. La extensión y forma de cada jurisdicción dibujada del espacio resulta imposible de verificar debido a la particularidad étnica y lingüística de cada pueblo. Ofrece también un mapa de la década de 1520 donde delimita el alcance de la jurisdicción de las ciudades de españoles de acuerdo al esquema conocido: cada ciudad ejerce jurisdicción hasta dónde empieza la jurisdicción de otra ciudad. Como en la primera fase existieron muy pocas ciudades españolas, éstas tienen asignadas, o, mejor dicho, a falta de legislación, se atribuyen ellas mismas jurisdicciones sumamente extendidas en el mapa y abarcan territorios que las autoridades municipales ni siquiera podían conocer¹⁸, a no ser por informes indígenas o de misioneros que los habían recorrido. Por lo demás, no se puede deducir el avance del número de ciudades y villas españolas, ya que éstas no se registran en las fuentes utilizadas por Gerhard y las escasas informaciones que trasmite el autor son extractos de las Actas del Cabildo, que, si acaso se han publicado en el siglo XIX o a comienzos del XX, con la característica de que a menudo contienen huecos o son de difícil alcance para su cotejo¹⁹.

¹⁸ Al llegar a México la primera vez, 1964, este autor se sorprendió siguiendo en la prensa el trayecto y el transporte utilizado por una comisión investigadora enviada desde la capital a un pueblo de la Sierra de Oaxaca para investigar denuncias de un crimen. El primer día, los comisionados volaron a la ciudad de Oaxaca, capital de aquella entidad federal. Al día siguiente, continuaron el viaje en automóvil y en camioneta, conforme las posibilidades de viaje. El tercer día, finalmente, los investigadores llegaron al anochecer al lugar de destino en caballo y mula, respectivamente. Para hacerse una idea de los medios y las vías de comunicación durante la época colonial, ver: RAMÓN MARÍA SERRERA, *Tráfico terrestre y red vial en las Indias Españolas*, Barcelona, Ministerio del Interior, Dirección general de Tráfico, Lunwerg Editores, 1992, para el caso de la Nueva España, ver el mapa en p. 25.

¹⁹ Las Actas del Cabildo se publicaron ya en época de Porfirio Díaz, o sea, durante la segunda mitad del siglo XIX en una edición que no solamente no respondió a criterios modernos de edición de tales documentos, sino de difícil localización. En tiempos recientes, la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, publicó *online* las guías a las actas desde el comienzo del siglo XVII, ver: *Guía de las actas del Cabildo de la Ciudad de México, siglos XVII-XX* en: <http://www.bib.uia.mx/ciudad/actas.html> (consultado: 28/

Los problemas centrales que se plantean para la investigación ante el panorama de esta fase formativa son, por un lado, el control del territorio y, por el otro, las comunicaciones internas²⁰. Esta problemática se agrava más aun al leerse en la obra de Gerhard que el cabildo español de la nueva capital México–Tenochtitlán, trasladado ya en 1524 de Coyoacán a la ciudad moderna de México, veía recortado en varias ocasiones sus “vastas pretensiones jurisdiccionales, afirmando que sus límites incluían toda la Nueva España donde no hubiera otro municipio español”²¹. En 1532, la Audiencia de México declaró que la jurisdicción de la nueva capital se extendía solamente por cinco leguas del contorno de la ciudad y, siete años después, el término jurisdiccional se ampliaba a quince leguas²². Ante estos cambios, es necesario conocer y explicar los criterios que intervinieron en las modificaciones jurisdiccionales, así como los porqué y quiénes los impulsaban. Además, se plantea otro problema: hasta qué punto ciudades, villas y repúblicas indígenas podían realmente ejercer un control sobre el territorio o lo hacían por su simple existencia. Ante el vacío dejado por la rápida disminución de la población indígena después de la conquista y el empeño de los españoles en formar ranchos y haciendas para una agricultura de tipo europeo, caben dos preguntas: ¿a qué municipio –español o indígena– pertenecieron estas nuevas propiedades, aunque su propietario residiera en la ciudad? ¿Existieron normas generales para tal efecto o se decidió en cada caso la localización y la autoridad de primera instancia que debía decidir de un plei-

XII/2016). En cuanto a CARLOS HERREJÓN, coordinador, *La formación geográfica de México*, México D. F., Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2011, apenas discute los antecedentes coloniales.

²⁰ Sobre el tema de las comunicaciones se dispone de una sola obra general cfr. RAMÓN MARÍA SERRERA, *Tráfico terrestre y red vial en las Indias Españolas*. Barcelona, Madrid, Lunweg Editores, 1992, aparte de una variedad de estudios parciales.

²¹ PETER GERHARD, *op. cit.*, p. 186. ANDRÉS LIRA GONZÁLEZ, *Comunidades indígenas frente a la ciudad de México: Tenochtitlán y Tlatelolco, sus pueblos y barrios, 1812-1919*. 2a edición, México D. F., El Colegio de México, 1995. Este autor persigue la compleja situación espacial y de límites entre la ciudad española y las antiguas poblaciones indígenas aun después de la emancipación de México.

²² Esta declaración muy probablemente tenía que ver con la demarcación de los asentamientos indígenas de la ciudad española. Tema que envuelve una serie de problemas conceptuales que se refieren a términos antiguos en torno a la historia urbana española de la baja edad media y comienzos de la moderna, como por ejemplo “arrabal”, “barrio”, “colación” etc. Para el caso de la ciudad de México, los explica FELIPE CASTRO GUTIÉRREZ en: *El origen y conformación de los barrios de indios en un trabajo publicado hace pocos años en Historia Novohispana*, en: <http://www.historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/indiosciudades/indiosciudad005.pdf>. (consultado 7.XII.2016)

to que hubiera surgido? Los estudios existentes sobre tales situaciones son de carácter particular y, por lo tanto, difícilmente permiten generalizar sobre los criterios y decisiones que imperaron en tales circunstancias.

Si acudimos a la Recopilación de Indias de 1680, el título VII, “De la población de las Ciudades, Villas, y Pueblos”, abarca 26 leyes en las cuales se explican la geografía, el clima, la disponibilidad de agua, la dirección y forma de los vientos, la frecuencia de nieblas y los requisitos para una agricultura próspera en función de una población centrada en torno a una plaza mayor y calles en forma de ajedrez, de acuerdo al urbanismo romano redescubierto por el humanismo. La ley VII establece que el territorio se divida entre la capitulación y los pobladores. Se ordena que un poblador que haya sacado una capitulación de la corona después de haberse hecho la traza de la ciudad con solares definidos y ejidos delimitados, el resto del territorio debe dividirse en cuatro partes. Una de éstas será para el poblador quien debe hacer el poblado y las otras tres se repartan entre los demás. A continuación, varias leyes se ocupan del “templo principal”, de cómo los solares y suertes se deben repartir, del ejido para la población y de las dehesas para los propios. También se encuentran normas sobre la edificación de las casas después de haber sembrado, reglas para dejar sin edificar casas a lo largo de la muralla que aun se supone va a cercar el poblado. Otras disposiciones se refieren a la elección de los puestos del regimiento municipal. De particular interés resulta la Ley XX, como muchas de las otras tomadas de las Ordenanzas de Felipe II²³, con el título: Que se procure la ejecución de los asientos hechos para poblar. Reza el texto:

Haviendose Tomado asiento para nueva población, por vía de Colonia, Adelantamiento, Alcaldía Mayor, Corregimiento, Villa, o Lugar, el Consejo, y los que lo huvieren ajustado en la Indias no se satisfagan con haver tomado, y hecho el asiento, y siempre lo vayan governando, y ordenen como se ponga en ejecución, y tomen cuenta de lo que se fuere obrando.

Evidentemente hay muchas autoridades y maneras para poblar y urbanizar.

²³ Transcripción de las Ordenanzas de descubrimiento, nueva población y pacificación de las Indias dadas por Felipe II, el 13 de julio de 1573, en el Bosque de Segovia, según el original que se conserva en el Archivo General de Indias de Sevilla. Madrid, Ministerio de la Vivienda, 1973, Ord(enanza) 102. De la Recopilación de las Leyes de Indias se utiliza la edición en 4 vols. publicado por Ediciones Cultura Hispánica, Año de 1973, tomo segundo, folio 93.

El título VIII del Libro IV, está referido a “De las Ciudades, y Villas y sus preeminencias”. Su ley primera, mandada obedecer por Felipe II en 1596, confirma de forma general: “que las Ciudades, Villas, y Lugares de las Indias tengan los Escudos de Armas, que se les huvieren concedido”. Una confirmación tardía que da testimonio que deben de haberse concedido ya muchos títulos y escudos, de los cuales la historiografía solamente conoce algunos. La Ley II, del Emperador D. Carlos y la Emperatriz, dada en Madrid a 12 de junio de 1530 ordena “que la Ciudad de México tenga el primer voto y lugar entre las de Nueva España”, puntualizando en el texto que lo tenga en atención “a que en ella reside el virrey [en 1530 aun no], Gobierno, y Audiencia de la Nueva España, y fue la primera Ciudad poblada de Christianos”. Esta concesión paralela a Burgos en Castilla luego se limita al declararla efectiva en las reuniones de ciudades y villas que el rey mandare reunir. Como bien se sabe, después de la reunión de procuradores de ciudades y villas en La Española / Haiti durante la regencia del Cardenal Cisneros y mandado reunir por los comisionados jerónimos enviados por éste en 1516 a la Isla, nunca más la corona mandó celebrar una reunión de “Cortes indianas”. A pesar de esto, el Cabildo de México logró conservar hasta mediados del siglo XVIII unas preeminencias especiales²⁴. Con recurso a la misma ley, se ordena que la Justicia de Mexico tenga la jurisdicción ordinaria en las quince leguas de su término. Expresamente, se precisa que la jurisdicción únicamente sea de primera instancia y las apelaciones para la Audiencia y Chancillería Real en México. Seguidamente, la ley manda también que la justicia de la ciudad de México:

...no conozca de cosas, y causas tocantes a Indios, porque nuestra voluntad es, que esto toque y pertenezca al Virrey, y Audiencia, en la forma dispuesta, y con que las Cabeceras y Pueblos principales, como Texcuco, y otros, que estén en Corregimientos, y caigan dentro de los dichos términos, queden separados, y fuera de la jurisdicción de México: y asimismo con que todos los dichos terminos sean de pasto común a todos los vezinos, y moradores y pobladores de la Nueva España en el tiempo que estuvieren desembara-

²⁴ HORST PIETSCHMANN, *La resistencia española al imperio....* cit., nota 3. Además: idem, “Antecedentes políticos de México, 1808: Estado territorial, Estado novohispano, crisis política y desorganización constitucional”, en: PILAR GONZALBO AIZPURU, ANDRÉS LIRA GONZÁLEZ, coordinadores, *Las ideas y los hombres, México, 1808-1821*, México D. F., El Colegio de México, 2014, p. 48. Así, por ejemplo, el Cabildo de la ciudad nombra dos regidores para acompañar a un procurador de otra ciudad novohispana quien había llegado para entrevistarse con el virrey.

zados, como por nuestras leyes y ordenanzas está dispuesto, guardando los frutos pendientes.

De las dos leyes siguientes, la primera, tanto de Carlos V y de Felipe II, se ocupa de asignar a la Ciudad del Cuzco el primer voto para el Perú y la siguiente, con recurso a órdenes de Felipe IV, manda guardar a la ciudad de Lima sus privilegios y preeminencias, limitándose a mandar que sea ennoblecida y aumentada conforme a sus servicios para lo cual debería ocurrir “a nuestro Consejo de Indias”. El mismo Felipe IV recurriendo a dos órdenes de 1625 y 1627 manda terminantemente que ninguna autoridad en Indias conceda títulos de ciudad o villa a poblados de españoles o de indios. Esta orden permite suponer que, hasta entonces, muchas autoridades lo hicieron probablemente de acuerdo a criterios diferentes. El título IX de la Recopilación se ocupa “De los Cabildos y Concejos” y el título X “De los oficios concegiles” y el título XI se refiere a “los Procuradores generales y particulares de las Ciudades, y poblaciones”. Si bien los 15 títulos siguientes del libro IV tratan de problemas económicos relacionados con ciudades y villas, el tema de los términos jurisdiccionales no aparece más.

El Título I del Libro V de la Recopilación, referido a “De los términos, división, y agregación de las Governaciones”, comienza con una Ley primera de tipo general y extensa que recién Carlos II había mandado a introducir en la Recopilación; resumida, esta ley señala que se cumpla lo que hasta ahora se había mandado y decidido. Esta parte del cuerpo legislativo solamente se refiere a casos concretos de conflictos jurisdiccionales que se han producido a lo largo del vasto imperio español en América. Esta característica obedece a que la Recopilación es un texto legal tardío y se queda en problemas individuales. Tomando en cuenta la fecha del texto, 1680, hay que concluir que las instituciones americanas, hasta esa fecha, sólo podían recurrir a la Recopilación de las Leyes de Castilla, publicada un siglo antes. La base de información que requiriera cualquier autoridad, estaba resguardada por personal con acceso al archivo, constituido por diversidad de cédulas, provisiones, órdenes individuales y expedientes anteriormente despachados por la Corona, el virrey, una audiencia u otra autoridad, con representaciones, peticiones y solicitudes dirigidas entre ellas. Personalizada la autoridad en el rey, acción y reacción era un factor capaz de hacer funcionar “las Indias del Mar Océano”. Mucho más que la Recopilación, nos acercamos a lo que aquí interesa: las relaciones de mando que los virreyes tenían que redactar al final de su mando,

entregar una versión del texto a su sucesor y otra al consejo de Indias²⁵. Para responder a los problemas de demarcación jurisdiccional durante el período del gobierno de los Reyes Católicos y de Carlos V, en estas relaciones se encuentra mucha información sobre problemas de jurisdicción, términos, gobierno de los pueblos indígenas, traslados de ciudades y conflictos surgidos a la hora de hacer la traza, entre otros. Desde estas fuentes y sus complementos en archivos municipales, se podrá rastrar en detalle el tipo de problemas referido. Lo ordenado por Felipe II en sus ordenanzas citadas tiene, más bien, el carácter de un resumen legal sobre el trayecto legislativo desde la Baja Edad Media. Entre 1474 y 1556 no solamente se extiende enormemente el espacio a controlar y gobernar, sino también las novedades que se siguen rápidamente y que, a su vez, producen nuevas reglas de acuerdo a los problemas que se van presentando.

Durante el período mencionado, se pueden distinguir diferentes procesos de urbanización:

- 1) Urbanizaciones en zonas ocupadas desde la temprana Edad Media por musulmanes y (re)conquistadas poco a poco por cristianos, mayormente castellanos, con privilegios de cruzada concedidos por los papas en Roma. Cuando el territorio musulmán se divide en varios reinos, los llamados taifas, las empresas militares se deciden a través de la dominación o conquista de zonas urbanas. Esta segunda fase de reconquista se subdivide a su vez en:
 - a) cristianizar ciudades islámicas conquistadas y
 - b) crear nuevas ciudades y villas en tierras conquistadas²⁶. En este ámbito se trata tanto del antiguo reino de Granada, conquistado en 1492, como de las ciudades islámicas grandes de la costa de Africa del Norte, conquistadas durante las regencias del Cardenal Cisneros y Fernando el Católico.²⁷

²⁵ LEWIS HANKE y CELSO RODRÍGUEZ, editores, *Los Virreyes Españoles en América durante el Gobierno de la Casa de Austria. México, tomo I - V*. Madrid, Atlas, Biblioteca de Autores Españoles, 273-277, 1976-1978.

²⁶ MARÍA AMPARO LÓPEZ ARANDIA, editora, *Ciudades y Fronteras. Una mirada interdisciplinar al mundo urbano (ss.XII - XXI)*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2014. Este libro trata sobre todo de nuevas fundaciones por entidades diferentes en Andalucía y América.

²⁷ LEÓN GALINDO Y VERA, *Las posesiones Hispano-Africanas*. Málaga, Editorial Al-

- 2) Durante este período hay que mencionar la conquista y colonización de las Islas Canarias a raíz del tratado castellano – portugués de 1479²⁸. En este caso se trata de un archipiélago poblado sin urbanización desarrollada.
- 3) Luego, las urbanizaciones en las Islas de La Española, Cuba, Puerto Rico hasta los extremos de Panamá (Pedrarias Dávila) y Yucatán (Montejo). Este proceso estuvo inicialmente bajo responsabilidad del Almirante Cristóbal Colón y desde 1504 mayormente bajo el control real²⁹.
- 4) La última fase de urbanizaciones en el marco cronológico indicado es la que comienza con Hernán Cortés en la costa del seno mexicano en 1519 y se desarrolla con las modificaciones introducidas del emperador.

Hablando de límites, fronteras y ampliación de espacios, no hay que olvidar que sobre el alcance jurisdiccional se desarrollaron debates en relación a muchas otras instituciones. También cobran importancia otros factores políticos y religiosos ya que, paralelamente, a las fases mencionadas se organizó también la iglesia con su complejo sistema de derecho canónico y los múltiples puntos de conflicto, mezcla y paralelismos entre ambos. La problemática resulta trascendente porque se trataba, en el fondo, de la delimitación de dos sistemas legales, emanados de diferentes soberanos: el rey en la Península Ibérica y el papa en Roma³⁰. Tan sólo recorriendo ciuda-

gazara, 1993; M. A. DE BUNES IBARRA, B. ALONSO ACERO, coords., *Orán. Historia de la Corte Chica*. Madrid, Ediciones Polífono, 2011.

²⁸ EDUARDO AZNAR VALLEJO, *La Integración de las Islas Canarias en la Corona de Castilla (1478-1526)*, Madrid, Universidad de La Laguna, Universidad de Sevilla, 1983; F. FERNÁNDEZ ARMESTO, M. LOBO CABRERA, A. RUMEU DE ARMAS, A. BETHENCOURT MASSIEU, A. GUIMERÁ RAVINA, J. L. GARCÍA PÉREZ, F. QUINTANA NAVARRO, A. S. HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, P. N. DAVIES Y J. R. FISHER, *Canarias e Inglaterra a través de la Historia*, Las Palmas de Gran Canaria, Ediciones del Cabildo Insular de Gran Canaria, 1995.

²⁹ ERWIN WALTER PALM, *Los Monumentos Arquitectónicos de La Española*, 2ª edición ampliada, Santo Domingo, Editora de Santo Domingo, 1984. Este estudio demuestra que ya muy tempranamente las ideas humanistas influyeron en la arquitectura de la ciudad.

³⁰ En el caso de la América española este problema, de alguna manera, se suavizó por el Patronato real sobre la iglesia, pero parece que las autoridades eclesiásticas empezaron más tempranamente a establecer fronteras claras, ver: JAMES MULDOON, "From Frontiers to Borders. The Medieval Papacy and the Conversion of Those along the Frontiers of Christendom", *Quaestiones Medii Aevi Novae*, 2011, pp. 101 -121. Para la época de la cual aquí nos ocupamos véase el conflicto importante entre derecho canonico y secular del cual

des novohispanas antiguas, se percibe en los centros históricos la extensión diferente de los espacios reservados a instituciones eclesiásticas en las ciudades existentes, pensando tan sólo en el enorme espacio ocupado por el convento de los dominicos en Oaxaca y los amplios espacios de inmunidad que se sitúan en torno de iglesias y conventos que con frecuencia se utilizaban como asilo por reos civiles. En 1536, además, se estableció el virreinato de la Nueva España, institución que tardó en afirmarse también. Las investigaciones recientes de Lara Semboloni demuestran que los representantes del rey tardaron hasta fines del siglo XVI para asegurarse el control administrativo sobre la Nueva España entera³¹. Basten estos dos ejemplos para ilustrar que tales problemas constituyen una constante a través de la historiografía hispanoamericana existente, empezando por las audiencias, pasando por gobernaciones, alcaldías mayores, corregimientos y extendiéndose hasta lo militar y la administración de hacienda. Frente a la cantidad de problemas de competencias jurisdiccionales, profundizar sobre la respectiva jurisdicción urbana municipal es de importancia central por tratarse de la primera instancia para todas las ramas jurisdiccionales, tanto civil, penal, militar, comercial, fiscal etc. etc., con excepción de la jurisdicción eclesiástica. Analizemos primero los tipos mencionados de urbanización en tiempos de los Reyes Católicos y de Carlos V, para precisar aun más la importancia del problema.

1. Con el rey Fernando III, el Santo (1217-1252), quien unió de forma definitiva a León y Castilla y en 1248 conquistó a Sevilla y gran parte de Andalucía occidental, comienza una tradición de asegurar territorios conquistados que persevera hasta comienzos del siglo XVI y, tal vez, deriva de la tradición imperial de León. En 1203 el rey Alfonso VIII de Castilla mandó al Obispo de Osma y a Domingo de Caleruega, fundador de la Orden Santo Domingo, al Sacro Imperio para negociar un matrimonio con la dinastía de Hohenstaufen para su hijo, el

se ocupó THOMAS DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2008.

³¹ LARA SEMBOLONI, "Los mandamientos virreinales en la formación del orden jurídico político de Nueva España, 1535- 1595", *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas-Anuario de Historia de América Latina*, vol. 48, 2011, pp. 151- 178; idem, *La construcción de la autoridad virreinal en Nueva España, 1535-1595*, México D. F., El Colegio de México, 2014; más recientemente: la misma, *Il Vicerè Governatore un istituzione in costruzione. Nuova Spagna, Sicilia, Napoli e Milano nel XVI secolo*. Messina, Civitanova Marche, Armando Siciliano Editore, 2015.

futuro Fernando III³². Se acordó la boda entre Beatriz de Suabia, hija del rey Felipe de Suabia y Fernando III. Fruto de aquel matrimonio es Alfonso X, el Sabio, a quien le tocó, en gran medida, organizar los reinos taifas de Córdoba y de Sevilla conquistados por su padre. La política de los reyes para asegurar el reino de Sevilla está bien documentada en el “Libro de Privilegios de la Ciudad de Sevilla”, un precioso códice en pergamino y encuadernado en cuero con grabados decorativos mudéjares, mandado formar por los Reyes Católicos en 1492 a la ciudad tras haber pedido la confirmación de sus privilegios³³. Sevilla, la ciudad más grande de la Andalucía cristiana con más de 400 hectáreas dentro de la muralla construida por los moros, recibe del rey los fueros previamente concedidos a Toledo y después a Córdoba. El alfoz sevillano –el espacio bajo la jurisdicción del concejo– cubre casi todo el reino de Sevilla a ambas riberas del Río Guadalquivir y, por un lado, hasta la sierra de Aracena y la de Arcos de la Frontera. La jurisdicción abarca varias villas, poblaciones, encomiendas de órdenes militares, fortalezas, barrios y arrabales. A cambio de la autoridad tan extendida, la ciudad lleva el peso de la defensa militar de esta zona fronteriza, vecina de amplias zonas dominadas por el islam al sureste y sur, como Antequera, Granada, Málaga, Algeciras, Tarifa, Cádiz y Jerez, que recién en 1492 se entregan definitivamente a Castilla y León. Para garantizar la defensa en el cabildo estarán representados también los miembros de la nobleza militar, componiéndose así el cabildo de 24 miembros, 12 representantes del estado llano y 12 de la nobleza, avecindados en la ciudad. Por este número, los representantes del cabildo se llamaban “veintecuatros” y fueron nombrados por la

³² HÉLÈNE SIRANTOINE, *Imperator Hispaniae. Les idéologies impériales dans le Royaume de León (Ixe-XIe siècles)*, Madrid, Casa de Velázquez, 2012; WOLFRAM HOYER, OP, “Die deutschen Dominikaner im Mittelalter”, en: ELIAS H. FÜLLENBACH, editor, *Mehr als Schwarz und Weiß. 800 Jahre Dominikanerorden*, Regensburg, Verlag Friedrich Pustet, 2016, pp. 63 y ss.

³³ La edición facsímil: *El Libro de Privilegios de la Ciudad de Sevilla*. Estudio Introductorio y Transcripción MARCOS FERNÁNDEZ GÓMEZ, PILAR OSTOS SALCEDO, MARÍA LUISA PARDO RODRÍGUEZ, Sevilla, Ayuntamiento de Sevilla, Universidad de Sevilla, Fundación El Monte, 1993. La edición contiene 72 documentos que cubren desde 1251 hasta 1351, completados en los *Regesta* por documentación posterior del Archivo Municipal. Estudios más a fondo sobre la historia medieval de la ciudad: MIGUEL A. LADERO QUESADA, *La ciudad medieval (1248-1492)*, 3a edición, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1989; idem, *Ciudades de la España medieval, introducción a su estudio*, Madrid, Dickinson, 2010 y, para Sevilla, MANUEL GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *A través de Sevilla y Andalucía. Estampas de Historia Medieval*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2011; ANTONIO COLLANTES DE TERÁN SÁNCHEZ, *Una gran ciudad bajomedieval, Sevilla*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

corona. Esta situación aumentaba, por un lado, las atenciones para el gobierno y la defensa del extenso territorio jurisdiccional, y, por el otro lado, el número de dependientes con cargos en la gestión de “esta provincia municipal”, pero, por el otro lado, también el número de “jurados”, es decir de los representantes generalmente electos de los “arrables”, “barrios”, villas y otras aglomeraciones humanas situadas dentro del “alfoz”³⁴. Como la ciudad fue entregada tras un largo sitio, de forma pacífica se produjo rápidamente un cambio de población: gran parte de los habitantes vencidos emigraban a Granada y otras regiones islámicas y solamente en algunos barrios y arrabales del alfoz quedaban mudéjares que ejercían oficios útiles. A los vencedores, que querían instalarse, era necesario, en cambio, repartirles casas, solares y espacios para instalarse. Para promover el asentamiento de pobladores y con miras a la defensa contra incursiones islámicas, Alfonso X concede privilegios económicos en el contexto de los cuales se desarrolla un concepto muy moderno de “frontera” militar y cultural³⁵. Promover la defensa se consideró tan importante que para este fin hasta se introduce una categoría de “nobles populares”, más tarde llamados “caballería de cuantía”, al obligar a personas del estado llano con un nivel determinado de recursos a mantener uno o varios caballos y acudir con estos a los alardes para participar en actividades militares³⁶. En cuanto a la estructuras urbanas, el paso de la ciudad de manos islámicas a las de los cristianos no presentó muchos cambios. Hasta las mezquitas se adaptaron, tras celebrar determinados ritos por el clero católico y sólo lentamente se producen obras para reestructurar los edificios³⁷. Las murallas de la ciudad y del barrio de Triana, del otro lado del río, se seguían manteniendo intactas hasta bien entrado el siglo XVI. La autoridad central en la Andalucía reconquistada ejerció un Adelantado Mayor³⁸,

³⁴ ENRIQUE VILLALBA PÉREZ, *La administración de la justicia penal en Castilla y en la corte a comienzos del siglo XV*, Madrid, Actas, 1993.

³⁵ Las frecuentes denominaciones de ciudades y villas con el sobrenombre “de la Frontera” tienen su origen ya en la Edad Media tardía.

³⁶ Los Felipes II y III promueven una composición, reconociendo los privilegios a cambio del pago de una suma para abolir el prestar servicio, JOHANN HELLWEGE, *Zur Geschichte der spanischen Reitermilizen. Die Caballería de Cuantía unter Philip II und Philipp III. (1562 -1619)*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1972.

³⁷ A. JIMÉNEZ MARTÍN, A. COLLANTES DE TERÁN SÁNCHEZ, J. C. RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, F. PINTO PUERTO, J. A. RUIZ DE LA ROSA, A. L. AMPLIATO BRIONES, *La catedral gótica de Sevilla. Fundación y fábrica de la obra nueva*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007. Este estudio contiene un listado cronológico de las transformaciones arquitectónicas.

³⁸ La introducción del cargo se atribuye a Alfonso X. LAUREN BENTON, *A Search for Sovereignty*, cit. nota no. 3, p. 68 y ss. y ROBERT A. MACDONALD, editor, *Leyes de los*

asistido por uno o dos Alcaldes Mayores, como una especie de asesores letrados del adelantado quien era no solamente jefe militar, sino también juez supremo y el responsable de asuntos de organización, financiación, aprovisionamiento y gestión. Por la importancia de la ciudad de Sevilla estos alcaldes mayores, cada vez más autónomos del Adelantado Mayor, como jueces de apelación formarían, más tarde, la Audiencia de Sevilla como juzgado de segunda instancia, del cual se podía recurrir a la Audiencia y Chancillería de Valladolid y, luego, a la de Granada. En cuanto a la función histórica, un adelantado tenía que ocupar, conquistar y, de igual importancia, conservar y defender el territorio que se le había encargado. Si bien Sevilla originalmente había recibido el fuero de Toledo, a lo largo de la Baja Edad Media se desarrollaron variantes de acuerdo a la cronología y las situaciones de la zona.

Ya durante la conquista de Granada se notan cambios. Tras la conquista de Málaga, se pretendió concentrar en el casco urbano a los pobladores cristianos y en el alfoz grande de Málaga a la población musulmana en condiciones de servidumbre. Parece que este proyecto no funcionó por tendencias a la concentración de la población musulmana en las Alpujarras³⁹

Este modelo aplicado en Granada continuó en tiempos de la regencia de Fernando el Católico y del Cardenal Cisneros después de haberse conquistado una serie de ciudades de la costa de África del Norte –siempre en la línea de los acuerdos entre los reinos cristianos medievales de continuar la reconquista en África del Norte– de las cuales se intentó de poblar el casco urbano amurallado. De acuerdo a ideas muy precisas sobre la composición –social y profesional– del grupo de pobladores se intentó una colonización organizada, reclutando colonos asalariados y pagados con fondos de la Santa Cruzada⁴⁰.

2. La conquista de las Islas Canarias fue encargada a un adelantado, de acuerdo al modelo peninsular de zonas de frontera; en cada isla se fundó un cabildo con jurisdicción sobre toda la isla. En diciembre de 1494, la corona concedió el fuero de Gran Canaria después de que, anteriormente, Fuertevent-

Adelantados Mayores: Regulations, Attributed to Alfonso X of Castile, Concerning the King's Vicar in the Judiciary and in Territorial Administration, New York, Hispanic Seminary of Medieval Studies, 2007.

³⁹ JOSÉ ENRIQUE LÓPEZ DE COCA CASTAÑER, *El Reino de Granada*, cit. nota 10, vol. 1, passim.

⁴⁰ RAFAEL GUTIÉRREZ CRUZ, *Los presidios españoles del Norte de África en tiempo de los Reyes Católicos*, Ciudad Autónoma de Melilla, Consejería de Cultura, Servicio de Publicaciones, 1997,

tura hubiera recibido el fuero de Niebla en Andalucía que por la cronología de la conquista se aplicó también en Tenerife y Las Palmas⁴¹.

3. Las fundaciones de la tercera fase ya se realizan en América. Las islas La Española, Cuba y Puerto Rico están bajo la autoridad del Almirante Colón quien nombra como adelantado y lugarteniente a su hermano. En las otras dos islas se nombran gobernadores dependientes. Desde 1503-1504, la corona designa al Comendador Ovando para el gobierno de La Española. Empiezan los llamados pleitos de Colón en la corte que, de modo temporal, producen el regreso de Diego Colón, hijo y heredero legítimo del Almirante al gobierno de las Islas⁴². Porque los conflictos entre los pobladores y colonos en América continúan, en 1510 en la Corte se decide el establecimiento de una Audiencia al estilo de la de Sevilla, es decir, compuesta por Alcaldes Mayores. En la Navidad de 1510, el dominico Fray Antonio de Montesinos predicó en Santo Domingo su famoso sermón reprochando no solamente a los pobladores los malos tratamientos de los indígenas, sino poniendo en duda la legitimación de la intrusión española en estas tierras. Esta, hasta entonces, se había basado en las bulas papales de 1493. Al mismo tiempo, Montesinos excomulgó a la totalidad de los asistentes, los condenó al infierno si morían sin arrepentirse y les quitó una parte importante de sus derechos civiles mientras permanecieran sin reconciliación. Para los fines de este trabajo, vale insistir que, en el fondo, el fraile dió al traste con gran parte de las tradiciones jurídicas de la reconquista aplicadas en América y faltan todavía estudios comparativos sobre las consecuencias legitimadoras en la reconquista y las de la expansión ultramarina. En todo caso, de aquí en adelante toda la empresa americana tendría que legitimarse con los fines pacíficos de la conversión al cristianismo de los habitantes autóctonos y recurrir a la violencia solamente en situaciones extremas. De hecho, la expedición del adelantado Pedrarias Dávila al

⁴¹ EDUARDO AZNAR VALLEJO, *La Integración...*cit. nota 23, pp. 47ss., quien menciona toda una serie de problemas jurisdiccionales a consecuencia de este desarrollo.

⁴² Lamentablemente se paró ya hace muchos años el proyecto de publicación de la Actas de los Procesos Colombinos en la Escuela de Estudios Hispanoamericanos en Sevilla después de publicarse 3 volúmenes. Lo mismo vale para el proyecto de edición de las “cartas de cabildos hispanoamericanos. Publicación Conmemorativa del V Centenario”, que llegó a cubrir ediciones sobre Guatemala y ciudades de América del Sur. Sobre el desarrollo en Santo Domingo cfr. LUIS ARRANZ MARQUEZ, *Don Diego Colón, almirante, virrey y gobernador de las Indias*. Tomo 1, Madrid, CSIC, 1982, con un nutrido apéndice documental con fuentes poco conocidas.

Istmo de Panamá es retenida hasta tanto la corona no tuviera formulada una respuesta ante el reto del sermón de Montesinos. Para pacificar a la Isla La Española, el Cardenal Cisneros manda durante su regencia la comisión de frailes jerónimos para organizar la junta de representantes de ciudades, ya mencionada. Casi al mismo tiempo, Bartolomé de las Casas recibe el permiso para una urbanización pacífica agrícola con españoles e indios en la costa de Venezuela que ocupa aun a la historiografía venezolana. Poco después, Carlos V se hace cargo de la monarquía y promueve un equipo de gobierno ya educado bajo la influencia del humanismo y concede el primer asiento para llevar esclavos africanos al Caribe para proteger a la población nativa. Vale preguntarse: ¿Hasta dónde el lema “Plus Ultra” entre las columnas de Hércules, adoptado por el emperador y el propósito de la expansión de la religión cristiana, hayan tenido a futuro influencia en el concepto y el papel de la ciudad -por ejemplo en las transferencias de ciudades enteras, como Veracruz, la ciudad de México desde Coyoacán al antiguo centro de Tenochtitlán, o el de Panamá, por mencionar sólo unos cuántos ejemplos, y la manera de ejecutarlas? Este proceso de transformación urbana está por investigarse. Ya no se trata solamente de la forma de urbanización, sino también de conceptos de ciudad en función del desempeño que se le asigne y en función de sus condiciones geográfico-climáticas con las inherentes alternativas para el sustento económico. En este contexto, habría que ver más en detalle el problema de si se encerraban las ciudades en murallas al estilo medieval. Propuestas como la de un obispo de La Española de fomentar la plantación de azúcar, gestionada por esclavos africanos como alternativa a la minería de aluvión en vías de agotarse, siempre conllevan también conceptos diferentes de los tipos de ciudad o villa que se requieren como consecuencia.

4. Apenas Carlos V está más o menos establecido como gobernante de sus reinos peninsulares y recibida la noticia de su elección como emperador del Sacro Imperio, sobrevienen dos acontecimientos de significativas consecuencias: en primer lugar, el levantamiento de las ciudades castellanas, la bien analizada *Revolución de las Comunidades* y, en segundo lugar, Hernán Cortés inicia su empresa en contra del imperio azteca con la fundación de la ciudad de Veracruz. Es relevante este acto porque iba en contra de las órdenes del gobernador de Cuba, Velázquez, quien le había enviado expresamente tan solo a un viaje de rescate. Veracruz es, probablemente, la primera ciudad fundada bajo el concepto que se vió en la Recopilación: por vía de Colonia, como se deduce de su función legitimadora que Cortés aprovecha

para conseguir el mando autónomo de la expedición al interior. Los miembros de su hueste, tras superar algunos conflictos internos, se declaran como colonia, proceden a la fundación de la ciudad, relatada por varios testigos y documentada por instrumento notarial, y eligen a Cortés como capitán general, para emprender después de varios contactos diplomáticos, la marcha al interior para “visitar” al emperador azteca. Como lo han documentado los cronistas, Cortés no perdió ninguna oportunidad para explicar a los dirigentes indígenas la fé cristiana pidiendo que se dejaran bautizar, como de hecho algunos caciques parecen haberlo aceptado. Desde la alianza con los tlaxcaltecas y aun antes de la conquista de Tenochtitlán, se carece de una cronología de fundación de ciudades, porque no se sabe cuándo se conceden los primeros títulos de ciudad o villa a las poblaciones indígenas. Esto habrá ocurrido, casi seguro, solamente después de que las autoridades indígenas se hubieran hecho bautizar. Si bien Hernán Cortés tenía consigo dos sacerdotes, éstos no podían emprender una actividad de conversión en gran escala. Esta recién será posible desde 1524 cuando lleguen los primeros frailes mendicantes, los autodenominados 12 apóstoles, y la llegada de otros frailes misioneros a continuación. Evidentemente, la empresa de urbanización acompañada por los frailes mendicantes, tomaría un curso diferente de las prácticas tardomedievales.

Para el estudio de esta fase se ofrecen ahora como ayuda importante no solamente la documentación abundante de archivos municipales y esferas administrativas más elevadas, sino también los estudios del geógrafo-histórico Herbert J. Nickel sobre agrimensura y cartografía histórica en México, quien los resumió recientemente en una edición de CD-ROM particular ⁴³. Con todo, queda por explorar porque la ciudad de Sevilla en tiempos de los Reyes Católicos recibe un documento de gran solemnidad sobre sus derechos cuando las grandes ciudades americanas carecen de tales documentos fundacionales, según parece.

Volviendo, para concluir, a las referencias iniciales sobre la opinión compartida por varios estudiosos del urbanismo medieval europeo se nos ocurre una referencia al historiador Peter Blicke. Si se pudiera confirmar la hipó-

⁴³ HERBERT J. NICKEL, *Agrimensura y cartografía histórica en México*. El Instituto de Geografía de la UNAM le había prometido publicar el contenido de este CD y tras esperar varios años, y ya anciano el colega, lo hizo por cuenta propia. Durante muchos años persistió investigando estos temas, primero en el marco de un proyecto pluridisciplinar mexicano-alemán en los estados de Puebla y Tlaxcala y, más tarde, siendo catedrático de la Universidad de Bayreuth. Es muy probablemente el conocedor más profundo de esta temática.

tesis inicial de que el desarrollo urbano medieval en la Península encaja en el proceso medieval de urbanización en Europa, resultan de gran interés los estudios del historiador germano-suizo Peter Blickle. El, tras haber estudiado a fondo las rebeliones campesinas y urbanas de comienzos de la edad moderna, amplió posteriormente la esfera de sus trabajos al tema del comunalismo, es decir, a las causas de la formación de agrupaciones humanas en mayores comunidades autónomas del asentamiento señorial y hasta distantes de las tierras explotadas por el Señor, estudio que logró extender a amplias zonas en Europa⁴⁴, insistiendo en la perspectiva de los de abajo y las formas y condiciones de servidumbre en la cual vivían⁴⁵. En esta línea después publicó, centrado en Alemania, una historia de la emancipación de la servidumbre hasta los derechos del hombre; una historia de la libertad en Alemania, una historia que define “libertad” como el derecho de disponer no solamente sobre el cuerpo propio sino también sobre los frutos de su trabajo que sigue sin recurso a la historia de las ideas los distintos pasos reales de emancipación⁴⁶. Este autor destaca que las libertades que ofrecían las ciudades medievales solamente se conseguían después de vivir un año y un día dentro del casco amurallado de una ciudad o villa. Por el contrario los habitantes dentro del alfoz podían tener un estado jurídico muy diverso que podía oscilar entre esclavitud y distintas formas de servidumbre, tanto con respecto a las autoridades urbanas como con las autoridades eclesiásticas, sirviendo y/o tributando a uno de los dos o a ambos juntos. Esto implica que tanto los reyes podían tener interés de atribuir a las ciudades un alfoz extendido, mientras ellos podían nombrar los miembros del cabildo. De forma inversa podía interesar a las ciudades de tener un alfoz extendido con población sometido a formas de servidumbre. Por cierto que las necesidades de defensa en zonas de frontera seguramente habrán contribuido a alterar el esquema algo simple que hemos delineado como resumen de estas reflexiones.

⁴⁴ Para la Península Blickle atribuye gran importancia al libro de HELEN NADER, *Liberty in Absolutist Spain. The Habsburg Sale of Towns, 1516 –1700*. Baltimore, London, 1990, que no hemos tenido la oportunidad de consultar.

⁴⁵ PETER BLICKLE, *Kommunalismus. Skizzen einer gesellschaftlichen Organisationsform*. Vol. 1: *Oberdeutschland*. Vol.2: *Europa*. München, R. Oldenbourg Verlag, 2000.

⁴⁶ PETER BLICKLE, *Von der Leibeigenschaft zu den Menschenrechten. Eine Geschichte der Freiheit in Deutschland*. München, Verlag C. H. Beck, 2003.

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

*Presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro
e Professor da Universidade Veiga de Almeida (Brasil)*

wehling@globo.com

Resumen: Tradicionalmente la historiografía del derecho luso-brasileño ha considerado el derecho aplicado en Brasil como una extensión de las Ordenaciones Manuelinas y Filipinas. El estudio de las obras de Antonio Vanguerve Cabral, un abogado, juez y praxista portugués que actuó en la colonia en los comienzos del siglo XVIII, demuestra al revés que existió una significativa adaptación a las condiciones americanas, por medio de la adopción de usos y costumbres locales, con la aplicación casuística de las normas portuguesas. La existencia de una nueva sociedad, bajo la dirección portuguesa pero con fuerte presencia indígena y africana, además de situaciones muy distintas de las de Portugal, explican las variaciones del derecho, sobre todo del procesal, en el Brasil colonial.

Palabras clave: Antonio Vanguerve Cabral, justicia, Antiguo Régimen, patrimonialismo, burocracia; casuismo.

Abstract: Luso-Brazilian historiography of law has traditionally considered the application of norms in Brazil to be an extension of the *Ordenações Manuelinas and Filipinas*. The study of Antonio Vanguerve Cabral's works as a lawyer, judge and expert litigator, however, demonstrate that such application was a relevant adaptation to American conditions in the early 18th century, with the adoption of local customs and practices and the casuistic application of Portuguese law. The existence of a new society, under Portuguese direction but with strong native and African presences, besides very different situations in comparison with Portugal, can explain the varieties of law, mainly the legal proceedings, in colonial Brazil.

Keywords: Antonio Vanguerve Cabral, justice, *ancien régime*, patrimonialism, bureaucracy, casuistry

Sumario: 1. Os juristas da praxis e o casuísmo. 2. Até que ponto existe o predomínio da lei? 3. Centrifugismo, realidade cotidiana. 4. Os “males do Brasil” e as variações do direito. 5. Escravos em juízo

Antonio Vanguerve Cabral foi um jurista português com extensa atividade profissional como advogado, magistrado e praxista. Por sua formação na segunda metade do século XVII –concluiu o curso jurídico na Universidade de Coimbra em 1684– e pelo trabalho desenvolvido posteriormente no foro e em obras como a *Prática Judicial* e o *Epílogo Jurídico*, Vanguerve se nos apresenta como um membro do grande universo dos juristas da práxis.

1. Os juristas da práxis e o casuísmo

Tal universo tem entre seus exemplos significativos Carpzov, Merius e Struve, na Alemanha¹, Bolaño, Bas e La Ripa, na Espanha² e Caminha, Mendes de Castro, Lopes Ferreira, Silva Araujo e o próprio Vanguerve, em Portugal.³

Caracterizados pelas exposições de conjunto e compilações que reuniam material de direito privado, penal e eclesiástico⁴, interessados na aplicação e na enumeração de casos e decisões, os praxistas ainda se mantinham muito próximos ao direito comum. Pelo final do século XVII e ao longo do século XVIII é que se incorporariam nos novos autores as preocupações oriundas da razão natural num sentido já moderno, como encontramos pioneiramente em Grotius e depois, no caso do *usus modernus pandectorum* da Alemanha, em Stryk.

No mundo ibérico de língua espanhola jurisconsultos desse tipo foram denominados por Bernardino Bravo Lira e Victor Tau Anzoátegui como barrocos, em contraposição a seus sucessores iluministas. Essa jurisprudência barroca se marcaria pela abordagem dos temas “de modo prático, tópico e concreto, partindo de problemas reais e admitindo que o alcance de suas opiniões era limitado, sem pretensões de validade universal”⁵. Longe de cingir-se apenas à legislação ela compreendia “leis, costumes, opinião, práticas ou

¹ FRANZ WIEACKER, *História do direito privado moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 238.

² JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, *Interpretación histórica del derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 1996, p. 890.

³ MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 330. NUNO ESPINOZA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 333.

⁴ WIEACKER, *op.cit.*, p. 240.

⁵ BERNARDINO BRAVO LIRA, “La literatura juridical indiana en el Barroco”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 10, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1985, p. 227.

estilos judiciais, textos bíblicos, regras, exemplos, aforismos, máximas etc... A atenção para o caso prevalecia sobre as conexões internas dos conceitos jurídicos...”⁶.

Como Antonio Manuel Hespanha já sublinhou, este direito casuísta significava que o *jus commune* antes que uma vontade –*voluntas*– era uma razão, ordem ou proporção –*ratio*– cuja enunciação fluía sobretudo do saber e da técnica dos juristas que aconselhavam o rei⁷. E, podemos acrescentar, esta advinha por sua vez de uma concepção metajurídica –teológica e filosófico-política– na qual a ordem divina se repetia na ordem social, fundada no equilíbrio e na correção pela justiça das distorções praticadas pelos homens.

O que caracteriza a época na qual Vanguerve atuou, de fins do século XVII a meados do século XVIII na Europa ocidental é justamente a transição de um direito eminentemente casuísta que recuperava o justo inserido numa ordem natural das coisas para um direito que começava a ser o *direito racional* como o denominaria Bobbio. Tal transição entretanto demorou a chegar à prática forense e no caso português ainda demoraria mais, dada a condição periférica do país, que seria na segunda metade do século XVIII combatida pelos juristas pombalinos em seu afã de atualizar o país com a cultura dos “povos polidos” da Europa, como se diz na introdução de uma das principais leis da época, a Lei da Boa Razão.

No caso português tem-se classificado os juristas da época barroca considerando-os como comentadores (em relação às Ordenações e leis extravagantes), casuístas (que trabalhavam na exposição e resolução de casos reais ou fictícios) e praxistas (oriundos da própria prática forense ou mesmo notarial), onde podemos inserir Vanguerve⁸.

Vida e carreira de Vanguerve não são muito conhecidas. Sabemos que cursou a Universidade de Coimbra entre 1677 e 1684, bacharelado-se em leis⁹ e que realizou a “leitura de bacharel”, sem no entanto lograr ingresso na magistratura portuguesa¹⁰. O fato de ter um avô holandês, arguido nas inqui-

⁶ VICTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuísmo y Sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 442.

⁷ ANTONIO MANUEL HESPANHA, *O direito dos letrados no Império Português*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006, p. 137.

⁸ MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 329-332.

⁹ Antonio Vanguerve, ARQUIVO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, Livro de Provas do Curso, 1682-1684, IV, 1D 1-5-26 fl. 25, 25v, 36v (1682-1683), 6v (1683-1684).

¹⁰ Bel. Antonio Vanguerve, ARQUIVO NACIONAL DA TORRE DO TOMBO, *Leitura de Bacharéis*, maço 26, doc. 12.

rições a que se submeteu por ocasião da “leitura”, talvez tenha sido o fator impeditivo. Sabemos também que atuou desde 1687 como advogado em Lisboa, que em 1690 era juiz comissário na Madeira e que em 1694 estava em Pernambuco exercendo a advocacia. Entre 1702 e 1705 foi ouvidor da capitania particular de Itamaracá, embora nomeado pelo governador de Pernambuco e não pelo donatário. Retornou a Portugal para dedicar-se à advocacia nas décadas seguintes, onde também publicou a *Prática Judicial* (primeira parte em 1712, segunda e terceira em 1715 e quarta em 1721), o *Tractatus Practicus Juridicus de Sacrilegio* em 1715 e o *Epílogo Jurídico*, em 1729. Acrescentaria ainda à *Prática* uma quinta e sexta partes e o próprio *Tractatus*, de modo que na edição de 1757 a obra constava de sete partes.

O que dá às obras de Vanguerve especial relevância para a história brasileira em geral e jurídica em particular é a quantidade de informações que oferece sobre a prática do direito no país. A frase “assim o vi praticar no Brasil” é frequente na sua obra e garante uma informação de primeira mão, de quem praticou o direito na colônia como advogado e como magistrado. Se lembrarmos que pouco sabemos sobre a prática desse direito, limitado a poucas decisões conhecidas dos tribunais da Relação da Bahia (desde 1609-1624 e reaberto em 1652) e do Rio de Janeiro (desde 1752) e de algumas ouvidorias de comarcas, juizados e fora e juizados ordinários, estes últimos às vezes de modo indireto, pelos registros das atas das câmaras municipais, o papel de Vanguerve cresce de significado.

Dois aspectos ressaltam do estudo da contribuição de Vanguerve.

O primeiro é o evidente esforço de coadunar normatividade portuguesa e realidade colonial. Embora a retórica oficial e de vários cronistas fale em um “outro Portugal” e considere o Brasil uma “América portuguesa”, era evidente o distanciamento entre as duas realidades sócio-econômicas e culturais, a metropolitana e a colonial. A normatividade concebida e executada em Portugal, mesmo nos quadros largos do casuísmo, era afastada das condições brasileiras e a intenção subjacente de transplantar as instituições poucas vezes podia ser literalmente atendida.

Vários fatores contribuíam para isso. A dimensão imperial e pluricontinental da expansão portuguesa fazia com que ao reino metropolitano se acrescentassem dois *estados*, o da Índia e o do Brasil e outros mais *domínios* na Ásia, África continental e ilhas do Atlântico, todos submetidos à mesma ordem jurídica a despeito da diferença de seus estatutos políticos. No caso do Brasil que Vanguerve conheceu, entre 1694 e 1705, havia ainda outra continentalidade própria, com a dominação se estendendo de Santa Catarina ao sul até a

capitania do Pará ao norte, já se iniciando à época o rush minerador para a futura capitania de Minas Gerais. Isso significava que a ordem jurídica portuguesa se chocava com poderes locais – o poder dos proprietários rurais, mas também com outros poderes e mesmo ordens jurídicas, como as tribos indígenas e os quilombos de ex-escravos. As etnias diversas em contato, colaboração ou confronto eram parte da realidade cotidiana do estado português no Brasil e conseqüentemente da ordem jurídica que impunha ou buscava impor¹¹.

Além disso o papel da escravidão de origem africana ou indígena tinha um peso no Brasil desproporcional à escassa experiência portuguesa com o trabalho escravo. Na obra de Vanguerve ocorre com frequência a presença escrava em juízo e ele próprio teve problemas judiciais com seus sócios em uma sumaca que haviam mandado para comerciar (inclusive escravos) na África. Outro aspecto é a igualmente grande incidência da atividade comercial no Brasil: sem que ainda se explorasse o ouro em grande quantidade, o que logo ocorreria alterando as relações econômicas e a ocupação territorial do país, a agricultura –açúcar e tabaco– e os couros dominavam a pauta exportadora, enquanto manufaturas, escravos e matérias primas faziam o caminho inverso das importações. Muito mais que Portugal, no qual predominava uma economia de autoconsumo típica do Antigo Regime e fortemente dependente da reexportação de produtos coloniais, o Brasil àquela altura era um grande entreposto comercial euro-afro-americano, especialmente na região em que Vanguerve se localizara¹².

Admitir que todos esses fatores de diferenciação em relação à realidade metropolitana não tivessem reflexos na ordem jurídica e na aplicação do direito português no Brasil, não é hipótese razoável. A hipótese contrária mostra-se aparentemente mais consistente: esses fatores devem ter tido uma ação significativa sobre a ordem jurídica existente no Brasil capaz de alterar sua prática.

O segundo aspecto é corolário do primeiro. A diferenciação assim observada pode ter alimentado a elaboração de um direito colonial que, sem necessariamente afastar-se ou romper com o metropolitano, provocou o surgimento de procedimentos e soluções no âmbito jurídico próprias do Brasil à medida que foi se consolidando a colonização. Ao contrário do que se afirmou predominantemente na historiografia brasileira, de que não haveria um di-

¹¹ ARNO WEHLING e MARIA JOSÉ WEHLING, *Direito e justiça no Brasil colonial – o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro – 1751-1808*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 9.

¹² ARNO WEHLING e MARIA JOSÉ WEHLING, *Formação do Brasil colonial*, 5^a. Edição, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2012, p. 239.

reito colonial, mas apenas o direito português aplicado no Brasil, a obra de Vanguerve –junto a outros documentos– é um manancial de fontes que apontam para outra realidade. Assim pode-se afirmar a hipótese segundo a qual se elaborou ao longo da colonização portuguesa um direito próprio do Brasil, não obstante tenha inexistido –apesar de pelo menos uma tentativa e uma série de compilações setoriais– um corpo legislativo global para este *estado*¹³.

Procuramos as respostas para as hipóteses em alguns dos problemas de aplicação do direito, enunciados por Vanguerve.

2. Até que ponto existe o predomínio da lei?

Ao longo de suas obras são numerosos os casos nos quais cita exemplos brasileiros, quase sempre acentuando diferenças na aplicação do direito, típicas da colônia. Na hierarquização das fontes do direito ao considerar a profusão de estilos dos tribunais, doutrina, costume, jurisprudência, regimentos oficiais e leis, afirma claramente a precedência destes últimos: “e daqui nasce que aquelas cousas que se não acautelam por Lei, não podem ser praticadas...”¹⁴.

Havia entretanto sempre a possibilidade de que a legislação fosse omissa, caso em que haveria espaço para as demais normas: “faltando Lei, Regimento etc. pode-se então estar pelo uso e costume como é vulgar...”¹⁵.

No conflito de normas, predominaria a Lei, “e a razão é que o estilo ou costume não vence a Lei nos termos lícitos e honestos...”¹⁶, citando vários jurisprudências em abono à sua afirmação.

O que se verifica em várias das situações analisadas por Vanguerve é que as circunstâncias coloniais afetavam de tal maneira a aplicação do direito, que abriam maior espaço para a existência de usos, costumes e (no caso do então único tribunal colonial, a Relação da Bahia) estilos. Não era, pelo menos na sua argumentação, o caso de estas fontes concorrentes se sobreporem à lei régia, mas a sua vigência se justificava em situações para as quais

¹³ ARNO WEHLING e MARIA JOSÉ WEHLING, A questão do direito no Brasil colonial (a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais), in GIZLENE NEDER (org.), História & Direito – jogos de encontros e transdisciplinaridade, Rio de Janeiro, Revan, 2007, p. 77-94.

¹⁴ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, Prática Judicial, Lisboa, Rollandina, 1842, Parte VII, cap. XLVII, p. 91.

¹⁵ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, Prática, cit, Parte VII, cap. XLVII, p. 91.

¹⁶ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, Prática, cit, Parte VII, cap. XLVII, p. 92.

as determinações legais eram inviáveis. Uma espécie de “se acata pero no se cumple” brasileiro, solução aliás que teve sua contrapartida luso-brasileira na fórmula “sem embargo da Ordenação em contrário”, que consistia num decreto real *ad hoc*, cuja eficácia era limitada ao caso em apreço.

A afirmação da preeminência da lei real no contexto de recepção do direito comum não era novidade, até porque o *jus proprium* nacional também se balizava pelos princípios romano-cristãos que inspiravam aquele. Novidade talvez fosse sua reiteração categórica e aí a explicação pode estar no quadro político de afirmação do poder real conforme se esboçava em Portugal no governo de D. João V. Iniciado o reinado em 1705 e estendendo-se até 1750, a redação da obra de Vanguerve coincide com a crescente afirmação do modelo centralizado de administração cujo exemplo vinha da França bourbônica e já passara à Espanha com a ascensão de Felipe V de Bourbon.

De qualquer modo, continuava predominante o direito casuístico e barroco tradicional do *jus commune* e afora a demonstração retórica de respeito pelo poder majestático, a força das fontes concorrentes à lei real continuou grande até a reação pombalina. Se essa afirmação é válida para a realidade metropolitana, muito mais o será para as circunstâncias brasileiras.

Os exemplos das obras de Vanguerve permitem corroborar que, não obstante a existência da legislação real, muito da construção do mundo jurídico colonial pertenceu ao terreno casuístico da jurisprudência, da doutrina e sobretudo do costume local.

3. Centrifugismo, realidade cotidiana

Os regimentos dados aos governadores-gerais e vice-reis e a outras autoridades que exerciam cargos no Brasil, bem como a legislação específica sobre assuntos como a escravidão indígena, a atividade mineradora, o contrabando, a organização das milícias e a tributação, mostram constante preocupação com uma realidade que era francamente centrífuga. A organização e a prática judiciárias não teriam destino diferente.

Sabemos que nos momentos iniciais da colonização a extrema pobreza dos colonos na capitania de São Vicente impediu que se cumprisse cabalmente uma determinação básica das Ordenações, a existência de dois juízes ordinários nas câmaras municipais, chegando a haver quatro deles no mesmo mandato, de modo que o rodízio dos ocupantes permitisse o atendimento mínimo às suas atribuições. Prazos dilatados para cumprimento de pro-

cedimentos processuais, modificação de fórmulas testamentárias e outras alterações formais e materiais do direito acentuavam o caráter centrífugo da normatividade jurídica portuguesa em seus domínios. A propósito dos testamentos aparece o registro do uso frequente do costume em sua elaboração no Brasil¹⁷, a necessidade da elaboração de sumas pela ausência de letrados¹⁸ e a observação reiterada de que tudo isso se agravava “nos campos e sertões do Brasil”¹⁹.

Olhado do ponto de vista do administrador metropolitano, o governo das “partes remotas” dos domínios portugueses pareceu sempre um esforço de Sísifo para garantir um mínimo de uniformidade a processos e procedimentos, ao mesmo tempo em que reconhecia peculiaridades e idiosincrasias locais, sob pena de inviabilizar a governança. Tal situação se agravaria ao longo do século XVIII, quando uma nova escola de administração ilustrada, geralmente afrancesada, procurou acentuar a centralização, que chegaria a um ponto máximo com os governos pombalino e pós-pombalinos.

Vanguerve viveu essa transição e tal fato reflete-se em suas obras. Longe de pretender uma uniformização cartesiana e sistêmica do direito, à qual sua formação casuística era infensa, buscou no entanto um mínimo de organicidade para a ordem jurídica, de que foi exemplo seu empenho em definir a praxe a seguir nas revistas solicitadas das sentenças. Após desenvolver na *Prática Jurídica*²⁰ sua conceituação e elaboração, explicitou no *Epílogo Jurídico*²¹ os procedimentos a observar pelo recorrente e pelo tribunal nos diferentes passos, inclusive o uso adequado dos formulários, justificando a explicação detalhada pela “confusão” em que se viam as partes sem saber como agir, “principalmente fora da Corte & partes remotas do Reino e ainda no mesmo, como experimentei...”²². Pela redação percebe-se que o autor se referia também aos domínios, estendendo o conceito de reino; de qualquer modo, tal esforço padronizador reaparece em outros pontos de sua obra, dando testemunho do caráter centrífugo da experiência colonial.

Diversos atores da colonização tiveram papel potencialmente conflitivo com as autoridades metropolitanas e por extensão com a normatividade esta-

¹⁷ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte IV, cap. XLII, p. 280.

¹⁸ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte IV, cap. XLVI, p. 281.

¹⁹ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte IV, cap. XLIV, p.281.

²⁰ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte I, cap. XXXVI, p. 7.

²¹ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Epílogo Jurídico*, Lisboa, Oficina de Antonio Pedrozo Galram, 1729, cap. XVII, p. 26.

²² ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Epílogo...*, cit., cap. XXVI, p. 47.

tal, caracterizando fortemente o centrifugismo. São frequentes as referências na documentação colonial à diluição da autoridade real nos domínios dos senhores territoriais e mesmo ao exercício da justiça privada, frente aos quais o aparato judicial metropolitano revelava-se impotente, seja pela presença rarefeita, seja pela cooptação.

Nas relações com a Igreja, sempre difíceis sob a monarquia absoluta, problema semelhante ocorria. Na virada para o século XVIII o alto clero secular permanecia em geral muito submisso ao padroado e as *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*, promulgadas pelo arcebispo da Bahia D. Sebastião Monteiro da Vide em 1707 o atestam em várias passagens. O próprio Vanguerve sublinha o fato em seu *Tratado do sacrilégio* e em vários pontos de sua atividade judicial. Isso não impedia que sobretudo as ordens e muitos párocos, eventualmente mesmo bispos, tivessem atitudes em desacordo com as orientações emanadas do poder real, pela Mesa da Consciência e Ordens.

Ações individuais em proveito próprio de diversas autoridades e conflitos intrajudiciais eram outros tantos fatores de enfraquecimento da autoridade real. Um dos casos relatados por Vanguerve sucedeu-se com ele próprio: quando o tribunal da Relação da Bahia determinou que cobrasse despesas na vizinha capitania da Paraíba, ponderou que esta pertencia à jurisdição de outro ouvidor. Foi admoestado pelo tribunal e obrigado a cumprir o determinado, situação da qual deu uma nota técnica na *Prática*, observando que este era o procedimento correto já que neste caso, embora se tratasse de jurisdição em território alheio, fazia o papel de “juiz comissário ou delegado que no que se lhe comete pode em qualquer parte exercer a jurisdição”²³.

A atitude do tribunal da Bahia pode ser interpretada na altura como um esforço para afirmar a própria autoridade no contexto de uma integração de orientação e procedimentos. Vanguerve aliás sublinha este ponto ao reiterar em diferentes passagens de sua obra que a Casa da Suplicação tinha preeminência sobre os outros tribunais do reino²⁴, que o tribunal da Relação da Bahia em sua jurisdição assemelhava-se a ela e que o praticado no órgão superior de Lisboa o era também “nas mais casas deste Reino e de suas conquistas”²⁵.

Tais afirmações de Vanguerve traduzem o comportamento dos órgãos oficiais da justiça e de um operador jurídico que redigia um manual de prá-

²³ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte III, cap. IX, p. 207.

²⁴ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte III, cap. II, p. 176.

²⁵ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte III, cap. I, p. 172.

tica forense. Isso não significa que se tratava de procedimento generalizado na colônia. A própria reiteração dessa orientação em momentos posteriores ao longo do século XVIII demonstra que a pretendida integração era mais um objetivo longínquo do administrador central – se não mera retórica – do que uma realidade no vasto mundo colonial.

4. Os males do Brasil e as variações do Direito

Houve cronistas que, com realismo ou às vezes com dose adicional de má vontade em relação ao país, referiam-se aos “males do Brasil”, queixando-se do clima, da vastidão territorial, da insegurança, das doenças tropicais, dos indígenas, dos animais ferozes ou até dos insetos. Alguns destes males, exagerados ou não interferiram direta e indiretamente na administração da justiça, terminando por deixar marcas no próprio direito praticado na terra, quer nos procedimentos judiciais de âmbito processual, quer no próprio direito material.

Distância/dispersão. A extensão do território e os largos espaços vazios entre as vilas e aldeias dificultavam os procedimentos judiciais e afastavam os centros de irradiação do poder real do vasto *hinterland* brasileiro. A distância foi responsável por variações nos procedimentos, como Vanguerve registrou a propósito das citações, que no Brasil via sendo praticadas por meirinhos e alcaides, contra determinação constante das Ordenações e manifestações doutrinárias. Para ele cabia, em conformidade com a lei, restringir aos magistrados a expedição de citações, mas a consulta que fez ao Tribunal da Relação da Bahia, quando ouvidor de Itamaracá, orientou-o a que se ativesse aos estilos já praticados localmente. O então mais alto órgão judicial do Brasil referendava desse modo a prática consuetudinária do país²⁶.

A questão da distância dos centros de irradiação do poder real foi enfrentada pela monarquia portuguesa com a instituição dos juízes de vintena, magistrados leigos em aldeias com mais de vinte e menos de cinquenta vizinhos, cuja existência era prevista nas Ordenações e se tornava ainda mais relevante no caso brasileiro²⁷. Foi sobretudo para estes, mas também pensando nos escrivães, tabeliães e mais oficiais da área judicial que se localizavam, como diz Vanguerve, “nos campos e sertões do Brasil”, que o jurista considerava

²⁶ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte I, cap. X, p. 5.

²⁷ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte VI, cap. XI, p. 38.

necessárias sumas que orientassem ainda que muito resumidamente àqueles não letrados (isto é, sem o curso jurídico) em como atuar nos respectivos procedimentos que lhes competiam.

Outra situação afetada pelas condições locais dizia respeito à emissão das *cartas de seguro*, documento pelo qual o réu de uma ação criminal respondia em liberdade pelo prazo de um ano ao processo. Embora as Ordenações determinassem que haveria apenas uma nova prorrogação de um ano, Vanguerve menciona casos de Pernambuco e Angola de três cartas²⁸ e no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro encontramos este número com frequência, mas também casos de até **seis** cartas para o mesmo réu²⁹.

Risco. As descrições da insegurança nas ruas de Salvador e Rio de Janeiro colonial são frequentes nos cronistas dos séculos XVII e XVIII. O quadro certamente não seria melhor em núcleos menores, com menor número de autoridades públicas e mais ainda nos locais ermos, afastados das vilas e aldeias³⁰.

Além desses conflitos, acresce o fato de que nas áreas mais afastadas existiam quilombos, com grau variável de relações com seus vizinhos longínquos, algumas pacíficas, inclusive com trocas comerciais, outras conflitantes. Também frentes de colonização frequentemente entravam em choque com tribos indígenas, em particular à época em que Vanguerve esteve no Brasil. Desta última situação o jurista deixou registro na sua obra, ao dizer que aplicou o previsto no livro III, título I das Ordenações sobre citações de ações penais em local perigoso, embora o previsto na norma se referisse à criminalidade comum e não a situações de guerra como as vividas no Brasil:

O que pratiquei no crime de Antonio Álvares contra Francisco Dias Tourinho, e este estando no sertão do Açú, onde o gentio estava em guerra com os brancos, querendo-o citar o dito Antonio Álvares para dizer se o queria acusar, o fez citar por Editos, por não se poder lá fazer iligência por causa das guerras, o que sucedeu na capitania de Itamaracá, sendo eu ouvidor, no ano de 1703, no cartório que serviu Felipe de Valadares Souto Maior³¹.

Como a vítima estava em Açú, na capitania do Rio Grande do Norte, sob outra jurisdição e era impossível citá-la quer pessoalmente, quer por preca-

²⁸ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte I, cap. 47, p. 22.

²⁹ ARNO WEHLING e MARIA JOSÉ WEHLING, *Direito*, cit., p. 555.

³⁰ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte II, cap. I, p. 90-91.

³¹ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte II, cap. I, p. 81.

tório, já que os oficiais de justiça não tinham acesso à área conflagrada, foi necessário fazê-lo por edital.

Carências. A pobreza de certas regiões, ou as dificuldades de circulação de pessoas e mercadorias mesmo em áreas mais abastadas, afetavam o exercício da justiça tanto quanto a de outras atividades estatais.

Foi o caso que ocorreu a Vanguerve em 1704, com a falta generalizada de papel em todo o Brasil. Os juízes e escrivães utilizavam meias folhas e mesmo quarto de folhas, quando as havia. Nesta situação o ouvidor decidiu que nos protocolos dos escrivães se registrasse que o tempo não era contado às partes enquanto não se resolvesse a carência de papel, ou se as próprias partes o fornecessem. Nas causas que passassem como caso julgado, as partes poderiam solicitar um mandado simples, “em que fosse incorporada a sentença”.

5. Escravos em juízo

Pela sua condição de objeto e não sujeito de direito, tem sido geralmente admitido que o escravo em juízo era necessariamente representado por seu senhor. Não é o que constatamos no Brasil colonial, já em pesquisa sobre o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro.

Antonio Vanguerve corrobora essa interpretação, respondendo à questão sobre se o escravo ou o senhor assistem no juízo. E a resposta denota não apenas essa possibilidade, mas a sua prática como uma praxe colonial:

O que vi praticar no Brasil, aonde é quotidiana esta praxe, é que o senhor assiste pelo seu escravo nas Audiências; e quando o senhor não assiste, assiste o escravo; mas se deve observar a melhor praxe, e esta que se usa no Brasil me parece melhor³².

Outro ponto que envolve prática brasileira é a da obrigação do senhor em dar ou não moradia ao escravo quando este se casava. A jurisdição da causa era do Juízo Eclesiástico, mas este não tinha, segundo entendimento endossado por Pegas competência para exigir que o senhor alugasse ou comprasse uma casa com este fim. Subsistia a obrigação, porém de dar moradia ao casal, o que segundo o autor se resolvia da seguinte forma:

³² ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte I, cão. XLVII, p. 56.

...os senhores não são obrigados a alugarem casas para seus escravos morarem: mas darem-lhe cômodo onde possam habitar, e assim o vi também praticar no Brasil, onde semelhantes causas são quotidianas, acerca destas causas matrimoniais dos escravos³³.

Outro problema recorrente era o vício redibitório do escravo por questões de saúde. As Ordenações previam a citação do vendedor pelo comprador no prazo de seis meses, mas Vanguerve refere a prática de trinta dias apenas em relação aos escravos oriundos da Guiné. No Brasil entretanto constatou a prática de seis meses, independentemente da origem geográfica do escravo³⁴.

A obra de Vanguerve permite-nos concluir sobre alguns aspectos do direito vigente no Brasil e da maneira pela qual era praticado, além de contribuir para uma visão mais aprofundada da dinâmica colonial.

Parece inequívoco que a prática do direito colonial – pelo menos no recorte que a experiência de Vanguerve nos autoriza a afirmar com base em dados empíricos - evidencia o predomínio, mas não a exclusividade da lei real, corroborando a forte presença do direito comum e a significativa produção extralegislativa das normas, pelas vias jurisprudencial, doutrinária e consuetudinária. Neste sentido, havia uma sintonia entre o praticado na metrópole e que se verificava em sua principal dependência, o Estado do Brasil.

Essa sintonia leva à identificação de problemas enfrentados pela justiça real por seus tribunais, ouvidores e juízes de fora, que eram comuns à metrópole e à colônia, embora fossem exacerbados no Brasil pelas características próprias de sua sociedade e do processo de colonização.

Observa-se assim um forte *centrifugismo* da colônia, a despeito dos protestos de fidelidade à monarquia nos textos dirigidos ao rei e a seus funcionários. Que tais afirmações não eram mera retórica, correspondendo a clara adesão aos desígnios metropolitanos, não se questiona, mas a realidade colonial, profundamente diferente da de Portugal pela natureza física, pelos desafios à ocupação humana, pela atividade econômica desenvolvida e pelas relações interétnicas estabelecidas entre portugueses, indígenas e africanos gerou um *centrifugismo* que afetou as políticas relativas ao Brasil, as soluções determinadas por Lisboa e certamente também o direito praticado na colônia.

Esse quadro explica a *flexibilidade* ou a *ductilidade*, se usarmos a expressão de Tau Anzoátegui, que se observa na aplicação do direito português no Brasil. Beneficiado por um modelo jurídico, o do direito comum, que de

³³ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte VII, cap. LXVI, p. 109.

³⁴ ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Pratica*, cit, Parte IV, cap. XIX, p. 131.

si já era manifestamente adaptável às circunstâncias diversas de aplicação da norma, o direito português no Brasil em algum momento desde a segunda metade do século XVI tornou-se efetivamente um *direito colonial*, não obstante faltar a ele uma recopilação geral, como sucedeu ao direito indiano de origem espanhola.

Longe de corresponder a dois extremos – a aplicação estrita das Ordenações ou a anomia pura e simples – o direito colonial, como o demonstra a obra de Vanguerve, entre vários outros exemplos que poderiam ser suscitados, foi um produto rico e diversificado da normatividade portuguesa na América. A flexibilidade que ostenta em relação ao padrão original não altera sua natureza, mas apenas seu grau de proximidade em relação àquele. Conquanto tenham existido diferenças de aplicação do direito das Ordenações em regiões da própria metrópole ou nas ilhas do Atlântico, o grau dessa diversidade no caso do Brasil foi muito maior, pelo motivo básico a própria escala do empreendimento brasileiro. Tal fato entretanto não significou em nenhum momento uma ruptura ou mesmo um afastamento substancial face ao paradigma jurídico-institucional existente.

Ao contrário: exemplos de práticas jurídicas existentes no Brasil foram por Vanguerve sugeridas para uso em Portugal, o que evidencia um pressuposto importante, o da unidade implícita do Império português, espreado por quatro continentes sob a forma de diferentes mecanismos de dominação política, econômica, étnica e jurídica.

Circulación de ideas y prácticas jurídicas: casos y métodos
de análisis (obras jurisprudenciales)

REPUBLICANISMO 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

CONICET-CIJS, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

aaguero@derecho.unc.edu.ar

FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS

Universidad de Valladolid (España)

fjandres@der.uva.es

Resumen: Este trabajo procura demostrar la importancia que tuvo, en materia de gobierno local, el *Tractatus de Officialibus Reipublicae* (c. 1632) de Antonio Fernández de Otero. Se trata de una obra que ha llamado escasamente la atención de los historiadores del derecho, particularmente de los estudiosos del derecho indiano. Sin embargo, sus relaciones intertextuales con tratados más célebres, su circulación en bibliotecas hispano-americanas y algunos testimonios de su uso forense, nos permiten afirmar que el Tratado de los Oficiales de Otero se había convertido hacia la segunda mitad del siglo XVIII en una referencia de autoridad dentro de la tradición jurídica. Mostraremos, además, cómo fue utilizado incluso a comienzos del siglo XIX cuando la noción de “república” había comenzado a cambiar. Por estas razones, este ensayo busca también presentar el proyecto de realizar una edición crítica bilingüe del Tratado de los Oficiales de Otero.

Palabras clave: republicanismo, oficiales de república, tratados jurídicos sobre gobierno local, siglos XVII-XVIII, Antonio Fernández de Otero, tradición jurídica e independencia.

Abstract: This essay attempts to show the effect that the *Tractatus de Officialibus Reipublicae* (c. 1632) by Antonio Fernández de Otero had on the subject matter of local government. Legal historians, and particularly scholars concerned with colonial law, have paid scarce attention to this book. However, considering its intertextual relations-

* Trabajo parcialmente desarrollado en el marco del proyecto PICT 2014-3408, Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (Argentina).

hips with more celebrated treaties, its presence in Hispano-American libraries and some evidence of its use in the courts, we can assert that Treaty on the Officials had become an authoritative reference of the legal tradition. We will show how it was even utilized at the beginning of the 19th century, when the notion of “republic” began to change. For these reasons, this essay also seeks to present the project of carrying out a bilingual critical edition of this treaty.

Keywords: Republicanism, Officials of Republics, legal treaties on local government, 17th and 18th centuries, Antonio Fernández de Otero, legal tradition, independence.

Sumario: 1. Introducción. 2. El autor y su obra. 3. La circulación de la Obra en Las Indias, 4. Relaciones intertextuales con otras obras significativas. 4.1. Solórzano Pereyra. 4.2. Hevia Bolaños: la Curia Filípica y su “continuación”. 4.3. Santayana Bustillo y Elizondo. 4.4. Las notas de José Lebrón y Cuervo (c. 1776). 5. Otero y el uso forense: Guadalajara (1799), Córdoba (1814). 6. Conclusiones.

1. Introducción

En los últimos años, desde numerosos sectores de la historiografía se ha abordado el tema del republicanismo en el mundo iberoamericano. No es el caso detenernos aquí a hacer un balance de estas líneas historiográficas. Simplemente nos interesa señalar que en muchos de esos estudios se advierte una falta de reflexión sobre la tradición jurídica hispana que hasta bien entrado el siglo XIX condicionaba todavía el léxico político. Esta carencia implica desconocer un elemento esencial del marco contextual en el que eran utilizados algunos términos claves como el de “república”, entre muchos otros, durante los primeros años de aquel siglo. Así, se ha sostenido, por ejemplo, que las elites decimonónicas en Hispanoamérica tenían una concepción “epidérmica” o “formal” de república, como concepto opuesto al de monarquía¹.

Este tipo de enfoques parten de la premisa de que, en los albores de la emancipación, “monarquía” y “república” eran dos regímenes políticos “contrapuestos” en cuanto al origen de la autoridad². A nuestro juicio, estas afirmaciones toman como premisa lo que en rigor habría sido el desenlace de un proceso de cambio, puesto que, durante siglos, la tradición jurídica entendió

¹ JOSÉ A. AGUILAR RIVERA, “Dos conceptos de república” en JOSÉ A. AGUILAR y RAFAEL ROJAS, (coords.), *El republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política*, México, CIDE-FCE, 2002, pp. 57-85, p. 63.

² NATALIO R. BOTANA, *Repúblicas y Monarquías. La encrucijada de la independencia*, Buenos Aires, Edhasa, 2016, p. 15.

que los términos Monarquía y República podían remitir a significados diversos, según el contexto, pero que esos significados no eran necesariamente excluyentes entre sí. Más aún, para el léxico de la tradición jurídica, la conjugación de ambos términos permitía dar cuenta del orden complejo de una Monarquía que se pensaba integrada por repúblicas³.

Lo dicho no significa un intento por revalorizar de manera anacrónica la vieja noción hispana de república para presentarla como una anticipación del sentido político que adquirió definitivamente tras el ciclo de las revoluciones atlánticas. Sólo nos interesa señalar la impronta de una larga tradición que difícilmente pudo haberse borrado del lenguaje de las elites durante los primeros años de la revolución y que tenía su origen en aquella relación armónica, no contrapuesta, entre monarquía y república.

Muchos estudios sobre el “municipalismo castellano” han reflejado la importancia de obras como la de Castillo de Bobadilla (1597) o la de Hevia Bolaños (1603) para la comprensión del lenguaje jurídico relativo al orden de las repúblicas castellanas, tanto en la Metrópolis como en las Indias. En este caso, nuestro objetivo específico es reflexionar sobre la significación de una obra que, a nuestro juicio, no ha recibido la atención historiográfica que merece y que, como esperamos mostrar, habría tenido una notable influencia en el discurso jurídico destinado al gobierno de las “repúblicas”. Nos referimos al *Tractatus de Officialibus Reipublicae, nec non oppidorum utriusque Castellae, tum de eorumdem Electione, Usu et Exercitio*, escrito por Antonio Fernández de Otero hacia la primera mitad del siglo XVII, pero ampliamente difundido casi un siglo más tarde.

Se trata de una obra que si bien ha sido usada como fuente doctrinal por quienes han estudiado el tema de los oficios públicos en Castilla y el régimen municipal⁴, etc., no suele ser considerada desde la perspectiva aquí plantea-

³ En esta línea, véase, FRANÇOIS-XAVIER GUERRA y ANNICK LEMPÉRIÈRE, et al., *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII-XIX*, México, FCE, 1998; ANNICK LEMPÉRIÈRE, *Entre Dieu et le Roi la République, Mexico, XVIe – XIXe siècles*, Paris, Le Belles Lettres, 2004; ALEJANDRO AGÜERO, “Ciudad y poder político en el Antiguo Régimen. La tradición castellana”, en VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI y ALEJANDRO AGÜERO (coords.), *El derecho local en la periferia de la Monarquía Hispana. El Río de la Plata, Tucumán y Cuyo. Siglos XVII-XVIII*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2013, pp. 121-184.

⁴ La obra es citada con frecuencia, por ejemplo, en JOSÉ MANUEL DE CÁRDENAS, “La extinción de los oficios públicos en la Corona de Castilla (siglos XIII-XVII)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 74, Madrid, BOE, 2004, pp. 759-774; JOSÉ M. GARCÍA MARÍN, “Sobre parcialidades y abusos en el régimen municipal de los siglos XVI y XVII”,

da, como elemento relevante para la experiencia jurídica indiana y menos aún en el campo de la historiografía americanista. Quizás el hecho de que sea una obra escrita en latín haya contribuido a opacar su impronta en la literatura específica de esta materia. Por este motivo, no sólo nos proponemos aquí demostrar la relevancia del Tratado de los Oficiales de la República en la literatura jurídica de su época, sino también someter a criterio de la comunidad académica el proyecto de realizar una traducción castellana a los fines de una edición crítica de dicha obra.

Sirvan estas páginas entonces como presentación de esta empresa, cuyos primeros pasos estamos dando en este momento. En primer lugar, ofreceremos algunos breves datos del autor y de la obra para pasar luego a analizar su presencia y circulación en las Indias y su influencia en otras obras de mayor trascendencia en lo que hace específicamente al tema del gobierno de las repúblicas. Por último, ofreceremos algunos testimonios de su utilización forense en las Indias que demostrarían su manejo y conocimiento por parte de abogados y prácticos indianos, así como su persistente valor durante la primera década posterior a la crisis del mundo colonial.

2. El autor y su obra

De entre los escritores jurídicos del Barroco español, Antonio Fernández de Otero no es de los que mejor fortuna hayan tenido en la posteridad⁵. Autor no excesivamente prolífico, pero en todo caso sí capaz de producir algunas obras relevantes que cosecharon cierto predicamento en su época y en los siglos subsiguientes, sin embargo, para la historiografía jurídica española de los tiempos más recientes su nombre ha pasado prácticamente inadvertido, salvo para la doctrina más especializada en las materias de las que versaron sus principales escritos⁶. Con todo, como tendremos ocasión demostrar en estas páginas, su

en ENRIQUE ÁLVAREZ CORA (ed.) *Liber amicorum: estudios histórico-jurídicos en homenaje a Enrique Gacto Fernández*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 187-209.

⁵ Para la biografía del autor, vid. ANTONIO ASTORGANO ABAJO, en MANUEL J. PELÁEZ (ed. y coaut.) y ANTONIO SÁNCHEZ-BAYÓN (coaut.), *Diccionario de canonistas y eclesiasticistas europeos y americanos: 1369 semblanzas del año 1000 al 2015*, Saarbrücken, Ed. Académica Española, 2012, pp. 149-154, con más referencias.

⁶ Su nombre no aparece mencionado en ninguno de los manuales clásicos de Historia del Derecho español, ni en el de Tomás y Valiente, ni en los de García-Gallo, Pérez-Prendes o Escudero, ni tampoco en la obra de RAFAEL GIBERT, *Ciencia jurídica española*, Granada, Francisco Román, 1982; una referencia en una obra general puede verse en el elenco de

influencia más o menos soterrada fue mucho más profunda de lo que se ha alcanzado a vislumbrar hasta ahora a la luz de la atención dispensada por los historiadores del Derecho a sus obras (en particular, a la que aquí nos ocupa), y es hora quizá de reivindicar su nombre y rescatarlo del cuasiolvido en que se viene a encontrar en los estudios histórico-jurídicos actuales.

Antonio Fernández de Otero nació en Carrión de los Condes (Palencia)⁷ en torno al año 1585, dentro de una familia de la baja nobleza castellana⁸. Estudió en la Universidad de Valladolid, graduándose como bachiller en Cánones en 1610. Después pasó a la Universidad de Irache⁹, donde se graduó como bachiller en Leyes en 1612 y, de nuevo en Valladolid, se licenció en Leyes en 1613. Lector extraordinario en las escuelas de Cánones y Leyes en la misma Universidad de Valladolid, se presentó a una cátedra de Instituta en 1614, que gana y la desempeña por tres años. En enero de 1617 pasa a ejercer como fiscal en la Chancillería de Valladolid. En los años subsiguientes se licenció y doctoró en Leyes de nuevo por la Universidad de Irache, y posteriormente, en 1638, volvió a doctorarse por la de Valladolid. Entre 1617 y 1638 ejerció por oposición como canónigo doctoral de la catedral de Valladolid, y en esos años se curtió como jurista práctico y abogado. En febrero de 1638 ganó la cátedra de Decreto de la Universidad de Valladolid, desistiendo así de la de Prima de Leyes. En julio de 1640 obtuvo finalmente el doctorado en

autores y obras de la literatura jurídica española de los siglos XVI a XVIII, recogidos por ERNST HOLTHÖFER, “Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal”, en HELMUT COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. II/1, Múnich, Beck, 1977, p. 486. Para conocer algo más del autor y de la obra hay que remitirse a la literatura especializada sobre los oficiales castellanos: cfr. *supra* nota 4.

⁷ Sorprendentemente, NICOLÁS ANTONIO (*Bibliotheca Hispana Nova*, t. I, Madrid, Visor, 1998 [reimp. facs. de la ed. de Madrid, 1783], p. 126) lo hace nacer en la villa de Mogro (Cantabria), de la diócesis de Burgos, probablemente por confusión con su padre; sin embargo, en la portada de sus obras se habla claramente de “I.C. Carrionensis”, y así consta asimismo en otros documentos de la época: cfr. MARIANO ALCOCER Y SATURNINO RIVERA, *Historia de la Universidad de Valladolid. Biobibliografías de juristas notables*, Valladolid, Imprenta de la Casa Social Católica, 1924, p. 61.

⁸ Sus hermanos Jerónimo (1580/90-1635) y Alfonso (†1635?) fueron también ilustres juristas y escritores: cfr. ASTORGANO ABAJO, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁹ Universidad benedictina en Navarra, incorporada a la congregación de San Benito de Valladolid, fundada en 1605 por traslado del colegio universitario que la orden tenía en Sahagún: cfr. JOSÉ GÓMEZ GAZTAMBIDE, “Orígenes de la Universidad benedictina de Irache”, *Studia monastica*, n° 2, Barcelona, Publicacions de l’Abadia de Montserrat, 1960, pp. 841-868.

Cánones, del que carecía hasta ese momento, a pesar de estar desempeñando la cátedra de Decreto. Ejerció esa cátedra hasta su muerte, que acaeció en Valladolid en 1645.

Como pude observarse, Fernández de Otero fue casi rigurosamente contemporáneo de algunos grandes autores jurídicos del Barroco español, como es el caso de Juan Hevia Bolaños (1570-1623), Juan de Solórzano Pereira (1575-1655), García Mastrillo (†1620), Francisco Salgado de Somoza (1595-1652), Francisco de Sousa (1550/75-1625/45), José Vela de Oreña (1570/90-1643), Alonso de Villadiego Vascañana y Montoya (1550/70-*post* 1620), Alfonso de Olea (1600/20-1637), Juan Bautista Larrea (1590/1610-*post* 1650), Gaspar de Escalona y Agüero (ca. 1598-1650), Diego Ibañez de Faría (†1686), o Francisco Ramos del Manzano (1604-1683).

Aparte de la obra que aquí nos ocupa, Fernández de Otero parece que fue autor de diversos tratados de derecho secular (*ius publicum* y *ius privatum*), de colecciones de obras docentes (*Disputationes*, *Quaestiones*, *Lucubrationes*), que no han llegado hasta nosotros, y de una obra monográfica, *Tractatus de Pascuis et Jure pascendi* (Valladolid, 1632, con numerosas reediciones posteriores), que es, junto con el *Tractatus de Officialibus*, la única obra suya que se nos ha conservado. Esta amplia monografía, consagrada al derecho de pastos y de la propiedad comunal, así como de los aprovechamientos agrícolas, ganaderos y forestales, tuvo en su tiempo más fama e influencia que el *tractatus* del que aquí nos ocupamos, y de hecho es la única obra del autor referida por Nicolás Antonio en su corta biografía del personaje. Es una obra que refleja la práctica de la sala de Hidalgos de la Chancillería de Valladolid, donde era abogado¹⁰.

El *Tractatus de Officialibus Reipublicae, nec non oppidorum utriusque Castellae, tum de eorumdem Electione, Usu et Exercitio*, fue probablemente impreso por primera vez en el mismo año de 1632¹¹, pero hasta nosotros solo han llegado ediciones posteriores póstumas: las de los Fratres Huguetan (Lyon, 1682), Anisson & Joannes Posuel (Lyon, 1700), Jean Coutavoz (Lyon, 1700) o Modesto Frenzo (Venecia, 1753). La edición más importante es la publicada en Ginebra en 1732 por los hermanos Tournes, que reúne ambas monografías del autor en dos tomos: Antonio Fernández de Otero, *Opera juridica. Tomus I: Tractatus de officialibus | reipublicae | nec non oppidorum utriusque Castellae | Tum de eorumdem Electione, Usu et Exercitio* (Coloniae

¹⁰ Sobre esta obra, cfr. ASTORGANO ABAJO, *op. cit.*, p. 151, con más indicaciones bibliográficas.

¹¹ ASTORGANO ABAJO, *op. cit.*, p. 151.

Allobrogum, Apud Fratres de Tournes, 1732, 3 hojas + 226 págs. fol.), con una reedición en 1750.

El *Tractatus* es una obra de apreciables dimensiones (278 páginas in-folio, en la primera edición disponible). Aparece dividido en dos partes, repartidas en capítulos, que se subdividen a su vez en números donde se van desarrollando los puntos más significativos referidos al asunto principal. La primera parte, integrada por 18 capítulos, es una suerte de “parte general” de la materia objeto de la monografía: en efecto, en ella se contiene un régimen general de los oficios municipales, con normas de organización que afectaban a toda clase de “oficiales” que servían en las “repúblicas” o ciudades. Así, se identifica qué se entiende por *oficiales* y se detallan las reglas de su elección, discurrendo sobre las cualidades que deben presentar los elegidos y su origen social, quiénes pueden realizar la elección y cuál es la intervención del superior jerárquico en ella, las causas del rechazo, excusa, abandono o destitución, así como los casos en que procede la delegación de competencias; analiza también las posibilidades de ostentar diversos oficios al mismo tiempo, la jerarquía entre oficiales, las cuestiones salariales o las responsabilidades en que incurren los electores y los elegidos para los diversos oficios. La segunda parte comprende 22 capítulos, que se dedican a describir las características específicas de otros tantos tipos de *oficiales* en el seno de las ciudades, empezando por los más importantes, los *corregidores*, donde se destaca su función judicial (de ahí que se les denomine *praetores civitatum*), y siguiendo por los oficiales subalternos, como alguaciles, verdugos, escribanos, los vigilantes de prisiones, los inspectores de mercados, los guardianes de edificios públicos, los recaudadores de tributos, los cambistas, los agrimensores, los tesoreros públicos, los oficiales de registros públicos, los arquitectos municipales, los hosteleros, los corredores de comercio, etc.: es decir, una considerable variedad de oficios que nos aporta una visión panorámica muy plástica del modo de vida y las prioridades de orden económico y organizativo, pero también político, que regían en las ciudades castellanas del Antiguo Régimen (entendiendo por “castellanas” tanto las peninsulares europeas como las americanas).

El tratado se inscribe en una tradición de obras referidas a la realidad municipal de la Corona de Castilla producidas entre los siglos XVI y XVII. Esta tradición de escritos está representada sobre todo por la *Política para corregidores y señores de vasallos* (1597), de Jerónimo Castillo de Bobadilla (1547-1605), una obra que desborda claramente el terreno de los *Practica* de la época y representa un auténtico “espejo de príncipes”, sin dejar de ser al mismo tiempo un tratado completo sobre el gobierno municipal lleno de

erudición y observaciones prácticas¹². A esta importante obra siguieron otras, como la propia *Curia Philipica* (1603) de Hevia Bolaños, el *De Magistratibus Tractatus* (1611) de García Mastrillo, la *Introducción política y práctica judicial, utilissima para gobernantes y corregidores* (1612) de Alonso de Villadiego, el *Tractatus de officialibus reipublicae* (1676) de Enríquez de Zúñiga, o el ya tardío *Gobierno político de los pueblos de España* (1742) de Santayana Bustillo, además del tratado de Fernández de Otero que aquí nos ocupa. Todos ellos, sin embargo, beben en última instancia de Castillo de Bobadilla, según Tomás y Valiente¹³, actualizándolo en la medida de lo posible y lo conveniente. La aportación de Fernández de Otero a esta tradición reside, a nuestro juicio, en una cierta perspectiva que le da un sesgo “republicano” no presente en otros tratados, y que permitió su ulterior utilización en momentos muy distintos de la historia. Esta perspectiva aquí apuntada debe quedar de momento como mera hipótesis, en la medida en que las limitadas páginas de este trabajo no permiten entrar a enjuiciarla más en profundidad.

La obra en cuestión responde perfectamente al modelo de *tractatus* moderno de los siglos XVI-XVIII (tratado del *mos Italicus* tardío o del *usus modernus Pandectarum*), tal como ha sido definido por la historiografía jurídica contemporánea¹⁴, es decir, un género literario especializado en el que se muestran las notas características de la jurisprudencia del período: el predominio de la actividad forense sobre la docente; el distanciamiento progresivo de las fuentes romanas y canónicas y una mayor atención a la legislación real; la búsqueda obsesiva del argumento *ab auctoritate*; y el refugio conservador en la *communis opinio doctorum* en busca de la opinión “más probable” en virtud

¹² Vid. ahora al respecto VALLE LABRADA, J. *Castillo de Bobadilla. Filosofía jurídica y política*, Pamplona, Eunsa, 1999.

¹³ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, “El Gobierno de la Monarquía y la administración de los Reinos de España en el siglo XVII”, en *Historia de España*. Fundada por R. Menéndez Pidal, dirigida por J. M. Jover Zamora. Tomo XXV: *La España de Felipe IV*, Madrid, Espasa Calpe, 1982, p.184. Sin embargo, el propio Castillo de Bobadilla tomó mucho a su vez del *Tractatus de Curia Pisana* (1543) de Juan Rodríguez de Pisa (fin. s. XV-post 1548), un tratado dirigido a la necesidad de resolver las dudas y cuestiones que surgían en la práctica gubernativa del regimiento granadino, que refleja un amplio conocimiento empírico de la realidad municipal: vid. ahora al respecto, JOSÉ ANTONIO LÓPEZ NEVOT, “De Curia Pisana: literatura jurídica y regidores municipales”, en JAVIER ALVARADO (ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 473-498.

¹⁴ Cfr. HOLTHÖFER, *op. cit.*, pp. 317-318; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, 4^a ed., Madrid, Tecnos, 2003 (reimpr. 2007), pp. 298-302.

del número y prestigio de los autores que la sostienen. Del nuevo método científico (*nova methodus*) introducido por los humanistas, este nuevo modelo de tratado adoptó un estilo expositivo más libre que en la época anterior y la incorporación de autores antiguos al aparato de notas, junto con referencias a las obras de la jurisprudencia humanista y, sobre todo, de la literatura forense (incluyendo en ocasiones decisiones materialmente relevantes en su propio tenor literal) y la concerniente al Derecho particular, pero sin renunciar al mismo tiempo a la tradición erudita medieval. Como resultado, en estos tratados encontramos descomunales aparatos de notas y un uso abrumador de la cita. En el *Tractatus de officialibus* vemos estas características con gran plasticidad, si bien se trata de un tratado que, por su temática y por la idiosincrasia de su autor (docente universitario, pero con amplia experiencia forense y gubernativa), se acerca asimismo al género de los *practica*, esto es, colecciones de normas de actuación y explicación de típicos modos de proceder, cuyo conocimiento y observación resultan imprescindibles para el correcto desempeño de ciertos ámbitos de actividad típicos, en este caso, las diversas modalidades de *oficiales* al servicio de la monarquía hispánica a un nivel municipal.

Por esta búsqueda obsesiva de autoridades en aras de la consecución de una “opinión más probable” que pueda sustentarse como *communis opinio*, en nuestra obra hallamos una extraordinaria cantidad de remisiones a sentencias de los doctores más influyentes y a los escritores de la Antigüedad clásica, a menudo por simple cita, pero en ocasiones también con reproducción literal del tenor de sus palabras como punto de apoyo en favor de las posturas del autor. Así, entre los autores antiguos predominan Aristóteles, Cicerón y Tito Livio (elección que tal vez no resulte del todo casual), así como de los grandes Padres de la Iglesia, sobre todo san Agustín; entre los clásicos medievales, destacan las citas del *De regimine principum*, atribuido a santo Tomás de Aquino, así como a la obra homónima de Egidio Romano. Pero estas citas literarias o filosóficas vienen sustentadas por una vasta erudición jurídica, donde no faltan los imprescindibles autores de la escuela de los Comentaristas medievales (Bártolo, Baldo, Cino de Pistoia, Paulo de Castro, el Abad Panormitano, Juan de la Plata, Petrus de Bellapertica, etc.) y algunos modernos, como Julio Claro, de gran influencia en el siglo XVI. Y con gran diferencia el mayor número de citas corresponde a los autores de la tradición hispana, sobre todo aquellos que trataban de manera más específica de la problemática del gobierno municipal, empezando, naturalmente, por Castillo de Bobadilla, pero también Juan Rodríguez de Pisa y el siciliano García Mastrillo; y, aparte de estos autores “municipalistas”, están presentes todos

los grandes autores españoles “modernos” en exuberante sucesión (Azevedo, Pérez de Salamanca, Pérez de Lara, Gutiérrez, Gregorio López, Diego Pérez, Covarrubias, Juan de Santamaría, Velenzuela Velázquez, Fernández de Navarrete, Yáñez Parladorio, Hevia Bolaños, Matienzo, Palacios Rubios, Burgos de Paz, Juan García, Luis de Molina, Cáncer, Fontanella, etc.).

En definitiva, el *Tractatus de officialibus* no fue solo una suerte de “espejo de príncipes” donde el autor dejaba constancia de su concepción de la *res publica* en el contexto de su época, ni tampoco solamente un manual práctico que pudiera servir de orientación al ejercicio de los más variados oficios municipales con un respaldo jurídico, sino también una auténtica enciclopedia, un depósito de conocimientos acumulados y sintetizados conforme a un orden racional, del podía echarse mano en las más variadas situaciones. No es raro, pues, que, como vamos a ver, tanto sus contemporáneos como particularmente sus descendientes “en España, pero sobre todo en América” hicieran usos de él que probablemente hubieran sorprendido a su propio autor, pero que en su núcleo estaban ya contenidos, siquiera de forma inconsciente, en el interior de sus páginas.

3. La circulación de la obra en las Indias

Aunque no llegara a tener el éxito que tuvo su tratado *De Pascuis*, no es difícil encontrar el Tratado de los Oficiales de Otero en las bibliotecas castellanas. Incluso podemos hallarlo entre los libros de un jurista catalán como Francesc de Borrás y Vinyals en cuya biblioteca, inventariada tras su muerte en 1752, figuraba una referencia a “Antonio Fernández de Otero, de Off. Tomo uno, en folio”, con valor estimado de “dos libras”¹⁵.

En cuanto a su circulación en el mundo colonial, a pesar de que esta investigación se encuentra todavía en fase preliminar, podemos dar cuenta de algunos testimonios que corroboran su presencia en las bibliotecas americanas. Sabemos, por ejemplo, que en las listas de los embarques de libros destinados al Nuevo Mundo entre 1599 y 1720, que en su momento transcribió Torre Revello, aparece una referencia al *Tractatus de Officialibus* de Otero, junto con otra que remite al tratado de *De Pascuis*¹⁶.

¹⁵ JOSEP MARÍA MADURELL MARIMÓN, “Francesc de Borrás y Vinyals y su biblioteca jurídica”, *Anuario de historia del derecho español*, n.º 49, Madrid, BOE, 1979, pp. 547-624; la referencia a Otero en p. 593.

¹⁶ MIGUEL LUQUE TALAVAN, *Un Universo de Opiniones. Literatura jurídica india*, Madrid, CSIC, 2003, p. 166.

A través de algunos de esos embarques la obra de Antonio Fernández de Otero habría llegado a Nueva España. Allí la encontramos entre los libros registrados en el testamento del oidor de la Audiencia de Nueva Galicia, Joseph Manuel de la Garza Falcón, fallecido en 1763. Según el estudio realizado por Rafael Diego Fernández, en la biblioteca de este oidor se ha identificado una referencia a “Otero, *De pascuis et Officialibus*, 1 tomo de a folio”¹⁷. Muy probablemente, la edición conjunta de ambos tratados en un solo volumen habría contribuido a la mayor circulación del Tratado de los Oficiales.

Otro testimonio nos lleva del occidente septentrional al extremo meridional de los dominios hispanos. En el fondo Marcial Martínez de la Biblioteca Jurídica Antigua de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se puede encontrar un ejemplar del Tratado de los Oficiales de Antonio Fernández de Otero, más precisamente de la “Editio Nova” realizada en Génova por los hermanos De Tournes en 1750. De acuerdo con el estudio realizado por Javier Barrientos Grandón y Javier Rodríguez Torres sobre aquella Biblioteca, el ejemplar al que hemos hecho referencia habría pertenecido don José Gabriel Ocampo¹⁸.

El último dato es importante porque José Gabriel Ocampo había nacido, en 1798, en La Rioja, actual territorio de Argentina, por entonces Intendencia de Córdoba del Tucumán en el Virreinato de Buenos Aires. En 1819 Ocampo se trasladó por primera vez a Santiago de Chile, pero regresó a la ciudad de Córdoba en 1829 para contraer matrimonio, y retornó definitivamente a Chile en 1840 donde tuvo una destacada actuación en la cultura jurídica de ese país¹⁹.

Nos interesa destacar este dato porque quizás nos ayude a explicar la presencia del Tratado de los Oficiales de Antonio Fernández de Otero en Córdoba, a comienzos del siglo XIX. Aunque no hemos podido localizar ninguna referencia a dicha obra en los estudios realizados sobre las antiguas bibliote-

¹⁷ RAFAEL DIEGO FERNÁNDEZ SOTELO, “Biblioteca del Oidor de la Audiencia de Nueva Galicia, Joseph Manuel de la Garza Falcón (1763)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n° XI-XII, 1999-2000, México, UNAM, pp. 91-160. Para la referencia a Otero, p. 119.

¹⁸ JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN Y JAVIER RODRÍGUEZ TORRES, “La Biblioteca jurídica antigua de La Facultad de Derecho de la Universidad De Chile”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° XIV, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1991, pp. 291-334. La referencia a Otero en p. 326.

¹⁹ Véase la sección Reseñas Biográficas Parlamentarias en la web del Congreso Nacional de Chile, http://historiapolitica.bcn.cl/resenas_parlamentarias/wiki/Jos%C3%A9_Gabriel_Ocampo_Herrera, fecha de consulta, 3 de agosto de 2016.

cas cordobesas, sabemos que fue utilizado en un alegato forense al que habremos de volver al final de esta exposición²⁰.

La presencia de una obra en contextos tan distantes del Nuevo Mundo es un buen indicio de su circulación, aun cuando cuantitativamente no sea una muestra significativa. Es necesario ahondar este aspecto de la investigación. Sin embargo, aquellos indicios adquieren mayor fuerza cuando se los considera en función de otros elementos de juicio. En este sentido, un buen indicador de la relevancia de una obra nos lo ofrecen las relaciones intertextuales que se puedan trazar con otros trabajos doctrinales de reconocida significación para la tradición jurídica. Por esta vía, en el punto siguiente, procuraremos mostrar la importancia que, en su materia específica, adquirió el Tratado de los Oficiales de Otero dentro de la trama textual del discurso jurídico relativo al gobierno de las repúblicas.

4. Relaciones intertextuales con otras obras significativas

En primer lugar, quizás sea necesario aclarar que preferimos hablar de relaciones intertextuales antes que de influencias de unos autores sobre otros²¹. Nuestro enfoque parte en este punto de ideas tomadas del análisis del discurso que se adaptan mejor a la independencia que los textos adquirirían con respecto a sus autores, a través de las sucesivas ediciones “anotadas”, “enmendadas”, etc. Este tipo de enfoque nos permite analizar relaciones entre textos, con una relativa independencia de su fecha original de edición, como es el caso de los rastros que el Tratado de los Oficiales de Otero dejó en obras que, habiendo aparecido antes, fueron luego ampliadas por autores secundarios o por intervenciones anónimas encargadas por los editores.

A los fines de demostrar la relevancia del Tratado de los Oficiales de Otero, especialmente con respecto al mundo americano, debemos considerar dos tipos de relaciones intertextuales: a) las referencias al *Tractatus de Officilibus* que aparecen en obras de otros autores significativos para la tradición castellano indiana; y b) las referencias que Otero incorpora en su tratado y

²⁰ Para un panorama de las bibliotecas cordobesas de la época colonial, véase ESTEBAN LLAMOSAS, *La literatura jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII. Bibliotecas corporativas y privadas. Libros ausentes. Libros prohibidos*, Córdoba, Lerner, 2008.

²¹ Sobre la noción de intertextualidad para la historia del derecho, véase ANTONIO M. HESPANHA, “Una historia de textos”, en FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE et al., *Sexo Barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, pp. 187-196.

que remiten a obras especialmente significativas para aquella tradición. Una labor exhaustiva de esta índole excede nuestras posibilidades aquí, razón por la cual hemos tomado sólo algunos autores a modo de muestra representativa para sostener nuestro argumento.

4.1. Solórzano Pereyra

La referencia doctrinal más significativa, cuando pensamos en la experiencia jurídica del Nuevo Mundo, es, incuestionablemente, Juan de Solórzano Pereyra. Nos preguntamos entonces qué clases de relaciones intertextuales podemos encontrar entre Solórzano y Otero.

En las primeras ediciones de la *Política Indiana* no encontramos citas al Tratado de los Oficiales de Otero. Sí hay, en cambio, un par de referencias al otro libro de Otero, el *Tractatus de Pascuis et iure pascendi* (Valladolid, 1632). Nos ha parecido importante recoger estas referencias por el matiz dialógico que parecen señalar entre ambos autores. Reflexionando sobre la justificación del trabajo de los indios, el autor de la *Política Indiana* cita una serie de autores que han tratado sobre la necesidad de la labranza de la tierra. Hacia el final de la cita, Solórzano dice:

Y pudiera juntar otros muchos, concernientes a la dignidad, y necesidad de este género de rusticación, y grandes utilidades, que de ella se siguen a la República: si ya Tiraquelo, y otros Autores, y entre ellos nuestro novísimo Antonio Fernández de Otero, no me hubieran ocupado el mismo argumento²².

El pasaje parece dar cuenta de la novedad que habría supuesto el tratado de *Pascuis* de Otero, al que Solórzano vuelve a citar en al menos en tres ocasiones más al tratar de los pastos y de las formas de adquirir los frutos de la tierra²³. Más allá del aspecto cronológico, la adjetivación de “novísimo” po-

²² JUAN DE SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*, Lib. II, cap. XI, Amberes, Verdussen, 1703, p. 62. La cita se encuentra también en la edición de 1648, Lib. II, cap. XI, Madrid, Diego Díaz de la Carrera, p. 120.

²³ En el mismo apartado, hablando de pastos, “escribe largo Antonio de Otero”, citando de *Pascuis...*, SOLÓRZANO PEREYRA, *op. cit.*, p. 63. Más adelante, en Lib. VI, cap. XII, tratando de las Tierras, aguas, montes y pastos de las Indias, cuando habla del derecho del Rey a las tierras, aguas y montes, Solórzano remite a leyes y doctores “nuestros y extranjeiros... que con diligencia juntan Antonio Gabriel, Peregrino, Bobadilla, Otero, Hermosilla, y otros Modernos”, para citar al pie a “*Oterus*, de *Pascui*”, *op. cit.*, p. 511. Estas referencias

dría estar transmitiendo un juicio de valor implícito, en sentido positivo (en tanto que se trataría de una opinión más actual y superadora) o en sentido negativo (en tanto podría denotar la falta de arraigo de la opinión citada o la corta experiencia de su autor). Es asunto que quedará por resolver para una fase posterior de esta investigación²⁴.

Si el *De Pascuis* estuvo presente en la *Política Indiana* desde la primera edición, el Tratado de los Oficiales de Otero entrará recién en esa obra a partir de las ediciones del siglo XVIII, más precisamente desde la edición “corregida e ilustrada” por Francisco Ramiro de Valenzuela (tomo 1 en 1736, tomo 2 en 1739). Después de tratar de los Alcaldes ordinarios y Cabildos de las Indias y sus elecciones, Solórzano dice:

Y quien quiera saber lo que pudiéramos añadir de sus Alguaciles mayores, y menores, Regidores y Escribanos, mayordomos, Síndicos, o Procuradores, y otros Oficiales, y Ministros, lo hallará en Bobadilla, Camilo Borrelo, Lanceloto, Conrado Agustín Caputo, y Mastrillo²⁵.

Al final de este fragmento, la edición ilustrada por Ramiro de Valenzuela añade, tras un asterisco, “y Otero de Officialib”²⁶, una clara alusión al Tratado de los Oficiales de Otero que lo colocaba a la altura de los demás autores citados en la versión original. Esta breve cita es significativa porque nos indica que para un jurista de la primera mitad del siglo XVIII parecía importante añadir una referencia a Antonio Fernández de Otero a la lista de autoridades que Solórzano había utilizado para tratar el tema específico del gobierno de las ciudades y de los oficios de república. De esta manera, Otero aparecerá, desde entonces, con sus dos obras en las ediciones posteriores de la *Política Indiana*.

Por otra parte, nos hemos preguntado qué rastros de la obra de Solórzano podíamos encontrar en el Tratado de los Oficiales. Como hemos dicho, la primera edición de este tratado de Otero está perdida pero, según se estima,

aparecen en todas las ediciones de la *Política Indiana* desde 1648, pudiendo encontrarse algunas más en las ediciones adicionadas que aparecieron después de 1736.

²⁴ Durante la exposición de esta ponencia en Berlín, Javier Barrientos Grandón nos llamó la atención sobre el sentido de la adjetivación citada. En su opinión podía implicar un juicio positivo.

²⁵ JUAN DE SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*, Tercera Impresión ilustrada por Francisco Ramiro de Valenzuela, Madrid, Gabriel Ramírez, 1739, Lib. V, cap. 1, núm. 27, t. II, p. 257.

²⁶ SOLÓRZANO PEREYRA, *op. et loc. cit.*

sería anterior a la primera edición de la Política Indiana (1647). Como no existen ediciones añadidas o aumentadas del tratado de Otero, es comprensible que no hallemos ninguna cita a la Política Indiana. Sin embargo, debemos destacar que nuestro autor sí conoció la obra precedente de Solórzano, el tratado *De Indiarum Iure* (v. I, 1629 y v. II 1639).

En las ediciones de 1682, 1700, 1732 (replicada en 1750) y 1753 del Tratado de los Oficiales, aparecen las mismas referencias a aquel primer texto de Solórzano sobre el derecho de las Indias. Curiosamente, en una de esas referencias, Otero utiliza una adjetivación similar a la que hemos destacado de Solórzano cuando lo llama “novísimo”. En un pasaje dedicado al ponderador de metales, que Otero decide narrar en castellano “para el mejor conocimiento de este oficio”, se refiere al nombre de “obrizo” que recibe el oro de 14 quilates; tras una pequeña referencia al uso de esta expresión en la literatura clásica, agrega: “Y novísimamente el Señor D. Juan de Solorçano” en el lib. I. de jur. Indiar. cap.13 desde el num. 35 hasta el 38...²⁷.

Por las fechas en que fueron escritas, seguramente la adjetivación de novedad que hace Solórzano en la Política Indiana es posterior a esta que acabamos de citar de Otero hacia Solórzano. Por lo demás, es también plausible que, por la importancia que habían adquirido las Indias en la extracción de metales preciosos, un autor como Solórzano, que conocía de primera mano aquel mundo, tuviera un especial reconocimiento como autoridad en dicha materia. Pero no es esta la única cita al tratado *de Indiarum Iure*. Otero también remite a él para tratar temas directamente vinculados a la materia de su Tratado de los Oficiales, tales como la elección y confirmación de los oficios capitulares y la cuestión del orden de precedencia dentro de las Repúblicas²⁸. Estas referencias nos estarían mostrando también, de qué modo la experiencia jurídica de las Indias se reflejaba en la doctrina castellana, dando cuenta de ese viaje de ida y vuelta al que hiciera referencia Aldo Cassi²⁹.

²⁷ FERNÁNDEZ DE OTERO, *op. cit.*, P. II, cap. XVI, par. 9, p. 164 (en Ed. 1732 y 1750), p. 227 (en Ed. 1682 y 1700), p. 124 (en Ed. 1753). Subrayado nuestro.

²⁸ FERNÁNDEZ DE OTERO, *op. cit.*, P. I., cap. VI, par. 5, p. 28 (en Ed. 1732; 1750); p. 38 (en Ed. 1682, 1700) p. 21 (en Ed. 1753), hablando de si es la elección o la confirmación del señor la que da jurisdicción al electo, cita “D. Solorz. de jur. Indiar. tem.2, lib. 2, cap. 26”. En P. I, cap. XIV, par. 52, p. 75, (Ed. 1738; 1750) p. 104 (Ed. 1682, 1700); p. 56 (Ed. 1753) hablando del orden de precedencia de los oficiales en la República cita a “Solorz. de Jur. Indiar. lib. 2. Cap. 20 ex num. 7”.

²⁹ ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 415-438.

4.2. Hevia Bolaños: la *Curia Filípica* y su “continuación”

Otro testimonio significativo de estas relaciones intertextuales lo encontramos en la célebre *Curia Filípica* de Hevia Bolaños (1603), la obra más editada en la historia de la literatura jurídica española, peninsular e indiana, de acuerdo con el profesor Santos Coronas³⁰. Aunque se trata de una obra de alcance geográfico general, no acotado al mundo indiano, su texto tuvo una profusa difusión y un gran impacto en la cultura jurídica práctica del Nuevo Mundo³¹. De allí la importancia que puede tener para nuestro argumento analizar las referencias mutuas entre la *Curia* y el Tratado de los Oficiales de Otero.

De acuerdo con la probable fecha en la que Otero habría escrito el Tratado de los Oficiales, la *Curia Filípica* llevaba algo más de tres décadas en circulación, siendo para entonces una referencia conocida en Castilla. Esto se advierte en las citas, sobre diversos temas, en las que Otero remite tanto a la primera como a la segunda parte de la *Curia*. Así lo hace, por ejemplo, cuando habla de la división de los oficios capitulares entre “nobles y plebeyos”³²; cuando trata de los oficios de contraste, fiel público y ponderador de metales³³, o al referirse a quienes revisten la calidad de corredores (*proxenetarum*), tales como sastres, tundidores y bedeles de universidad³⁴, o para tratar sobre los maestros de obras y mensuras junto a la cuestión de los pesos y medidas³⁵.

Si estas citas nos muestran la importancia de la *Curia Filípica* para un novel autor castellano, más significativas nos resultan las referencias que provienen del Tratado de Otero y que fueron agregadas al texto de Hevia Bolaños en el siglo XVIII. Al igual que la *Política* de Solórzano, la *Curia* fue objeto de adiciones que incorporaron no sólo referencias doctrinales, sino también interpolaciones

³⁰ SANTOS MANUEL CORONAS GONZÁLEZ, “Hevia Bolaños y la Curia Philippica”, *Anuario de historia del derecho español*, n° 77, Madrid, BOE, 2007, pp. 77-93, p. 77.

³¹ Véase VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 17, Buenos Aires, INHIDE, 1989, pp. 351-408, p. 401.

³² FERNÁNDEZ DE OTERO, *op. cit.*, P. I, cap. X, par. 5, p. 40 (Ed. 1732); p. 30 (Ed. 1753).

³³ FERNÁNDEZ DE OTERO, *op. cit.*, P. II, cap. XVI, par. 1, p. 162 (Ed. 1732); p. 122 (Ed. 1753).

³⁴ FERNÁNDEZ DE OTERO, *op. cit.*, P. II, cap. XIX, par. 6, p. 174 (Ed. 1732); p. 131 (Ed. 1753).

³⁵ FERNÁNDEZ DE OTERO, *op. cit.*, P. II, cap. XXI, pár. 21, p. 195 (Ed. 1732); p. 147 (Ed. 1753), donde remite a Joannem Ebiavolanum, *Curia Philipica*, part. 9, cap. 9, pesos y medidas núm. 8 (que en realidad sería el Cap. 9 del Lib. I, del Comercio Terrestre, es decir, la segunda parte de la *Curia*).

de párrafos enteros. Todo parece indicar que las citas al Tratado de los Oficiales de Otero, añadidas a la *Curia*, derivan de las relaciones que entre ambos textos trazó el llamado “continuador de la Curia”, es decir, José Manuel Domínguez Vicente, autor de la *Ilustración y continuación a la Curia Philipica, y corrección de las citas que en ella se hallan erradas*, aparecida en 1736³⁶. Un dato que abona esta hipótesis es que en la edición de la *Curia* de 1733 (Madrid, Imprenta de Manuel Fernández) todavía no encontramos ninguna referencia al *Tractatus* de Otero como sí las encontraremos en las ediciones posteriores a 1736.

En su *Ilustración a la Curia*, Domínguez Vicente introdujo no menos de 15 referencias al Tratado de los Oficiales de Otero, más de la mitad de ellas concentradas en los primeros párrafos, especialmente en el número 2, que trata de la Elección de los Oficios. Hay también al menos una referencia al otro texto de Otero, el tratado *De Pascuis*. Pareciera que hacia comienzos del XVIII la relevancia entre ambas obras de Otero se había invertido, al menos con relación a los temas que giraban en torno al universo textual de la obra de Hevia Bolaños. No todas las referencias a Otero que Domínguez Vicente incluyó en su *Ilustración* pasaron a las ediciones posteriores de la *Curia*. Apenas hemos podido localizar entre cuatro y siete citas, según las ediciones; pero todas coinciden con las sugeridas por Domínguez Vicente y aparecen también en las versiones enmendadas por Martín de Villanueva, desde 1790, y por José Garriga desde 1797³⁷.

Sin embargo, no se trata sólo de una cuestión de cantidad, sino del aporte sustantivo, en el específico tema de las elecciones de los oficios, que el Tratado de Otero habría representado para el texto de la *Curia Filípica*, gracias a la mediación de Domínguez Vicente. Si miramos las ediciones antiguas de la *Curia*, hasta la de 1733 incluida, y las comparamos con las posteriores, observamos que se han agregado dos párrafos significativos sobre aquella materia y que, como autoridad de referencia, remiten al Tratado de los Oficiales de Otero. En dicha interpolación, como veremos, mucho tuvo que ver la forma en que Domínguez Vicente relacionó ambas obras.

En el siguiente cuadro se comparan los primeros párrafos dedicados a la Elección de los Oficios en las ediciones de 1733 y 1783 de la *Curia Filípica* con el objeto de destacar los párrafos a los que hemos hecho referencia.

³⁶ Publicada en Madrid, por Juan García Infanzón, 1736 [Valencia, por F. Barton, 1770; Madrid, Imprenta de Jerónimo Ortega e Hijos de Ibarra, 1790].

³⁷ Sobre las diferentes ediciones de la *Curia* y sus adicionadores, véase SANTOS CORONAS, *op. cit.*, pp. 78-79.

Curia Filípica, Parte I, párr.2, edición 1733	Curia Filípica, Parte I, párr.2, edición 1783
<p>1. Elección, es una vocación de uno, hecha por muchos unidos en una voluntad, en orden á un fin, como se colige del Filosofo en sus Eticas; (a) y quanto á mi proposito, es una vocación, y nombramiento de alguna persona, para algún Oficio.</p>	<p>1. Elección, es una vocación de uno, hecha por muchos unidos en una voluntad, en orden á un fin, como se colige del Filosofo en sus Eticas; (a) y quanto á mi proposito, es una vocación, y nombramiento de alguna persona, para algún Oficio.</p>
<p>2. A los Reyes pertenece el poder de nombrar Gobernadores, Corregidores, Regidores, y otros Magistrados Seculares en sus Estados, aunque no dexan otros Señores temporales de tener el mismo poder adquirido, por los fueros de los Reynos, privilegio, ó costumbre, como se prueba en Derecho Real, (b)</p>	<p>* Esta palabra Elección se deriva del verbo Eligere, como notan Gofredo, y Otero, (b) Y en su especial significado, y en el asunto que habla nuestro Autor, es nombrar voluntariamente uno de muchos, siendo idóneo, para alguna Dignidad, como se dispone en el Derecho Canónico, y lo dicen <u>Otero</u>, y García (c).</p>
	<p>2. A los Reyes pertenece el poder de nombrar Gobernadores, Corregidores, Regidores, y otros Magistrados Seculares en sus Estados, aunque no dexan otros Señores temporales de tener el mismo poder adquirido , por los fueros de los Reynos , privilegio, ó costumbre, como se prueba en Derecho Real, (d)</p> <p>* Se debe notar, que no solo el Rey puede nombrar Oficiales, sino que también pertenece la elección al Concejo de qualquiera Lugar, ó por privilegio, costumbre, permisión, ó tolerancia del Príncipe, y en su nombre á los Regidores, según una ley Real, (e) Que los hán por fuero, ó por costumbre, ó privilegio...</p>

Como se puede apreciar, el primer agregado introduce una etimología y una definición de la palabra “Elección”, cuyas referencias de autoridad son el canonista Goffredo y Antonio Fernández de Otero (la nota “b” remite a “Otero de *Officialib* c. 1, num. 27”), quien aparece citado junto al célebre *Tractatus de Beneficiis* de García Hispanus (citado en la nota “c” como Garc. de Benef. 1. p. cap.6. a n. 15). El segundo párrafo agregado expresa una matización significativa al principio que atribuye toda potestad de designación de magistrados al rey y a los Señores, reconociendo así el derecho de los concejos municipales para designar sus oficiales en virtud de privilegio, costumbre, permisión o tolerancia del Príncipe. Y aunque no aparezca en el cuerpo del texto, en la nota “e” se incluye la referencia a “Otero de *Official*, cap. 2. 11. 19”, junto con citas a las leyes castellanas y otras notables autoridades en la materia como Castillo de Bobadilla, Acevedo y Matienzo. Como veremos, este agregado, más allá de su relevancia política en cuanto al reconocimiento de los poderes locales, tendrá una marcada repercusión en la literatura posterior³⁸.

Si volvemos ahora al “continuador de la Curia”, podemos ver la influencia de su pluma en las ediciones posteriores de la obra de Hevia Bolaños. Cuando Domínguez Vicente introduce el párrafo dedicado a las elecciones de oficios de la *Curia* (P. II, pár. II), enumera a los “Doctores que tratan de la Materia”, dando referencias primero sobre las elecciones de los oficios eclesiásticos para agregar luego: “Y en cuanto a oficios de la República Otero de *Officialib*. Cap.1 y 2”. El Tratado de los Oficiales de Otero es, así, la primera cita de autoridad en una serie de referencias que incluyen a Bobadilla, la Curia Pisana, Matienzo, Avilés, etc.³⁹.

Luego de introducir las leyes y doctrinas más importantes sobre la materia, Domínguez Vicente procede a hacer adiciones puntuales a los párrafos de la *Curia*, siendo la primera de ellas la que remite a la definición de Elección que ha tomado de Otero, tal como después aparecerá en el párrafo añadido en las posteriores ediciones de la *Curia*:

Al núm. I, véase sobre la definición lo que latamente trae Otero de *officialib*. cap.1. num 27 en donde dize, que esta palabra elección se deriva del verbo *eligere*: y lo mismo se entiende quando se trata de Dignidades, y Oficios

³⁸ Las referencias pueden consultarse en JUAN DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica. Primero y Segundo Tomo*. Nueva Impresión, Madrid, Josef Doblado, 1783, P. I, pár. 2, p. 9.

³⁹ Véase JOSÉ MANUEL DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración y Continuación a la Curia Philipica, y Corrección de las citas que en ella se hallan erradas*, Madrid, Herederos de Juan García Infanzón, 1736-1739, Parte I, párr. II, p. 5.

Eclesiásticos, como lo dispone el cap. Qua propter, *de Electione*, García de *Benefic...*⁴⁰.

La relación entre las adiciones de Domínguez Vicente y el segundo párrafo agregado a la *Curia* no es menos directa y evidente. Sin embargo, debemos destacar que, en este caso, el “continuador de la Curia” realiza su adición no en la parte de los principios generales sobre la elección de los oficios, como finalmente quedó incorporada, sino a raíz del punto en el que Hevia Bolaños se refería específicamente al derecho de los pueblos a elegir Alcaldes de Hermandad. Así, en el pasaje en el que el autor de la *Curia* decía “A los cabildos de los pueblos pertenece la elección de los Alcaldes de Hermandad, como dice una ley”, Domínguez Vicente ilustra con lo siguiente:

7 Al num. 11 dize el Author, que no solo el Rey puede nombrar los Oficiales, sino que también pertenece la elección al Concejo de qualquiera Lugar, o por el uso, Privilegio, ó costumbre, permission, ó tolerancia del Príncipe, y en fu nombre á los Regidores; véase la ley l.tit. 5. lib. 3. Récompilación⁴¹.

Después de transcribir los textos recopilados que ordenan respetar los privilegios y costumbre de los pueblos de elegir sus oficios, aporta el sustento doctrinal afirmando que lo mismo dicen autores como Acevedo, Bobadilla, Matienzo, Avilés, cerrando la frase con una remisión genérica (“& plures citat. per Oter de Officialib. Cap. 2 n. 19...”)⁴² que deja entrever que su fuente de información en esta materia no es otra que el Tratado de los Oficiales de Antonio Fernández de Otero⁴².

Si esto parece confirmar nuestra percepción de que, en la primera mitad del XVIII, Otero se había convertido en una autoridad en materia de elecciones de oficios, resulta significativo que aquel matiz que Hevia Bolaños había introducido con motivo de la elección de los Alcaldes de Hermandad, en la pluma de Domínguez Vicente pasaba a ser formulado como principio general, tal como luego lo recogerían no sólo las ediciones posteriores de la *Curia Filípica*, sino también otras obras de importancia en esta temática. Analizando dos ejemplos representativos de este tipo de literatura más tardía, podemos confirmar este giro, así como la autoridad que el tratado de Otero había adquirido con respecto al tópico de la elección de los oficios de república.

⁴⁰ DOMÍNGUEZ VICENTE, *op. et loc. cit.*

⁴¹ DOMÍNGUEZ VICENTE, *op. cit.*, P. II, párr. II, p. 7.

⁴² DOMÍNGUEZ VICENTE, *op. cit.*, P. II, párr. II, p. 7.

4. 3. Santayana Bustillo y Elizondo

Pocos años después de la primera edición de la *Continuación de la Curia*, se publicó en Zaragoza el *Gobierno Político de los Pueblos de España* de Santayana Bustillo⁴³. Lejos del vuelo y erudición de obras emblemáticas en la materia como la *Política* de Castillo de Bobadilla, el texto de Santayana Bustillo tiene la virtud testimonial de la literatura práctica de nivel más básico, puesto que compendia con vocación manualística aquello que resulta esencial para su tema; sin grandes disquisiciones teóricas, los argumentos desplegados en cada tópico aparecen sustentados, sin mayor profundidad, en lo que entonces podían ser las referencias legales y doctrinales inexcusables en la materia⁴⁴.

Al abordar la cuestión de la elección de los oficios de república, en el Capítulo II, las primeras citas vienen a sostener el enunciado general, según el cual en España sólo al rey pertenece por derecho nombrar los oficios de república, acompañado de su ya consagrada excepción relativa a que por privilegio, costumbre o prescripción inmemorial también pueden hacerlo las ciudades y demás poblaciones, así como los señores temporales. Para respaldar estas afirmaciones Santayana remite, en primer lugar a la ley real (Ley 1, tít. 9, lib. 3 de la Recopilación), luego a los comentarios a los Capítulos de Corregidores de Pedro Núñez de Avendaño⁴⁵, y en tercer lugar al Tratado de los Oficiales de Otero (“Otero de Of. Reip. p.2 cap. 1 n. 6”), citando después la *Ilustración a la Curia* de Domínguez Vicente, junto con Covarrubias y los comentarios a la Recopilación de Acevedo⁴⁶.

En una segunda cita, específicamente referida a los derechos de los pueblos a elegir sus oficios, aparecen nuevamente, junto a las citas a la Recopilación, referencias a Gutiérrez⁴⁷, Acevedo, Covarrubias, junto a Otero y

⁴³ LORENZO DE SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno Político de los Pueblos de España y el Corregidor, Alcalde y el juez en ellos*, Zaragoza, Francisco Moreno, 1742.

⁴⁴ Véase FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, “Estudio Preliminar”, en LORENZO DE SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno Político de los Pueblos de España y el Corregidor, Alcalde y el juez en ellos*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, pp. IX a XLVI.

⁴⁵ PEDRO NÚÑEZ DE AVENDAÑO, *De Exequendis Mandatis Regum Hispaniae*, Madrid, Petrum Madrigal, 1593.

⁴⁶ La remisión a Covarrubias, es a DIEGO COVARRUBIAS Y LEYVA, *Practicarum quaestionum Liber unus*, Venecia, Herederos de Melchiovius Sessae, 1568. La otra autoridad es ALFONSO DE ACEVEDO, *Commentariorum iuris ciuilis in Hispaniae regias constitutiones*, Madrid, Petri Madrigal, 1599.

⁴⁷ JUAN DE GUTIÉRREZ, *Practicarum quaestionum super prima parte legum nouae collectionis regiae Hispaniae*, Madrid, Petrum Madrigal, 1593.

Domínguez Vicente. La tercera cita, referida a las circunstancias en las que los pueblos tienen el derecho a elegir sus oficiales aun a falta de privilegio o costumbre, remite a Covarrubias, a los comentarios de Acevedo y al Tratado de los Oficiales de Otero⁴⁸. Estas referencias de Santayana Bustillo no sólo nos muestran que el Tratado de los Oficiales de Otero es una autoridad en materia de elecciones, a la altura de figuras de renombre como Covarrubias y Acevedo, sino que, además, nos permiten apreciar la íntima conexión entre la *Ilustración a la Curia* de Domínguez Vicente y el tratado de Otero.

Nuestro argumento parece confirmarse si miramos una obra que se publica en la segunda mitad del XVIII y que tiene una vocación integradora del universo indiano; ya no se trata de un breve manual de gobierno de los pueblos sino de una “*Práctica Universal Forense*”, tal como reza el título de la serie de volúmenes escritos por Francisco Antonio de Elizondo, publicados a partir de 1764⁴⁹. En el Tomo tercero, Elizondo incluye el análisis doctrinal de la elección de los oficios de república. Al igual que Hevia Bolaños, guiado por la clave jurisdiccional, el tema es abordado en la parte dedicada al “Juicio Ordinario”. Dentro de esta parte, encontramos en el índice una entrada relativa a:

Las elecciones de Alcaldes, Regidores, personeros y Diputados: sus cualidades, y demás relativo á esta materia en España, é Indas: con expresión de los que están exentos, y prohibidos de - aquellas cargas⁵⁰.

En este apartado se concentra la mayor cantidad de citas que Elizondo realiza al Tratado de los Oficiales de Otero. Sobre algo más de 15 referencias a nuestro autor que aparecen en el Tomo Tercero de la *Práctica* de Elizondo - incluyendo cuatro al tratado sobre los pastos-, hay 8 citas al Tratado de los Oficiales en las páginas del mencionado epígrafe y dos más en el punto siguiente

⁴⁸ Para las referencias citadas, véase SANTAYANA BUSTILLO, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁴⁹ FRANCISCO ANTONIO DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense de los Tribunales de esta Corte, Reales Chancillerías de Valladolid, y Granada y Audiencia de Sevilla*, Madrid, Joaquín Ibarra, 1764. De acuerdo con el título, este libro incluía el estilo practicado en todos los tribunales, “aun en los Reinos de las Indias”. Desde 1769, aparece ya la *Práctica Universal Forense de los Tribunales Superiores e Inferiores de España y de las Indias*, Madrid, Joaquín Ibarra.

⁵⁰ FRANCISCO ANTONIO DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense de los Tribunales Superiores e Inferiores de España y de las Indias*, t. III, 2da Ed., Madrid, Joaquín Ibarra, 1784, índice, p. X.

dedicado a las elecciones por insaculación⁵¹. A los fines de esta exposición, nos parece importante destacar cuál es la primera afirmación que Elizondo decide respaldar doctrinalmente citando el Tratado de los Oficiales de Otero, una vez que ha entrado en la materia de las elecciones de los oficios de justicia:

En el modo de elegir los Pueblos á sus Oficiales de Justicia, que siempre es de voluntaria jurisdicción, se ha de guardar á la letra la costumbre” (nota a pie 5: “Otero de Officialibus, cap. 2, *per totum*”)...⁵².

La autoridad de Otero en esta materia parece así confirmada. No contamos con espacio para describir las demás referencias que Elizondo realiza a la obra de Otero. Bástenos por ahora señalar que, con relación a las elecciones de oficios, encontramos citado el Tratado de los Oficiales a propósito de los siguientes tópicos: las condiciones requeridas para ser electos y la división de los oficios entre los estados nobles y plebeyos⁵³; los conflictos entre parcialidades a raíz de las elecciones y el régimen de exenciones para el ejercicio de las cargas concejiles⁵⁴. Dejamos simplemente mención de que, además del Tratado de los Oficiales, Elizondo cita también la otra obra de Otero, *De Pascuis* en diversos tramos de su Práctica⁵⁵.

4.4. Las Notas de José Lebrón y Cuervo (c. 1776)

Si las obras que hemos analizado hasta aquí sirven de muestra para constatar la autoridad que había adquirido el Tratado de los Oficiales de Otero hacia finales del siglo XVIII, podemos todavía considerar otro ejemplo que da cuenta del alcance transoceánico de ese prestigio doctrinal. Más aun, se trata de un testimonio que también puede ayudarnos a dimensionar la presencia de dicho tratado en un nivel más elemental de la cultura jurídica, puesto que, en este caso, no estamos hablando de una obra concluida, con toda la carga de reflexión que implica el proceso de publicación, sino de unas “notas” realizadas con una finalidad puramente práctica y que permanecieron inéditas largo tiempo.

⁵¹ ELIZONDO, *op. cit.*, pp. 250 a 266 y 266 a 287.

⁵² ELIZONDO, *op. cit.*, p. 251.

⁵³ ELIZONDO, *op. cit.*, p. 253, 254, 257.

⁵⁴ ELIZONDO, *op. cit.*, p. 272, 281.

⁵⁵ Considerando las referencias que aparecen en el tomo III, véase ELIZONDO, *op. cit.*, pp. 107-108 y 110.

Nos referimos a *Las Notas a la Recopilación de Leyes de Indias*, escritas en Nueva España por José Lebrón y Cuervo, entre 1770 y 1776. Este tipo de texto, concebido espontáneamente por el jurista para relacionar las leyes con la doctrina a los fines de una mejor comprensión y praxis del derecho, nos brinda un testimonio particular de la operatividad de un determinado texto. En este sentido, hacemos nuestro el juicio expresado su momento por Concepción García-Gallo, cuando a raíz de su estudio y publicación, sostuvo que las *Notas* de Lebrón y Cuervo podían considerarse como una “obra representativa del ambiente jurídico de la Nueva España en la segunda mitad del siglo XVIII” y como un “testimonio irrecusable de lo que era la cultura jurídica de los hombres de Derecho de la época”⁵⁶.

Las anotaciones marginales que sobre las Leyes de Indias realizó Lebrón y Cuervo nos ofrecen una nueva oportunidad para constatar la autoridad de Otero para la cultura jurídica dieciochesca, especialmente en aquellas materias en las que el jurista novohispano trazó una relación entre el Tratado de los Oficiales y las leyes indianas. Siguiendo este criterio, advertimos que Otero aparece en primer lugar como autoridad doctrinal relativa al título 20, del Libro 2 de la Recopilación de Indias, que se refiere a los Alguaciles Mayores. Otero aquí es la única autoridad doctrinal, junto con una referencia legal tomada de la *Librería de Jueces* de Manuel Silvestre Martínez⁵⁷.

Ya dentro de la materia de los oficios de república, aparece Otero en la nota a la ley 11, título 10 del Libro 4, que prohíbe a Regidores y Alcaldes Ordinarios tratar en bastimentos. Aquí, luego de las referencias a otras leyes, el capítulo 6 del Tratado de los Oficiales es la segunda autoridad citada después de Bobadilla, y seguido por otros nombres conocidos como Avendaño, Acevedo, Fragoso y la Curia con la ilustración de Domínguez Vicente⁵⁸.

La nota al margen de la ley 5, título 11 del libro 4 que restringe a las ciudades el envío de procuradores a la Corte, tiene una sola referencia doctrinal que, por lo demás, Lebrón y Cuervo la considera válida para todo el título: “De la materia de este título trata Otero, 2 p. cap. 8 y 9”⁵⁹. Efectivamente, los citados capítulos de la segunda parte del Tratado de Oficiales, están referidos a los síndicos procuradores (cap. 8) y a los procuradores de Corte (cap. 9).

⁵⁶ 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*, n.º 40, Madrid, BOE, 1970, pp. 349-538, p. 363.

⁵⁷ GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 429.

⁵⁸ GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 453.

⁵⁹ GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 456.

Solórzano y Otero aparecen juntos en la nota vinculada al título 3 del libro 5 de la Recopilación de Indias, que trata sobre Alcaldes Ordinarios. Como nota general, Lebrón señala aquí que “De los Alcaldes Ordinarios hablan Solórzano, *Política*, tomo 2 lib. 5 cap. 1, y Otero, 2 p. cap. 1, n. 17”⁶⁰. Esta es, quizás, la referencia más significativa de lo que hemos venido tratando hasta aquí. Una nota espontáneamente puesta sobre el texto de las Leyes de Indias, por un jurista práctico americano, que remite a dos autoridades en materia de Alcaldes Ordinarios: el célebre Solórzano Pereyra y el no tan conocido, al menos para la historiografía americana, Antonio Fernández de Otero.

Ya sin tanta precisión, en la siguiente nota, vinculada al título 4 del libro 5 de la Recopilación indiana, Lebrón dice “De los Alcaldes de Hermandad, *vide* a Otero”, para citar también a otros autores como Magro, Pareja y Bolaños. De la misma forma, en la nota al título 5 del libro 5, sobre Alcaldes de la Mesta, Lebrón remite a Hermosilla, Bobadilla y Otero, entre otros⁶¹. Finalmente, como nota a la ley 2, título 7, libro 5, sobre los Alguaciles mayores de las ciudades, luego de citar otra ley recopilada, Lebrón aclara: “Y de Alguaciles maiores, mira a Fragos., disp. 13 párrafo 12; a Otero y a Bobadilla”⁶².

Como se puede advertir, la obra de Otero sobre los oficiales de la república era una referencia recurrente dentro del selecto grupo de autores que, a finales del siglo XVIII, en Nueva España, podía tener *in mente* un jurista práctico a la hora de comentar las leyes reales y trazar sus diversas relaciones doctrinarias. Por otra parte, como era habitual, Lebrón y Cuervo también conocía y citaba el tratado *De Pascuis* de Otero. Así lo hace en al menos un par de ocasiones, al comentar la ley 14, título 7, Libro 4, sobre dehesas y tierras para propios⁶³, y la ley 5, título 17 del mismo libro, referida a pastos, montes y aguas. Aquí el autor de las notas vuelve a poner a Otero junto a Solórzano –“y su adicionador Valenzuela”–, recordando que “Otero escribió un tomo de pastos y también allí trata de los montes y de las aguas”⁶⁴.

⁶⁰ GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 466.

⁶¹ GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 466.

⁶² GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 467. La cita a “Fragos.” se refiere a JUAN BAUTISTA FRAGROSO, *Regiminis reipublicae christianae ex sacra theologia et ex utroque jure*, 3ra ed., Coloniae Allobrogum, Marci-Michaelis Bousquet, 1737, Disputatio XIII, § 12, vol. 1, p. 678. La primera edición es de 1641.

⁶³ GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 452.

⁶⁴ GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 458.

5. Otero y el uso forense: Guadalajara (1799), Córdoba (1814)

Si las notas de Lebrón y Cuervo son bastante expresivas sobre la vigencia de Otero dentro de la cultura jurídica colonial del siglo XVIII, y de su particular autoridad en materia de oficios de república, todavía es posible rastrear su presencia en un ámbito cultural de mayor operatividad, como es aquel que nos ofrecen los escritos forenses. Debido el estado preliminar de nuestra investigación, no contamos aún con un estudio serial de fuentes judiciales. Sin embargo, podemos dar cuenta de dos casos situados en sendos extremos geográficos de las Indias que bien pueden servir como una primera muestra cualitativa sobre el uso forense del Tratado de los Oficiales de Otero.

El primer testimonio nos sitúa en Guadalajara, a finales del siglo XVIII. Gracias a la compilación de los papeles de la Audiencia de Nueva Galicia publicada por el Colegio de Michoacán y la Universidad de Guadalajara, bajo la dirección de Rafael Diego-Fernández y Marina Mantilla, sabemos que, en un pleito tramitado ante aquella Audiencia, a raíz de una controversia sobre elecciones capitulares, el fiscal citó en su escrito el Tratado de los Oficiales de Otero. En una vista sobre –el orden en que deben entrar a servir los alcaldes en los ayuntamientos, y cómo se procede cuando alguno se excusa de continuar sirviendo durante el segundo año–, fechada el 15 de enero de 1799, el fiscal dijo:

Al gobierno, a quien pertenece la confirmación de estos oficios, toca también conocer del defecto o inhabilidad del electo, y puede de oficio o a pedimento de parte repeler o invalidar la elección con justa causa, como con varias doctrinas asegura el político Bobadilla al número 156; Falencia 50 capítulo 16, libro 2^o; Otero de Officialib. Resp. capítulo 6, número 13⁶⁵.

La cita forense reproduce así lo que hemos visto reflejado en la doctrina. La autoridad de Otero, en este caso nuevamente citado junto a Castillo de Bobadilla, para respaldar un aserto sobre elecciones capitulares.

Quince años después, en 1814, ya en tiempos de revolución, encontramos en Córdoba del Tucumán otro valioso testimonio. Pasamos así de un extremo al otro de la geografía americana; pasamos también de un fiscal de

⁶⁵ RAFAEL DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO y MARINA MANTILLA TROLLE (ed.), *La Nueva Galicia en el ocaso del Imperio Español. Los Papeles de Derecho de la Audiencia de la Nueva Galicia del Licenciado Juan José Ruiz Moscoso su agente fiscal y regidor del Ayuntamiento de Guadalajara, 1780-1810*, México, El Colegio de Michoacán y Universidad de Guadalajara, 2003, t. I, pp. 216-217.

la alta justicia letrada colonial, al alegato de un abogado de provincia, en un contexto donde escaseaban los hombres formados en derecho y donde el soberano ya no era el rey, sino una Asamblea Constituyente y un Directorio. El caso ocurre durante los años más álgidos del proceso revolucionario del Río de la Plata⁶⁶. Es especialmente interesante porque aquí la autoridad de Otero es invocada no sólo para respaldar determinados principios tradicionales relativos a las elecciones de los oficios, sino también para dar fundamento a un alegato en el que la vieja práctica de las elecciones capitulares comenzaba a leerse a la luz de las nuevas doctrinas republicanas.

El alegato se produce en el contexto de un conflicto originado por las elecciones para los oficios del cabildo de Córdoba de 1814, en las que el gobernador provincial se negó a confirmar a uno de los electos, designado un candidato que había recibido menor número de votos. Las relaciones entre el gobernador provincial, designado por el gobierno revolucionario de Buenos Aires, y el cabildo de Córdoba transitaban un momento de tensión. Ante la intransigencia del gobernador, el cabildo de Córdoba decidió pedir los servicios de un abogado para que dictaminara sobre el asunto.

En un reciente trabajo hemos analizado este caso, sosteniendo que el dictamen del abogado José Ignacio Lozano “constituye una pieza jurídica de alto valor para analizar el modo en que las contiendas políticas se canalizaban por la vía judicial, dando cuenta a la vez del proceso de incorporación y transformación del lenguaje revolucionario”. Y es que en su dictamen, Lozano va entrecruzando argumentos de índole iusnaturalistas con los principios tradicionales de las elecciones capitulares, pretendiendo conjugar los privilegios del cabildo con la doctrina del derecho natural y con los “derechos del hombre”⁶⁷.

Pero para lo que aquí nos interesa, debemos destacar que Lozano se vale de un puñado de autoridades doctrinales para los aspectos más propiamente técnicos de su alegato. Allí aparece, junto a citas de autores como Castillo de Bobadilla, Hevia Bolaños y Acevedo, el Tratado de los Oficiales de Fernández de Otero. La primera referencia viene a sostener una afirmación no exenta de controversia en la antigua tradición, pero que en el nuevo contexto parecía adquirir una nueva valencia: Lozano afirma que la jurisdicción de los electos

⁶⁶ Sobre el contexto, ALEJANDRO AGÜERO, “Entre privilegios corporativos y derechos del hombre. Sobre el lenguaje jurídico de la revolución, a propósito de las elecciones capitulares en Córdoba, 1814”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 51, Buenos Aires, INHIDE, 2016, pp. 1-16. Disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_serial&pid=1853-1784&lng=es&nrm=iso [citado 2016-10-24].

⁶⁷ AGÜERO, “Entre privilegios”, *op. cit.*, pp. 6-7.

proviene de la elección y no de la confirmación. Apoyándose en el cap. 6 del Tratado de Otero, expresa:

De este poder originario tan majestuoso que las leyes jamás han desposeído a los Ayuntamientos, nace la jurisdicción que los elegidos únicamente la obtienen de la elección porque de ningún modo les da nuevo ser la confirmación del primer Xefe de la Provincia (Otero, c. 6 de off.)⁶⁸.

Más adelante, luego de afirmar que el derecho del Cabildo a elegir los oficios formaba parte de los derechos del hombre, y que estaba consagrado por el “espíritu de las leyes”, el abogado vuelve a un argumento técnico procesal que también respalda en la autoridad del “solidísimo Otero” (*sic*). Siguiendo a este autor, sostiene que la confirmación de la elección es asimilable a “una sentencia definitiva”, por cuyo motivo resultaba “más odiosa” la posesión del oficio conferida por el gobernador sin escuchar la apelación del Ayuntamiento⁶⁹. El caso continuó y años después un nuevo gobierno decidió que se realizara otra elección. Pero para lo que aquí interesa, podemos ver de qué manera, en la remota periferia del antiguo imperio, la doctrina de Otero sobre los oficiales de república aparecía como argumento de autoridad para hacer valer los derechos corporativos, ahora leídos en clave de derechos del hombre, por un cabildo que veía amenazados sus privilegios tradicionales.

6. Conclusiones

Los testimonios que hemos analizados permiten sostener que el Tratado de los Oficiales de Antonio Fernández de Otero constituyó una fuente de autoridad doctrinal muy significativa en el campo de su materia, esto es, los oficios de república. Esta autoridad, que se proyectaba al Nuevo Mundo, no se condice con la escasa atención que la historiografía le ha prestado al autor y a su obra, más allá de los estudios específicos sobre oficios públicos de la Monarquía.

Escasamente se ha atendido a la progresiva importancia que adquirió el Tratado de los Oficiales de Otero hacia el siglo XVIII, o a la impronta que dejó en otras obras del estilo, incluso en algunas tanto o más célebre que aquél.

⁶⁸ ARCHIVO MUNICIPAL DE CÓRDOBA, *Actas capitulares. Libros cuadragésimo séptimo y cuadragésimo octavo*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1967, pp. 114-115.

⁶⁹ ARCHIVO MUNICIPAL DE CÓRDOBA, *op. cit.*, p. 115.

De acuerdo con lo que hemos expuesto, creemos que existen buenas razones para sostener la necesidad de una edición crítica y traducida al castellano, que ponga al alcance de la comunidad académica el contenido de un tratado que se había convertido en referencia recurrente en cuestiones vinculadas con el gobierno de las repúblicas. Entre estas razones, recapitulando lo dicho aquí, cabe considerar:

1. Que la obra de Otero circulaba en las bibliotecas peninsulares y del mundo colonial
2. Que presenta relaciones intertextuales con en obras significativas para el derecho indiano
3. Que su rastro no sólo se encuentra obras de doctrina, generales o específicas de su materia, sino también en el bagaje elemental de un jurista práctico dedicado a poner notas a la Recopilación de Indias, como fue el caso de Lebrón y Cuervo.
4. Que en una primera aproximación se ha podido constatar su utilización forense en el mundo americano. Así lo muestran las referencias encontradas tanto en la Audiencia de Nueva Galicia, Guadalajara, como en Córdoba del Tucumán, en instancias muy diferentes, pero con esa misma autoridad para casos relativos a las elecciones de oficios.
5. En el último caso mencionado se puede apreciar, además, cómo este tipo de obras podría haber servido de soporte técnico jurídico para una incipiente re-significación de la noción de república, dando así sustento tradicional al nuevo discurso político.
6. Finalmente, por el tipo de obra, por su especificidad temática y por lo que hemos podido comprobar en este primer análisis, creemos que una edición crítica en castellano del Tratado de los Oficiales de Otero ayudaría a comprender la trama jurídica de un republicanismo hispano que sería el punto de partida para el desarrollo decimonónico de nuevos discursos políticos y que, a nuestro juicio, todavía reclama su atención por parte de la historiografía.

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

*Max Planck Institute for European Legal History
Frankfurt am Main (Alemania)*

danwerth@rg.mpg.de

Resumen: La circulación de textos normativos pragmáticos, en particular aquellos del campo religioso, contribuyó al establecimiento de regímenes de saber en Hispanoamérica durante la temprana edad moderna. Manuales de teología moral, catecismos, confesionarios y otros géneros utilizados especialmente en contextos de misión, eran medios esenciales para la difusión de órdenes normativos en un imperio emergente. Para conocer mejor su presencia en distintas regiones del Nuevo Mundo durante los siglos XVI y XVII, se han revisado tanto una bibliografía multidisciplinaria sobre la producción, posesión y circulación de libros como una serie de fuentes archivísticas. El comercio trasatlántico y la importación de libros desde Sevilla son aspectos fundamentales; un porcentaje pequeño provenía de las pocas imprentas americanas. Estudios de casos selectos sobre catálogos de librerías e inventarios personales de libros en México y en el Perú muestran que libros (y manuscritos) para *pragmatici* no sólo estaban presentes en contextos urbanos sino también llegaron a usuarios rurales y a zonas de misión, ofreciendo recursos de normatividad.

Palabras clave: literatura pragmática, teología moral, manuales de confesión, imprenta, circulación de libros, régimen de saber.

Abstract: The circulation of pragmatic normative texts –in particular from the religious field– contributed to the establishment of knowledge regimes in early modern Spanish America. Handbooks of moral theology, catechisms, manuals for confession, and other genres applied especially in missionary contexts were central media for the diffusion of normative orders in an emerging empire. In order to assess their dispersion in different regions of the New World during the 16th and 17th centuries, a multidisciplinary bibliography on the production, possession and circulation of books as well as archival sources are evaluated. The transatlantic trade and controlled importation of books from Seville are key factors; a small percentage was supplied by a few American printing presses. Select case studies on library catalogues and personal book inventories from Mexico and Peru illustrate that books (and manuscripts) for practitioners were not only present in urban settings but reached rural users and mission zones as well, providing resources of normativity.

Keywords: Pragmatic literature, moral theology, confession manuals, printing press, circulation of books, knowledge regime.

Traducción: Mauricio González Rozo.

Sumario: 1. Introducción. 2. Circulación de libros en la América hispánica colonial: aspectos relevantes. 2.1. El comercio de libros a nivel trasatlántico como régimen de saber. 2.2. Un esbozo historiográfico de la circulación de libros en Hispanoamérica durante la temprana edad moderna. 2.3. La exportación de libros pragmáticos hacia el Nuevo Mundo. 2.4. Libros que surgieron en las imprentas americanas. 2.5. La posesión de libros en la América hispánica colonial. 3. Presencia de libros pragmáticos en Hispanoamérica: varios estudios de caso. 3.1. Una muestra peruana en la *longue durée* (1550-1700). 3.2. Inventarios de oficiales reales para un año específico (México, 1622). 3.3. Bibliotecas en conventos y monasterios. 3.4. Curas doctrineros y sus libros (Arzobispado de Lima, siglo XVII). 3.5. El uso de los libros: una pregunta abierta. 4. Observaciones finales.

1. Introducción

Hacia la tercera década del siglo XVI, una vez se habían establecido los primeros asentamientos españoles en el Caribe, Centroamérica y América del Sur, la monarquía española tuvo que asumir la tarea de consolidar su dominio sobre una enorme población que estaba dispersa a lo largo y ancho de un vasto territorio. Para ello, sin embargo, disponía de limitados recursos humanos y materiales. A la luz de las limitaciones y las remotas distancias, se le otorgó gran importancia a la propagación e implementación de códigos de conducta –tanto entre los colonos europeos, como también para la población indígena.

El proyecto de investigación “El saber de los *pragmatici*. Presencia e importancia de literatura pragmática normativa en Iberoamérica entre finales del siglo XVI y comienzos del siglo XVII” forma parte del *Collaborative Research Center* (CRC 1095) “Discursos de debilidad y regímenes de recursos” con sede en Frankfurt am Main. El núcleo del proyecto está constituido por los siguientes investigadores: Thomas Duve, Manuela Bragagnolo, Otto Danwerth, David Rex Galindo y Gustavo César Machado Cabral¹. Su propósito central es responder a la pregunta acerca de cuáles normas y formas mediáticas fueron puestas al servicio por la Corona, para regular los códigos de conducta en territorio americano durante la temprana época colonial. Nuestra investigación tiene como foco la normatividad, sus recursos mediáticos, así como la funcionalidad de estos órdenes normativos como recursos. Si bien el proyecto toma en consideración las fuentes convencionales de la historia del derecho, esto es, el enorme acervo de colecciones textuales que hacen parte

¹ Para más información sobre este proyecto, ver: www.rg.mpg.de/research/knowledge_of_the_pragmatici. Los respectivos sub-proyectos serán mencionados más adelante.

de las prácticas de establecimiento de normas por parte de altas autoridades o de otras fuentes legales de la temprana edad moderna, en la tradición castellana y del *ius commune*, su principal foco de interés es otro. Prestamos especial atención a las modalidades de normatividad que se establecieron con el fin de alcanzar a los actores que directamente las practicaban, en particular aquellas personas del ámbito religioso (tales como párrocos y misioneros) quienes aplicaban las normas a nivel cotidiano y necesitaban explicaciones funcionales; por ello, el proyecto toma especialmente en consideración fuentes provenientes del campo de la teología moral, tales como la literatura pastoral y catequética, así como otros recursos de carácter “pragmático”².

Nuestro uso del término “literatura pragmática” se inspira en una obra pionera de la historiografía alemana del derecho publicada en la segunda mitad del siglo XIX. Roderich Stintzing, en su obra de 1867 titulada *Historia de la literatura popular del derecho canónico romano en Alemania hacia finales del siglo XV e inicios del XVI*, procuró reivindicar un tipo particular de textos que han sido tradicionalmente subvalorados dentro de la literatura jurídica³. En esta obra, Stintzing se ocupó de una diversidad de géneros de “literatura popular” tales como colecciones alfabéticas, instrucciones de procedimiento legal, manuales para notarios, compendios de casos o textos de “jurisprudencia eclesiástica” como las *summae confessorum*, así como de tratados sobre la confesión⁴. Estos géneros, propios de una literatura entendi-

² Ver en particular el sub-proyecto de Thomas Duve titulado: “Moralidad, ley y derecho canónico. Economías normativas en la modernidad temprana en Hispanoamérica”, el cual reflexiona acerca del entre-juego que involucra una diversidad de esferas normativas. Cf. THOMAS DUVE, “Katholisches Kirchenrecht und Moralthologie im 16. Jahrhundert: eine globale normative Ordnung im Schatten schwacher Staatlichkeit”, en: KLAUS GÜNTHER, STEFAN KADELBACH (eds.), *Recht ohne Staat?*, Frankfurt a. M., Campus, 2011, pp. 147-174.

³ RODERICH STINTZING, *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfang des sechzehnten Jahrhunderts*, Leipzig, S. Hirzel, 1867. Cf. ADALBERT ERLER, “Populäre Rechtsliteratur”, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, Schmidt, 1984, v. 3, col. 1825-1828. Para una investigación reciente sobre la literatura pragmática alemana, ver: EVA SCHUMANN, “Rechts- und Sprachtransfer am Beispiel der volkssprachigen Praktikerliteratur”, en: ANDREAS DEUTSCH (ed.), *Historische Rechtssprache des Deutschen*, Heidelberg, Universitätsverlag Winter, 2013, pp. 123-174; PJOTR WITTMANN, „Der da sein Practic auß Teutschen Tractaten will lernen“. *Rechtspraktiker in deutschsprachiger Praktikerliteratur des 16. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M., Lang, 2015.

⁴ Cf. WINFRIED TRUSEN, “Zur Jurisprudenz des Forum Internum”, en: id., *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption*,

da como “menor”, fueron muchas veces escritos no sólo para los “pragmatici” sino por ellos mismos, y solían ser considerados como “herramientas auxiliares para los semi-eruditos” (*Hilfsmittel der Halbgelehrten*)⁵. Mientras que los historiadores del derecho de su época consideraban como no dignos de atención disciplinar a este tipo de textos legales y técnicamente no eruditos, Stintzing abrió un camino para su investigación, si bien limitándose al contexto de la “recepción” del derecho canónico alemán hacia 1500.

De una manera análoga, nosotros empleamos también el término “literatura pragmática” para denominar géneros de fuentes normativas religiosas que no suelen ser consideradas como particularmente relevantes por los historiadores del derecho que se ocupan de las tempranas colonias iberoamericanas. La hipótesis que nos guía propone abordar estas fuentes de la “literatura pragmática” desde la óptica de su enorme importancia en los remotos contextos de frontera de un imperio temprano-moderno, la cual responde en gran medida al hecho de que este corpus de literatura precisamente no pretendía presentar un sofisticado marco normativo o un conjunto de instrucciones complejas, sino más bien un compendio de saberes normativos fácilmente aplicables. Estos textos solían ser percibidos como “débiles”, dada su falta de complejidad teórica, en comparación con los eruditos tratados de la escolástica. Ellos eran, sin embargo, “fuertes” en sentido pragmático, en la medida en que sus flexibles apuntalamientos normativos les permitían recoger precisamente aquellas nociones de legitimidad que formaban parte de la economía moral de la sociedad colonial. Es ante todo en las periferias imperiales donde estos textos pragmáticos fácilmente adaptables –catecismos, manuales de confesión, instrucciones de teología moral– cobraron una especial importancia: aún en lugares donde el alcance del derecho era limitado, las prácticas de regulación y las nociones del comportamiento ‘apropiado’ estaban mediadas por actores e instituciones eclesiásticos, pero asimismo a través de símbolos y prácticas religiosas.

Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1962, pp. 135-147; MATHIAS SCHMOECKEL, “Beichtstuhljurisprudenz”, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2nd ed., Berlin, Schmidt, 2008, v. 1, col. 505-508; MARTIN BERTRAM, “Spätmittelalterliches Kirchenrecht: Vier Anmerkungen zur Forschungslage”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung (ZRG KA)*, Wien/Köln/Weimar, Böhlau, v. 100, 2014, pp. 563-579, particularmente: pp. 573-576.

⁵ STINTZING, *op. cit.*, p. XXXVII. Vale la pena mencionar que, en la mayoría de las enciclopedias alemanas del siglo XIX, el término “Hilfsmittel” (“herramienta” o “medio de ayuda”) era una traducción común y extendida del término “Ressource” (“recurso”).

2. Circulación de libros en la América hispánica colonial: aspectos relevantes

En el contexto de este proyecto de investigación conjunto, el sub-proyecto aquí presentado se ocupa particularmente de la circulación de la literatura normativa pragmática en Hispanoamérica durante los siglos XVI y XVII. En él se busca reconstruir y analizar la distribución de estos recursos materiales, especialmente libros, así como otras formas mediales. Puesto que nuestra investigación no ha llegado aún a su término, el propósito del artículo no es presentar resultados finales, sino más bien esbozar en líneas generales los aspectos centrales de esta temática y ofrecer algunas evidencias empíricas. Exponiendo a grandes trazos, procederemos en dos pasos: primero, ofreceremos información básica acerca de la circulación de libros en la Hispanoamérica colonial (fuentes, historiografía, números); en un segundo paso, discutiremos algunos casos basados en esta literatura y en fuentes de archivo, con el fin de ilustrar la manera como puede rastrearse la circulación de literatura pragmática en México y en el Perú.

2.1. *El comercio de libros a nivel trasatlántico como régimen de saber*

El comercio trasatlántico de libros desde Sevilla hacia el Nuevo Mundo fue un factor decisivo. La Corona de Castilla y sus instituciones establecieron un sistema de exportación y circulación controlada de libros en sus territorios. Esto puede interpretarse como un “régimen de saber”, es decir, como una “interrelación estructurada y relativamente estable de prácticas, reglas, principios y normas concernientes al conocimiento y diferentes formas de saber”⁶. Pueden distinguirse dos dimensiones de regímenes de saber: primero, la regulación de la relación entre diferentes formas de saber (p. ej. entre saber científico y no-científico, entre saber erudito y pragmático); segundo, la regulación e influencia de la producción de saber, así como de su distribución y uso por parte de factores “externos” (p. ej., marcos jurídicos y políticos, tradiciones culturales, o infraestructuras técnicas)⁷.

⁶ PETER WEHLING, “Wissensregime”, en: RAINER SCHÜTZEICHEL (ed.), *Handbuch Wissenssoziologie und Wissensforschung*, Konstanz, UVK, 2007, pp. 704-712, aquí: p. 704.

⁷ WEHLING, *op. cit.*, p. 704.

Esta definición se adecúa a nuestra aproximación a este tema, al menos en el segundo sentido. La *Casa de la Contratación* de Sevilla fue fundada en 1503, con el fin de controlar la navegación, el comercio y la migración hacia las Indias. Esta institución procuró regular todo el tráfico que iba hacia América, lo que incluía embarcaciones, bienes y personas⁸. Más aún, la Casa no sólo mantuvo su jurisdicción en asuntos comerciales (incluyendo jueces y una prisión); ella fue reconocida también como centro de saberes náuticos y cartográficos.

Los libros debían ser registrados con antelación a su exportación, puesto que ellos eran un recurso ambivalente: eran fuentes de saber que al mismo tiempo podían divulgar ideas ‘peligrosas’ de carácter protestante u otras ideas ‘heréticas’ hacia los territorios en ultramar⁹. Ahora bien, no se cuenta con listados detallados de libros para la primera mitad del siglo XVI en los archivos de la Casa de la Contratación. En 1550 una orden real dictada por Carlos V decretó que cada uno de los libros a ser exportados al Nuevo Mundo debía ser individualmente registrado en los documentos, ya no más “en bulto”, esto es, colectivamente¹⁰. Sin embargo, sólo a partir de la publicación del *Índice de Libros Prohibidos* de Quiroga en 1583¹¹, comenzó a cumplirse esta norma, lo que se hizo regularmente durante alrededor de los siguientes 40 años, con lo cual se expidieron más listados homogéneos de libros. Desde 1620, por razones fiscales, resultó innecesario especificar más el contenido concreto de las cajas que se exportaban, y a partir de la década de 1660, los registros deta-

⁸ El manual clásico –y pragmático– sobre la Casa de la Contratación es el de JOSEPH DE VEITIA LINAGE, *Norte de la Contratación de las Indias occidentales*, Buenos Aires, Comisión Argentina de Fomento Interamericano, 1945 (1ª ed. Sevilla, Juan Francisco de Blas, 1672). Para literatura sobre el tema, ver: ANTONIO GARCÍA-BAQUERO, *La Carrera de Indias: suma de contratación y océano de negocios*, Sevilla, Algaida, 1992; ANTONIO ACOSTA RODRÍGUEZ, ADOLFO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, ENRIQUETA VILA VILAR (eds.), *La Casa de la Contratación y la navegación entre España y las Indias*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2003.

⁹ Cf. CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy. Writing and Culture across the Atlantic*, Lewisburg, Bucknell University Press, 2011, pp. 54-57. La versión castellana de este libro fue publicada en 1999, bajo el título: *Los mundos del libro. Medios de difusión de la cultura occidental en las Indias de los siglos XVI y XVII*, Sevilla, Diputación de Sevilla/Universidad de Sevilla.

¹⁰ *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*, Madrid, Iulian de Paredes, 1681, lib. I, tít. XXIV, ley V: “De los libros que se imprimen y pasen a las Indias”; ver también: ley VII. Cf. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., pp. 50-51.

¹¹ J[ESÚS] M[ARTÍNEZ] DE BUJANDA, *Index de l’Inquisition espagnole 1583, 1584*, Sherbrooke/Genève, Editions de l’Université de Sherbrooke/Librairie Droz, 1993.

llados de libros en esta documentación se hicieron menos frecuentes¹². Estas condiciones pueden explicar por qué hay aún mucho material por examinar, sobre todo para las dos últimas décadas del siglo XVI. Para este propósito, nuestro trabajo de archivo sobre la exportación de libros se concentra en los registros de embarque expedidos a finales del siglo XVI y comienzos del XVII, los cuales se conservan en el *Archivo General de Indias* (AGI). Beneficiándonos de los estudios que han avanzado en este campo, nuestro trabajo procura agregar nuevas evidencias empíricas para este periodo.

Con el fin de prevenir el tránsito de textos incriminados, incluidos en el mencionado *Índice de Libros Prohibidos*, la Casa de la Contratación cooperó con la Inquisición. Sus oficiales, quienes residían en el castillo de Triana, debían aprobar las listas del cargamento¹³. Para este fin, se citaba a los evaluadores: éstos eran frailes de diferentes órdenes, por lo general franciscanos y dominicos¹⁴. Sin embargo, la cooperación entre la Casa de la Contratación y el Santo Oficio no estaba exenta de tensiones; más aún, la censura inquisitorial no siempre ejecutaba sus exámenes de las listas de libros de manera estricta. Como lo ha mostrado la investigación, los controles podían ser relativamente laxos durante ciertos periodos, cuando las listas eran sólo chequeadas, pero no comparadas frente a la actual existencia de los libros en las cajas. De este modo, aquel régimen de saber se hizo permeable, no sólo en Sevilla sino de hecho también en los puertos americanos, dado que allí las inspecciones de los arribos de envíos tampoco eran siempre conducidas de manera rigurosa. (Ilustraciones 1 y 2).

2.2. Un esbozo historiográfico de la circulación de libros en Hispanoamérica durante la temprana edad moderna

La historiografía sobre la circulación de libros en la América hispánica durante la temprana edad moderna encuentra sus raíces en el siglo XIX. Dado que nuestro trabajo parte de la base de muchas contribuciones historiográficas,

¹² Cf. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., pp. 47-53.

¹³ Con respecto a esta cooperación institucional, ver: PEDRO JOSÉ RUEDA RAMÍREZ, *Negocio e intercambio cultural: el comercio de libros con América en la Carrera de Indias (siglo XVII)*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 61-80. El resto de este párrafo sigue de cerca su análisis.

¹⁴ Algunas de las licencias expedidas por la Inquisición pueden consultarse en el ARCHIVO GENERAL DE INDIAS (AGI), Contratación 674.

vale la pena dar un breve repaso a esta rica pero dispersa tradición. Luego del periodo de las Independencias, investigadores y eruditos latinoamericanos de la segunda mitad del siglo XIX acopiaron información y compusieron trabajos bibliográficos acerca de los logros intelectuales de sus nacientes naciones durante los primeros siglos de existencia. Esta documentación debe entenderse en el contexto de los procesos de construcción de nación que iban acompañados por representaciones negativas del “represivo” gobierno español durante el reciente pasado colonial¹⁵. El más eminente representante de este periodo de formación es el erudito chileno José Toribio Medina (1852-1930), quien cultivó, entre otros temas, la indagación sobre el desarrollo bibliográfico en Hispanoamérica –y esto no sólo a nivel regional o nacional–. Ha de mencionarse aquí sus libros sobre las imprentas en Hispanoamérica, así como su *Biblioteca Hispano-Americana (1493-1810)*, los cuales aún son hoy en día textos de referencia¹⁶.

Una nueva generación de investigadores, cuyo trabajo cubre el periodo que va de los años treinta a la década de los cincuenta del siglo XX, pudo refrescar este conocimiento, ofreciendo más evidencias y nuevas interpretaciones acerca de la circulación de libros en territorio americano¹⁷. Dicho a grandes rasgos, esta nueva generación tomó en consideración el contexto institucional del comercio trasatlántico del libro y compiló un acervo importante de datos empíricos a partir de sus respectivos archivos regionales, tanto como de archivos en España, basando sus resultados en nuevos tipos de fuentes: registros de embarque, contratos, documentos inquisitoriales, etc. De este modo, ellos pusieron en cuestión las tradicionales asunciones (p. ej., acerca

¹⁵ HORTENSIA CALVO, “The politics of print: the historiography of the book in early Spanish America”, *Book History*, University Park, Pennsylvania State University, v. 6, 2003, pp. 277-305, aquí: p. 280.

¹⁶ JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Biblioteca hispano-americana (1493-1810)*, 7 vols., 2ª reimpresión, Amsterdam, N. Israel, 1968, (1ª ed. Santiago de Chile, en casa del autor, 1898-1907); además de muchas obras que se enfocan en cada uno de los centros de impresión. Otra obra de referencia fue póstumamente publicada: JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Historia de la imprenta en los antiguos dominios españoles de América y Oceanía*, 2 vols., Santiago de Chile, Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 1958. Cf. CALVO, *op. cit.*, p. 281.

¹⁷ Cf. CALVO, *op. cit.*, p. 282-283, quien cita dos contribuciones importantes de comienzos del siglo XX: FRANCISCO RODRÍGUEZ MARÍN, *El “Quijote” y don Quijote en América*, Madrid, Sucesores de Hernando, 1911; FRANCISCO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (comp.), *Libros y librerías en el siglo XVI*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1982 (1ª ed. México, Archivo General de la Nación, 1911).

de la efectividad del control inquisitorial) y en lugar de ello acentuaron el volumen del comercio trasatlántico de libros.

Durante este periodo, historiadores provenientes de diferentes disciplinas contribuyeron en este campo, entre ellos: Edmundo O’Gorman, Guillermo Lohmann Villena, Rubén Vargas Ugarte, Guillermo Furlong Cardiff, Carlos Luque Colombres, Vicente Osvaldo Cutolo y Javier Malagón Barceló¹⁸. Sin embargo, hay que destacar a dos investigadores quienes publicaron libros emblemáticos que se han vuelto clásicos en este tema: el argentino José Torre Revelo (*El libro, la imprenta y el periodismo en América durante la dominación española*)¹⁹ y el hispanista norteamericano Irving Leonard, cuyo opus magnum, *Books of the Brave*, apareció en 1949²⁰. Entre los artículos recogidos en esta obra clásica, algunos rastrearon la presencia de libros en Hispanoamérica, que –según la vieja historiografía– no debían encontrarse allí, tales como novelas de picaresca o el mismo *Don Quijote*²¹. Otras contribuciones cuyas más relevantes para nuestro tema, trataron acerca del comercio de libros en Lima y México, y de los que eran considerados sus ‘bestsellers’ hacia finales del siglo XVI.

¹⁸ EDMUNDO O’GORMAN, “Bibliotecas y librerías coloniales, 1585-1694”, *Boletín del Archivo General de la Nación*, México, v. 10, n° 4, 1939, pp. 661-1006; GUILLERMO LOHMANN VILLENA, “Los libros españoles en Indias”, *Arbor*, Madrid, CSIC, v. 2, n° 6, 1944, pp. 221-249; RUBEN VARGAS UGARTE, *Impresos peruanos*, 6 vols., Lima, Editorial San Marcos, 1953-1957; GUILLERMO FURLONG CARDIFF, *Bibliotecas argentinas durante la dominación hispánica*, Buenos Aires, Huarpes, 1944; CARLOS A. LUQUE COLOMBRES, “Libros de Derecho en bibliotecas particulares cordobesas (1573-1810)”, *Para la Historia de Córdoba*, Córdoba, Biffignandi, 1971, pp. 267-318 (1ª ed. 1945, Cuaderno de Historia, Córdoba, Instituto de Estudios Americanistas, n° IX); VICENTE OSVALDO CUTOLO, “Bibliotecas jurídicas en el Buenos Aires del siglo XVII”, *Universidad*, Santa Fe, v. 30, 1955, pp. 105-183; JAVIER MALAGÓN BARCELÓ, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, México, Biblioteca Nacional/ Instituto Bibliográfico Mexicano, 1959.

¹⁹ JOSÉ TORRE REVELLO, *El libro, la imprenta y el periodismo en América durante la dominación española*, Buenos Aires, Peuser, 1940; ver también su obra posterior: JOSÉ TORRE REVELLO, “Lecturas indianas (siglos XVI-XVIII)”, *Thesaurus*, Boletín del Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, v. 17, 1962, pp. 1-29.

²⁰ IRVING A. LEONARD, *Books of the Brave. Being an account of books and of men in the Spanish Conquest and settlement of the sixteenth-century New World*. Con una nueva introducción a cargo de Rolena Adorno, Berkeley y Los Ángeles, Berkeley University Press, 1992. (1ª ed. Cambridge/Mass., Harvard University Press, 1949). Ha sido traducido al castellano: *Los libros del conquistador*, México 1953, 1959, 1979; La Habana 1983; Berkeley 1999.

²¹ Ver: CALVO, *op. cit.*, p. 283.

La ola más reciente de investigaciones en este campo comenzó hacia finales de los años ochenta²². Además de la publicación de algunos trabajos de síntesis, se puede observar un renacimiento de estudios sobre libros históricos durante las últimas tres décadas en muchos de los países latinoamericanos y en España. Ahora resulta posible consultar además un buen número de historias del libro para países específicos y perspectivas panorámicas de la investigación regional. Más aún, se puede disponer de buenas ediciones de inventarios de libros, principalmente de aquellas expedidas por individuos de las élites coloniales (incluyendo oficiales españoles, miembros de la nobleza, clérigos, encomenderos y caciques), y un buen número también de aquellas provenientes de instituciones. La mayoría de estos estudios están dedicados a los lugares que fueron el centro de los virreinos de la Nueva España y Perú. Especialmente en México, los investigadores han extendido el campo de la historia del libro a asuntos más amplios que abarcan el alfabetismo, la educación y la lectura²³.

No queriendo hacer con esto un listado exhaustivo, puede mencionarse a los siguientes autores como figuras paradigmáticas para las historiografías regionales (sobre los siglos XVI y XVII) que se han producido en las últimas décadas:

- Para la región caribeña: Juan José Sánchez Baena, Ambrosio Fornet²⁴.

²² Un precursor de aquella ola fue AGUSTÍN MILLARES CARLO, “Bibliotecas y difusión del libro en Hispanoamérica colonial: intento bibliográfico”, *Boletín Histórico*, Caracas, Fundación John Boulton, v. 22, 1970, pp. 25-72. Ver, asimismo: FRANCISCO DE SOLANO, “Fuentes para la historia cultural: Libros y bibliotecas de la América colonial”, en: FERMÍN DEL PINO DÍAZ (ed.), *Ensayos de metodología histórica en el campo americanista*, Madrid, CSIC, 1985, pp. 69-84; y el catálogo de la exhibición, editado por JULIE GREER JOHNSON, *The Book in the Americas. The role of books and printing in the development of culture and society in colonial Latin America*, Providence/Rhode Island, John Carter Brown Library, 1988.

²³ Ver: CALVO, *op. cit.*, pp. 286-287; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., pp. 30-32.

²⁴ JUAN JOSÉ SÁNCHEZ BAENA, “Noticias sobre el mundo del libro en Cuba antes del desarrollo de la imprenta (1525-1763)”, *Contrastes. Revista de Historia*, Murcia, v. 9-10, 1994-1997, pp. 181-205; AMBROSIO FORNET, *El libro en Cuba, siglos XVIII y XIX*, La Habana, Ed. Letras Cubanas, 1994. Ver también: TEODORO HAMPE MARTÍNEZ, “Lecturas de un jurista del siglo XVI. La biblioteca del doctor Gregorio González de Cuenca, presidente de la Audiencia de Santo Domingo (1581)”, *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, EEHA/CSIC, v. 41, 1984, pp. 143-193.

- Para la Nueva España: Javier Barrientos Grandón, Alejandro Maya-goitía, Magdalena Chocano, Carmen Castañeda, Idalia García Aguilar, Kenneth Ward, Norah Jiménez²⁵.
- Para Centroamérica: Pedro Rueda Ramírez²⁶.
- Para la Nueva Granada: Ildefonso Leal, José del Rey Fajardo, Mónica Fortich Navarro²⁷.

²⁵ JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *La cultura jurídica en la Nueva España (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México, UNAM, 1993; ALEJANDRO MAYAGOITÍA, “Notas sobre los alegatos impresos novohispanos”, *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Escuela Libre de Derecho, UNAM, 1995, v. II, pp. 1001-1030; MAGDALENA CHOCANO MENA, “Colonial Printing and Metropolitan Books: Printed Texts and the Shaping of Scholarly Culture in New Spain, 1539-1700”, *Colonial Latin American Historical Review*, Albuquerque, Spanish Colonial Research Center, v. 6, 1997, pp. 69-90; CARMEN CASTAÑEDA, *Del autor al lector. Historia del libro en México*. Con la colaboración de Myrna Cortés, México, CIESAS, 2002; IDALIA GARCÍA AGUILAR, “El conocimiento histórico del libro y la biblioteca novohispanos. Representación de las fuentes originales”, *Información, cultura y sociedad*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (INIBI), n° 17, 2007, pp. 69-96; IDALIA GARCÍA AGUILAR, PEDRO RUEDA RAMÍREZ (comps.), *Leer en tiempos de la colonia: imprenta, bibliotecas y lectores en la Nueva España*, México, UNAM, 2010; KENNETH C. WARD, “Mexico, where they coin money and print books”: *the Calderón dynasty and the Mexican book trade, 1630-1730*, Ph.D. thesis, University of Texas, Austin, 2013; NORA E. JIMÉNEZ, “Cuentas fallidas, deudas omnipresentes. Los difíciles comienzos del mercado del libro novohispano”, *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, EEHA/CSIC, v. 71, n° 2, 2014, pp. 423-446. Ver también: MIGUEL LUQUE TALAVÁN, “De los libros surgen las leyes. Aproximación a los fondos jurídicos de las bibliotecas particulares y públicas novohispanas”, en: IDALIA GARCÍA AGUILAR (ed.), *Complejidad y materialidad: reflexiones del seminario del libro antiguo*, México, UNAM-CUIB, 2009, pp. 65-191.

²⁶ PEDRO JOSÉ RUEDA RAMÍREZ, “Libros europeos en Centroamérica en los siglos XVI-XVII”, *Yaxkin*, Revista del Instituto Hondureño de Antropología e Historia, Tegucigalpa, v. 25, n° 2, 2009, pp. 151-192. Para los siglos XVIII y XIX, ver: IVÁN MOLINA JIMÉNEZ, *El que quiera divertirse: Libros y sociedad en Costa Rica, 1750-1914*, San José, Universidad de Costa Rica, 1995.

²⁷ ILDEFONSO LEAL, *Libros y bibliotecas en Venezuela colonial (1633-1767)*, 2 vols., Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1978; JOSÉ DEL REY FAJARDO, *Las bibliotecas jesuíticas en la Venezuela colonial*, 2 vols., Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1999; JOSÉ DEL REY FAJARDO, MYRIAM MARÍN CORTÉS (eds.), *La biblioteca colonial de la Universidad Javeriana comentada*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008; MÓNICA PATRICIA FORTICH NAVARRO, *Togados y letrados: libros, lecturas y bibliotecas en la formación de los abogados neogranadinos, 1739-1777*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2011. Ver también: JUAN FELIPE CÓRDOBA-RESTREPO (ed.), *Biblioteca antigua. Circulación y conocimiento*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015.

- Para el Perú: Teodoro Hampe Martínez, Carlos Alberto González Sánchez, Pedro Guibovich, Herman Nébias Barreto²⁸.
- Para Charcas: Daisy Rípodas Ardanaz, Josep Barnadas, Marcela Inch²⁹.
- Para el Río de la Plata y regiones del interior: Daisy Rípodas Ardanaz, Marcela Aspell, Ernesto Maeder, Alejandro Parada, Esteban Llamosas, Silvano Benito Moya, Celina Lértora Mendoza³⁰.

²⁸ TEODORO HAMPE MARTÍNEZ, *Bibliotecas privadas en el mundo colonial: la difusión de libros e ideas en el virreinato del Perú (siglos XVI-XVII)*, Frankfurt a. M./Madrid, Vervuert/Iberoamericana, 1996; TEODORO HAMPE MARTÍNEZ, “Las bibliotecas virreinales en el Perú y la difusión del saber italiano: el caso del virrey Toledo (1582)”, en: FRANCESCA CANTÜ (ed.), *Las Cortes virreinales de la Monarquía española: América e Italia*, Roma, Viella, 2008, pp. 539-555; CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “La cultura del libro en el Virreinato del Perú en tiempos de Felipe II”, *Colonial Latin American Review*, New York, Routledge, v. 9, n° 1, 2000, pp. 63-80; PEDRO GUIBOVICH PÉREZ, “The Printing Press in Colonial Peru: Production Process and Literary Categories in Lima, 1584-1699”, *Colonial Latin American Review*, New York, Routledge, v. 10, n° 2, 2001, pp. 167-188; HERMAN NÉBIAS BARRETO, “Legal Culture and Argumentation in the Vice-Reign of Peru from the 16th to the 18th centuries”, *Clio@Themis*, *Révue électronique d’histoire du droit*, n° 2, 2009 (online, <http://www.cliothemis.com/Legal-Culture-and-Argumentation-in>). Ver, asimismo: GERO DOLEZALEK, “Libros jurídicos anteriores a 1800 en la Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima. Bases para la formación jurídica de los abogados latinoamericanos del siglo XIX”, *Studi Sassaresi*, serie III, v. 5: *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*, Milano, A. Giuffrè Ed., 1981, pp. 491-518.

²⁹ DAISY RÍPODAS ARDANAZ, “Bibliotecas privadas de funcionarios de la Real Audiencia de Charcas”, *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1975, v. 2, pp. 499-555; JOSEP M. BARNADAS, *Bibliotheca Boliviana Antiqua. Impresos coloniales (1534-1825)*, 2 vols., Sucre, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia, 2008; MARCELA INCH C., “La Biblioteca Potosina de la Compañía de Jesús”, *Bibliographica Americana*, *Revista Interdisciplinaria de Estudios Coloniales*, Buenos Aires, v. 4, 2007, pp. 1-11 (online, <http://www.bn.gov.ar/media/page/marcela-inch.pdf>).

³⁰ DAISY RÍPODAS ARDANAZ, “Libros, bibliotecas y lecturas [cap. 22]”, en: Academia Nacional de la Historia (ed.), *Nueva Historia de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1999, tomo III, pp. 247-279; MARCELA ASPELL DE YANZI FERREIRA, CARLOS ALBERTO PAGE (comps.), *La Biblioteca Jesuítica de la Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2000; ERNESTO J. A. MAEDER, “Libros, bibliotecas, control de lecturas e imprentas rioplatenses en los siglos XVI al XVIII”, *Revista Teología*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, tomo XL, n° 77, 2001, pp. 5-24; ALEJANDRO E. PARADA, “Tipología de las bibliotecas Argentinas desde el periodo hispánico hasta 1830: una primera clasificación provisional”, *Información, cultura y sociedad*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (INIBI), n° 9, 2003, pp. 75-94; ESTEBAN F. LLAMOSAS, “Probabilismo, probabiliorismo y rigorismo: La teología moral en la enseñanza universitaria y en la praxis judicial de la Córdoba tardocolonial”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, Madrid, Universidad Carlos III, v. 14, n° 2, 2011, pp. 281-

- Para Chile: Bernardo Bravo Lira, Javier Barrientos Grandón, Carlos Salinas Araneda³¹.

No debemos olvidar los importantes estudios producidos desde España. De especial interés resultan ser los autores pertenecientes a la que puede llamarse “la escuela sevillana de la historia del libro”. Siguiendo un movimiento liderado por León Carlos Álvarez Santaló y el hispanista Klaus Wagner, historiadores de la temprana edad moderna tales como Carlos Alberto González Sánchez, Pedro Rueda Ramírez y Natalia Maillard han contribuido enormemente a la comprensión de la circulación del libro en España y el mundo del trasatlántico³². Su trabajo arroja nuevas luces sobre las redes comerciales y

294; SILVANO G. A. BENITO MOYA, “Bibliotecas y libros en la cultura universitaria de Córdoba durante los siglos XVII y XVIII”, *Información, cultura y sociedad*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (INIBI), n° 26, 2012, pp. 13-39; CELINA A. LÉRTORA MENDOZA, “Bibliotecas académicas coloniales. Reconstrucción y puesta en valor”, *Anuario de Historia de la Iglesia*, Pamplona, Universidad de Navarra, v. 22, 2013, pp. 259-273.

³¹ BERNARDINO BRAVO LIRA, “La literatura jurídica indiana en el Barroco”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica, v. 10, 1985, pp. 227-268; JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *La cultura jurídica en el Reino de Chile. Bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago (s. XVII y XVIII)*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1992; CARLOS SALINAS ARANEDA, “Los textos utilizados en la enseñanza del Derecho Canónico en Chile indiano”, *Anuario de Historia de la Iglesia*, Pamplona, Universidad de Navarra, v. 9, 2000, pp. 215-234.

³² Para una perspectiva de algunas de las más recientes contribuciones, ver: CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Atlantes de papel. Adoctrinamiento, creación y tipografía en la Monarquía Hispánica de los siglos XVI y XVII*, Barcelona, Ediciones Rubedo, 2008; CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “La cultura escrita en el Mundo Atlántico colonial: Brasil y América del norte. Claves historiográficas, retos y perspectivas”, *Revista de Indias*, Madrid, CSIC, v. LXXIII, n° 259, 2013, pp. 633-662; CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “El comercio de libros entre Europa y América en la Sevilla del siglo XVI: Impresores, libreros y mercaderes”, *Colonial Latin American Review*, New York, Routledge, v. 23, n° 3, 2014, pp. 439-465; RUEDA RAMÍREZ, *Negocio e intercambio cultural*, cit.; PEDRO JOSÉ RUEDA RAMÍREZ, “El comercio de libros en Latinoamérica colonial: aproximación al estado de la cuestión (siglos XVI-XVIII)”, en: IDALIA GARCÍA AGUILAR (Comp.), *Complejidad y materialidad: Reflexiones del seminario del libro antiguo*, México, UNAM, 2009, pp. 193-279; PEDRO RUEDA RAMÍREZ (ed.), *El libro en circulación en el mundo moderno en España y Latinoamérica*, Madrid, Calambur, 2012; NATALIA MAILLARD ALVAREZ, “Aproximación a la creación de las redes de distribución de libros en América a través de las fuentes españolas (segunda mitad del siglo XVI)”, *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, EEHA/CSIC, v. 71, n° 2, 2014, pp. 479-503; NATALIA MAILLARD ALVAREZ (ed.), *Books in the Catholic World during the Early Modern Period*, Leiden, Brill, 2014.

las instancias intermediarias involucradas (como proveedores y vendedores de libros, mercaderes y minoristas). Más aún, hay excelentes historias del libro y asuntos relacionados acerca de la península ibérica, las cuales amplían nuestra comprensión de la perspectiva iberoamericana³³.

Aparte de los estudios ya mencionados que tratan acerca de espacios más amplios circunscritos al contexto de Iberoamérica durante la modernidad temprana –otras regiones han recibido menos atención que éstas, p. ej., las antiguas áreas fronterizas o la América Portuguesa³⁴–, tenemos a disposición estudios que abordan la investigación histórico-jurídica sobre la imprenta y el comercio de libro según el derecho de Castilla y el *Derecho Indiano*³⁵.

Habiendo esbozado así este contexto historiográfico, pasaremos ahora a considerar los mencionados tipos de fuentes que son más relevantes para

³³ Ver, por ejemplo: PEDRO M. CÁTEDRA, MARÍA LUISA LÓPEZ-VIDRIERO (eds.), *La memoria de los libros: estudios sobre la historia del escrito y de la lectura en Europa y América*, 2 vols., Salamanca, Instituto de Historia del Libro y de la Lectura, 2004; ALEXANDER S. WILKINSON, *Iberian books: Books published in Spanish or Portuguese or on the Iberian Peninsula before 1601*, Leiden, Brill, 2010; EDUARDO PEÑALVER GÓMEZ (coord.), *América escrita. Fondos americanistas en bibliotecas universitarias españolas. Exposición bibliográfica conmemorativa de los bicentenarios de las independencias de las repúblicas iberoamericanas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2010. Sobre la historia de una dinastía de impresores, que fue muy importante para el establecimiento de la imprenta en México, cf. CLIVE GRIFFIN, *The Crombergers of Seville. The history of a printing and merchant dynasty*, Oxford, Clarendon Press, 1988. – Con respecto a Portugal, ver el número monográfico: *O livro antigo em Portugal e Espanha, séculos XVI-XVIII, Leituras*, Lisboa, Biblioteca Nacional, v. 9-10, 2001-2002; DIOGO RAMADA CURTO (coord.), *Bibliografia da História do Livro em Portugal, séculos XV-XIX*, Lisboa, Biblioteca Nacional, 2003; FEDERICO PALOMO, “Anaqueles de sacra erudición: Libros y lecturas de un predicador jesuita en el Portugal del siglo XVII”, *Lusitania Sacra*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2ª serie, v. 18, 2006, pp. 117-146.

³⁴ “Literatura pragmática en Luso-América (siglos XVI-XVIII)” es el título de otro sub-proyecto a cargo de Gustavo César Machado Cabral, investigador afiliado al Instituto Max Planck Para Historia del Derecho Europeo en Frankfurt am Main.

³⁵ Cf. STEPHEN C. MOHLER, “Publishing in colonial Spanish America”, *Inter-American Review of Bibliography*, Washington D.C., OAS, v. 28, n° 3, 1978, pp. 259-273; ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, “La impresión y circulación de libros en el derecho indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, v. 11, 1985, pp. 189-209; VICTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos Horizontes en el estudio histórico del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, cap. 5 (“El libro jurídico”), pp. 70-84; VICTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El Jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, Frankfurt a. M., Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 14-16; FERMÍN DE LOS REYES GÓMEZ, *El libro en España y América. Legislación y censura (siglos XV-XVIII)*, 2 vols., Madrid, Arca Libros, 2000.

nuestro estudio de la circulación de libros. Estos serán discutidos siguiendo el movimiento de libros que tuvo lugar desde Europa hacia las Indias.

2.3. *La exportación de libros pragmáticos hacia el Nuevo Mundo*

A pesar de las restricciones arriba mencionadas y de los mecanismos de control ejercidos por las autoridades civiles y eclesiásticas, el comercio trasatlántico de libros fue una empresa próspera. Se estima que cerca del 85% de los libros en circulación en América eran importados y de origen europeo³⁶. La gran mayoría de estas obras importadas había sido impresa en España, junto con algunas procedentes de otros centros de producción de libros europeos (Francia, Flandes, Italia, Portugal, el Sacro Imperio Romano) antes de su llegada a Sevilla.

El itinerario de los libros por el Atlántico solía seguir la “Carrera de Indias”. Para que los embarques fueran mejor protegidos de los ataques piratas, un sistema de convoyes se estableció a partir de 1564, que contaba con dos flotas por año con rumbo a la Nueva España (Veracruz) y Tierra Firme (Nombre de Dios y Cartagena). Debido al rápido crecimiento de la inmigración hacia la América Hispánica, el mercado de libros tuvo también que expandirse. Sin embargo, en comparación con otros bienes y mercancías exportadas desde Sevilla, los libros constituían sólo una porción muy pequeña del cargamento; algunos investigadores calculan que su porcentaje alcanzaba un 2% en promedio³⁷.

Los registros de embarque guardados en el *Archivo General de Indias* (AGI) en Sevilla son un tipo de fuente central para rastrear la circulación de libros europeos en el Nuevo Mundo. Si bien éstos eran usualmente estudiados por historiadores de la economía (piénsese, por ejemplo, en la obra de Pierre Chaunu), algunos investigadores de la historia del libro entre los ‘clásicos modernos’, como Leonard y Torre Revello, habían consultado ya estas fuentes hacia mediados del siglo XX. En 1973, Helga Kropfingervon Kügelgen dedicó una concisa y densa monografía a los listados completos de exportación de libros enviados a Nueva España en un año específico: 1586³⁸.

³⁶ Cf. TEODORO HAMPE MARTÍNEZ, “Historiografía del libro en América hispana: un estado de la cuestión”, en: IDALIA GARCÍA AGUILAR, PEDRO RUEDA RAMÍREZ (comps.), *Leer en tiempos de la colonia: imprenta, bibliotecas y lectores en la Nueva España*, México, UNAM, 2010, pp. 55-72, aquí: p. 61.

³⁷ Cf. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., p. 96.

³⁸ HELGA KROPFINGER VON KÜGELGEN, *Exportación de libros europeos de Sevilla a la Nueva España en el año de 1586*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1973.

El análisis de los registros de embarque nos indica los altos porcentajes de literatura religiosa y sus respectivas categorías; algunos escribanos incluso organizaron los listados de acuerdo con el tamaño de los libros (de *folio* hasta *quarto* y *octavo*). (Ilustraciones 3 y 4)

Carlos Alberto González Sánchez ha analizado las listas enteras de libros para los años 1583 y 1584 (824 libros) y para el año 1605 (2098 libros). Para resumir rápidamente sus hallazgos, podemos determinar que el porcentaje de libros religiosos en los años seleccionados se elevó del 34% en la década de 1580 hasta el 77% en 1605. Él divide los libros de carácter religioso en los siguientes géneros³⁹:

Tipos	% de libros religiosos	
	1583-84	1605
Espiritual	24,6	47,8
Teología	22,8	9,6
Prédica y liturgia	20,3	32
Teología moral	20	1,8
Derecho canónico	5	0,1
Oratoria	4,6	2
Hagiografía	3,5	6,8

Sin hacer referencia aquí a las discusiones que plantea el autor de las obras mencionadas, quisiéramos destacar dos puntos. En primer lugar, el autor más vendido en el medio de la literatura espiritual era en aquel entonces el Dominico Fray Luis de Granada (e.g., *Libro de la oración y de la meditación*). En segundo lugar, con respecto a los manuales de teología, el análisis de González Sánchez nos da valiosas indicaciones:

Los más numerosos son la *Suma de casos morales*, con 19 ejemplares, de Bartolomé de Medina, y, con 15, la exitosa *Suma de casos de conciencia* del franciscano Manuel Rodríguez. Pero, sin duda, el de mayor difusión fue el *Summario* de Martín de Azpilcueta, discípulo de Domingo de Soto, del que sólo he contado 7. Le siguen otros de gran aceptación, los de: Antonio de Córdoba, Juan de Pedraza y Tomás de Mercado. Un caso particular, con

³⁹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., p. 100.

18 unidades, es el *Director[i]um curatorum* del dominico, obispo de Elna, Pedro Mártir Coma, libro ineludible en las bibliotecas eclesiásticas, que no es un manual de moral propiamente dicho sino un texto destinado a la formación de sacerdotes, aunque con alusiones continuas a la confesión y a problemas éticos⁴⁰.

Esta cita textual muestra que las reconstrucciones detalladas de las listas de libros pueden ofrecer pistas para contextualizar la obra de Azpilcueta en la segunda mitad del siglo XVI⁴¹. Pedro Rueda, en su profundo análisis del comercio de libros durante la primera mitad del siglo XVII, ha demostrado que a “el Navarro” –como se le conoce a Azpilcueta– se le puede hallar en muchas de las listas de exportación. Ahora bien, había otros autores de *Sumas morales* que con mayor frecuencia figuraban en los listados de este periodo, tales como Manuel Rodríguez o Pedro de Ledesma⁴². (Ilustración 5)

2.4. Libros que surgieron en las imprentas americanas

Aun cuando los libros circulando en América hubieran sido en su gran mayoría importados desde Sevilla, alrededor del 15% habían salido directamente de las imprentas de los territorios en ultramar. La provisión de estos libros estaba a cargo de las imprentas que habían recibido una licencia real en la América hispánica: éstas tenían sus sedes en Ciudad de México (1539), en Lima (1581/84), Puebla de los Angeles (1640) y Guatemala (1660). En las áreas restantes de aquella vasta región denominada *las Indias*, sólo se establecieron casas de impresión a partir del siglo XVIII, por ejemplo, en La Habana (1707), Santafé de Bogotá (1736), Quito (1759) y Buenos Aires (1780), seguida de Caracas en 1808⁴³.

⁴⁰ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Los mundos del libro*, cit., p. 92; cf. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., p.112.

⁴¹ Esta obra del canonista y teólogo moral es estudiada por el sub-proyecto de Manuela Bragagnolo: “*El Manual de Confesores* de Martín de Azpilcueta y el fenómeno de la epitomización”.

⁴² RUEDA RAMÍREZ, *Negocio e intercambio cultural*, cit., pp. 309-312.

⁴³ Un clásico es MEDINA, *Historia de la imprenta en los antiguos dominios españoles de América y Oceanía*, cit. Ver también: LAURENCE SYDNEY THOMPSON, HENSLEY CHARLES WOODBRIDGE, *Printing in Colonial Spanish America*, Troy/New York, Whitston Publishing Co., 1976; STELLA MARIS FERNÁNDEZ, *La imprenta en Hispanoamérica*, Madrid, Gráficas Condor, 1977; WIEBKE VON DEYLEN, “Buchdruck, kolonialer, in Latein-

Dado que las casas de imprenta de México y Lima habían sido instaladas con el propósito explícito de colaborar con las actividades de los misioneros, no debe sorprender encontrar entre su producción una gran cantidad de libros catequéticos (*catecismos, doctrinas*), incluidas traducciones a lenguas indígenas y vocabularios⁴⁴. Piénsese, por ejemplo, en el *Confessionario mayor en lengua Mexicana y Castellana* a cargo del franciscano Fray Alonso de Molina (México 1565), o en otros trabajos influyentes como los “textos pastorales” publicados en tres lenguas distintas luego de la celebración del Tercer Concilio Provincial de Lima (1582-83) –este tomo fue el primer libro que salió de la imprenta de Sur América⁴⁵–. (Ilustración 6)

Algunos investigadores calculan que al menos el 31% de los libros impresos en Nueva España durante el siglo XVI estaban publicados en lenguas indígenas. A lo largo del siglo XVII, esta proporción cambió profundamente, al punto en que éstos llegaron a representar posteriormente sólo alrededor del 3% de los libros localmente producidos⁴⁶.

amerika”, en: HERMANN HIERY (ed.), *Lexikon zur Überseegeschichte*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2015, pp. 135-136. Hay una abundante literatura sobre la historia de las imprentas en varios centros de publicación americanos. Para el caso mexicano, ver especialmente: JAVIER GARCÍA ICAZBALCETA, *Bibliografía mexicana del siglo XVI. Catálogo razonado de libros impresos en México de 1539 a 1600*, México, Fondo Cultura Económica, 1981 (1ª ed. 1886); ROMÁN ZULAICA GÁRATE, *Los franciscanos y la imprenta en México en el siglo XVI. Estudio bio-bibliográfico*, México, UNAM, 1991. Para el Perú, cf. VARGAS UGARTE, cit.

⁴⁴ Ver por ejemplo: FERNANDO GIL, *Primeras “doctrinas” del Nuevo Mundo: estudio histórico-teológico de las obras de fray Juan de Zumárraga (1548)*, Buenos Aires, Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 1993; NORAH EDITH JIMÉNEZ, “Los libros en lenguas indígenas como un género de las imprentas novohispanas entre los siglos XVI y XVII”, en: NORAH EDITH JIMÉNEZ, MARTINA MANTILLA TROLLE (eds.), *Colección de Lenguas Indígenas*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara/El Colegio de Michoacán, 2007, pp. 65-117; GUIBOVICH PÉREZ, “The Printing Press in Colonial Peru”, cit.

⁴⁵ ALONSO DE MOLINA, *Confessionario mayor en lengua Mexicana y Castellana*, México, Antonio de Espinosa, 1565; *Doctrina christiana, y catecismo para instruccion de los indios, y de las demas personas, que han de ser enseñadas en nuestra sancta fé*, Lima, Antonio Ricardo, 1584.

⁴⁶ CHOCANO MENA, *op. cit.*, p. 73; cf. CALVO, *op. cit.*, p. 279. – Dos estudios monográficos recientes sobre la censura de libro y los tribunales de la Inquisición en América, son los de PEDRO GUIBOVICH PÉREZ, *Censura, libros e Inquisición en el Perú colonial, 1570-1754*, Sevilla, CSIC/Universidad de Sevilla, 2003; MARTIN A. NESVIG, *Ideology and Inquisition: The world of the censors in early Mexico*, New Haven/Conn., Yale University Press, 2009.

2.5. *La posesión de libros en la América hispánica colonial*

Hasta aquí hemos tratado acerca de los orígenes –europeos o americanos– de los libros que circulaban por la América hispánica en aquel entonces. Una vez que llegaban al Nuevo Mundo, la mayor parte de los libros importados era distribuida por mercaderes minoristas que proveían a sus clientes (por ejemplo, las órdenes religiosas), los vendían en librerías o los enviaban a las regiones locales por vía de “agentes económicos”⁴⁷. Otra perspectiva prometedora consiste en indagar acerca de la circulación interna de libros “en Indias”, es decir, entre las mismas regiones americanas.

Para poder conocer más acerca de la diseminación de las obras allí impresas, dependemos de otras fuentes, e.g., inventarios de bienes que eran de propiedad de individuos. Estas listas estaban incluidas en la documentación notarial, tanto para los vivos como para los muertos. Dos conjuntos relevantes de fuentes son los *testamentos*, así como los listados de *bienes de difuntos*, es decir, listados de bienes de quienes habían fallecido en la América hispánica sin dejar herederos⁴⁸. En ellos, se incluyen libros que podían haber sido adquiridos o recibidos como regalo en vida, y vendidos o rematados al ser puestos en subasta después del fallecimiento. Las ventas de segunda mano eran una buena oportunidad para la compra de libros a bajos precios. Hasta ahora se sabe poco acerca de este tipo de transacciones que eran importantes para comprender la circulación de libros en las regiones americanas; la mejor información acerca de ellas la proveen los registros notariales.

La circulación de textos pragmáticos (religiosos) contribuyó al establecimiento de regímenes de saber en la temprana edad moderna en Hispanoamérica. Manuales de teología moral, catecismos y otros géneros que tenían su aplicación sobretodo en contextos misionales, fueron medios centrales para la difusión de órdenes normativos en un imperio emergente. Para poder evaluar su distribución en diferentes regiones durante los siglos XVI y XVII, está siendo sopesada en la actualidad una vasta bibliografía multidisciplinar sobre la producción, posesión y circulación de libros, tanto como fuentes de archivo. Para producir precisamente una ‘cartografía normativa’ de esta índole,

⁴⁷ Cf. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., p. 143.

⁴⁸ Sobre esta temática, ver: GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., pp. 37-39; y cap. 5, pp. 185-207.

será necesario realizar una especie de “inventario” que tenga como foco a la Nueva España (México), a Perú y la Nueva Granada (Colombia)⁴⁹.

¿Qué tipos de literatura pragmática pueden detectarse en las librerías personales y bibliotecas institucionales⁵⁰? ¿Y qué sabemos acerca de la circulación de estos recursos? Mientras que, por un lado, la investigación acerca de la posesión de libros por parte de párrocos, frailes y curas, de autoridades coloniales y de adinerados colonos ofrece material abundante, la investigación acerca de colecciones de libros por parte de instituciones y corporaciones –tales como capítulos catedralicios, monasterios de órdenes mendicantes, colegios jesuitas y parroquias– no se encuentra tan avanzada, pero se está poniendo al día en la actualidad.

Ha de examinarse también catálogos de bibliotecas de instituciones e inventarios personales de libros, para poder comprender la importancia que los libros normativos de carácter “pragmático” en circulación tuvieron para la creación de estructura de conocimiento –especialmente aquellas misionales– en los contextos imperiales de la temprana América colonial.

3. Presencia de libros pragmáticos en Hispanoamérica: varios estudios de caso

En la última parte del artículo, en lugar de tratar acerca de las colecciones institucionales de libros, quisiéramos presentar algunos ejemplos de individuos o grupos profesionales relevantes que guardaron libros pragmáticos en la América hispánica.

Algunos dueños de libros distinguieron en sus propias librerías (bibliotecas personales) entre autores “teóricos y prácticos”, como lo hiciera un cierto Pedro Zamorano. Este “vecino de la ciudad de México, corregidor, alcalde mayor and procurador de la Real Audiencia”, declaró en 1622: “Item declaro

⁴⁹ Una pregunta que permanece abierta es cómo visualizar los procesos de circulación con base en los datos recogidos, y si las herramientas cartográficas pueden ser aplicadas; éstos son temas de discusión junto con los colegas del Instituto Max Planck para Historia de la Ciencia (MPIWG) en Berlín.

⁵⁰ A partir del siglo XVII, solía denominarse a una colección institucional de libros “biblioteca”, mientras que a un lote de libros de propiedad de un individuo se solía llamarse “librería”; ver: RÍPODAS ARDANAZ, “Libros, bibliotecas y lecturas”, cit., p. 256. Cf. JONATHAN E. CARLYON, PEDRO GUIBOVICH PÉREZ, “Library [Spain/Spanish America]”, en: EVONNE LEVY, KENNETH MILLS (eds.), *Lexicon of the Hispanic Baroque. Transatlantic Exchange and Transformation*, Austin, University of Texas Press, 2013, pp. 193-199.

que tengo los libros de derecho canonico y ciuil y de los leyes de partida // y nueva recopilacion y de diferentes authores assi theoreticos como practicos que valdran treçientos pesos pocos mas o menos [...]"⁵¹.

Otros inventarios y títulos de libros usaban explícitamente el término “práctica” para ciertos tipos de literatura; al mismo tiempo, ésta es una categoría analítica. En diversos campos del conocimiento, por ejemplo, en la geografía, la navegación, la arquitectura, la metalurgia o la medicina, encontramos libros dirigidos a lectores no especializados, los cuales trasmitían saberes que conciernen aplicaciones prácticas⁵².

Aparte de esta literatura técnica, otras obras prácticas de naturaleza normativa fueron publicadas. Era muy común encontrar, tanto en España como en Hispanoamérica, manuales y libros de instrucción escritos para ser usados en el trabajo jurisprudencial por parte de abogados, notarios y escribanos⁵³, en los cuales se usaba el término “prácticas” en sus títulos⁵⁴.

⁵¹ AGI, México 262, n^o 283, fs. 776r-779v, aquí: f. 778r.

⁵² Para citar dos ejemplos: LÁZARO DE FLORES, *Arte de navegar. Navegacion astronomica, theorica, y practica. En la qual se contienen tablas nuevas de las declinaciones de el sol [...]*, [Madrid], Iulian de Paredes, 1673; JOSEPH GARCÍA CAVALLERO, *Theorica y practica de la arte de ensaya. Oro, plata, y vellon rico [...]*, Madrid, Agustín Fernández, 1713. – Cf. CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “Misión náutica. De libros, discursos y prácticas culturales en la Carrera de Indias de los siglos XVI y XVII”, en: FEDERICO PALOMO (ed.), *La memoria del mundo: clero, erudición y cultura escrita en el mundo ibérico (siglos XVI-XVIII)*, Madrid, Universidad Complutense, 2014, pp. 71-86.

⁵³ Un manual clásico era el de NICOLAS DE YROLO CALAR, *La política de escrituras*. Ed. de MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ LÓPEZ-CANO, México, UNAM, 1996 (1^a ed. México, Diego Lopez Daualos, 1605). – Sobre la literatura para escribanos y notarios, ver: BERNARDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Historia de la escribanía en la Nueva España y el notariado en México*, México, UNAM, 1983; JORGE LUJÁN MÚÑOZ, “La literatura jurídica notarial en Hispanoamérica durante la colonia”, *Revista Interamericana de Bibliografía*, Washington D.C., OAS, v. 3, 1987, pp. 335-368; TAMAR HERZOG, *Mediación, archivos y ejercicio. Los escribanos de Quito (siglo XVII)*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1996; THOMAS DUVE, “Geschichte des Notariats und Notariatsrechts im frühneuzeitlichen Hispanoamerika und im späteren Argentinien”, en: MATHIAS SCHMOECKEL, WERNER SCHUBERT (eds.), *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Tradition*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 595-619; KATHRYN BURNS, *Into the Archive: Writing and Power in Colonial Peru*, Durham, Duke University Press, 2010; ENRIQUE VILLALBA PÉREZ, EMILIO TORNÉ (eds.), *El nervio de la República: el oficio de escribano en el Siglo de Oro*, Madrid, Calambur, 2010; ANA MARÍA PRESTA, “Redes de tinta y poder. Escribanos, clero e indígenas en la ciudad de La Plata, siglos XVI-XVII”, *Anuario de estudios bolivianos, archivísticos y bibliográficos*, Sucre, Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia, v. 19, 2013, pp. 351-372.

⁵⁴ Cf. MIGUEL LUQUE TALAVÁN, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica*

Mencionemos aquí sólo tres ejemplos conocidos (en sus primeras ediciones, a las cuales siguieron otras tantas): Juan Bernardo Díaz de Luco, *Practica criminalis canonica*, Lyon, Guillermo de Millis, 1543; Gabriel Monterroso Alvarado, *Práctica civil y criminal & instrucción de escribanos*, Valladolid, Francisco Fernández de Córdoua, 1563; y Blasius Flórez Díez de Mena, *Recentiorum practicarum quaestionum iuris canonici, et civilis, ad praxim utrisque fori spectantium libri tres*, Medina del Campo, Juan Godínez de Millis, 1603⁵⁵.

Sin embargo, nuestra investigación se enfoca no tanto en este tipo de textos jurídicos sino en la literatura pragmático-religiosa, la cual, si bien ha llevado a veces esta rúbrica al ser denominada como ‘práctica’⁵⁶, frecuentemente hizo uso de otros títulos genéricos, tales como *manual*, *compendio*, *suma*, *sumario*, *instrucción*, *índice*, *guía*, *regla breve*, etc. En la siguiente sección examinaremos la presencia de aquellos libros pragmáticos en el Nuevo Mundo, valiéndonos de algunos casos de estudio. (Ilustraciones 7 y 8)

3.1. Una muestra peruana en la *longue durée* (1550-1700)

Una selección de casos peruanos en la *longue durée* (1550-1700), basada en los inventarios de bienes de difuntos, nos permite reconstruir la posesión de libros por parte de diversos grupos sociales (sacerdotes, mercaderes, artesanos, funcionarios, mineros y otros). Lo que sigue es la evidencia estadística

ca indiana, Madrid, CSIC, 2003, pp. 140, 252. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Los mundos del libro*, cit., p. 100, define “prácticas” como “colecciones de conocimientos empíricos”; cf. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., p. 121.

⁵⁵ Sobre el género literario ‘practica criminalis’, ver: HARALD MAIHOLD, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln/Weimar/Wien, Böhlau, 2005, pp. 73-81. Un estimulante análisis de la literatura práctica forense del siglo XVIII se encuentra en: AGUSTÍN E. CASAGRANDE, “Literatura Práctica en el siglo XVIII. El orden procesal en la historia de la justicia rioplatense”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, v. 49, 2015 (online: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842015000100001).

⁵⁶ Cf. ALONSO DE LA VEGA, *Svmmma llamada Sylva y Practica del Foro Interior utilissima para Confessores y Penitentes* [...]. Alcalá de Henares, Íñiguez de Lequerica, 1594; FRANCISCO XAVIER LAZCANO, *Índice práctico moral para los sacerdotes que auxilian moribundos*, México, Colegio Real, 1750. Un ‘bestseller’ para el siglo XVIII fue la obra de PEDRO MURILLO VELARDE, *Práctica de testamentos* (publicada primero en Manila 1745, posteriormente en México 1755, 1765 y 1790, así como en Madrid 1765 y Buenos Aires 1792; varias ediciones subsiguientes tuvieron lugar en el siglo XIX).

para el caso de los libros de carácter religioso mencionados en los inventarios (715 libros, que equivalen al 30% del número total de libros) estudiados por González Sánchez⁵⁷:

Tipos	% de libros religiosos
Espiritual	28
Prédica y liturgia	23,7
Derecho canónico	16,4
Teología moral	12,2
Teología	11,7
Hagiografía	6,8
Retórica	0,9

Entre estos libros de carácter religioso que estaban en posesión de individuos en las Indias, el porcentaje de diferentes géneros literarios se asemeja al de aquellos registros de libros que se conocen de Sevilla. El autor observa así que:

[...] los 87 tratados de teología moral están mayoritariamente en las haciendas de los eclesiásticos y, excepcionalmente, en las de 4 indeterminados, un médico, un escribano y un minero. El hecho de ser estos libros manuales de confesores, instrumentos del oficio clerical, no excluye, según observamos, la posesión de los seculares, seguramente para asesorarse, con las soluciones adoptadas por teólogos doctores experimentados, en las dudas de conciencia de su devenir cotidiano (negocios, vicios, conductas, actitudes, pecados etc.). De todos modos, no es nuestra intención diferenciar con rigidez los libros religiosos ‘populares’ de los profesionales [...] ⁵⁸.

Entre los libros y materiales de trabajo para el sacerdocio, en especial los repertorios de casuística moral, se puede –de nuevo– identificar a los ‘bestsellers’, tales como el *Compendio del Manual de Confesores y Penitentes* (1586) de Azpilcueta, al igual que las *Summae* de autores españoles de la escolástica (tales como Bartolomé de Medina, Manuel Rodríguez o Pedro Círuelo) y algunos otros directorios para sacerdotes⁵⁹.

⁵⁷ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., p. 212.

⁵⁸ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Los mundos del libro*, cit., p. 181; cf. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., p. 220.

⁵⁹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., p. 220. – Acerca de manuales de confesión y penitencia en España, ver: ARTURO MORGADO GARCÍA, “Pecado y confe-

Para volver a los muestreos de libros no religiosos, al parecer era más frecuente que los repertorios de derecho civil estuvieran en posesión de curas a que ellos estuvieran en manos de oficiales reales en el Perú. Estos poseían sólo el 18% de los libros profesionales, en comparación con el 82% de obras que eran clasificadas como literatura de entretenimiento o de evasión⁶⁰. Puede relacionarse este hallazgo sorprendente con el siguiente muestreo para México, que hemos recientemente estudiado en el AGI.

3.2. Inventarios de oficiales reales para un año específico (México, 1622)

Cuando Diego Carrillo de Mendoza y Pimentel, primer marqués de Gelves (1559-1624), tomó posesión como virrey de la Nueva España en 1621, éste tuvo que implementar un número de reformas. Al ejecutar una cédula real, dictada por Felipe IV, el virrey les solicitó a los oficiales de la Corona que estaban al servicio en Nueva España que le enviaran inventarios de sus pertenencias. (Al parecer, en ninguna otra Audiencia americana se llevó a cabo esta cédula

sión en la España Moderna: Los manuales de confesores”, *Trocadero*, Universidad de Cádiz, v. 8-9, 1996-1997, pp. 119-148; ANTONIO GONZÁLEZ POLVILLO, *El gobierno de los otros: confesión y control de la conciencia en la España Moderna*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2010; PATRICK J. O'BANION, *The Sacrament of Penance and Religious Life in Golden Age Spain*, College Park, Pennsylvania State University Press, 2013. Acerca de la literatura portuguesa sobre el tema, ver: MARIA DE LURDES CORREIA FERNANDES, “Do manual de confesores ao guia de penitentes. Orientações e caminhos da confissão no Portugal pós-Trento”, *Via Spiritus*, Porto, CITCEM, v. 2, 1995, pp. 47-65; PALOMO, “Anaqueles de sacra erudición”, cit., p. 138 (sobre Azpilcueta). Para un análisis comparativo de los manuales alemanes en la ‘época confesional’, ver: RENATE DÜRR, “Confession as an Instrument of Church Discipline: A Study of Catholic and Lutheran Confessional Manuals from the 16th and 17th Centuries”, en: SIGRID MÜLLER, CORNELIA SCHWEIGER (eds.), *Between Creativity and Norm-making: Tensions in the Early Modern Era*, Leiden, Brill, 2013, pp. 215-240. Algunos estudios relevantes sobre Hispanoamérica son los de MARTINE AZOULAI, *Les péchés du nouveau monde: les manuels pour la confession des Indiens. XVIe-XVIIe siècle*, Paris, Michel, 1993; LUIS MARTÍNEZ FERRER, *La penitencia en la primera evangelización de México, 1523-1585*, México, Universidad Pontificia de México, 1998; ANDRÉS LIRA, “Dimensión jurídica de la conciencia. Pecadores y pecados en tres confesionarios de la Nueva España, 1545-1732”, *Historia Mexicana*, México, El Colegio de México, v. 55, n° 4, 2006, pp. 1139-1178; REGINA HARRISON, *Sin and confession in colonial Peru. Spanish-Quechua penitential texts, 1560-1650*, Austin, University of Texas Press, 2014.

⁶⁰ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Los mundos del libro*, cit., p. 173; cf. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., p. 210.

real.) Muchos de los oficiales obedecieron, como lo muestra la existencia de 1004 inventarios en el AGI. Los documentos, todos ellos expedidos en México el mismo año (1622), ofrecen una perspectiva sobre la posesión de libros al interior de un grupo específico: oficiales reales, entre ellos altos funcionarios de la corte como oidores, corregidores, alcaldes y escribanos públicos. Menos del 4% de los funcionarios poseían libros registrados, donde el tamaño de la colección podía oscilar entre uno y 920 libros⁶¹.

He aquí una transcripción del inventario de un escribano público llamado García Fernández Cabrera, quien era “casado con descendiente de conquistador, vecino y escribano público y de cabildo de la villa de San Ildefonso”. En 1622, él declaró tener en su posesión los siguientes libros:

- la nueva rrecopilacion primera y segunda y terçera parte que costo treynta y dos pesos
- otro libro yntitulado curia filipica que le costo ocho pesos
- otro libro yntitulado notas de diego de rribera que le costo quatro pesos
- otro libro yntitulado platica de monterrosso que le costo çinco pesos
- otro yntitulado torneo que le costo dos pesos y quatro tomines
- otro yntitulado penas de dilictos que le costo un peso y quatro tomines
- otro yntitulado pulitica de yrolo que le costo tres pesos y quatro tomines
- otros dos libros primera y segunda parte de garibay que le costaron nueve pesos
- otro llamado biaje de jerusalen que le costo un peso
- otra segunda parte de el picaro que le costo dos pesos y quatro tomines
- otro cuerpo de libro de la segunda parte de la nueva recopilacion que le costo dose pesos
- otro libro yntitulado farfaro que le costo tres pesos
- unas [h]oras rromanas que le costaron quatro pesos
- dos flosantorus [Flos Sanctorum] de billegas que costaron dies y nueve pesos⁶²

El escribano era dueño de una colección pequeña pero respetable de libros

⁶¹ Estos legajos (AGI, Audiencia de México, 259-263) fueron examinados también por CÉSAR MANRIQUE FIGUEROA: “Bibliotecas de funcionarios reales novohispanos de la primera mitad del siglo XVII”, *Boletín del Instituto de Investigaciones Bibliográficas*, México, UNAM, v. 19, 2014, pp. 57-93.

⁶² AGI, México 259, n^o 84, fs. 234r-239v, aquí: f. 235r-v.

que tenían en su mayoría un valor profesional, tales como obras clásicas del derecho y manuales para notarios. Sin embargo, se puede notar una falta ortográfica en el cuarto ítem: donde se lee “Platica” debería ir “Practica” de Monterroso.

Así mismo, los mencionados inventarios incluyen información interesante sobre los precios de los libros en Nueva España en comparación con el viejo mundo: los precios para libros vendidos en México eran mucho menores que en España y, sin embargo, los precios para los libros nuevos que se compraban a los vendedores de libros en México eran tres veces más altos que en España. Esto es al menos lo que determina el funcionario de alto rango Dr. Galdós de Valencia (“vecino de la ciudad de México, oidor de la Real Audiencia de México”), quien había desembarcado en Nueva España con 30 cajas de libros y quien allí poseía definitivamente la mayor colección de libros entre sus pares, comprendiendo 920 libros. En Julio 18 de 1622, él declaró:

Yten ttengo la libreria que adelante yra declarada que fueron mas de ttreinta caxones de libros y q[ue] en esta ciudad [h]a comprado muy pocos despues q. Vino [...] // Todos estos libros truge qu[and]o pase a estas partes escepto muy pocos que he comprado en esta ciudad de Mejico que no se pone[n] los precios porq[ue] si se quisiesen vender no se allaria lo que costaro[n] en españa y si se ubiesen de comprar de libreros costarían tres vezes mas⁶³.

3.3. *Bibliotecas en conventos y monasterios*

Para ocuparnos ahora de los libros pragmáticos que estaban en posesión de instituciones y actores religiosos, resultan ser de especial interés las colecciones de libros de conventos y monasterios. Varios catálogos de estas bibliotecas se encuentran editados⁶⁴, pero aún se está acopiando más material de archivo. (Ilustración 9)

⁶³ AGI, México 261, n^o 84, fs. 213r-226v, aquí: fs. 213v, 220v. – Los precios de libros en América son discutidos por GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Los mundos del libro*, cit., p. 192-197; cf. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., pp. 203-207.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, MICHAEL W. MATHES, *The America's first Academic Library: Santa Cruz de Tlatelolco*, Sacramento, California State Library Foundation, 1985; IGNACIO OSORIO ROMERO, *Historia de las bibliotecas novohispanas*, México, Secretaría de Educación Pública, 1986, pp. 61-118; ANTONIO RODRÍGUEZ-BUCKINGHAM, “Monastic Libraries and Early Printing in Sixteenth-Century Spanish America”, *Libraries and Culture*, Austin, University of Texas Press, v. 24, n^o 1, 1989, pp. 33-56; ESTEBAN F. LLAMOSAS, “Las obras jurídicas en la biblioteca del Colegio Jesuita de Arequipa”, *Rudimentos legales*,

La presencia de frailes dominicos se remonta a 1510 en las islas del Caribe y a 1526 en el continente americano. En 1524 llegaron los primeros franciscanos a México; ellos fueron seguidos de mercedarios y agustinos quienes arribaron hacia la década de 1530. Posteriormente, en 1585, entraron en escena los carmelitas. Todas estas órdenes, en mayor o menor medida, establecieron bibliotecas en sus instituciones americanas. Con regularidad se solicitaban libros para conventos y lugares de misión, por parte de ‘comisarios’, ‘provinciales’ y ‘procuradores generales’ de una particular orden mendicante⁶⁵. Especialmente los jesuitas, quienes arribaron al Nuevo Mundo en 1572, tenían gran demanda de libros, sobre todo para sus centros educativos. Ellos tenían en Sevilla un representante (llamado *Procurador General de Indias*), quien se encargaba de organizar la adquisición y transporte de libros a los colegios jesuitas en América. Usualmente los libros para las iglesias en Hispanoamérica eran comprados o pedidos por los capítulos eclesiásticos de la diócesis respectiva.

Clérigos particulares, ya se trate de frailes o de sacerdotes, requerían evidentemente de libros: sea para sus prédicas, para la devoción o para sus múltiples tareas tales como la celebración de la misa, los sermones o confesiones auriculares. Antes de partir a las Indias, ellos podían abastecerse en Sevilla de libros y artefactos religiosos que los distribuidores de libros y artesanos locales ofrecían. Textiles, prendas de vestir, artefactos y obras de arte eran adquiridos y llevados al Nuevo Mundo, como lo eran también sus libros personales. Algunas órdenes, tales como los dominicos a partir de 1508, les permitían expresamente a los frailes llevar sus propios libros –una práctica muy común entre los clérigos seculares.

Jaén, v. 3, 2002, pp. 95-159; JOSÉ DEL REY FAJARDO, “El papel de las bibliotecas jesuíticas en la fundación de la cultura moderna”, en: PAOLO BIANCHINI, PERLA CHINCHILLA PAWLING, ANTONELLA ROMANO (eds.), *De los colegios a las universidades. Los Jesuitas en el ámbito de la educación superior*, México, Universidad Iberoamericana, 2013, pp. 125-152. Algunas investigaciones relevantes para este tema han sido mencionadas ya en nuestro recuento historiográfico (ver: 2.2.). Pueden encontrarse ulteriores referencias en: RUEDA RAMÍREZ, “El comercio de libros en Latinoamérica colonial”, cit., pp. 208-210; FEDERICO PALOMO, “Cultura religiosa, comunicación y escritura en el mundo ibérico de la Edad Moderna”, en: ELISEO SERRANO MARTÍN (coord.), *De la tierra al cielo. Líneas recientes de la investigación en Historia Moderna*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 53-88, aquí: pp. 63-64.

⁶⁵ Este y el siguiente párrafo siguen de cerca las investigaciones de RUEDA RAMÍREZ, *Negocio e intercambio cultural*, cit., pp. 170-190. Ver también: PEDRO JOSÉ RUEDA RAMÍREZ, “El abastecimiento de libros de la biblioteca conventual de San Agustín de Puebla de los Ángeles a través de la Carrera de Indias (1609-1613)”, *Estudios de Historia Novohispana*, México, IIH/UNAM, v. 44, 2011, pp. 17-43.

3.4. Curas doctrineros y sus libros (Arzobispado de Lima, siglo XVII)

En lo que concierne a la posesión de libros por parte de curas y sacerdotes, el derecho canónico post-tridentino había creado algunas de las normas pertinentes. En el Tercer Concilio Provincial de Lima (1582-1583) y México (1585), así como en numerosos sínodos en territorio suramericano, se estipuló que los clérigos debían estar en posesión de ciertos tipos de textos pragmáticos. Con base en la investigación de las inspecciones eclesiásticas (visitas), podía verificarse la presencia efectiva de libros en las parroquias y en casas de curas. Aparte de los decretos del derecho canónico, los curas debían poseer textos pastorales (e.g., sobre la administración de sacramentos), obras de catequesis y algunos tratados de teología moral. Las investigaciones recientes de Pedro Guibovich sobre el arzobispado de Lima en el siglo XVII han podido identificar, para esta última categoría, una diversidad de obras que se encontraban presentes incluso en regiones de frontera: compendios de teología moral, *summae* penitenciales y manuales, escritos por autores como Azpilcueta⁶⁶. Los libros en formatos más pequeños –octavo, duodécimo y más pequeños– podían ser tanto más convenientes para el uso cotidiano. Sin embargo, muchos de los llamados “manualitos” (término que está presente en los títulos de algunos de estos libros pequeños⁶⁷) estaban destinados a perderse en el curso del tiempo, por su fragilidad⁶⁸.

⁶⁶ PEDRO M. GUIBOVICH PÉREZ, “Los libros de los doctrineros en el virreinato del Perú, siglos XVI-XVII”, en: WULF OESTERREICHER, ROLAND SCHMIDT-RIESE (eds.), *Esplendores y miserias de la evangelización de América. Antecedentes europeos y alteridad indígena*, Berlin, De Gruyter, 2010, pp. 97-132. La investigación histórica en Iberoamérica podría beneficiarse de investigaciones que procuren integrar aquellas sobre la península ibérica. Sobre las “misiones al interior” de portugueses y españoles –tanto franciscanos como jesuitas–, ver: FEDERICO PALOMO, “Misioneros, libros y cultura escrita en Portugal y España durante el siglo XVII”, en: CHARLOTTE DE CASTELNAU-L'ESTOILE et al. (eds.), *Misiones de evangelización y circulación de saberes*. Madrid, Casa de Velázquez, 2011, pp. 131-150; PALOMO, “Cultura religiosa”, cit.

⁶⁷ Para el siglo XVIII, un ejemplo en 24° (consultado en la John Carter Brown Library) es aquel titulado: *Manualito de las mas usuales bendiciones, que se acostumbbran, con experimentado provecho de sanos, y enfermos [...]*, Reimpresso en Mexico, Felipe de Zuñiga y Ontiveros, 1772.

⁶⁸ Un caso que va al punto involucra a las llamadas “cartillas”, esto es, folletos de pequeño formato que se usaban como ayuda pedagógica para aprender a leer y/o como herramienta de catequesis para la explicación de los artículos de fe. Aun cuando ellos se imprimían en miles de copias, las cuales circulaban extensamente, sólo existen pocos ejemplares de éstos hoy en día. Cf. VÍCTOR INFANTES, “De la cartilla al libro”, *Bulletin Hispanique*, Bordeaux, Université Michel de Montaigne, v. 97, n° 1, 1995, pp. 33-66.

Guibovich estudió el caso del licenciado Agustín Ortiz Cerrano, cura doctrinero de Pachacamac, quien declaró en 1631 ante el inspector que estaba en posesión de los siguientes libros:

El concilio de Trento y los concilios limenses de sesenta y siete y ochenta y tres, y las sinodales del año trece, y el catecismo romano y la suma de Córdova, de Navarro y el Directorium Curatorum, y el Catecismo y cartilla y sermonario en la lengua quichua y aymara, y un arte y vocabulario en la lengua y exhibió cantidad de sermones assí en la lengua como en romance⁶⁹.

Descendiendo así hasta el nivel local, los libros proveían recursos de normatividad pragmática⁷⁰. Ahora bien, más allá de este medio moderno, pero relativamente costoso, existían otros recursos que eran más difíciles de asir y, sin embargo, muy difundidos y que fueron de gran importancia en Iberoamérica: los manuscritos. Copias manuscritas u originales de libros a los que se les llamaba “cartapacios de mano” eran muy frecuentes en las Indias⁷¹, tanto como lo eran en España y en Portugal⁷². Con frecuencia, éstos incluían transcripciones didácticas de obras y textos para el uso profesional (pequeños tratados, repor-

⁶⁹ GUIBOVICH PERÉZ, *Los libros*, cit., p. 108. El documento citado es: Archivo Arzobispal de Lima, Visitas, leg. 7, exp. 15.

⁷⁰ Ulteriores respuestas acerca de las zonas de misión mexicanas serán provistas por David Rex Galindo, cuyo sub-proyecto del CRC se ocupa de éstas: “Misioneros franciscanos y normatividades eclesíásticas en las fronteras norteñas de Nueva España, ca. 1580-1630”.

⁷¹ Cf. JAIME GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, “La difusión manuscrita de ideas en Nueva España (Siglo XVI)”, *Revista Complutense de Historia de América*, Madrid, Universidad Complutense, v. 18, 1992, pp. 89-116; TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos Horizontes*, cit., pp. 73-75.

⁷² Con respecto a la edad media y el renacimiento, ver: MICHAEL JOHNSTON, MICHAEL VAN DUSSEN (eds.), *The medieval manuscript book: cultural approaches*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; BRIAN RICHARDSON, *Manuscript Culture in Renaissance Italy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; UWE NEDDERMEYER, *Von der Handschrift zum gedruckten Buch. Schriftlichkeit und Leseinteresse im Mittelalter und in der frühen Neuzeit. Quantitative und qualitative Aspekte*, 2 vols., Wiesbaden, Harrassowitz, 1998. Acerca de la cultura y circulación manuscrita en el mundo ibérico durante la modernidad temprana, cf. FERNANDO J. BOUZA ALVAREZ, *Corre manuscrito. Una historia cultural del Siglo de Oro*, Madrid, Marcial Pons, 2002; ANTONIO CASTILLO GÓMEZ, *Entre la pluma y la pared. Una historia social de la escritura en los siglos de oro*, Madrid, Akal, 2006; PALOMO, “Misioneros, libros y cultura escrita”, cit., pp. 142-143; FEDERICO PALOMO, “Written empires: Franciscans, texts, and the making of Early Modern Iberian Empires [Editorial]”, *Culture & History Digital Journal*, v. 5, nº 2, Dec. 2016 (online, <http://cultureandhistory.revistas.csic.es>).

tes, sínodos, sermones, etc.). Más aún, obras y textos prohibidos que aún no habían sido aprobados, podían circular en forma de manuscrito. Haciendo seguimiento de la cultura erudita de México en el siglo XVII, Magdalena Chocano ha sugerido que fue la trasmisión oral y la presencia de manuscritos la que terminó siendo más decisiva para la circulación de ideas que la cultura escrita⁷³.

3.5. *El uso de los libros: una pregunta abierta*

Para terminar, quisiera mencionar brevemente un último aspecto de la circulación de libros, el cual es aún –en gran medida– una pregunta abierta: el uso de libros pragmáticos y el “foco en el lector como el ejecutor principal de todo proceso de recepción o de apropiación creativa de un texto en contextos diversos”⁷⁴.

El problema de la lectura es una de las tareas más difíciles de confrontar. Ahora bien, éste hace parte de nuestra agenda, particularmente, en cuanto que concierne al uso de libros pragmáticos que pertenecían a clérigos diocesanos o frailes. Una manera de responder a esta cuestión nos remite al estudio del aspecto personal de la lectura⁷⁵: trazas dejadas por los

⁷³ CHOCANO MENA, *op. cit.*, p. 90; ver: CALVO, *op. cit.*, p. 279.

⁷⁴ LAURA BECK, “The Diffusion of Law Books in Early Modern Europe. A Methodological Approach”, en: MASSIMO MECCARELLI, MARÍA JULIA SOLLA SASTRE (eds.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt a. M., Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 195–239, aquí: p. 201. – Sobre el tema de la lectura, ver la rica literatura con respecto a la península Ibérica, por ejemplo: TREVOR J. DADSON, *Libros, lectores y lecturas. Estudios sobre bibliotecas particulares españolas del Siglo de Oro*, Madrid, Arco Libros, 1998; ANTONIO CASTILLO GÓMEZ (ed.), *Libro y lectura en la península ibérica y América (siglos XIII a XVIII)*, Salamanca, Junta de Castilla y León, 2003; JOSÉ MANUEL PRIETO BERNABÉ, *Lecturas y lectores. La cultura del impreso en el Madrid del Siglo de Oro (1550-1650)*, Mérida, Junta de Extremadura, 2004; SARAH T. NALLE, “Printing and reading popular religious texts in sixteenth-century Spain”, en: TOM LEWIS, FRANCISCO J. SÁNCHEZ (eds.), *Culture and State in Spain, 1550-1850*, New York & London, Garland Publishing, 1999, pp. 123-156; PALOMO, “Cultura religiosa”, cit., pp. 85-87; ver, asimismo, las reflexiones de RUEDA RAMÍREZ, “El comercio de libros en Latinoamérica colonial”, cit., pp. 203-205.

⁷⁵ El aspecto personal de la lectura es enfatizado por TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos Horizontes*, cit., pp. 78-79; RÍPODAS ARDANAZ, “Libros, bibliotecas y lecturas”, cit.; DIEGO NAVARRO BONILLA, “Las huellas de la lectura: marcas y anotaciones manuscritas en impresos de los siglos XVI a XVIII”, en: CASTILLO GÓMEZ (ed.), *Libro y lectura en la península ibérica y América*, cit., pp. 243-287; y ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “Form and content in early modern legal books. Bridging the gap between material bibliography

usuarios en libros concretos al hallar en ellos notas manuscritas o glosas (como en algunas obras conservadas en la Biblioteca Linga, Hamburg, o en la John Carter Brown Library, Providence, ambas recientemente consultadas por el autor). (Ilustración 10)

Otro aspecto relevante para ser confrontado es el estudio del uso que se hacía de este tipo de fuentes en la práctica, p. ej., durante la administración de los sacramentos (como la confesión) o en contextos misionales donde la participación oral de los feligreses iletrados como escuchas resulta ser esencial⁷⁶. Esto puede arrojar luz sobre la relación entre el conocimiento pragmático literal y el oral.

Para terminar, quisiéramos evocar un ejemplo acerca de cómo algunos clérigos españoles comenzaban a sospechar de los pobladores indígenas cuando éstos aprendían a leer y escribir en español, los llamados *ladinos*. Bartolomé Álvarez, párroco de la *Audiencia* de Charcas (Alto Perú), se quejó en su memorial al Rey (1588) acerca de la falta de religión católica y las pretensiones por parte de éstos:

Entre las virtudes que los ladinos estudian es, una, cómo sabrán poner un pleito y hacer una petición para mover una acusación: para el cual fin, un indio ladino de un pueblo llamado Andamarca, en la provincia de Los Carangas, compró un Monterroso, y en otro pueblo llamado Corquemarca otro ladino compró *Las Partidas* del rey don Alonso, que le costaron 40 pesos. Para conocer su indignado [sic] intento // no es menester mirar más que al indio – que quiere ser letrado para poner pleitos, sin haber estudiado – qué pretende. Y que, si lo examinasen, no sabría la ley de Dios; y si sabe la doctrina, no la sabe entender ni declarar⁷⁷.

Este ejemplo muestra que las compilaciones clásicas del derecho castellano, tales como las *Siete Partidas*, pero también un manual pragmático típico como el de Gabriel Monterroso Alvarado, *Práctica civil y criminal & instrucción de escribanos*, circulaban también entre los indígenas de tierras

and the history of legal thought”, *Rechtsgeschichte – Legal History*, Frankfurt a. M., Max Planck Institute for European Legal History, v. 12, 2008, pp. 12-50.

⁷⁶ Los sub-proyectos de David Rex Galindo y and Gustavo Cabral abordan algunas de estas cuestiones.

⁷⁷ BARTOLOMÉ ALVAREZ, *De las costumbres y conversión de los indios del Perú. Memorial a Felipe II (1588)*, Madrid, Polifemo, 1998, pp. 268-269; cf. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New World Literacy*, cit., p. 45.

altas en los Andes, y eran consultados por ellos con el fin de preparar litigios legales contra funcionarios españoles⁷⁸.

Así, no sólo españoles sino también indígenas echaban mano de este recurso de normatividad, que resultaba ser accesible debido a la circulación de libros en el Nuevo Mundo. Cómo fuera usado este ambivalente recurso, ello dependía de los actores coloniales.

4. Observaciones finales

Se pueden desprender algunos resultados preliminares de este breve paneo por las características centrales de la circulación de libros en la América hispánica, y de los estudios de caso de libros pragmáticos en contextos coloniales.

En primer lugar, el régimen de saber, que estaba dirigido al control estricto de la circulación de libros a través del Atlántico y en Hispanoamérica, se basaba en el trabajo llevado a cabo por la Casa de la Contratación y por la Inquisición. A pesar de las rígidas políticas de vigilancia, este régimen terminó siendo “permeable” en algunos aspectos. Los libros se consideraban un recurso ambivalente, que ofrece saberes útiles, pero también ‘peligrosos’.

La rica historiografía sobre la circulación de libros en Hispanoamérica ofrece estudios de caso desde una variedad de disciplinas. Estos trabajos se basan en parte en catálogos de la temprana edad moderna, en listados de libros adquiridos, en fuentes que derivan de los controles del importe y de la censura, así como en investigaciones sobre estudios del libro y de la historia cultural, los cuales arrojan perspectivas sobre los propietarios de libros y la producción de éstos por parte de las imprentas en México y Lima.

Luego de un análisis inicial de esta vasta bibliografía y algunas estancias de investigación en archivo, encontramos que entre las fuentes normativas circulando en la América hispánica había una cantidad considerable de lite-

⁷⁸ Cf. JOSÉ CARLOS DE LA PUENTE BRUNKE, RENZO HONORES, “Guardianes de la real justicia: alcaldes de indios, costumbre y justicia local en Huarochirí colonial”, *Histórica*, Lima, PUCP, v. 40, n° 2, 2016, pp. 11-47. Este artículo innovador analiza la circulación y apropiación del saber jurídico por parte de los *alcaldes* indígenas, quienes hacen uso de las prácticas judiciales de Castilla –y de la literatura pragmática– en los Andes coloniales. Otro diciente estudio, que se ocupa de casos del siglo XVIII en el norte de la Nueva España, es el de CHARLES R. CUTTER, “El imperio ‘no letrado’: En torno al derecho vulgar de la época colonial”, en: JUAN MANUEL PALACIO, MANUELA CANDIOTI (eds.), *Justicia, política y derechos en América latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, pp. 169-180.

ratura ‘pragmática’ secular y eclesiástica, desde pequeños compendios, hasta sumarios de grandes obras de teología moral y, en parte, también de tratados jurídicos. Los libros no sólo llegaban a las ciudades y conventos, sino que alcanzaban áreas rurales y zonas de misión.

La circulación de esta literatura pragmática (religiosa) en regiones remotas de Hispanoamérica ofrecía recursos funcionales para el establecimiento de un nuevo régimen de normatividad. Resta por estudiar más de cerca la manera cómo estos recursos fueron utilizados con el fin de implementar conceptos normativos y códigos de conducta de origen europeo en lugares donde las fuentes legales “oficiales” emitidas por las autoridades reales no estaban presentes y disponibles.

Libros con un contenido normativo, fuera éste pragmático o no, han de ser considerados no sólo como recursos materiales. Los libros y otras formas mediáticas (manuscritos) remiten a recursos inmateriales –normatividad secular y espiritual, moralidad, saberes– que se reflejan o toman cuerpo en ellos. Este potencial ambivalente se pone en evidencia, cuando se estudia su uso por parte de actores coloniales.

La investigación sobre circulación de libros en Iberoamérica ciertamente se beneficiará del intercambio intelectual con especialistas cuyo trabajo se enfoque en temas similares en la península Ibérica, o en otras regiones de Europa. Al mismo tiempo, en este campo de investigación, la historia del derecho y la historia cultural deben trabajar conjuntamente. Por último, la discusión a partir de diferentes tradiciones en la historia del derecho –por ejemplo, la alemana y la iberoamericana– puede contribuir a una mejor comprensión de los géneros de la literatura normativa.

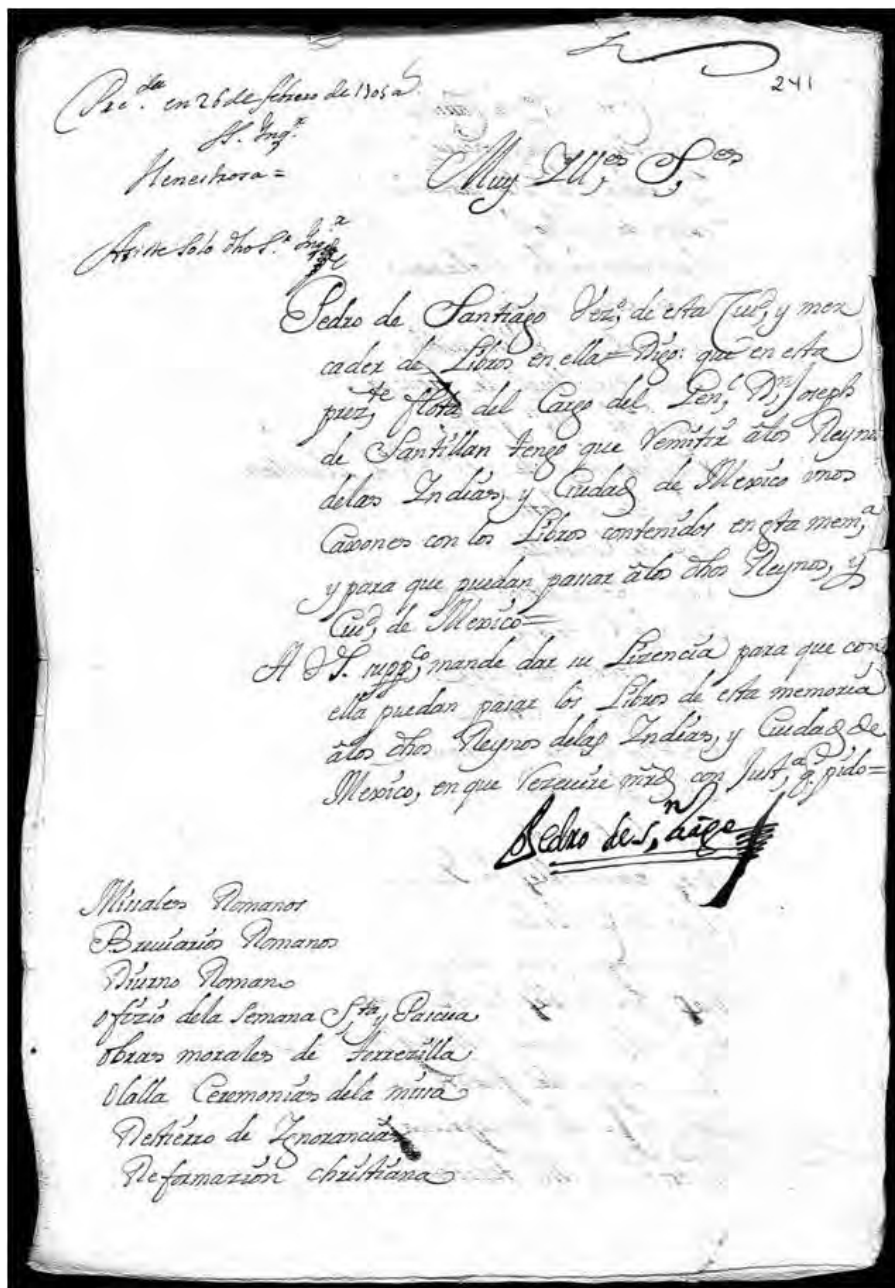


Ilustración 1. Petición y licencia de la Inquisición para el envío de libros a Ciudad de México. Sevilla, 26/27-II-1705, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Archivo General de Indias, Contratación 674, no. 2, fs. 241r-242r, aquí: f. 241r

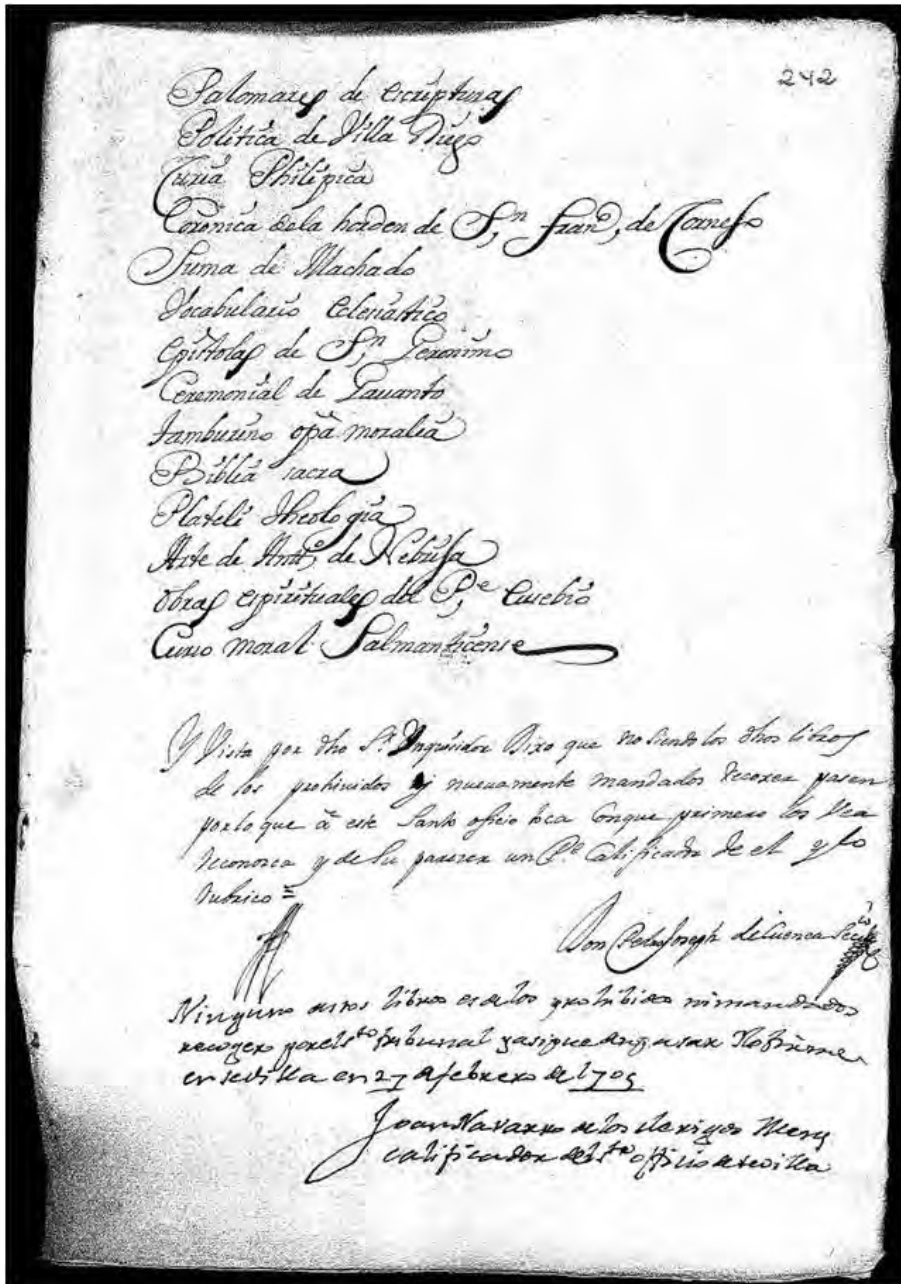


Ilustración 2. Petición y licencia de la Inquisición para el envío de libros a Ciudad de México. Sevilla, 26/27-II-1705, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Archivo General de Indias, Contratación 674, no. "fs. 241r-242r, aquí: f. 242r"

Godi' yndui' thma 27
 Solozano en Blemata et Tangado
 Biblia Sacra
 Padilla de a Dacuc 27
 Supulatio Inypritudinis
 Libros de q[ua]rto theologicos.
 Via sentiarum
 Concordantia Biblicorum
 Linze Casus philosophica
 Furbt Chateuimo
 Keul yndominica 37
 Santo thma Pllanua Ancones.
 Gouanto In Dubuca Miralis 37
 Renati decartes biniis
 Renati de Cartes plus pro
 Renati de Cartes Teometria
 legran Initacione decartes.
 Regolle de Serbitutibus.
 Peata Pumo deitia
 Inente Ancones. 37
 Ben Sumca Casus. philosophicus.
 Index de fol
 Dogas et Straynatas 27
 Dogas Reoluciones franceses 27
 Falcedo deley Politica 27
 Gali Antis Astania
 Antonio fabi opera Omnia Indica 27
 Parixa de Instrumentum Duxi
 Araca et Thorcatana

Ilustración 3. Registro de embarque con listado de libros para ser enviados a Nueva España, expedido por Fernando Romero y Torres, vecino de Sevilla, en el que se indica la categoría y el tamaño de los libros (“Libros de q[ua]rto theologicos”, “Juridicos de fol[i]o”), Sevilla, 23-VI-1689, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Archivo General de Indias, Contratación 674, no. 1, fs. 64r-72r, aquí: f. 65v.

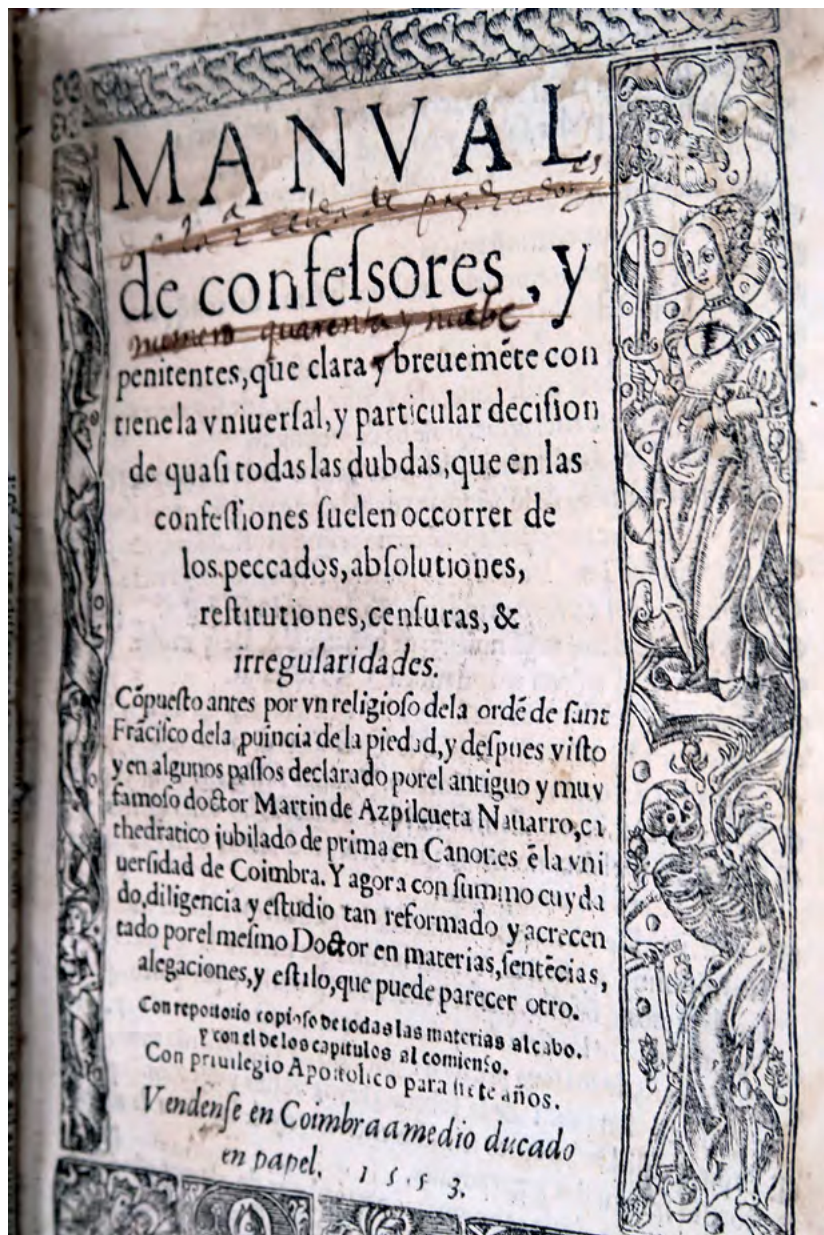


Ilustración 5. Martín de Azpilcueta, *Manual de confesores y penitentes*, Coimbra, Ioannes Barrerius & Ioannes Alvarez, 1553 (Biblioteca de la Universidad de Sevilla. Fotografía del autor).



Ilustración 6. Alonso de Molina, *Confessionario mayor en lengua Mexicana y Castellana*, México, Antonio de Espinosa, 1565, f. 3r (Linga-Bibliothek, Hamburg. Fotografía del autor).

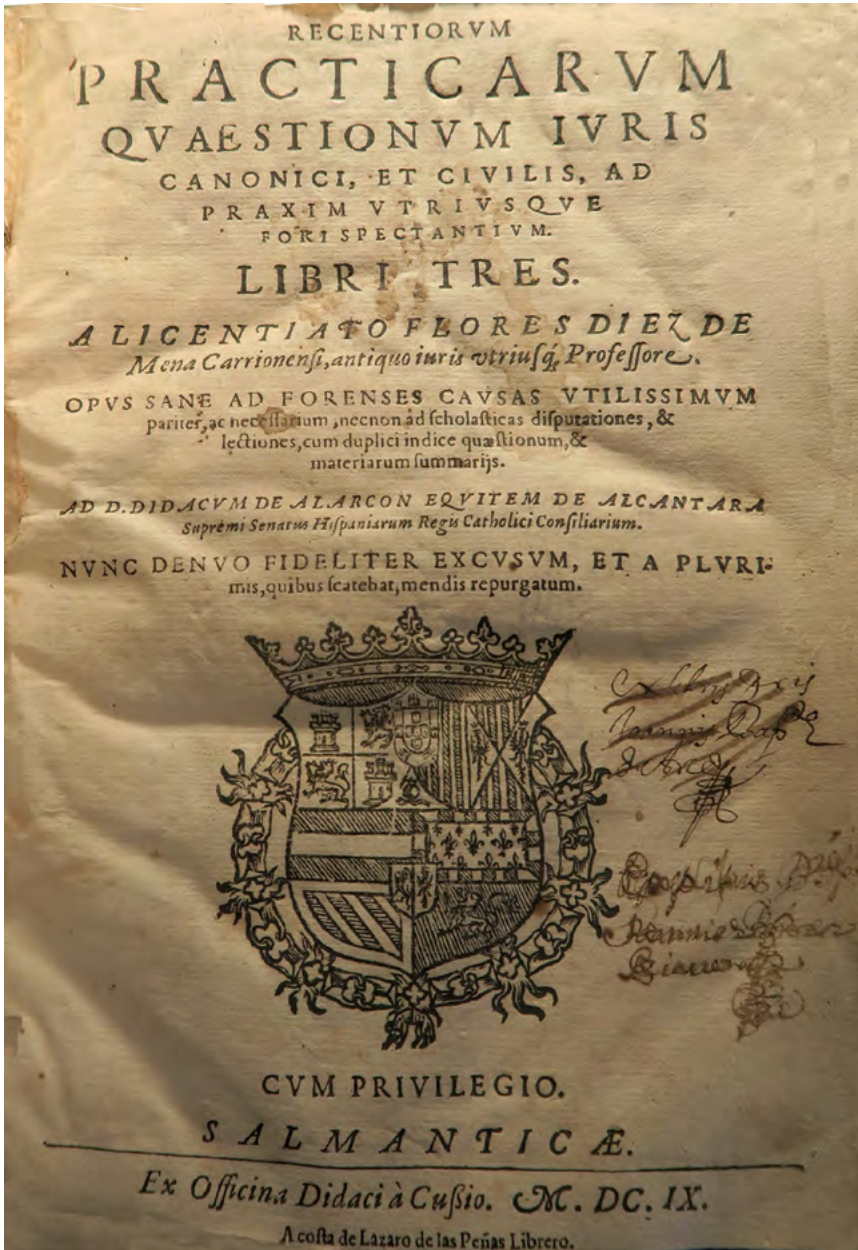


Ilustración 7. Blasius Flórez Díez de Mena, *Recentiorum practicarum quaestionum iuris canonici, et civilis, ad praxim utrisque fori spectantium libri tres*, Salamanca, Diego de Cossío, 1609 (Courtesy of the John Carter Brown Library at Brown University. Fotografía del autor).

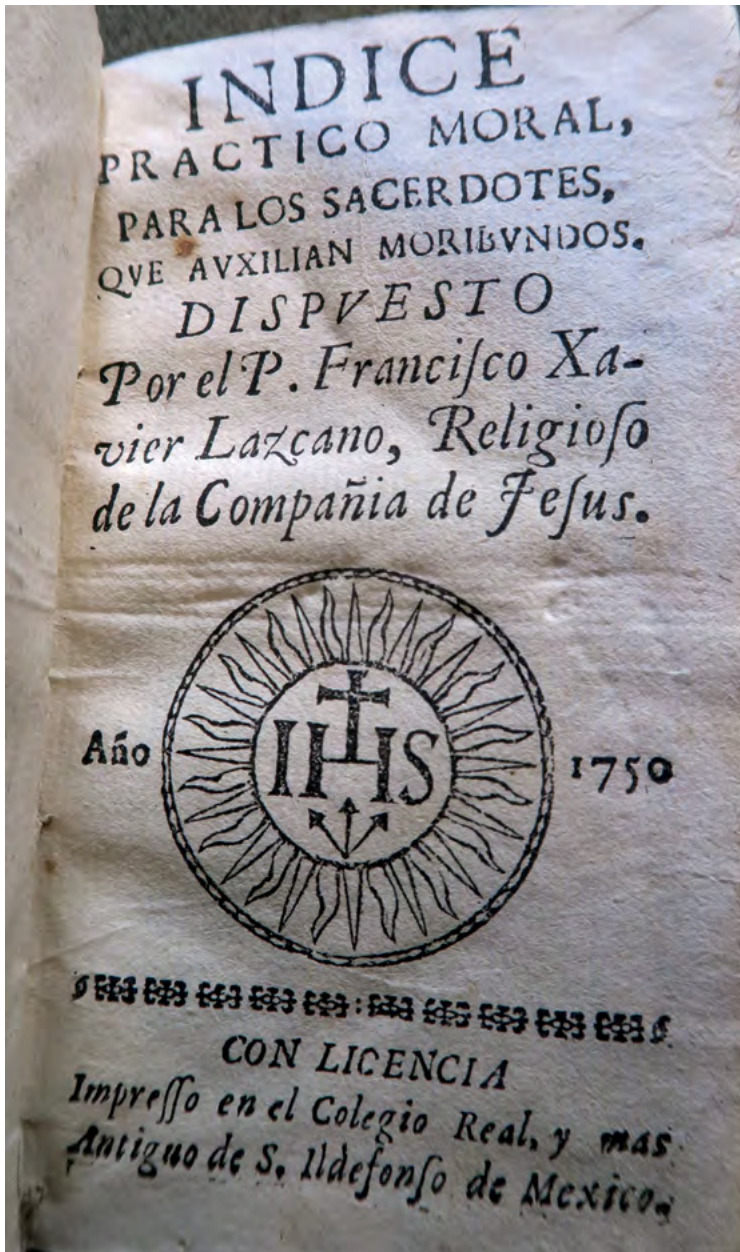


Ilustración 8. Francisco Xavier Lazcano, *Indice práctico moral para los sacerdotes que auxilian moribundos*, México, Colegio Real, 1750 (Courtesy of the John Carter Brown Library at Brown University. Fotografía del autor).



Ilustración 9. Biblioteca del Convento La Recoleta, Arequipa (Fotografía del autor).



Ilustración 10. Martín de León, *Manual Breve, y Forma de administrar los Santos Sacramentos à los Yndios*, México, Rodríguez Lupercio, 1669, con notas manuscritas (Lingua-Bibliothek, Hamburg. Fotografía del autor).

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

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

ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ
Universidad de Chile (Chile)
raffaste1@gmail.com

Resumen: El autor analiza el contenido jurídico de la biblioteca quedada al fallecimiento del licenciado Tomás Durán en 1759, que contaba principalmente con obras del siglo XVII, en que se observa la presencia del tardío *ius commune* y de la corriente humanista. Son igualmente importantes las colecciones de sentencias, que servían para los alegatos e informes jurídicos, así como tratados sobre materias específicas.

Palabras clave: cultura jurídica, barroco, abogado, *ius commune*, humanismo jurídico, jurisprudencia de los tribunales.

Abstract: The author analyzes the legal content of the library left at the *licenciado* upon Tomás Durán's death in 1759, which contained mainly works from the 17th century, but also works of the late *ius commune* and humanist thought. Equally important are the sentence collections, which served for allegations and legal reports, and the treatises on specific matters.

Keywords: Legal culture, Baroque, Lawyer, *Ius Commune*, Legal Humanism, Courts jurisprudence.

Sumario: 1. Introducción. Datos biográficos de Tomás Durán y Rabaneda. 2. La biblioteca de Tomás Durán y Rabaneda.

1. Introducción. Datos biográficos de Tomás Durán y Rabaneda

Se inscribe este trabajo en la línea de investigación que he estado siguiendo acerca de las ideas jurídicas en la América Española. En esta oportunidad estudio las que, a través de su biblioteca, evidencia el abogado Tomás Durán.

Nació este a comienzos del siglo XVIII en Valdivia (Chile) dentro de una familia de navieros y comerciantes de alto vuelo. El primer antecesor suyo conocido lo es por línea femenina: el hidalgo salmantino Blas Durán de Salcedo.

De su descendencia interesa Diego Durán de Utrera, bautizado en 1666 en Lima. Radicado en Chile, recibió patente de capitán de Caballería en 1704. Fundó casa en Valdivia, donde fue oficial real de las Cajas de esa ciudad desde 1705. Contrajo matrimonio ahí con la chilena Antonia Rabaneda y Barrientos. El capitán Durán de Utrera, además de sus méritos militares y civiles, fue un hombre de crecido caudal. Contaba con dos navíos que unían Valdivia y Chiloé con Valparaíso y el Perú. En todos esos lugares había personas emparentadas que facilitaban la gestión mercantil con su presencia social¹.

Hizo Tomás sus estudios de base en el Convictorio de Nobles de San Francisco Javier, de Santiago de Chile entre 1710 y 1721², pasando luego a Lima, donde obtuvo bachillerato en Derecho en la Universidad de San Marcos; no alcanzó entonces mayor titulación debido a que tuvo que regresar a Santiago por enfermedad de su padre. Fue recibido como abogado por la Real Audiencia de Lima y posteriormente por la de Santiago en 1729³, año en que falleció su progenitor. En los primeros años de la Universidad de San Felipe, a 19 de febrero de 1748, fue constituido licenciado y doctor en Cánones y Leyes⁴.

Fue Durán el consejero legal de su familia en los dos aspectos en que se movía esta: el administrativo y el mercantil con su secuela de asuntos de

¹ En mi “Parientes del padre Lacunza por línea femenina”, *Revista de Estudios Históricos* XXIV, 17, Santiago, 1972, se hallan datos relativos a la familia Durán y Rabaneda. Pueden consultarse, además: Archivo Nacional, Fondo J. I. V. Eyzaguirre vol. 64, fs. 70; GABRIEL GUARDA GEYWITZ, *La sociedad en Chile austral antes de la colonización alemana, 1645-1845*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1979, p. 188; JUAN LUIS ESPEJO, *Nobiliario de la Capitanía General de Chile*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1967, p. 316 y WALTER HANISCH ESPÍNDOLA, “El padre Manuel Lacunza (1731-1801): su hogar, su vida y la censura española”, *Historia* 8, Santiago, 1969, pp. 157-234. Tomás Durán casó dos veces: en primeras nupcias con Rosa del Burgo y en segundas, con María Josefa Valenzuela con descendencia en ambas.

² 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. Estudios Histórico- Jurídicos* II, Santiago, Ediciones Bicentenario Academia Chilena de la Historia, 2010, p. 671.

³ En septiembre de ese año: Archivo Real Audiencia vol.1951, p. 6a. y JAVIER GONZÁLEZ ECHENIQUE, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1954, 369 pp.

⁴ JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Historia de la Real Universidad de San Felipe de Santiago de Chile*, I, Santiago, Soc. Imp. y Lit. Universo, 1928, p. 522.

gobierno y judiciales. Respecto de lo primero, en lo que él mismo también se involucró, sirvió como protector de naturales y asesor del gobernador José Antonio Manso de Velasco, quien dirigió los destinos de Chile entre 1737 y 1744, año en que pasó a ocupar la plaza de virrey del Perú.

El prestigio de Durán como abogado movió a Velasco a nombrarlo su asesor en la gobernación. Una mala experiencia había tenido el nuevo capitán general y presidente con el primero que había designado. Se trataba del canónigo Pedro Felipe de Azúa, a quien encargó la substanciación del juicio de residencia a su antecesor: Manuel de Salamanca. Azúa dilató en exceso el proceso e influido por las amplias relaciones sociales del enjuiciado, concluyó con una modesta condena de 7.000 pesos, que ni siquiera llegó a cumplirse⁵.

Siendo su gobierno uno de los más pujantes del siglo XVIII, al que se debe, entre otros logros, la creación de nueve villas y ciudades, la iniciativa de la construcción de los Tajamares del Mapocho, el mejoramiento de la situación mercantil del reino y la realización del Parlamento de Tapihue con los indios araucanos en 1738, la asesoría jurídica era muy relevante⁶. Desde el inicio de la dinastía borbónica se había buscado imponer un orden racional en la vida social de los regnícolas. Tardó un poco la efectiva implantación de tal política. Por real cédula de 11 de marzo de 1713 se estableció una Junta de Poblaciones, cuya inactividad rompió el gobernador interino José de Santiago Concha al fundar en 1717 San Martín de la Concha (Quillota). Tras el desinterés en ello de José Cano y Aponte, que gobernó entre 1717 y 1733, sigue una sostenida tarea poblacional con miras religiosas, pedagógicas, militares y civiles. José Antonio Manso de Velasco fundó San Felipe el Real en 1740; Santa María de Los Ángeles en 1742; Nuestra Señora de las Mercedes Manso del Tutubén (Cauquenes) en 1742; San Fernando de Tinguiririca y San Agustín de Talca en el mismo año; San José de Logroño (Melipilla) en 1743; Santa Cruz de Triana (Rancagua) en igual año; San José de Bellavista de Curicó también en 1743 y San Francisco de la Selva (Copiapó) en el año siguiente.

⁵ Apelada al Consejo de Indias, quedó sin efecto esta condena gracias a las influencias de Salamanca: DIEGO BARROS ARANA, *Historia Jeneral de Chile*, VI, Santiago, R. Jover, 1886, pp. 97-100 y CARLOS OVIEDO CAVADA, "Pedro Felipe de Azúa e Iturgoyen 1693-1735-1754" en *Episcopologio cit.*, IV, pp. 256-257. No obstante, el desagrado de Manso, Azúa llegó a ser obispo propietario de Concepción y posteriormente arzobispo de Santafé de Bogotá.

⁶ Sobre los nuevos establecimientos poblacionales en el siglo XVIII y sus vicisitudes, *cfr.* SANTIAGO LORENZO SCHIAFFINO, *Origen de las ciudades chilenas. Las fundaciones del siglo XVIII*, 2a. edición, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1986, 275 pp.

Prueba de la intervención del licenciado Tomás Durán en estos avatares es su firma estampada en las fundaciones de Talca a 12 de mayo de 1742⁷, San Fernando el 17 de mayo de ese año⁸, y Rancagua el 9 de octubre de 1743⁹.

Los principales problemas iniciales que el gobernador debió enfrentar guardaban relación con la parte Sur de Chile: la reconstrucción de Valdivia, que había sido devastada por un terremoto en 1737, y reconocer la frontera de guerra con los araucanos, a los que, siguiendo la práctica que se había iniciado mucho antes, había que convocar a un parlamento¹⁰. Para ambas cosas se necesitaba un jurista que, además de sus conocimientos de Derecho, los tuviese acabados de aquella zona. Tal personaje resultó ser Tomás Durán.

Por lo que toca al comercio, a la llegada de Manso, el reino había avanzado sobre todo en la exportación de trigo y sebo al Perú, actividad que si bien tenía ribetes de frecuentes abusos por parte de los importadores limeños monopolistas¹¹, a la larga igual terminaba favoreciendo a los productores. En las sombras cundía el comercio mediante conexión marítima con los contrabandistas franceses y a través de la terrestre con Buenos Aires¹². Este puerto se había beneficiado con el establecimiento del sistema de navíos de registro que, lentamente, también comenzó a mejorar -desde 1719- los puertos chilenos. En el reino no había Tribunal del Consulado por lo que si había juicios, ellos debían ser resueltos en Lima con el consiguiente inconveniente para los comerciantes chilenos. Bajo el gobierno de Manso se puso en práctica una medida que se había tomado poco antes: el nombramiento desde

⁷ SANTIAGO LORENZO, *Fuentes para la Historia Urbana en el Reino de Chile*, I Santiago, Academia Chilena de la Historia, 1995, Documento no. 91, pp. 148- 149.

⁸ *Ibidem*, Documento no. 105, pp. 165- 167.

⁹ *Ibidem*, Documento no. 184, pp. 272- 273.

¹⁰ Eran los parlamentos suntuosas reuniones que de tiempo en tiempo los gobernadores, con asistencia de personajes de importancia del reino, realizaban con los jefes de las parcialidades indígenas, lo que Manso de Velasco cumplió con desagrado: "El extraño medio de capitular con estos indios, siendo vasallos de V. M., llenándolos de dádivas o agasajos [...] es indecoroso al honor de las armas de V. M." amén del gasto de 1.500 pesos sacados del Real Situado. Su parecer no era solitario, pues del mismo talante eran muchos, religiosos y laicos, entre ellos, su asesor: BARROS ARANA, *op. cit.*, VI, pp. 102-104.

¹¹ DEMETRIO RAMOS, *Trigo chileno, navieros del Callao y hacendados limeños entre la crisis agrícola del siglo XVII y la comercial de la primera mitad del siglo XVIII*, Madrid, Instituto G. Fernández de Oviedo, 1967, p. 134.

¹² JAIME EYZAGUIRRE, *Historia de Chile. Génesis de la Nacionalidad*, Santiago, Editorial Zig Zag, 1965, pp. 273- 277 con el pertinente respaldo bibliográfico. No por nada tenía Durán en su biblioteca un tratado sobre el contrabando, de Pedro González de Salcedo, del siglo XVII.

el Consulado limeño de un Diputado que conociese en primera instancia de los pleitos mercantiles con apelación a Lima¹³. La consejería de Durán, involucrado desde pequeño en el tráfico peruano-chileno, fue de valor para el gobernador.

Manso fue elevado en 1744 a virrey del Perú, cargo que sirvió en un comienzo con la asesoría de Durán. El sólido conocimiento de la administración así como el del elemento humano que había en Lima por parte de Durán fue de gran utilidad al novel virrey¹⁴. En su relación y los documentos de gobierno se muestra satisfecho del apoyo jurídico que recibió de su asesor. No estuvo este, sin embargo, mucho tiempo en el Perú, pues regresó a Chile a ejercer liberalmente la profesión de abogado, quizá como consecuencia del atroz terremoto que asoló Lima en 1746.

Falleció Durán repentinamente el 29 de agosto de 1759 sin haber otorgado testamento. El inventario de sus bienes comenzó a hacerse el 20 de septiembre de ese año con asistencia del Defensor de Menores, pues una de sus hijas era aún menor de edad, y continuó los dos días siguientes. En definitiva, arrojó la no poco importante suma de 24.080 pesos.

2. La biblioteca de Tomás Durán y Rabaneda

Gracias al referido recuento conocemos el contenido de su biblioteca de más de medio millar de volúmenes, en la que predominan los títulos de Derecho. Si se toma en consideración que solo había alcanzado el bachillerato en San Marcos, no cabe sino pensar en que Durán haya sido un *selfmademan* jurídico como queda demostrado al pergeñar su librería. Esta, si bien no es

¹³ SERGIO RIVEAUX VILLALOBOS, *La justicia comercial en el reino de Chile. Notas para su estudio*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1955, 99 pp.; ELSA URBINA REYES, “El Tribunal del Consulado de Chile: sus orígenes y primeros años”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 67 (1962), pp. 104- 143; SERGIO VILLALOBOS, “Contrabando francés en el Pacífico 1700- 1724” *Revista de Historia de América*. 51, México, 1961, pp. 49- 80; del mismo, *Comercio y contrabando en el Río de la Plata y Chile 1700-1811*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, p. 151.

¹⁴ ALFREDO MORENO CEBRIÁN, *Relación y documentos de gobierno del virrey del Perú, José A. Manso de Velasco, Conde de Superunda (1745- 1761) Introducción, edición, notas e índices de [...]*, Madrid, C.S.I.C., 1983, p. 20. De sus asesores dice Moreno que “van a influirle decisivamente hasta en el menor de los asuntos, ya que el Virrey va a dejar traslucir una indudable confianza en la preparación y capacidades de sus consejeros cuando a ellos se refiera”.

de las más importantes del país –la del obispo Manuel Alday, por ejemplo, constaba de alrededor de 2000 volúmenes–, con sus cerca de 530 se acerca a las de mayor contenido¹⁵. No solo brillan en ella los textos jurídicos sino que también volúmenes de Historia –universal, española e hispanoamericana–, poesía y drama. Tanto sería su interés en este último aspecto, que hay varias piezas para teatro copiadas a mano. Como corresponde a un devoto creyente, no faltaban las obras de edificación, hagiografías y de orden moral. Había también títulos prácticos como un Calepino, diccionarios y un tratado de Aritmética. Es de suponer que Durán hablara francés toda vez que hay varias obras en esa lengua. Como se verá, la mayor parte del contenido de su librería corresponde al siglo XVII, razón por la que he motejado a la cultura de su dueño de barroca. Aunque en mi trabajo he estudiado cada autor que en él es mencionado situándolo en su época y ponderando su aportación jurídica relativa, la brevedad del espacio hace que en esta versión me limite únicamente a señalar las obras más importantes que se hallaban en la biblioteca de Durán.

Por cierto, se encontraba toda la legislación real y canónica entonces vigente así como un Cedulaario manuscrito, que desgraciadamente no ha llegado hasta nosotros. Entre las publicaciones más modernas de la biblioteca –de 1735– se hallaba *Institutiones Hispaniae*, suerte de recopilación de la legislación regia de Antonio Torres de Velasco¹⁶. Acompañaban a la legislación civil diversos comentarios como los de Gregorio López a las *Partidas*¹⁷ con las adiciones de Gaspar de Hermosilla e hijos, del s. XVII¹⁸, así como las *Concordancias* de aquellas con el derecho civil y canónico de Sebastián Jimé-

¹⁵ Sobre las bibliotecas de Chile puede consultarse AUDE ARGOUSE, “De libros y otras cosas: El legado del obispo De la Puebla González. Santiago de Chile, 1705”, *Relaciones. Estudios de historia y sociedad*, XXXVI, 144, El Colegio de Michoacán, A.C. Zamora, México: 2015, pp. 13-53, que trae abundante bibliografía sobre librerías chilenas del período indiano.

¹⁶ *Institutiones Hispaniae practico theoricæ commentatae*, Madrid, 1735, que es un libro elemental dedicado a los alumnos de Derecho para que tomasen conocimiento de la legislación real.

¹⁷ *Las Siete Partidas de don Alonso el Nono nuevamente glosadas por el Licenciado Don Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su Magestad*, 1a. edición Salamanca: A. de Portonaries, 1555, seguido de múltiples otras.

¹⁸ *Notae, Additiones et Resolutiones ad Glossas Legum Partitarum Gregorii Lopetii*, 1a. ed., Baeza, 1634; otras: Lyon: Anisson, 1674 y 1675; Ginebra,: Bousquet et sociorum, en dos tomos 1726; Ginebra: Tournes, 1751.

nez Toledano, de 1596¹⁹. También tenía los comentarios de Antonio Gómez a las Leyes de Toro²⁰, seguidos de las adiciones de Juan Ayllón²¹ así como los de Marcos Salón de Paz²²; los de Alfonso de Azevedo, de fines del s. XVII a la legislación castellana; los de Tomás de Carleval²³, de mediados de esa centuria; los del magistrado extremeño afincado en Perú y Panamá oidor Francisco Carrasco del Saz a la *Nueva Recopilación*, del primer cuarto de ese siglo²⁴; también los comentarios a la misma de Juan Gutiérrez (siglos XVI-XVII)²⁵,

¹⁹ *Concordantiae utriusque iuris ciuilibis, et canonici, cum legibus Partitarum: glosse matibusq; Gregorij Lopez, & plurimorum Doctorum & a.*, Toledo, P. Rodríguez, 1596, obra que fue continuada en *Concordantiarum iuris utriusque pars 2a. in qua praeter plures leges partitarum. qua prima deerant, tum ones leges, ut vocant, regni stini, ordenamenti, et Nov. Recopilationis, una cum omnibus glosis in illa scribentium continentur*, Toledo, 1610, edición póstuma.

²⁰ *Opus praeclarum Commentum super Legibus Tauri* (Salamanca: A. Portonaris, 1552; Salamanca, 1555, publicada profusamente con posterioridad bajo diversos nombres. También escribió *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*, Salamanca, 1552; Lyon: Boissat & Remeu, 1661 con notas de Manuel Suárez; Lyon: I. Possuel, 1701, etc.), cuyo libro III está dedicado al derecho penal. Se imprimieron también su *Opera Omnia* (Lyon: Boissat & Georgius, 1661; Venecia: Balleoni, 1747; Madrid: Vda. de P. Marín, 1794). Fue célebre por sus comentarios acertados a las Leyes de Toro -;

²¹ *Additiones ad Antonii Antonii Gomezii celeberrimos variarum libros*, Utrera, N. Rodríguez, 1654; con título ligeramente diferente: Lyon, Anisson Laurent, 1666.

²² *Ad Leges Taurinas insigne commentarii*, Valladolid, F. F. de Córdoba, 1568.

²³ *Disputationum Iuris Variarum ad Interpretationem Regiarum Legum Regni Castellae, et illis similibus, tam ex iure Neapolitano, quem ex utroque Communi Civile et Canonico*, Madrid, 1649, con muchas ediciones, entre ellas, en Madrid, 1656; Lyon, 1668; Venecia, 1726. Produjo también un *Tratado de los Juicios -Tractatus de Iudicis Officio o De iudicis de foro competenti et legitimos iudicem potestati* (hay edición de Valencia de 1768 en dos volúmenes).

²⁴ *Interpretatio in aliquas Leges Recopilationis Regni Castellae* (Sevilla, 1620). También son suyos *Tractatus de casibus curiae* (Madrid, 1630), relativo a los casos de corte, y *Tractatus utilis de nobilibus non torquendis* (Madrid, 1648, edición póstuma por parte de su hijo), sobre exención de los nobles de recibir tormento. Todas ellas fueron reeditadas, con correcciones que alcanzó a hacer el propio jurista y otras de su hijo José Carrasco del Saz bajo el título *Opera Omnibus iurium scientiae studiosis utilissima*, Madrid, J. Paredes, 1648.

²⁵ *Tractatus de iuramento confirmatorio et aliis in iure variis resolutionibus*, Madrid:, J. Cuesta, 1613; Lyon, 1661; Colonia, 1730; *Canonicarum quaestionum utriusque fori tam exterioris quem interioris questionum, liber primus et secundus* Madrid, 1597,; *Practicarum quaestionum circa leges regias Hispaniae, prima partis Novae collectionis regiae, libri duo* Salamanca, 1598; *Tractatus de gabellis* Madrid, 1612. Después de su fallecimiento se editó *Praxis Criminalis civilis et canonica, in librum octavum novas Recopilationis Regiae; sive Practicarum quaestionum criminalium tractatio nova*, Salamanca, 1624, de

Alonso de Narbona (s. XVII)²⁶ y Pedro González de Salcedo (s. XVII)²⁷. Es destacable el comentario al libro V, de Juan de Matienzo, de 1580, dedicado fundamentalmente al derecho de familia²⁸.

Dado que por parentesco había tenido experiencia administrativa, a Tomás debió de colársele aquello de conocer la opinión de las más altas esferas, cuyo dictamen se hallaba en sus obras. Hasta pudiera parecer que el ejercicio de un oficio importante diese mayor solidez a los argumentos esgrimidos. Veamos algunos casos: Diego Bolero, era miembro del Consejo de Hacienda; Gil de Castejón, del Real y de Guerra²⁹; Juan Francisco de Ponte, del de Italia³⁰; Juan Pedro Fontanella, del Consejo de Ciento de Cataluña³¹; Pedro Frasso llegó a ser consejero de Aragón³²; Pedro González de Salcedo del de Castilla³³; Manuel González Téllez³⁴, de la Suprema Inquisición; Juan Bautista Larrea, fiscal del de Hacienda, oidor de la Audiencia de Granada y miembro del Consejo de Castilla³⁵; también perteneció al de Castilla Luis de Molina Morales³⁶; igualmente Diego Covarrubias y Leiva, que fue su presidente³⁷; Gregorio López,

inmensa utilidad por referirse a la *Nueva Recopilación*. Tomás Durán tenía las *Opera Omnia: Civilia, Canonica et Criminalia* en once tomos.

²⁶ *Commentaria in tertiam partem nouae Recopilationis legum Hispaniae: siue in leges sub vnoquoque nouae Recopilationis titulo quaternionibus duobus ultimis additas, à nullo hactenus expositas, nunc primùm in praxis, & theoricæ utilitatem explanatas. Vberius tamen, legem illam seu concordiam inter regium, & supremum sanctae Inquisitionis tribunal, circa numerum, qualitatem, ius, ac exemptionem eiusdem sanctae Inquisitionis familiarium*, Toledo, D. Rodríguez de Valdivielso, 1623-24.

²⁷ *Tratado ivrídico-político del contrabando*, Madrid, Díaz de la Carrera, 1654; otra ed.: Madrid, 1729, que trae noticia de las disposiciones aduaneras vigentes en su tiempo. Del mismo autor poseía Durán *Analecta Iuris, sive ad hispanas leges in illarum Novissima Compilatione novissima auctas*, Madrid, 1643.

²⁸ *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, Madrid, F. Sancho, 1580; otra, 1594; otra, P. Madrigal, 1597; otra, 1611; otra, L. Sanz, 1613.

²⁹ *Vid. ut infra*.

³⁰ *Vid. ut infra*.

³¹ *Vid. ut infra*.

³² *Vid. ut infra*.

³³ *Vid. ut supra*.

³⁴ Autor de *Commentaria perpetua in singulos textos quinque librorum Decretalium Gregorii IX* (entre sus ediciones: Lyon, Arnaud & Borde, 1673; Venecia, Pezzana, 1699; Lyon, Anisson & Posuel, 1715; Venecia, 1756; Frankfurt, 1790), obra que sirvió de texto básico en varios centros hispanoamericanos de enseñanza.

³⁵ *Vid. ut infra*.

³⁶ *Vid. ut infra*.

³⁷ Durán tenía su *Opera omnia*, Salamanca, D. de Portonari, 1576- 1577- 1578; Venecia, 1597; Venecia, Herederos de J. Scoti, 1604; Amberes: Vda. y herederos de P. Belleri, 1614-

consejero del de Castilla y del de Indias³⁸; también lo fue de Indias Leonardo Matheu accediendo posteriormente a Regente de Aragón³⁹; Francisco Ramos del Manzano fue miembro de los Consejos de Italia, Real y de Indias⁴⁰ y Juan de Solórzano Pereira llegó a ser Presidente del de Indias⁴¹. En un tono menor, Tomás de Carleval⁴² fue relator del mismo. Por lo que toca a funciones en Audiencias, el ya nombrado Diego Covarrubias fue oidor de la de Granada; José Vela de Oreña, oidor en las de Granada y Sevilla⁴³; Gabriel Álvarez de Velasco, fiscal de la de Lima y oidor en la de Santafé de Bogotá⁴⁴; Francisco Carrasco del Saz, fiscal de la Bula de la Santa Cruzada en Lima y oidor de la Audiencia de Panamá⁴⁵; Gaspar de Escalona, oidor de la de Chile⁴⁶; Fernando de Escaño de la de Manila⁴⁷; Frasso, ya nombrado, fiscal de las de Guatemala, Charcas y

1615, etc. Bajo ese título se agrupan las más variadas materias de derecho, tanto civil -romano e hispano- como canónico, estudiadas desde la perspectiva del humanismo jurídico. Con razón se le dio el apodo de “Bartolo español”.

³⁸ *Vid. ut supra.*

³⁹ Autor de *Tractatus de re criminali, sive Contraversiarum usu frequentium in causis criminalibus, cum earum decisionibus, tam in aula suprema hispana criminum, quam in summo senatu novo orbis*, Lyon, C. Bourgeat, 1676, prolíficamente reeditada.

⁴⁰ *Vid. ut infra.*

⁴¹ De él tenía Durán sus conocidas *Disputationem de Indiarum Ivre, Sive de iusta Indiarum Occidentalium inquisitione, acquisitione et retentione Tribvs Libris Comprehen-sam*, Madrid, F. Martínez, 1629 y Madrid, F. Martínez, 1639 y *Política Indiana, &c.* Madrid, D. Díaz de la Carrera, 1648.

⁴² *Vid. ut supra.*

⁴³ *Vid. ut infra.*

⁴⁴ Autor de las siguientes obras que se hallaban en la biblioteca de Durán: *Axiomata et Loca Communia Iuris a Simone Barbosa quondam deprompta facie postmodum [...] : ab Augustino Barbosa transcripta*, Madrid, Imprenta Real, 1631; *Tractatus de privilegiis pauperum, et miserabilium personarum*, Madrid: V. de I. Martin, 1630; otras ediciones, 1643 y 1739), dividido en dos partes, que continúa en *Eiusdem Tractatus tertiam partem, materia praecipue L. Unicae C. quando Imperator inter pupillos & viduas & alias miserabiles personas cognoscat, continentem*, Lyon: Boissat, 1663.

⁴⁵ *Vid. ut supra.*

⁴⁶ Suyo fue *Arcae Limensis. Gazophilacium regium perubicum I Administrandum, II Calculandum, III Conservandum*, Madrid, s/e [Imprenta Real], 1647, que le valió amplio reconocimiento al punto que se encontraba en casi todas las bibliotecas de prestancia no obstante haber habido solo tres ediciones en el período indiano: 1647, 1675 y 1775.

⁴⁷ Autor de *Tractatus de perfectione voluntatis Testamento Requisita, et De Testamento Perfecto Ratione Volvntatis et Imperfecto Ratione Solemnitatis, Coepto, et non completo ob impedimentum testatori superueniens*, Sevilla, F. de Blas, 1675; 2a. ed., Sevilla: F. de Blas, 1676, 312 pp.. Es un tratado inspirado en el *responsum* de Javoleno “*in Lege Si quis cum testamentum 25. ff. de Testamentis*”.

Lima y oidor de esta última; Matías de Lagúnez, fiscal de la de Quito⁴⁸; Juan de Matienzo de la de Charcas⁴⁹; Ildefonso Pérez de Lara, alcalde del crimen en la de Lima⁵⁰; Juan de Solórzano Pereira, ya mencionado, fue oidor de la de Lima y Diego Yáñez o Ybáñez de Faría fue fiscal de la primera Real Audiencia de Buenos Aires y luego oidor de la de Guatemala⁵¹. En el orden eclesiástico, Diego Covarrubias y Leiva, mencionado más arriba, fue designado primeramente arzobispo de Santo Domingo (1556) , posteriormente obispo de Ciudad Real (1560), con título personal de arzobispo y finalmente obispo de Segovia (1564); Gaspar de Villarroel fue obispo de Santiago de Chile y Arequipa y arzobispo de La Plata⁵²; Cesare Lambertini, obispo de Isola⁵³ y Giuseppe Mascardi, vicario de San Carlos Borromeo en Milán⁵⁴. Parecería que Durán daba mayor relevancia a los cargos laicos que a los religiosos.

La Universidad de Salamanca muestra el mayor número de autores que acudieron a sus aulas. Gran fe tenía nuestro abogado en la pericia de los juristas salmantinos como Jerónimo Castillo de Bovadilla⁵⁵, Tomás de Carleval⁵⁶, Gil de Castejón⁵⁷, Jerónimo de Ceballos⁵⁸, el ya mencionado Diego Covarrubias,

⁴⁸ *Vid. ut infra.*

⁴⁹ *Vid. ut supra.*

⁵⁰ Autor de *De Aniversariis et Capellaniis Libri duo quibus ultra generalem anniuersariorum et capellaniarum materiam, specialiter disputatur de annuo relicto...*, Madrid, J. Cuesta, 1608; Lyon: Chevalier, 1672; Lyon: Deville & Chalmette, 1733. Está dividida en dos libros dedicados, respectivamente, a los aniversarios y las capellanías.

⁵¹ Autor de *Enucleationes additiones et notae ad libros duos priores resolutionum illustrissimi ac reverendissimi D. Didaci de Covarrubias a Leiva Episcopi Segoviensiss ac Supremi Castellae Concilii Praesidis*, Madrid, 1659, 1660, con nombres variados: Lyon, J. A. Huguetan, 1676; Lyon, Borde & Arnaud, 1686 y 1688; Ginebra, M. M. Bousquet, 1726), 2 vol.

⁵² *Vid. ut infra.*

⁵³ *Vid. ut infra.*

⁵⁴ *Vid. ut infra.*

⁵⁵ Autor de *Política para Corregidores y Señores de Vasallos, en tiempo de paz y de guerra y para jueces eclesiásticos y seglares, y de sacas, de aduanas y de residencias*, Madrid: I. Sánchez, 1597; con múltiples ediciones como: 1608, 1616, 1624 y 1649; Barcelona, 1616; Amberes, Verdussen, 1704; Ginebra, Tournes, 1750; Madrid, Imprenta Real de La Gazeta, 1759 y 1775). Se publicaba en dos volúmenes, que eran los que tenía Durán en su biblioteca.

⁵⁶ *Vid. ut supra.*

⁵⁷ *Vid. ut infra.*

⁵⁸ *Speculum aureum. Opinionum communium contra communes in quo non tantum nongentiarum cum contractu duplici de cognitiones per viam violentiae in causis ecclesiasticis & inter personas ecclesiasticas*, Toledo, 1600; Salamanca, 1613; Estrasburgo,

Pedro Frasso⁵⁹, Antonio Gómez⁶⁰, Manuel González Téllez⁶¹, Juan Gutiérrez⁶², Juan Bautista Larrea⁶³, Gregorio López⁶⁴, Pedro Murillo Velarde⁶⁵, Antonio de Nebrija⁶⁶, Antonio Pichardo Vinuesa⁶⁷, Francisco Ramos del Manzano⁶⁸, Diego Saavedra Fajardo⁶⁹, Gonzalo Suárez de Paz⁷⁰ y Francisco Salgado de Somo-

1615 y 1623; Toledo, 1618; Amberes, 1623; Colonia, 1664, etc.). Su obra circuló frecuentemente bajo el título *Tractatus de cognitione per viam violentiae in causis ecclesiasticis et inter personas ecclesiasticas*. Este tratado sobre recurso de fuerza fue prohibido por disposición de la Santa Sede de 12 de diciembre de 1624.

⁵⁹ *Vid. ut infra*.

⁶⁰ *Vid. ut supra*.

⁶¹ *Vid. ut supra*.

⁶² *Vid. ut supra*.

⁶³ *Vid. ut infra*.

⁶⁴ *Vid. ut supra*.

⁶⁵ Le pertenecen: *Cursus Iuris Canonici Hispani et Indici*, Madrid, 1743; Madrid 1763; Madrid, 1791, 2 vol., uno de los textos de mayor difusión en el siglo XVIII, que tiene la virtud de referirse a las particularidades del Derecho Canónico de Indias, y *Práctica de Testamentos*, 1a. ed. Manila 1755; otras, México 1755; Madrid 1765. Poseía también Durán la gigantesca colección geográfica en 10 tomos y agregados intitulada *Geographia Historica*, Madrid, G. Ramírez [tomos 1, 2, 3, 4 y 8]; Her. F. del Hierro [tomo 5]; Imprenta de la Música [t. 10]; A. de Gordejuela [tomos 6 y 9] y M. de Moya [tomo 7], 1752, que se refería prácticamente a todos los lugares del mundo entonces conocido. Aparece, también, en la biblioteca el *Catecismo o Instrucción Christiana, en que se explican los misterios de nuestra Santa Fè. Y se exhorta a huir los Vicios y abrazar las Virtudes*, Madrid, Her. F. del Hierro, 1752. Dadas las fechas de edición, estos deben de contarse entre los últimos libros adquiridos por Durán.

⁶⁶ De quien poseía *Vocabularium utriusque iuris*, Venecia, 1512; Venecia, 1519; Lyon, 1609.

⁶⁷ De él existía en la biblioteca *Commentaria in tres priores Institutionum Imperatoris Iustiniani libros*, Salamanca, 1600, con ediciones en 1608 y 1618 relativas a los 3 primeros libros; en la edición de 1620 se incluye el 40. libro; otras ediciones: Valladolid, 1630; Venecia, 1647; Ginebra, 1657; Lyon, 1671, en que aprovecha pedagógicamente el texto justiniano vinculándolo con el derecho regio.

⁶⁸ *Vid. ut infra*.

⁶⁹ Autor de *Empresas Políticas o idea de un Príncipe Político Christiano representada en cien empresas*, que se inscribe en la línea de obras emblemáticas de Alciato. Hubo cantidad de ediciones desde la primera, hecha en Münster en 1640. También tenía Durán *Corona ghotica, castellana y austriaca, Politicamente ilustrada*, Münster, J. Jausonio, 1648; Madrid, A. García de la Iglesia, 1658; Madrid, igual tipógrafo, 1671- 1677 y 1678; Amberes, 1739, en 3 tomos; Madrid: B. Cano, 1789- 1790 en 7 tomos.

⁷⁰ Su gran obra, de inmensa repercusión durante siglos fue la *Praxis Ecclesiastica et Saecularis*, Salamanca, 1583 con múltiples ediciones: Valladolid, A de Merchán, 1609; Madrid 1780, escrita en latín y castellano, que dedicó a sus alumnos de la Universidad de Salamanca.

za⁷¹. De la Universidad de Valladolid tenía en su biblioteca obras de Leonardo Matheu y Sanz (quien también hizo estudios en Valencia y Salamanca)⁷², Juan de Matienzo⁷³, Gabriel de Monterroso⁷⁴ e Ildefonso Pérez de Lara⁷⁵. De la de Alcalá de Henares eran las de Francisco Carrasco del Saz⁷⁶ y Pedro de Oñate⁷⁷. Fue catedrático en la Universidad de Lérida Miguel de Cortiada⁷⁸.

En cuanto a procedencia de los autores, si bien la mayor parte está constituida por españoles, hay algunos alemanes -Vitus Pichler⁷⁹ y Iohannes Borcholten⁸⁰-, un flamenco -Claude Lacroix-⁸¹ y una cantidad importante de italianos. Procedían de Roma Giambattista Casali⁸², Marc'Antonio Amato⁸³,

⁷¹ Autor de *Tractatus de regia protectione et oppressorum a causis & iudicibus ecclesiasticis*, dedicada al conde-duque de Olivares, Lyon, 1627; Lyon, 1627; Lyon, 1669, con muchas reediciones en variados lugares; *Tractatus de Supplicatione ad Sanctissimum a Bullis et Litteris Apposolicis in perniciem reipublicae, regni, aut regis, aut iuris tertii praedictum impetratis. Et de earum retentione in Senatu*, Madrid, 1639 con muchas reediciones, p. ej., Lyon, 1664 y *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per creditorem communem inter illos causatam*, Valladolid, 1646 y múltiples ediciones en Lyon, 1651; Venecia, etc.

⁷² *Vid. ut supra.*

⁷³ *Vid. ut supra.*

⁷⁴ *Vid. ut infra.*

⁷⁵ *Vid. ut supra.*

⁷⁶ *Vid. ut supra.*

⁷⁷ Este jesuita radicado en Lima fue autor de *De contractibus Tomi Tres* (Roma, t. I, 1646, t. II, 1647- t. III, 1654), editada póstumamente.

⁷⁸ *Vid. ut infra.*

⁷⁹ Autor de *Jus Canonicum Practice Explicatum, Seu Decisiones Casuum Selectorum Centum Octoginta Quinque: Ad Singulos Decretalium Gregorii Papae IX. Titulos, Et Ad Consuetum Referendi Modum Accommodatae* (una edición: La Haya, 1735, 720 pp.). También aparece bajo el título *Jus canonicum: secundum quinque decretalium titulos Gregorii Papae IX. explicatum, exhibens succincta, et clara methodo omnes materias...*, Venecia, N. Pezzana, 1758, en dos tomos y el de *Summa Iurisprudentiae Sacrae Universae seu Decisiones Casuum...*, Augsburgo: I. Adami & F. A. Veith, 1758. Sus obras fueron publicadas bajo el cuidado del erudito jesuita veneciano Francesco Antonio Zaccaria (1714- 1795).

⁸⁰ Autor de *In quatuor Institutionum libros commentaria* con muchas ediciones: Helmstadt, I. Lucius, 1599; Wittemberg, W. Meisner, 1616; 1663, etc.

⁸¹ Autor de *Theologia Moralis*, Colonia, 1707- 1714, que es un comentario de la *Medulla Theologia Moralis*, Münster, 1645- 1650 del también jesuita Hermann Busebaum, netamente probabilista.

⁸² Fue autor de *Annotationes in Vniuersum Ius, tum Canonicum, tum Civile attingentes etiam Extrauagantes, & Feuda. Ioannis Baptistae Casalis*, Bolonia: A. Benacci, 1590.

⁸³ *Decisiones Rotae Provinciae Marchiae*, Venecia: G. Varisco, 1601; otra en igual ciudad y editor, 1610 y Lyon, 1668.

Prospero Fagnani⁸⁴ y Prospero Farinacci⁸⁵; de Módena, Gian Battista Ciarlini⁸⁶; del Piamonte, Gian-Pietro Surdo⁸⁷; de Emilia- Romagna, Felino Sandeo⁸⁸ y Marc'Antonio Savèlli⁸⁹; de Pavía, Giacomo Menochio⁹⁰; de Liguria, Giuseppe Mascardi⁹¹; de Perugia, Roberto Lancellotti⁹²; de Cerdeña, Pedro

⁸⁴ *Ius Canonicum sive Commentaria absolutissima in quinque libros Decretalium*, 1a. ed. Roma, 1661 en 5 tomos; Colonia, 1681- 1682 y 1686; Venecia, 1697, etc., y *De opinione probabili, tractatus ex commentariis Prosperi Fagnani super Decretalibus seorsum recusis* (Roma, 1665), que le valió el apelativo de *magnus rigostarum* dado por Alfonso Maria de' Liguori.

⁸⁵ *Praxis et theoricæ criminalis libri duo in quinque titulis partita*, Frankfurt: M. Z. Palthenus, 1597; Parma: E. Viothi, 1605, in *quatuor titulis partita*, que constituyó una pieza angular del derecho penal, no dejando de ser relevantes también sus referencias procesales. Sus *Consilia sive responsa criminalia*, Frankfurt: H. Palthenii, 1622, se hallan en numerosas bibliotecas del reino de Chile así como en el mundo lusoamericano. Circuló mucho su *Sacrae Romanae Rotae Decisiones*, Amberes: J. Keberg, 1620 y muchas más que se siguieron publicando con *decisionum recentiorum* como, p. ej., Venecia: P. Balleoni, 1716.

⁸⁶ *Controversiarum Forensium iudiciorum [...] Nunc primum in lucem editae. Cum duplici indice rerum, & verborum locupletissimo*, 1a. ed., Venecia: Iuntas, 1637, que dedica al obispo de Emilia marqués Paulo Coccapani, en tres tomos; 2a.ed. Venecia: Bertanos, 1667; otra, Lyon: Arnaud & Borde, 1671.

⁸⁷ *Tractatus de Alimentis in Novem Partibus seu Titulus distinctus*, publicado por primera vez en 1595 en Frankfurt; Lyon: H.. Cardoen, 1602; Frankfurt: D. y D. Aubrios y C. Schleich, 1625, etc.

⁸⁸ *Commentaria ad quinque Libros Decretalium cum adnotationes virorum eruditorum* (edición parcial, Ferrara, 1481; ed. completa, Venecia, 1497- 1499 seguida de múltiples ediciones en la misma Venecia, Lyon y Basilea; Turín: Bevilacqua, 1572). No obstante el título, solo comenta algunos títulos.

⁸⁹ *Practica Civilis et Criminalis ad Forum saeculare, ecclesiasticum et conscientiae spectans*, Venecia, Baglioni, 1697, con muchas ediciones. También se editaron porfusa- mente *Variae Iuris Resolutiones* y *Summa diversorum Tractatum*, cuya impresión de 1697 (Venecia: P. Balleoni) venía con agregados entre los que se resaltaban muchas deci- siones principalmente de la Sacra Rota Romana.

⁹⁰ *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione*, Parma, 1576- 1577. En el ámbito procesal fue autor de *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis in sex distincta libros*, Venecia, G. B. Somasco, 1575; Venecia, 1587 y de *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis libri duo*, Venecia: G. B. Somasco, 1569; 1583, 1588, 1600.

⁹¹ *Conclusiones Probationum omnium quibusvis in utroque Foro versantibus, Practicabiles, Utiles, Necessariae. In Quatuor Volumina Distinctae* 1a. edición Venecia, D. Zenaro, 1584, dedicada al papa Gregorio XIII, abarca dos tomos; el tercero apareció póstumo en 1588; otra ed., Turín, 1624; hubo una con adiciones de J. A. Ricci y B. Nigri, Frankfurt: B. C. Wust, 1684; con iguales adiciones, Frankfurt: N. Andreae, 1703.

⁹² *Tractatus de attentatis et innouatis : lite, & appellatione pendente, & in aliis casibus, qui conuersa pagina distinctè indicantur* 1a. edición, "nunc primum in lucem editus"

Frasso⁹³; de Sicilia, García de Mastrillo⁹⁴; de Nápoles eran Giulio Cappone⁹⁵; Giovanni Francesco de Ponte⁹⁶; Cesare Lambertini⁹⁷ y Giacomo Pignatelli⁹⁸. Pero hay mayor vinculación, todavía, con Nápoles si se considera que Tomás Carleval le atribuyó tanta importancia que hizo un ejercicio de derecho comparado castellano-napolitano⁹⁹; Agustín Barbosa, por otra parte, fue obispo de Ugento¹⁰⁰ y Juan Bautista Valenzuela Velásquez sirvió de miembro del Senado de Nápoles¹⁰¹. El gran Francisco Ramos del Manzano fue senador del

Roma: V. Accolto, 1576; otra, Frankfurt: M. Becker, 1600; otra, Frankfurt, 1652; otra, Colonia, 1685; otra, Colonia: Metternich, 1725, etc.

⁹³ *De Regio Patronatu, ac aliis nonnullis regaliis regibus catholicis, in Indiarum Occidentalium imperium pertinentibus. Quaestiones aliquae, desumptae et disputatae, in quinquaginta capita partita* Madrid, J. Fernández de Buendía, 1er. t., 1677; 2o. t., 1679, reeditado en la misma ciudad en 1775 bajo el título *De Regio Patronatu Indiarum*.

⁹⁴ *Decisiones Consistorii S.R. Conscientiae Regni Siciliae* en 4 tomos: 1o., Palermo, 1606; 2o., Palermo, 1609; 3o. y 4o., póstumos, Palermo- Venecia, 1624 y *De Magistratibus, eorum imperio et iurisdictione*: Palermo, 1616, dedicada a Felipe III.

⁹⁵ *Vid. ut supra*.

⁹⁶ *De potestate Proregis Collateralis Consilii Regniue regimine*, Nápoles, 1611; Nápoles, 1621; *Decisionum Supremi Italiae Consilii Regiae Cancellariae et Camarae Summariae liber*, Nápoles, 1612, editada junto a *Repetitiones feudales*, conjunto de 22 lecciones de Derecho Feudal; ambas reimpresas en Ginebra, 1666.

⁹⁷ *Tractatus de iure patronatus* dividido en tres libros, que tuvo gran difusión: Venecia, 1533, 1572, 1573, 1584, 1607; Lyon 1579, 1582; Frankfurt, 1608, 1631, etc.

⁹⁸ *Consultationes Canonicae*, Roma, A. Bernabò, 1668 a la que siguen copiosas ediciones hechas en Venecia -la 5a., donde Balleoni, data de 1733-, Ginebra, Colonia, etc. en diferentes años.

⁹⁹ *Disputationum Iuris Variarum ad Interpretationem Regiarum Legum Regni Castellae, et illis similium, tam ex iure Neapolitano, quem ex utroque Communi Civile et Canonico*, Madrid, 1649, con muchas ediciones, entre ellas, en Madrid, 1656; Lyon, 1668; Venecia, 1726. Produjo también un *Tratado de los Juicios -Tractatus de Iudicis Officio o De iudicis de foro competenti et legitimos iudicem potestati*: hay edición de Valencia de 1768 en dos volúmenes.

¹⁰⁰ *Remissiones seu Colectanea Doctorum qui varia loca Concilii Tridentini incidenter tractarunt*, Lisboa, 1618, con muchas ediciones: p. ej., en Lyon 1619, 1634, 1642, 1704 y 1714, Valladolid, 1621 y Venecia 1643. Su *Opera Omnia* fue publicada en 16 volúmenes en Lyon en 1712. Hay otras ediciones en 21 tomos. La de Durán constaba de 19. Entre sus trabajos más citados se encuentran *Pastoralis sollicitudinis sive de officio et potestate episcopi tripartita descripta*, Lyon, 1628; *Iuris ecclesiastici universi libri tres*, Lyon 1634 y 1645, y *De officio et potestate parrochi*.

¹⁰¹ *Consiliorum Iuris*, Madrid, 1653, bajo otro título, *Consilia sive Iuris Responsa Iuris, in quibus materia ecclesiastica non paucò tractantur*, Ginebra, Bousquet, 1727, en dos tomos, donde aparece una biografía suya.

Milanesado y miembro del Consejo de Italia¹⁰². Salta, pues, a la vista, la importante vinculación intelectual, que no solo política, entre los pensadores hispano-indianos e italianos¹⁰³.

Siendo su librería principalmente práctica, se echan de menos estudios morales de mayor enjundia que se hallaban en muchos repositorios, como los tratados de Diana, Patuzzi y otros, pues es de notar al respecto la gran imbricación que había entre aspectos morales y jurídicos. En este orden de cosas, hallamos el tratado del jesuita Claudio Lacroix (1707-1714), de los Países Bajos¹⁰⁴, de tendencia probabilista quien admitía en ciertos casos el regicidio. Igualmente probabilista es el tratado sobre el matrimonio del jesuita Tomás Sánchez (siglos XVI-XVII). No es de extrañar esta presencia dada la formación jesuita de Durán. Por contra, existía *De opinione probabile* (Roma, 1665), áspero ataque al probabilismo de Próspero Fagnani, *magnus rigostarum princeps* según Ligorio.

El tema procesal era básico para las tareas profesionales de ahí que sean abundantes las obras de esta rama jurídica. Tenemos así la *Política para Corregidores* de Bovadilla, de mediados del s. XVI¹⁰⁵; la *Curia Philippica* de Juan de Hevia Bolaños, del XVII¹⁰⁶; la *Instrucción Política y Práctica Judicial* de Alonso de Villadiego, del mismo siglo, y la obra práctica, tanto de derecho civil como canónico, de Gonzalo Suárez de Paz, del siglo XVI¹⁰⁷. Para el proce-

¹⁰² *Reynados de menor edad, y de grandes reyes. Apuntamientos de Historia*, Madrid, F. Sanz, 1672, escrito para instrucción del Carlos II, del que Ramos, ya anciano, era maestro, dedicado a la reina, su madre.

¹⁰³ ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, *La Producción Canonista Italiana en dos Pensadores Hispanoamericanos de comienzos del siglo XIX: el Chileno Justo Donoso y el Peruano Francisco de Paula González Vigil*, Santiago de Chile, Centro de Investigaciones de Historia del Derecho, 2013-2014, 174 pp.

¹⁰⁴ *Vid. ut supra*.

¹⁰⁵ *Vid. ut supra*.

¹⁰⁶ Editada en Lima por A. Ricardo, 1603; Valladolid: A. de Merchán, 1605; Valladolid, J. G. de Millis, 1609; Valladolid, J. G. de Millis, 1612; Madrid: L. Sánchez, 1616; Madrid: Vda. de F. Correa, 1622; Lima, 1623; Madrid: D. González, 1627; Madrid, 1798 y muchas más -14 ediciones en el s. XVII y 15 en el XVIII-, obra práctica de Derecho Procesal de amplísima utilización. Suyo fue también: *Labyrintho de comercio terrestre y naval donde se trata de la contratación de tierra y mar*, Lima: F. del Canto, 1617; Madrid: L. Sánchez, 1619; Madrid, Vda. de A. Martín, 1619; Valladolid: J. Morillo, 1623; Valladolid: J. Lasso de las Peñas, 1629; Florencia: Brignone, 1702, trad. al latín, que constituye un tratado de Derecho Mercantil. A contar de 1644 ambas obras se editaron juntas, aunque antes ya se hablaba de una primera y segunda parte.

¹⁰⁷ *Vid. ut supra*.

dimiento canónico existía el tratado sobre apelaciones, innovar o no innovar del italiano Roberto Lancellotti, del XVI¹⁰⁸ y las *repetitiones y allegationes* de Juan Gutiérrez (siglo XVI-XVII)¹⁰⁹. En sede de prueba y su apreciación des- cuella el tratado del genovés Giuseppe Mascardi¹¹⁰ publicado en 1584, el de Gabriel Pareja Quesada sobre instrumentos, del siglo XVII¹¹¹, y el estudio sobre las presunciones de Giacomo Menochio, del XVI¹¹². El interés por este autor llevaba a Durán a poseer dieciséis tomos de sus obras, entre las que se hallaba una sobre el arbitrio judicial. De utilidad para el ejercicio profesional era la *Práctica Civil y Criminal* de Gabriel de Monterroso que daba, también, direc- trices notariales¹¹³. El tratado sobre transacciones de Román Valerón, del XVII, iluminaba esta práctica cuestión procesal¹¹⁴. El importante tema de los casos de corte era abordado por Francisco Carrasco del Saz en la primera mitad del XVII¹¹⁵. Algunos puntos importantes como el de la *litis contestatio* se hallan en *Rerum quotidianarum* de Juan Yáñez Parladorio (siglos XVI-XVII)¹¹⁶.

Llama la atención la existencia en esta biblioteca de un importante nú- mero de decisionistas, que le aportaban al abogado ejercitante un provechoso material de sentencias sobre los más variados temas. Hállanse así los traba-

¹⁰⁸ *Vid. ut supra.*

¹⁰⁹ *Vid. ut supra.*

¹¹⁰ *Vid. ut supra.*

¹¹¹ Fue abogado que ejerció en Madrid, autor de *Praxis edendi siue de uniuersa ins- trumentorum editione tam a Praelatis, quam a Iudicibus ecclesiasticis & saecularibus, litigatoribusque in Iudicio praestanda tractatus* en dos tomos, 1a. ed. Madrid, F. Maroto, 1643; 2a. edición: Madrid, 1649; Lyon, 1662; Lyon, Anisson, 1668, que lleva adiciones del propio autor; Lyon: Anisson, 1696; Lyon: Anisson & Posuel, 1726; otra, 1751.

¹¹² *Vid. ut supra.*

¹¹³ Autor de *Práctica [sic] Civil y Criminal, y Instruccion de Escriuanos*, Valladolid, 1563; Alcalá, 1566 y 1571#;1579; 1587; 1591; 1598; 1603; 1609 todas de Madrid; Valladolid, 1626, etc.

¹¹⁴ Autor de *Tractatus de Transactionibus in quo integra transactionum materia theo- ricè, ac practicè, ingenti studio, et justa methodo collecta, et exposita continetur*, Lyon: Ph. Borde & L. Arnaud, P. Borde & G. Barbier, 1664; Lyon: los mismos anteriores, 1665; Ginebra: Hnos Tournès, 1757, 451 pp..

¹¹⁵ *Vid. ut supra.*

¹¹⁶ Autor de *Rerum quotidianarum libri duo*, Valladolid, Fdo. de Córdoba, 1579; otra ed., Salamanca, 1595; otra, Madrid: Typ. Regia, 1604; Valladolid, 1628; Lyon, 1678; Utre- cht, 1680. Solía imprimirse junto con *Quotidianarum Differentiarum sesqui-centuria et Quaestiones practicae-forenses duodeviginti*, Amsterdam, E. & Vda. de Boom, 1688. Trata de los temas más variados e inconexos unos con otros como prescripción, acción de petición de herencia, mejoras, prelegados, compraventa, Lex Falcidia, Senadoconsulto Trebelliano, matrimonio, litis contestatio, cauciones, delito de lesa majestad, etc.

jos de Pedro Díez Noguerol, de mediados del XVII, sobre sentencias castellanas¹¹⁷; del ya citado Francisco Carrasco del Saz, relativo a casos de corte, también del XVII; de José Vela de Oreña, de la primera mitad del XVII sobre fallos granadinos¹¹⁸, así como las de Juan Bautista Larrea sobre sentencias de igual origen¹¹⁹; las catalanas están representadas en los estudios de Jaime Cancer, del XVI¹²⁰, Juan Pedro Fontanella¹²¹ y Miguel de Cortiada, ambos del XVII¹²²; muchas sentencias italianas aparecen en las obras de M. Antonio de Amato¹²³, de la primera mitad del XVII con fallos de Macerata, Génova, Lucca y Ferrara; del napolitano Julio Capponi¹²⁴ de fines del XVII –*Controversiarum Forensium, &c.*–, en que se hacía hincapié que traía sentencias de varios tribunales tanto civiles como eclesiásticos, y de García de Mastrillo, del XVII, sobre sentencias sicilianas¹²⁵. Cristòfor Crespí de Valldaura aporta sentencias comentadas de la Audiencia de Valencia y de los Consejos Reales de Aragón y de la Santa Cruzada¹²⁶. Los dictámenes de la Rota eran bien apreciados: ahí

¹¹⁷ Destacado abogado que ejerció en Madrid, autor de *Allegationum Iuris: in quibus quamplures quaestiones summè necessariae, in suprema Hispaniarum curiae Tribunalibus disceptatae, ad praxim vsumque forensem spectantes enucleantur*, un tomo, Madrid, D. Díaz, 1641, 644 pp.; Venecia, Balleoni, 1664; otra ed., Madrid, 1656; Lyon: Arnaud & Borde, 1676; Lyon: Arnaud & Borde, 1693.

¹¹⁸ Autor de *Dissertationes iuris controversi, tam in Hispalensi, quam Granatensi Senatu in II Tomos distinctae*, Granada, V. Álvarez, 1638; Granada, B. de Bolívar, 1653; Lyon, G. Barbier, 1675; Granada, 1683 y muchas más. A la de Ginebra donde Hnos. Cramer, 1761, se le agregan decisiones de la S. Rota Romana.

¹¹⁹ *Novarum decisionum sacri regii senatus granatensis regni castellae* Lyon, J. & P. Prost, 1636- 1639; 1658; Turín, 1647; Lyon, 1686, 1689) en dos volúmenes.

¹²⁰ Autor de *Variae Resolutiones iuris Caesarei, Pontificij, & Municipalis Principatus Cataloniae*, 1a. ed. Barcelona, J. Cendrath, 1594 -1a. parte-; 1598, 2a. parte y 1608, 3a. parte, reeditada ahí muchas veces; 1a. y 2a. partes, Tournon, L. Durand, 1635, ed. ampliada por el propio autor antes de morir y 3a. parte, Lyon: Arnaud, 1643; así como en Nápoles; Venecia y Amberes, J.B. Verdussen, 1689 bajo el título de *Variarum Resolutionum &c.*

¹²¹ *Decisiones Sacri Senatus Cataloniae* en dos tomos, Barcelona, P. Lacavalleria, 1639 y 1645; Venecia, 1640; Ginebra, 1662; Lyon, 1668.

¹²² Autor de *Decisiones cancellarii et Sacri Regii Senatus Cataloniae sive Praxis contentionum et competentiarum Regnorum inclytae Coronae Aragonum super reciproca in laicos et clericos jurisdictione*. Publicación original: Barcelona, 1661- 1665 en 4 vol. ; reeditado en Lyon, Anisson & Posuel, 1699 y 1714 y Venecia, 1727 en 4 vol.

¹²³ *Vid. ut supra.*

¹²⁴ *Vid. ut supra.*

¹²⁵ *Vid. ut supra.*

¹²⁶ Autor de *Observationes Illustratae Decisionibus Sacri Regii Aragonum Consilii, Supremum Consilii S. Cruciatae, & Regiae Audientiae Valentinae*, Lyon, H. Boissat & G. Remeu, 1662, “editio prima in duos tomos divisa”; Lyon, H. de Noailly, 1677; Lyon 1730.

están los aportados por Próspero Farinacio, de los siglos XVI a XVII¹²⁷; Juan Escobar¹²⁸; el cardenal Francesco Màntica y Marco Antonio Savèlli de la Rota Criminal de Florencia y de la Romana, todos del siglo XVII¹²⁹.

En sede de Derecho Canónico y de la Iglesia, podían consultarse las obras completas de autores como Diego Covarrubias y Leiva, del siglo XVI¹³⁰, Juan Gutiérrez (XVI- XVII)¹³¹ o Agostinho Barbosa (primera mitad del XVII)¹³². También se encontraban los comentarios a las *Decretales* de Felino Sandeo, de los siglos XIV a XV¹³³; la presentación institucional iniciada por Roberto Lancellotti en el siglo XVI¹³⁴; el Derecho Canónico Práctico de Vítus Pichler (fines del XVII y comienzos del XVIII)¹³⁵ así como el muy divulgado *Cursus Iuris Canonici* de Pedro Murillo Velarde, de la primera mitad del XVIII¹³⁶. Del XVII datan las *Consultationes* de G. Pignatelli¹³⁷ y las más variadas materias canónicas abordadas en las *Controversias* de Juan B. Ciarlini¹³⁸. El arduo tema de las relaciones entre Iglesia y Estado estaba representado en el ámbito curialista por el obsecuente Juan B. Valenzuela Velásquez (siglos XVI- XVII)¹³⁹ al que acompañaban Surdo, del XVI¹⁴⁰, y el carmelita Martín de Torrecilla, del XVII¹⁴¹. Primaba, en cambio, el regalismo en obras tales como las de Giacomo Menochio del s. XVI, pero publicadas en el XVII; de Juan de Solórzano Pereira, que le valió estar en el *Index*; del obispo Gaspar de Villa-

¹²⁷ *Vid. ut supra.*

¹²⁸ Autor de *Tractatus IV selectissimi et absolutissimi. Primus de utroque foro; Secundus, de confessariis sollicitantibus; Tertius, de horis canonicis, et distributionibus quotidianis; Quartus, S. Rotae Romanae Decisiones recentiores*, Lyon: Hnos. Deville, 1637; Córdoba, S. de Cea Tesa, 1642.

¹²⁹ Los tres son referidos más arriba.

¹³⁰ *Vid. ut supra.*

¹³¹ *Vid. ut supra.*

¹³² *Vid. ut supra.*

¹³³ *Vid. ut supra.*

¹³⁴ *Vid. ut supra.*

¹³⁵ *Vid. ut supra.*

¹³⁶ *Vid. ut supra.*

¹³⁷ *Vid. ut supra.*

¹³⁸ *Vid. ut supra.*

¹³⁹ *Vid. ut supra.*

¹⁴⁰ *Vid. ut supra.*

¹⁴¹ Fue autor de *Consultas, alegatos, apologías y otros tratados, así regulares como de otras materias morales* (Madrid, 1694- 1701; otras ediciones: Madrid, 1702; 1705; 1753 en todas ellas en 6 vol.). De ello se hizo un *Compendio de la suma añadida del R. P. Fr. Martín de Torrecilla con addiciones del tomo de Propositiones condenadas, y del de Obispos y otras*, Madrid, Antonio Román, 1698, p. 838.

roel¹⁴², ambas del XVII, y las más cargadas de Jerónimo de Ceballos sobre recurso de fuerza y Francisco Salgado de Somoza sobre igual tema seguidas de *De Iure Patronatu*, intenso estudio del sardo Pedro Frasso¹⁴³.

No es abundante, como se ha adelantado más arriba, el contenido de obras de Derecho Romano propiamente tal, aunque referencia a ese ordenamiento es inevitable en cualquier estudio del antiguo régimen. De fines del XVI están los comentarios a las Instituciones de Johannes Borcholten¹⁴⁴, discípulo de Cujas y las disquisiciones impregnadas de humanismo jurídico de Diego Covarrubias y Leiva así como las de Juan Gutiérrez¹⁴⁵, seguidor de Alciato o las de García de Mastrillo, que lo era de Cujas, Doneau, etc. Grandes exponentes del humanismo jurídico fueron los salmanticenses Antonio Pichardo Vinuesa, Francisco Ramos del Manzano y Juan de Solórzano Pereira representados en la biblioteca. Hallábanse, también, las obras completas del también humanista jurídico André Tiraqueau¹⁴⁶. De índole práctica se encontraban el *Alphabetum* de Gil de Castejón¹⁴⁷ y los vocabularios y diccionarios de Antonio de Nebrija. Quizá por su carácter pedagógico, contaba Durán con las *Institutiones Iustiniani* explicadas por Arnoldo Vinnio¹⁴⁸.

La Real Hacienda generaba hondas preocupaciones a la corona, que se hallaba generalmente endeudada. Un asesor jurídico debía aconsejar corrientemente en este rubro. Los libros que le auxiliaban eran el *Gazofilacio* de Gaspar de Escalona y Agüero, de la primera mitad del XVII; los tratados sobre alcabalas de Ignacio Lassarte de fines del XVI¹⁴⁹ y de Juan Gutiérrez

¹⁴² Autor de *Gobierno eclesiástico-pacífico, y unión de los dos cuchillos Pontificio y Regio*, Madrid, Domingo García Morrás, 1656- 1657, en dos tomos. Una edición que circuló mucho fue la hecha en Madrid donde Antonio Marín en 1738.

¹⁴³ Todos estos autores están mencionados más arriba.

¹⁴⁴ *Vid. ut supra*.

¹⁴⁵ *Vid. ut supra*.

¹⁴⁶ *Opera Omnia* editada en Venecia donde Andrea Bochini en 1591.

¹⁴⁷ *Alphabetum juridicum canonicum, civile, theologicum, practicum, morale, atque politicum*, Madrid, García Infanzón, 1678; Lyon, Anisson & Posuel, 1730, ed. enmendada; Ginebra, Tournes, 1738; Lyon, Bruyset, 1738, todas en dos tomos.

¹⁴⁸ *D. Iustiniani Sacratissimi Principis Institutionvm, sive Elementorum Libri Quatuor, Notis perpetuis multo, quam hucusque dilligentius illustrati, Cura & Studio Arnoldi Vinnii I.C.* 1a. ed., Leiden, 1642; 2a. ed., Amsterdam, L. Elzevir, 1652. La primera edición española data de 1723 y fue corregida conforme a las directrices del *Index Libri Prohibitorum* de 1707.

¹⁴⁹ Autor de *De decima venditionis & permutationis quae Alcavala nuncupatur. Liber unus*, (Alcalá: J. Gracián, 1589; Madrid: Vda. de P. Madrigal, 1599 con Adiciones).

del XVII¹⁵⁰ y el relativo a contrabando de Pedro González de Salcedo también del XVII¹⁵¹. Encaminado fundamentalmente a la contabilidad de los oficiales reales resultaba de ayuda el escrito de Francisco Muñoz de Escobar, de 1603, *De ratiociniis administratorum*¹⁵², cuyas bien explicadas reglas causan hoy admiración en los entendidos. La situación peruana se hallaba de manifiesto en la obra recopilatoria que había ordenado hacer el virrey Melchor de Navarra Rocafull, duque de la Palata, al relator licenciado Tomás de Ballesteros: *Ordenanzas del Perú*, de que solo se publicó un tomo en 1685¹⁵³.

Un nutrido número de monografías completaba la librería de Durán. Fuera de las que ya se han mencionado en otros párrafos, en lo mercantil, tenía el tratado sobre quiebras de Diego de Bolero, del s. XVII y los ya citados *Labyrinthos* de Hevia Bolaños y de Francisco Salgado¹⁵⁴. Pero había más: en las obras de los jesuitas Pedro de Oñate¹⁵⁵ y Fernando Castro Palao¹⁵⁶ no solo se encontraba material ético de interés sino que, además, consideraciones económicas relativas a mercados y formación de precios que hoy causan admiración entre los estudiosos de estos temas.

Al área propiamente civil pertenece *De Contractibus* del ya dicho Pedro de Oñate. Sobre la evicción escribió Alfonso de Guzmán un importante trata-

¹⁵⁰ *Vid. ut supra.*

¹⁵¹ *Vid. ut supra.*

¹⁵² *De ratiociniis administratorum et aliis variis computationibus Tractatus praegnantissimus omnibus quidem ivri operam dantibus, tam in Theorica, quam in praxi perutilis & non minor Iudicibus quam Aduocatis valde necessarius*, Medina del Campo, C. Lasso Vaca y F. García, 1603, con múltiples ediciones: p. ej. entre muchas otras: Lerma, 1619; Palermo, 1620; Turín, 1627; Lyon, 1732; Lyon, 1733; Lyon, 1757.

¹⁵³ *Tomo Primero de las Ordenanzas del Peru. Dirigidas. Al Rey Nuestro Senor. En Su Real y Supremo Consejo de las Indias. Por manos del Exmo. Senor D. Melchor de Navarra y Rocafull, Cavallero del Orden de Alcantara, Duque de la Palata, Principe de Massa, de los Consejos de Estado y Guerra, Virrey Governador, y Capitan General de estos Reynos. Recogidas y Coordinadas. Por el Lic. D. Thomas de Ballesteros, Relator del Gobierno Superior, Real Acuerdo, Sala del Crimen, y Tribunal de Cuentas de este Reyno, y de la Santa Inquisicion, y Abogado de presos de sus Carceles Secretas y Alcalde Mayor de la casa de moneda de esta Ciudad, Lima, J. Contreras, 1685.*

¹⁵⁴ *Vid. ut supra.*

¹⁵⁵ *Vid. ut supra.*

¹⁵⁶ *Operis Moralis de Virtutibus et Vitiis Contrariis in variis Tractatibus et Disputationes Theologicas Distributi*, obra dividida en siete partes que constituyeron sendos volúmenes (1a. edición, Lyon, Du Four, 1631- 1635; 2a. edición, Lyon, Devenet, 1649; Lyon, Devenet, 1651- 1652; Lyon, Devenet, 1656; Lyon, Anisson & Possuel, 1700). Particular interés jurídico tienen la parte V, relativa a matrimonio y esponsales; la VI, sobre penas eclesiásticas y la VII, *De Iustitia et Iure* donde trató de los contratos.

do¹⁵⁷. Se inscribe en el XVII el de frutos de Matías de Lagúnez¹⁵⁸. La dote fue estudiada por Cappone de fines del XVI y los alimentos por Surdo también de aquella centuria. El derecho sucesorio contaba con los tratados sobre testamentos de dos personajes vinculados a las Filipinas: Fernando de Escaño, del XVII, que fue oidor en Manila y Pedro Murillo Velarde cuya *Práctica de Testamentos*, editada en Manila en 1755, alcanzó a incorporarse, si bien tardíamente, a la biblioteca. En el mismo ámbito debe situarse el tratado sobre mejoras de Andrés de Angulo¹⁵⁹. Las cláusulas instrumentales fueron estudiadas en un tratado de Pedro de Sigüenza, del XVII. En cuanto a vinculaciones, campeaban el relativo a mayorazgos de Luis de Molina y Morales, del XVI¹⁶⁰, el de capellanías y aniversarios de Ildefonso Pérez de Lara, de la primera mitad del XVII¹⁶¹ y el de Hermenegildo de Rojas, también del XVII.

Sin perjuicio de hallarse contenido de Derecho Penal distribuido en obras amplias como las de Covarrubias o Gutiérrez¹⁶², estudios más concretos se podían pesquisar en el tomo III de las *Variarum Resolutionum* de Antonio Gómez del XVI o en el *Tratado y Suma de todas las leyes penales* de Francisco de la Pradilla, del siglo XVII.

La referida biblioteca permitió a nuestro Durán sobresalir entre los abogados de su generación navegando con soltura y donaire en las procelosas aguas de un intenso ejercicio profesional. No es poco mérito.

¹⁵⁷ *Tractatus de Evictionibus in quo quæstionum practicarum utriusque fori ecclesiastici et sæcularis resolutiones omnemque ejusdem curiæ praxim cernere licet*, Madrid, Vda. de I. Martín, 1629; Lyon, J. A. Huguetan, 1676; Ginebra, Tournes, 1736).

¹⁵⁸ *Tractatus de fructibus: in quo selectiora iura ad rem fructuariam pertinentia expenduntur, difficilioraque referantur: opus è summis theoreticæ, et practicæ iurisprudentiæ penetralibus eductum, iure canonico, ciuili, regio, feudali ...*, Lyon, Anisson & Posuel, 1702; Ginebra, Hnos. Tournes, 1727; Lyon, Anisson & Posuel, 1756).

¹⁵⁹ *De Meliorationibus o Commentaria ad leges regias meliorationum titul. 6 libri 5 Compilationis*, Madrid, A. Gómez, 1585; otra, Madrid, L. Sanz, 1592, que es una glosa a las pertinentes disposiciones de la Nueva Recopilación. Es obra muy citada.

¹⁶⁰ *De Hispanorum Primogeniorum Origine ac Natura Libri Quatuor*, Madrid, 1573; Medina del Campo, 1587; Colonia, 1588; Lyon, 1588; Lyon 1601; Lyon, 1613; Lyon, 1672.

¹⁶¹ *Vid. ut supra.*

¹⁶² *Vid. ut supra.*

LA RELACIÓN ENTRE LA TAREA RECOPIADORA DE ENCINAS, LEÓN
PINELO Y PANIAGUA EN ALGUNOS TÍTULOS DE LA RECOPIACIÓN
DE LEYES DE INDIAS

THE RELATIONSHIP BETWEEN ENCINAS, PINELO AND PANIAGUA
IN SOME TITLES OF *DE RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS*

MERCEDES GALÁN LORDA
Universidad de Navarra (España)
mgalan@unav.es

Resumen: Esta aportación continúa el análisis de la tarea recopiladora de leyes de Indias, comparando las obras de Encinas, León Pinelo y Paniagua en dos títulos, relativos al derecho aplicable en Indias y al dominio y jurisdicción sobre éstas. Cada recopilador utilizó ampliamente la obra de su antecesor, mejorando la forma, pero con muy pocas novedades de fondo. La normativa aplicable, elaborada en España o Indias, requería el visto bueno del Consejo de Indias; se trató de asegurar el conocimiento de la ley; la custodia de la normativa en archivos; de evitar conflictos de jurisdicción; y de asegurar la permanencia de las Indias en la Corona castellana. En estas materias, la Recopilación de León Pinelo se inspiró en un 50% en el *Cedulario* de Encinas. En 1680, Paniagua utilizó ampliamente la obra de León Pinelo, inspiradora del 95,13% del primero de los títulos analizados y del 100% del segundo.

Palabras clave: recopilación, derecho indiano, Pinelo, Encinas, Paniagua, Sánchez Bella.

Abstract: This contribution continues the analysis of the collection of Spanish colonial law, concerning the law applicable in Spanish America and the domain and jurisdiction over it by comparing the works of Encinas, Leon Pinelo and Paniagua in two titles. Each compiler widely used the work of his predecessor, improving the format, but with very little new content. The applicable regulations, developed in Spain or America, required the approval of the Council of the Indies; trying to ensure the knowledge of the law; to guard the rules for archives; to avoid conflicts of jurisdiction; and to keep the colonies in the Spanish Crown. In these topics, Leon Pinelo's collection inspired 50% of Encinas *Cedulario*. In 1680, Paniagua used the work of Leon Pinelo widely, which inspired 95.13% of the first of the titles analyzed and 100% of the second.

Keywords: *Recopilacion*, Spanish colonial law, Pinelo, Encinas, Paniagua, Sánchez Bella.

Sumario: 1. Introducción. 2. El reflejo de la obra de Encinas en el título de *Patronato* de León Pinelo y de la Recopilación de 1680. 3. El libro segundo de la *Recopilación de las Indias* de León Pinelo y las Ordenanzas del Consejo. 4. El título *De las leyes, cédulas y ordenanças reales* en la obra de

León Pinelo y en 1680. 5. Paralelismos del título *De las leyes, cédulas y ordenanças reales* de León Pinelo con el *Cedulario* de Encinas. 6. El título *Del derecho de la corona y jurisdiccion real de las indias*. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Cuando, con motivo del Quinto Centenario del descubrimiento del Nuevo Mundo, el profesor Ismael Sánchez Bella presentó la Recopilación de leyes de Indias elaborada por Antonio de León Pinelo en 1636, advertía que las notas aportadas por León Pinelo en su recopilación aclaraban la génesis de muchas leyes y, en general, el proceso de elaboración de la Recopilación oficial de 1680¹.

En el *Estudio preliminar* que acompaña la edición del texto, Sánchez Bella recuerda las referencias de Guillermo Lohman y Juan Manzano al relevante papel del *Cedulario de Encinas* en el proceso recopilador, ya que tanto Juan de Solórzano como Antonio de León Pinelo conocieron y utilizaron ampliamente la obra de Encinas. Es más, respecto a Solórzano afirmaba Manzano: “Al no poder disponer de los registros cedularios del Consejo, el autor tiene necesidad de aprovechar hasta el máximo los textos recogidos por el oficial Encinas en su completa labor de revisión de esos Libros-Registros”. En relación con el conocimiento que tenía Pinelo de la obra de Encinas, sostiene Sánchez Bella que “la conocía al dedillo y en su Recopilación dará cita puntual de sus páginas en la data de innumerables leyes”, hasta el punto de que sin la obra de Encinas “no se comprendería la rápida ejecución de su obra”, siendo en muchas de las leyes recopiladas por Pinelo la única fuente que se menciona, aunque es probable que Pinelo no conociese el nombre del autor de la colección, al que nunca cita².

Tanto Manzano como Sánchez Bella aluden a los cinco defectos que apreciaba Pinelo en la obra de Encinas: errores de imprenta, la falta de orden que dificultaba la localización de las leyes, el recoger íntegras las cédulas con *pie y cabeza*, la escasez de ejemplares y su carestía, y la omisión de cédulas antiguas y de todas las posteriores a 1596³.

¹ ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *Recopilación de las Indias por Antonio de León Pinelo. Edición y Estudio preliminar*, t. 1, México, Miguel Ángel Porrúa-Grupo Editorial, 1992, pp. 17-64.

² SÁNCHEZ BELLA, *op. cit.*, t. 1, pp. 19 y 31; JUAN MANZANO Y MANZANO, *Historia de las Recopilaciones de las Indias*, tomo I, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1991, pp. 342-358.

³ SÁNCHEZ BELLA, *op. cit.*, t. 1, p. 19; MANZANO, *op. cit.*, t. I, pp. 342-343.

A pesar de ello, es rotundo Sánchez Bella al afirmar que “sólo la existencia de la obra de Encinas (...) permitió a ambos juristas abordar inicialmente la tarea recopiladora”, aunque reunieran por su cuenta cédulas sueltas, refiriéndose a Solórzano y León Pinelo. También estos incurrieron, como es natural en toda obra humana, en posibles defectos o negligencias: Muro Orejón hacía referencia a cinco Libros-Registros que se conservan en el Archivo General de Indias y que Pinelo daba por perdidos⁴.

León Pinelo, que se había comprometido en septiembre de 1634 a terminar la recopilación en un año y presentar un cuaderno con las dudas que se le planteasen, presentó su obra el 20 de octubre de 1635 acompañada de más de 800 dudas a resolver. Solórzano dedicó siete meses a la revisión del texto y a resolver las dudas, remitiendo algo más de un centenar, por ser más graves, al Consejo. Allí acudió Pinelo a hacer relación de ellas⁵.

Esta aportación continúa la comparativa de la obra recopiladora de Encinas, León Pinelo y Paniagua, iniciada con el título de *Patronato*. El objetivo es la revisión crítica de la labor recopiladora realizada a lo largo del siglo XVII, siguiendo el planteamiento de mi maestro, el profesor Sánchez Bella, que consideraba interesante determinar los errores en que podrían haber incurrido en su recopilación tanto León Pinelo en 1635-36 como Paniagua en 1680⁶.

Se atiende ahora a los dos primeros títulos del libro segundo de la Recopilación de León Pinelo, dedicados a las leyes, cédulas y ordenanzas reales, el primero, y al derecho de la Corona y jurisdicción real de las Indias, el segundo.

Esta comparativa permitirá conocer mejor el proceso de integración de las Indias en la Corona de Castilla a través del derecho. En el marco del estudio de los procesos de integración territorial, conocer qué nuevas leyes se hicieron, en qué medida se trasladó el derecho castellano, o se permitió la aplicación del derecho indígena, es de vital importancia para poder definir un modelo de integración⁷.

⁴ SÁNCHEZ BELLA, *op. cit.*, t. 1, pp. 19-34.

⁵ SÁNCHEZ BELLA, *op. cit.*, t. 1, pp. 23-36.

⁶ MERCEDES GALÁN LORDA, “Hacia una valoración crítica de las Recopilaciones de Indias de 1635 y 1680 (El título de *Patronato* de León Pinelo)”, *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, II, Córdoba, Diputación de Córdoba. Universidad de Córdoba, 2005, pp. 1413-1433.

⁷ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación ministerial DER2012-39334: “La integración de territorios en nuevas entidades políticas y sus consecuencias en las instituciones administrativas”. Al estudiar diversas formas de integración de territorios, el modelo indiano es de gran interés por tratarse de una incorporación accesoria de provincias a las que se trasladó el modelo castellano, aunque la realidad impuso la creación

2. El reflejo de la obra de Encinas en el título de *Patronato de León Pinelo* y de la *Recopilación de 1680*

García-Gallo destacó el trabajo de Diego de Encinas, prolongado a lo largo de catorce años: desde 1581, fecha en que recibió el encargo de elaborar una recopilación de leyes para servicio del Consejo, hasta diciembre de 1595. Encinas hizo una selección de 2.472 disposiciones, que transcribió literalmente, dividiendo en ocasiones algunas en varios capítulos, pero con fidelidad a la letra del texto.

El Consejo hizo una tirada de 48 ejemplares, constando la obra de cuatro volúmenes en los que no se cita el nombre de Encinas⁸.

León Pinelo, como ya se ha indicado, utilizó ampliamente la obra de Encinas. Guió su labor recopiladora por los diez preceptos “de recopilar” señalados por Justiniano, tal como él mismo destacó en su *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales*⁹. Estos diez preceptos disponen suprimir las “prefaciones”; evitar las reiteraciones, poniendo la cédula más amplia y citando las demás al margen; evitar contradicciones; no incluir leyes en desuso; aclarar lo que fuese preciso sin alterar el sentido de la ley; eliminar cláusulas superfluas; unificar estilos: en la referencia a la persona real propone el *Nos*, en el destinatario la tercera persona (por ejemplo: *ni se admita*), y las datas al margen; consignar las fuentes utilizadas; distribuir las leyes ya formadas en títulos y libros; y formar con todo el material un *Cuerpo de Derecho* (que propone adornar con una breve relación del descubrimiento de las Indias y de los orígenes del Consejo de Indias, con mención de las once Audiencias y dos virreynatos, con un mapa de América que describiese los límites de las once Audiencias, una tabla de materias, un diccionario de términos propios de Indias, y otra tabla de oficios, beneficios y presidios de las Indias).

Al cotejar el título de *Patronato* en las obras de Encinas, León Pinelo y Paniagua, se apreció que León Pinelo se inspiró en tres quintas partes de su

nuevas normas para un continente nuevo con necesidades propias, así como el reconocimiento de la costumbre indígena.

⁸ ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Cedulario de Encinas*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1990.

⁹ JOSÉ TORIBIO MEDINA, *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales que en su Real Consejo presenta el Licenciado Antonio de León*, Santiago de Chile, Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 1956, pp. 139-176.

contenido en la obra de Encinas: de las 50 leyes que lo componen, 29 tienen correspondencia en el *Cedulario*. En 10 de ellas la parte dispositiva es literal, aunque León Pinelo suprime exposiciones de motivos, alguna palabra innecesaria, modifica la rúbrica, añade nuevas datas, remite a las *Cédulas impresas*, utiliza el plural mayestático (*Nos*) para referirse al rey, y emplea la tercera persona para los destinatarios.

León Pinelo, crítico con el *Cedulario* en algunos aspectos, también incurre en alguno de los defectos que acusa: se advierten, por ejemplo, reiteraciones.

Entre el texto de 1596 y el de 1636 hay algunos cambios de contenido: la revocación del poder otorgado a las autoridades indianas para erección de lugares píos y presentaciones para beneficios en nombre del rey, reservándolos exclusivamente al rey; la alteración del orden de preferencias para ocupar doctrinas y beneficios; y el que los preladados no propusiesen sólo dos candidatos para oficios eclesiásticos y doctrineros, sino una terna.

Cabe destacar que en la obra de León Pinelo se generalizan disposiciones que en el *Cedulario* se dirigen en particular a una provincia o destinatario concreto (lo que sucede en once leyes).

Lógicamente, las leyes posteriores a 1596 no pudieron inspirarse en el *Cedulario* (en materia de patronato son doce)¹⁰.

3. El libro segundo de la *Recopilación de las Indias* de León Pinelo y las Ordenanzas del Consejo

El libro segundo de la *Recopilación de las Indias* de Pinelo se dedica a la Casa de la Contratación, faltando todo lo referente al Consejo de Indias, aunque hay referencias al Consejo y en 1658 León Pinelo incluyó en este libro todo lo relativo a él¹¹.

Son particularmente interesantes para nuestro objetivo las referencias en las datas de las leyes al volumen y página de las *Cédulas impresas*, que son la remisión a la obra de Encinas, aunque también haya referencias a los Libros-Registros del Consejo de Indias, a “Don Phelipe III en esta Recopilación” o a “Don Phelipe”, así como al *Cedulario* de Vasco de Puga.

¹⁰ MERCEDES GALÁN LORDA, *op. cit.* “Hacia una valoración crítica de las Recopilaciones de Indias de 1635 y 1680 (El título de *Patronato* de León Pinelo)”, *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Córdoba, Diputación de Córdoba y Universidad de Córdoba, 2008, pp. 1413-1433.

¹¹ SÁNCHEZ BELLA, *op. cit.*, t. 1, p. 28.

León Pinelo, en las anotaciones a las leyes, expresa en ocasiones su conocimiento de la realidad indiana, así como su criterio propio. No hay que olvidar que se trataba de un criollo: nacido en Valladolid, se trasladó a Lima con su familia a los catorce años de edad. Su forma de trabajar puede considerarse un antecedente de la tarea codificadora, ya que, aunque respeta escrupulosamente los textos legales, puso de manifiesto que reducía las cédulas a su parte dispositiva y, como se ha mencionado, consideraba un error en la colección de *Cédulas impresas* incluir las cédulas con *pie y cabeza*. Sánchez Bella apunta al respecto que habría que comprobar hasta qué punto fue fiel León Pinelo a la literalidad de la parte dispositiva de las cédulas, ya que hay constancia de que añade o suprime párrafos, hace una nueva redacción, extrae varias leyes de una cédula o refunde varias cédulas en una¹².

En relación con este libro segundo de la Recopilación, resulta especialmente llamativo que no se incluyan las Ordenanzas del Consejo. Si el título del *Patronato* fue uno de los cuatro promulgados del *Proyecto de Código de Ovando* sin esperar a la conclusión de la obra, en 1574, otro de ellos fue el relativo a las *Ordenanzas del Consejo*, promulgado además el primero de los cuatro, en 1571. Los otros dos títulos del proyecto ovandino, promulgados en 1573, fueron el de *Descubrimientos y Poblaciones* y el título de *Descripciones*.

Si el *Patronato* es un tema relevante entre los asuntos de la gobernación espiritual de las Indias, el funcionamiento del Consejo de Indias era básico para la gobernación temporal.

Señala Manzano que los títulos publicados de forma previa, desglosados de sus respectivos libros, debían depositarse en el archivo del Consejo, sacando copias manuscritas para enviarlas a las autoridades indianas (virreyes y Audiencias) o a quien estuviera interesado, de forma que permanecían manuscritos hasta la edición completa del libro al que correspondían. Por esta razón, y así está expresado en las cláusulas finales de las referidas ordenanzas, que disponen que estos títulos se incorporen a la recopilación para ser impresos y publicados con las demás leyes, no considera posible la existencia de una edición de las Ordenanzas del Consejo en 1571. La primera edición documentada de las Ordenanzas del Consejo de Indias es la de Madrid de 1585; la segunda vio la luz en Valladolid en 1603¹³.

Las Ordenanzas del Consejo de Indias de 1571 constituyen un conjunto de 122 capítulos, cuyo contenido ya sintetizó Schäfer: disponían que el Con-

¹² SÁNCHEZ BELLA, *op. cit.*, t. 1, pp. 38-41.

¹³ MANZANO, *op. cit.*, t. I, pp. 182-201.

sejo estuviese compuesto por un presidente, ocho consejeros togados y un fiscal; eran funcionarios un secretario, dos escribanos de cámara (de gobernación y de justicia), dos relatores, un abogado de pobres, un solicitador de pobres, un solicitador fiscal, varios porteros, dos contadores, un receptor de penas de cámara, canciller, alguacil, y cosmógrafo-cronista. Su competencia abarcaba toda la gobernación y justicia colonial, y todas las autoridades debían obedecer sus disposiciones. Debía ocuparse de que hubiese descripciones exactas de las Indias. Se señalaba como fundamento de la colonización la labor evangelizadora, conversión, conservación y buen tratamiento de los indios. A continuación, se detallan las tareas del Consejo, sus deberes de secreto, de estudio de los antecedentes, de puntualidad y rapidez, y se regula su funcionamiento en general. Las ordenanzas dedican atención a cada grupo de empleados o funcionarios del Consejo¹⁴.

Diego de Encinas incluyó en su obra prácticamente la totalidad de las Ordenanzas del Consejo de 1571, aunque en distintos lugares y a veces extractadas. León Pinelo afirmaba, en el preámbulo de las que fueron terceras Ordenanzas del Consejo de 1 de agosto de 1636, que habían tenido a bien mandar que se publicasen mientras terminaba de censurarse y promulgarse la recopilación, si bien debían incorporarse a ésta en el lugar más conveniente. En 1658, tanto León Pinelo como el Consejo, hicieron referencia al hecho de que las Ordenanzas que se observaban en el Consejo habían salido de las que estaban recopiladas en 1636¹⁵.

Sin embargo, las Ordenanzas del Consejo no aparecen en el manuscrito de la recopilación pineliana del Archivo del Duque del Infantado, hallado por el profesor Sánchez Bella.

Cuando León Pinelo diseñó la estructura de su recopilación, la mayor parte de los 20 títulos del libro II de su proyecto se referían al Consejo de Indias. En los *Sumarios* de 1628 también se incluían 11 títulos relativos al Consejo en el libro II. En el *Memorial* de 1658, en el que informaba sobre su obra, concretaba que el libro segundo se refería al Consejo y a la Casa de Contratación. Sánchez Bella no duda que León Pinelo fue el autor de las Ordenanzas del Consejo de 1636: fueron enviadas al rey el 5 de octubre de 1635 y el monarca las aprobó con enmiendas el 1º de agosto de 1636, disponiendo

¹⁴ MANZANO, *op. cit.*, t. I, pp. 186-189. ERNESTO SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1935, pp. 133-136. Schäfer describe las primeras Ordenanzas de 1542-43, las de 1571, y las que denomina "terceras Ordenanzas de 1636".

¹⁵ MANZANO, *op. cit.*, t. I, p. 200. SÁNCHEZ BELLA, *op. cit.*, t. 1, pp. 41-42.

que en tanto no se publicase la Recopilación se depositasen en el archivo del Consejo para después hacerlas imprimir e incorporar a la Recopilación. Mientras no llegaba la aprobación real con las enmiendas, Pinelo habría dejado fuera de su Recopilación las Ordenanzas del Consejo y las de la Junta de Guerra¹⁶.

Respecto al texto de las Ordenanzas del Consejo de Indias de 1571, que comprendían 122 capítulos, las de 1636 comprenden 245. El incremento de leyes afecta a las secretarías del Consejo y a la contaduría de Indias, materias que fueron objeto de mayor atención¹⁷.

La Junta “de los tres juanes” (Solórzano, Palafox, y Santelizes) revisó la obra de León Pinelo sin modificarla. Palafox apreciaba la obra hasta el punto de enviar cuatro mil ducados par ayudar a la impresión y se ofreció a editarla en Puebla. Además, se hizo con una copia del texto, que utilizó en México como fuente de las cinco Ordenanzas que elaboró para los Tribunales de México hacia 1646, aunque no llegaron a aplicarse.

Mientras la recopilación no se aprobaba, León Pinelo continuó revisando los Libros-Registros para actualizarla. Aunque en 1658 consiguió la plaza de Cronista Mayor de Indias, murió en julio de 1660 sin ver impresa su obra¹⁸.

Por lo que respecta a las Ordenanzas del Consejo de Indias, en el reinado de Carlos IV trataron de actualizarse las de 1636, constituyéndose una Junta compuesta por consejeros de Indias. Esta Junta, a lo largo de treinta y dos sesiones celebradas entre octubre de 1791 y junio de 1802, propuso modificaciones a las ordenanzas de 1636. Aunque las nuevas ordenanzas no llegaron a promulgarse, un informe inédito de Manuel José de Ayala, dado a conocer por Rafael García Pérez, describe el trabajo de la referida Junta. Las Ordenanzas del Consejo que se recogen en el libro II de la Recopilación oficial de 1680 son las elaboradas por León Pinelo en 1636¹⁹.

El funcionamiento del Consejo de Indias es bien conocido gracias a los trabajos de Schäfer y García Pérez²⁰.

Aunque León Pinelo dejó fuera del libro segundo de su Recopilación las Ordenanzas del Consejo de Indias en tanto no se aprobase la totalidad de la

¹⁶ SÁNCHEZ BELLA, *op. cit.*, t. 1, pp. 44-46.

¹⁷ RAFAEL GARCÍA PÉREZ, “Las nonatas ordenanzas del Consejo de Indias de Carlos IV”, *Anuario de Estudios Americanos*, vol. 56, n^o 2, 1999, pp. 651-672.

¹⁸ SÁNCHEZ BELLA, *op. cit.*, t. 1, pp. 46-58.

¹⁹ GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*

²⁰ ERNST SCHÄFER, *op. cit.* RAFAEL GARCÍA PÉREZ, *El Consejo de Indias durante los reinados de Carlos III y Carlos IV*, Pamplona, Eunsa, 1998.

obra, atendemos a los dos primeros títulos de este libro para continuar la comparativa de la labor recopiladora de Encinas, León Pinelo y Paniagua.

Un primer cotejo entre la tarea recopiladora de León Pinelo y Jiménez Paniagua se hizo con objeto de presentar resultados en primicia en el IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Madrid en 1990²¹.

En lo que afecta al libro que nos ocupa, el segundo de la obra de León Pinelo, trata en su mayor parte de la Casa de Contratación de Sevilla y se corresponde con el libro noveno de la Recopilación de 1680.

Sin embargo, de los 16 títulos que lo componen, los dos primeros, bajo los epígrafes “De las leyes, cédulas y ordenanças reales” y “Del derecho de la Corona y jurisdicción real de las Indias”, tienen su correspondencia con el título 1 del libro II y el título 1 del libro III, respectivamente, de la Recopilación de 1680.

Los otros 14 títulos se corresponden con los 14 primeros títulos del libro IX de 1680 y se refieren a la Casa de Contratación y sus oficiales, Universidad de Cargadores de Sevilla, avería, contaduría, compradores de plata y extranjeros que pasan a Indias.

De las 715 leyes del libro segundo de León Pinelo pasan a la Recopilación de 1680 un total de 628, lo que supone que casi el 88% (un 87,8%) de este libro pasó a la recopilación oficial.

Por lo que respecta a los dos títulos mencionados, hay una gran similitud entre el título segundo de León Pinelo y el título 1 del libro III de 1680, que parece tomado íntegramente de aquél.

Lo más destacable en el manuscrito del segundo libro de la obra de León Pinelo es la gran cantidad de notas del autor que fueron tenidas en cuenta por los recopiladores de 1680: un total de 19 notas, de las que dos aparecen en los títulos que consideramos. La primera de ellas acompaña a la ley 38 del título primero: señala Pinelo que subraya lo que ha añadido y que, tal como la recoge, la ley puede quedar como perpetua, por considerarlo conveniente. La ley hace referencia a que en Perú se guarden las ordenanzas del virrey Francisco de Toledo y añade Pinelo: “todo que no estuviere derogado por leyes desta Recopilación o por ordenanças confirmadas por nos o por los reyes nuestros antecesores”, lo que supone que se observarán las ordenanzas del

²¹ El profesor Sánchez Bella cotejó los libros 5, 6 y 7; Joaquín Salcedo los libros 8 y 9; y Galán Lorda los cuatro primeros: MERCEDES GALÁN LORDA, “Cotejo de los cuatro primeros libros de la Recopilación de León Pinelo con los de 1680”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, vol. I, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1991, pp. 65-85.

virrey Toledo en el Perú, siempre que no estuviese derogado su contenido por la Recopilación de leyes de Indias o por ordenanzas confirmadas por el rey. Al pasar esta ley a la Recopilación de 1680 (2,1,37) se incluye lo añadido por León Pinelo.

La segunda nota acompaña a la ley 9 del título segundo. Tiene su correspondencia en 3,1,2 de 1680, texto en el que también se tiene en cuenta la nota de León Pinelo: “La cedula 95 de que esta ley se saca proibe el dar auxilio a los alcaldes de México y asi se pone la clausula rayada por no aparecer conveniente ni conforme al yntento de la cedula que sto se proiba en todas las ciudades”.

La ley prohíbe a los alcaldes ordinarios de las ciudades donde resida Audiencia impartir el auxilio invocado por jueces eclesiásticos contra los indios y otros. León Pinelo introduce los términos “donde residieren”, de forma que la ley sólo será aplicable en las ciudades en las que residiese Audiencia. Tal y como lo propuso León Pinelo, el texto se recoge en la Recopilación de 1680, que incluye estos términos incluso en el epígrafe de la ley.

Como observación general, en 1680 se tiende a simplificar la redacción del texto respecto a 1636, eliminando algunas exposiciones de motivos (aunque de forma excepcional, a veces, se añade alguna) y suelen sustituirse algunos términos por otros sinónimos. También se omiten algunas remisiones a leyes concretas que hace el Licenciado León en su texto.

En 1680 se evita hacer referencia a salarios concretos de los oficiales, a sus horas de trabajo, o a la cuantía de la avería, sustituyéndolos por referencias genéricas a “lo acostumbrado”, por ejemplo. Sin embargo, sí suelen mantenerse en la Recopilación de 1680 los mismos salarios que figuran en el texto de León Pinelo cuando se trata del prior y los cónsules del Consulado de Sevilla.

Es frecuente que en 1680 se unifiquen dos o más leyes del texto de León Pinelo. Esto sucede también en los dos títulos que consideramos, destacando la unificación de las cuatro primeras leyes del título segundo, relativas al dominio y jurisdicción real de las Indias, en una (la ley primera, título 1 del libro III de 1680). La ley de 1680 dispone que ningún lugar de las Indias se enajene ni aparte de la Corona, de forma general, mientras que en el texto de León Pinelo tres leyes distintas determinan lo mismo para Nueva España, la provincia de Tlaxcala y La Española, respectivamente.

Un cambio relevante en las leyes de estos dos títulos, en cuanto afecta al contenido, es el que se introduce en 3,1,1 de 1680, correspondiente a 2,2,1 de León Pinelo: en relación con los justos títulos que legitimaban la incorpora-

ción de las Indias a la Corona de Castilla, León Pinelo menciona simplemente la bula de donación, mientras que en 1680 junto a la bula se hace referencia a “otros justos y legítimos títulos”²².

Esta alusión, aunque breve, tiene un trasfondo relevante, puesto que supone el reconocimiento explícito de otros títulos que, aunque no se expresen, se plantearon con motivo de la polémica en torno a los justos títulos, en particular por Francisco de Vitoria.

4. El título *De las leyes, cedulas y ordenanças reales* en la obra de León Pinelo y en 1680

Se trata del primer título del libro segundo de León Pinelo, compuesto por 46 leyes. De las 46 leyes, 41 pasan a la Recopilación de 1680, unificándose leyes en tres ocasiones. En el texto de 1680 este título cuenta con 41 leyes, de las que sólo 2 no tienen correspondencia en la obra de León Pinelo. Hemos encontrado correspondencia a 3 leyes más de este título de 1680 respecto al cotejo realizado inicialmente (leyes 12, 21 y 29).

El título de León Pinelo comienza con la ley que ordena guardar las leyes de la Recopilación y dispone que las anteriores a ella no se guarden ni ejecuten, dándolas por suspendidas y revocadas, ya que en la Recopilación se han puesto las importantes de cada materia. Se han dejado de poner las revocadas o las no convenientes. Sin embargo, si alguna de las leyes omitidas se considera necesaria, los gobernadores de las provincias deberán informar al Consejo de Indias para que se añadan en cuaderno aparte junto con las nuevas que se fuesen haciendo.

Esto no se extiende a las ordenanzas y leyes municipales de cada ciudad, que quedarán en vigor, siendo confirmadas por las Audiencias mientras no las vea el Consejo de Indias para aprobarlas o revocarlas.

En lo que no estuviese decidido por las leyes de la Recopilación se guardarán las *Partidas* y la recopilación de Castilla.

Esta ley, con correspondencia en la ley primera de 1680 (2,1,1), se introdujo nueva por León Pinelo, como puede deducirse de la data: “Don Felipe IIII en la ordenacion desta Recopilacion”.

Otras leyes disponen que todos los ministros y oficiales guardarán las leyes y tendrán en su poder esta recopilación (ley 2); en lo no previsto en la

²² GALÁN LORDA, “Cotejo”, cit., pp. 68-75.

recopilación y disposiciones posteriores, se guardarán las leyes de Castilla conforme a las de Toro (ley 3); y se guardarán en Indias las leyes de minas de estos reinos que fuesen a propósito, enviando relación de las que no se cumplan, indicando la causa (ley 4).

Varias leyes se dedican a recordar que se respetarán las leyes de los indios, que las disposiciones a aplicar deben haber pasado por el Consejo de Indias y la ejecución de las normas: no se ejecutarán en Indias las pragmáticas de estos reinos sin pasar por el Consejo de Indias (ley 5); se guardarán las leyes que los indios tenían para su gobierno no opuestas a la religión, así como las nuevas que hiciesen con tal de que se pueda añadir lo que se estime conveniente no perjudicando sus buenas costumbres y estatutos (ley 6); se ejecutarán las leyes de la recopilación favorables a los indios sin embargo de apelación (ley 7); se guardarán en Indias las ordenanzas hechas para la Casa de Contratación de Sevilla (ley 8); se ordena a las Audiencias de Indias poner el encabezamiento con todos los títulos del rey en todas las provisiones y títulos que se despachen (ley 9); al ser recibidos los virreyes, presidentes, oidores, gobernadores y demás ministros reales, jurarán obedecer las cédulas y provisiones, aunque podrán suplicar lo que convenga, suspendiendo su ejecución sólo en caso de negocio de importancia, si se produjese escándalo o daño irreparable (ley 10, de 1528); todos los ministros reales en Indias ejecutarán las cédulas y provisiones, y si hubiese inconveniente avisarán después de haberlas ejecutado (ley 11, de 1621 y 1622), lo que contradice parcialmente la anterior; se ejecutarán las cédulas reales en Indias sin embargo de suplicación, salvo que en negocio de calidad conllevasen escándalo o daño irreparable, caso en el que se permite sobreseer su cumplimiento (ley 12, más conforme a la ley 10 que a la 11: se basa en lo dispuesto en 1528 y se confirma en 1622); las Audiencias se abstendrán de representar inconvenientes en la ejecución de cédulas de derecho (ley 13); ningún ministro de las Indias derogará orden del rey, salvo si en su ejecución hubiese notable peligro y riesgo, dando primero cuenta de los inconvenientes para que se provea lo que convenga (ley 14, coincidente en parte con las leyes 10 y 12, aunque dispone dar cuenta previamente para que se provea, datada en 1626); lo ordenado de nuevo se ejecutará poco a poco y no todo a la vez, conforme a la prudencia de los ministros (ley 15); no se cumplirán las cédulas reales no señaladas por el Consejo de Indias (ley 16); no se cumplirá en Indias cédula ni despacho no pasado por el Consejo (ley 17: recoge datas posteriores a la de la ley 16).

Otras disposiciones tratan de evitar la intromisión de otros Consejos en Indias, el que el virrey se arroge voto de calidad, que los gobernadores que

sustituyen a las Audiencias no cumplan las cédulas dirigidas a éstas, o que alguno de los ministros asuma funciones que no le corresponden: virreyes, Audiencias y gobernadores avisarán de lo que otros Consejos les escriban (ley 18); no se cumplirán las cédulas en que haya engaño, aunque se obedezcan (ley 19); para la ejecución de leyes y cédulas se atenderá a lo que vote la mayoría de los que se hallen en la audiencia, advirtiendo que el virrey o presidente tiene un voto como los demás (ley 20); el virrey que entre cumplirá las cédulas que se hubiesen dado para su antecesor (ley 21); cuando se quite Audiencia y se nombre gobernador, éste cumplirá las cédulas y provisiones dadas para la Audiencia como si fuesen para él, porque así conviene al buen gobierno de las provincias (ley 22); como algunas leyes se dirigen a los presidentes de las Audiencias y son simultáneamente gobernadores, se entenderán conforme a la materia que dispongan, sin que atribuyan más jurisdicción que la que les corresponde conforme a su título (ley 23); aunque las cédulas vayan dirigidas a presidentes y oidores, los virreyes conocerán de las cosas de gobierno y los alcaldes del crimen de las causas criminales, salvo que las cédulas dispongan lo contrario (ley 24); los virreyes y alcaldes del crimen de Lima y México ejecutarán las cédulas y provisiones dadas para que los casados que residen en Indias sin sus mujeres y los que hubiesen pasado sin licencia sean expulsados, sin que se entrometan los oidores de las Audiencias (ley 25).

También trata de evitarse perjudicar derechos anteriores o más antiguos: las cédulas en que se manda que se haga justicia no alterarán el conocimiento de las causas (ley 26); los ministros de justicia velarán porque las cosas vuelvan al estado en que estaban cuando la relación no fuese cierta ni el agravio verdadero (ley 27); los virreyes, Audiencias y gobernadores harán con las personas que lleven cédulas de recomendación lo que consideren adecuado a su calidad (ley 28); las cédulas dadas haciendo merced de repartimientos no perjudicarán los derechos de los más antiguos o beneméritos, siendo raras las veces en que se manda preferir a todos los demás (ley 29); las mercedes sobre indios vacos se cumplirán también en los que sean objeto de litigio cuando las sentencias los dieren por vacos (ley 30).

Se dispone que las Audiencias acusen recibo de las disposiciones y que lleven distintos libros-registro: las Audiencias responderán cuando reciban cédulas o provisiones, y asentarán la presentación y obediencia (ley 31); cada Audiencia registrará en un libro las cédulas dirigidas a presidente y oidores, y en otro las dirigidas a ministros y oficiales (ley 32); las cédulas y provisiones tocantes a la hacienda se recogerán en libros aparte (ley 33); se hará sacar copia de las cédulas y provisiones que tocan a toda la tierra para darlas a

ciudades, villas y lugares, pagando éstos al escribano que las sacare (ley 34); las cédulas dadas para las provincias, en lo que toca a lo secular se asentarán y escribirán en los libros de los Cabildos de las ciudades que sean cabeza de dichas provincias, y en lo eclesiástico en los libros de los Cabildos de las catedrales, quedando todas autorizadas públicamente (ley 35); de las ordenanzas que se envíen a los tribunales de cuentas se guardarán los originales en los archivos de las Audiencias y se dará copia autorizada a los contadores (ley 36); provisiones y cédulas reales estarán juntas en el arca del Cabildo de la ciudad, quedando fuera un inventario de ellas, y si alguna no se encuentra se pedirá copia (ley 37).

Por último, se hace referencia a la labor normativa de virreyes y Audiencias: que en el Perú se guarden las ordenanzas del virrey don Francisco de Toledo, avisando de lo que se estima deba ser enmendado para que provea el Consejo de Indias. En esta ley, León Pinelo advierte en nota que añade la salvedad de que se observe de las ordenanzas del virrey Toledo lo que no esté derogado por las leyes de esta recopilación o por ordenanzas reales (ley 38).

Se dispone también que en las provincias de Soconusco, Capotitlan y Verapaz se observen las 46 ordenanzas de 5 de abril de 1625, hechas por un oidor comisionado por la Audiencia de Guatemala y vistas por el Consejo de Indias, avisando a éste para que provea si hay algún inconveniente (ley 39); que las ordenanzas de Guatemala se guarden en Chiapa y su provincia (ley 40); que las Audiencias de Indias puedan mandar ejecutar las ordenanzas hechas para las provincias que les están sujetas en tanto llega la confirmación regia (ley 41); que se guarden las ordenanzas que hagan los pueblos y aprueben las audiencias por dos años mientras se presentan ante el Consejo de Indias (ley 42); que las ordenanzas hechas por la ciudades de Indias para su gobierno y confirmadas por el rey o el virrey, así como las ordenanzas virreinales, se cumplan y ejecuten aunque se apele de ellas hasta que la Audiencia determine en revista lo que se deba hacer (ley 43); que virreyes, Audiencias, prelados y cabildos envíen al Consejo de Indias las ordenanzas y autos de gobierno que fuesen haciendo (ley 44); que se envíen al Consejo las ordenanzas hechas por virreyes, presidentes y Audiencias para el beneficio y conservación de los indios (ley 45); y que el escribano de gobernación de cada provincia lea al gobernador y su teniente, al principio del año, las disposiciones que se diesen para que las guarden y, una vez hecho, lo asienten y pongan auto que haga fe (ley 46).

En definitiva, este título declara la vigencia de la Recopilación; dispone que las leyes que llegan a Indias deben haber pasado por el Consejo de Indias;

se acatarán las leyes y sólo podrá suspenderse su ejecución en casos graves de escándalo o daño irreparable, aunque en todo caso se consultará; será supletorio el derecho castellano; se llevarán libros-registro y se guardarán en archivo los originales de las disposiciones; y las autoridades indianas podrán elaborar ordenanzas, que también el Consejo de Indias debe aprobar.

Como ya se ha mencionado, 41 de estas 46 leyes se recogen en la Recopilación de 1680, unificándose algunas de ellas.

Es el caso de las leyes 10, 11 y 12, cuya similitud ya se ha advertido, disponiéndose en 1680 que, al ser recibidos los virreyes, presidentes, oidores, gobernadores y demás ministros reales, jurarán obedecer las cédulas reales, aunque podrán suplicar lo que convenga y suspender su ejecución sólo en caso de negocio de importancia si se siguiera escándalo o daño irreparable. La ley 14 de León Pinelo coincide parcialmente con éstas, aunque se basa en una disposición posterior (datada en 1626) que ordena a las autoridades indianas dar cuenta de los inconvenientes, antes de suspender la ejecución de las normas, para que se provea lo que convenga.

También se unifican las leyes 26 y 27, disponiéndose en 1680 que cuando se despachen cédulas que advierten a los ministros deshacer los agravios hechos a las partes, si la relación no fuese cierta ni el agravio verdadero, dejarán las cosas en el estado en que estaban e informarán de lo que conviene; y en las cédulas ordinarias que incitan a que se haga justicia a las partes, no se mudará la jurisdicción ni el estado de la causa. Lo dispuesto en 2,1,16 de 1680 coincide plenamente con el contenido de las mencionadas leyes 26 y 27.

Sucede algo similar con las leyes 41 y 42, unificadas en 2,1,32 de 1680: las Audiencias examinarán las ordenanzas de ciudades y poblaciones y, encontrándolas justas, las harán cumplir por dos años remitiéndolas al Consejo de Indias para que provea lo que convenga en cuanto a su confirmación.

La capacidad otorgada a las autoridades indianas para suspender, en casos graves, la ejecución de cédulas y provisiones, y la concedida a las Audiencias para aprobar por dos años las ordenanzas de los cabildos, suponen un claro reconocimiento del derecho criollo.

Sólo 2 leyes del título primero, libro II de 1680, no se tomaron de la obra de León Pinelo, pero no conllevan novedad respecto de ésta e incluso sustancialmente pueden considerarse comprendidas en ella: 2,1,18 (que las cédulas y libranzas de merced en tributos de indios vacos no se dirijan a las Audiencias porque con esta ocasión se entrometen en asuntos de gobierno, correspondiendo la data a 1617); y 2,1,41 (los virreyes, gobernadores, oficiales reales, arzobispos, obispos, deanes y cabildos eclesiásticos enviarán con

sus cartas copia de las cédulas y ordenanzas que mencionen con objeto de que pueda resolverse con más brevedad). La primera trata de evitar la intromisión de las Audiencias en asuntos de gobierno, correspondientes a los virreyes; y la segunda puede considerarse parcialmente relacionada con 2,1,44 de León Pinelo, que ordenaba a las autoridades civiles y eclesiásticas remitir las ordenanzas y autos de gobierno que fuesen haciendo, aunque su sentido es distinto.

Otras 3 leyes del título primero, libro II de 1680, coinciden parcialmente con tres de este título de León Pinelo. Pueden considerarse inspiradas en él, aunque en 1680 se introduzca algún cambio: 2,1,12 (aunque se responda a consultas hechas por presidentes o visitadores en materia de gobierno, hacienda, conservación de los indios u otras, no es voluntad regia darles más jurisdicción de la que les corresponde, lo que coincide con lo dispuesto en 2,1,23 de la obra pineliana, que también tiene correspondencia en 2,1, 9 de 1680); 2,1,21 (coincide parcialmente con 2,1,29 de León Pinelo al disponer que las cédulas de renta se cumplan por orden de antigüedad, eliminando la posibilidad prevista en 1636 de que ocasionalmente se despache alguna preferente a las demás); y 2,1,29 (también coincide parcialmente con 2,1,32 de León Pinelo al ordenar que las cédulas enviadas a virreyes y presidentes se pongan en archivos; la novedad consiste en señalar que los otros despachos se pongan en libro aparte para que los fiscales soliciten su cumplimiento, que también puede estar inspirado en la segunda parte de 2,1,32 de León Pinelo al establecer que haya otro libro en el archivo del acuerdo donde se registren las disposiciones que manden despachar sobre diversos negocios de gobierno y justicia a ministros y oficiales).

El resto de leyes de este título de 1680 tienen correspondencia en la Recopilación de León Pinelo y, sin duda, se inspiraron en ella. De este título primero de León Pinelo no tienen correspondencia en 2,1 de 1680 las leyes 2, 14, 15, 39 y 40, relativas a que las autoridades tengan copia de la recopilación; a no derogar orden del rey salvo en caso de notable peligro o riesgo, dando cuenta de los inconvenientes antes de suspender su ejecución para que se provea lo que convenga (basada en una disposición de 1626 que no se recoge en 1680); a ejecutar poco a poco y con prudencia lo novedoso; y a la aplicación de las ordenanzas de Guatemala en provincias concretas.

Sin duda, Paniagua tuvo muy presente la obra de León Pinelo en la elaboración del título primero del libro segundo, siendo mínimas las modificaciones e incluso atendiendo lo propuesto por León Pinelo en su nota a la ley 38.

5. Paralelismos del título *De las leyes, cédulas y ordenanças reales de León Pinelo con el Cedulaario de Encinas*

En relación con el *Cedulaario* de Encinas, se encuentra correspondencia a este título en algunas disposiciones del libro primero. El libro primero de Encinas comienza con las ordenanzas del Consejo Real de las Indias de 24 de septiembre de 1571, que León Pinelo reformó, duplicó en número y extrajo de su recopilación con objeto de que fueran aprobadas. Las nuevas ordenanzas del Consejo se aprobaron el 1 de agosto de 1636 y se depositaron en el archivo del Consejo de Indias a la espera de que la recopilación fuese publicada.

Encuentran correspondencia en el *Cedulaario* varias leyes del título primero, libro segundo, de la recopilación de 1636. A pesar de que las Ordenanzas del Consejo regulan y ordenan el funcionamiento de éste, no cabe duda de que parte de su espíritu y de lo contenido en ellas sirvió de inspiración a distintas leyes de las recopilaciones de Indias.

La ley 2,1,9 de la recopilación de León Pinelo, que ordena a las Audiencias de Indias poner en todas las provisiones y títulos que se despachen el encabezamiento con todos los títulos del rey, se corresponde en parte con el espíritu del capítulo 82 de las Ordenanzas del Consejo de 1571 que ordenaba al Consejo hacer los despachos con el nombre y sello del rey.

Mayor inspiración supuso el capítulo 2 de las Ordenanzas del Consejo, que declara la jurisdicción suprema del Consejo de las Indias en Indias, disponiendo que pasen por él todas las disposiciones elaboradas por las autoridades civiles o eclesiásticas en Indias (virreyes, Audiencias, Concejos, Prelados, Capítulos, Cabildos y Conventos) y que el Consejo sea obedecido y acatado en todo lo relacionado con las Indias. En relación con la jurisdicción suprema del Consejo podrían encontrar aquí su origen las leyes 16, 17 y 18 de León Pinelo, así como la ley 44 en cuanto a remitir las autoridades indianas al Consejo la normativa que elaborasen.

El capítulo 24 de las Ordenanzas del Consejo, recogido en el *Cedulaario*, dispone genéricamente que sólo el Consejo de Indias conozca de los negocios de Indias sin que se entrometa ningún justicia de estos reinos. Tal vez la ley 18, relativa a que virreyes, Audiencias y gobernadores avisarán de lo que otros Consejos les escriban, pudo inspirarse en este capítulo²³.

²³ *Provisiones, cédulas, capitulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos por sus Magestades de los señores Reyes Catolicos don Fernando y doña Ysabel, y Emperador don Carlos de gloriosa memoria, y doña*

La ley 21 de León Pinelo, que ordenaba al virrey entrante cumplir las cédulas dadas para su antecesor, pudo inspirarse en la cédula de 1583, aunque iba dirigida en particular al conde de La Coruña, provisto como virrey del Perú. Algo similar sucede con la cédula de 1573 dirigida al gobernador de la provincia de Chile, ordenándole cumplir las provisiones dadas para la Audiencia que residía en ella, similar a la ley 22 de León Pinelo aunque dispone, más genéricamente, que cuando se quite Audiencia y se nombre gobernador, éste cumplirá las cédulas y provisiones dadas para la Audiencia como si fuesen para él²⁴.

Las dos cédulas mencionadas, de 1583 y 1573, se repiten en el libro segundo del *Cedulario*²⁵.

La ley 24 de León Pinelo señala que aunque las cédulas vayan dirigidas a presidentes y oidores, los virreyes conocerán de las cosas de gobierno y los alcaldes del crimen de las causas criminales, salvo que las cédulas dispongan lo contrario. El hecho de que se reservaban a los virreyes las cuestiones de gobierno era conocido desde mucho tiempo atrás. En este sentido, se recogen en el *Cedulario* la instrucción del virrey de Nueva España y del Perú que dispone que les corresponde el gobierno sólo a ellos, aunque pueden consultar las cosas importantes con los oidores. Varias cédulas, de 1568, 1572 y 1588, determinan que corresponden al virrey de Nueva España las cosas tocantes a gobierno y guerra en Nueva Galicia; o, en 1570, que en caso de duda entre el virrey y la Audiencia sobre el conocimiento de algunas causas se cumpla lo que ordenase el virrey²⁶.

La ley 29 (2,1,29) de la recopilación de León Pinelo, que dispone que las cédulas dadas haciendo merced de repartimientos no perjudicarán los derechos de los más antiguos o beneméritos, encuentra correspondencia en la ordenanza 46 del Consejo que manda a los del Consejo preferir, para oficios

Iuana su madre, y Catolico Rey don Felipe, con acuerdo de los señores Presidentes, y de su Consejo Real de las Indias, que en sus tiempos ha auido tocantes al buen gouierno de las Indias, y administración de la justicia en ellas. Sacado todo ello de los libros del dicho Consejo por su mandado, para que se sepa, entienda, y se tenga noticia de lo que cerca dello está proueydo despues que se descubrieron las Indias hasta agora, libro primero, Madrid, En la Imprenta Real, 1596, fols. 1-2.

²⁴ *Provisiones, cédulas, capitulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos, cit., libro primero, fol. 256.*

²⁵ *Provisiones, cédulas, capitulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos, cit., libro segundo, fol. 109.*

²⁶ *Provisiones, cédulas, capitulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos, cit., libro primero, fols. 242-245.*

y cargos eclesiásticos y seculares en Indias, a los más beneméritos o a los que ya hubiesen servido o sirvieran en pacificar y poblar la tierra, o en convertir y adoctrinar a los naturales²⁷.

2,1,32 de León Pinelo dispone que cada Audiencia registrará en un libro las cédulas dirigidas a presidente y oidores, y en otro las dirigidas a ministros y oficiales. Al pasar a la Recopilación de 1680, en 2,1,29 se establece también que las cédulas enviadas a virreyes y presidentes se pongan en archivos, indicando que los otros despachos se pongan en libro aparte para que los fiscales pidan su cumplimiento. La ordenanza 53 del Consejo, recogida en el *Cedulario*, aunque alude al fiscal del Consejo también dispone que tendrá un libro en el que asentará lo que pida y lo que se provea, y se le entregarán todos los despachos que se provean en el Consejo para que los envíe a los fiscales de Indias o a las personas a que fuesen dirigidos. En el mismo sentido, la ordenanza 56 manda que el fiscal del Consejo tenga libro y copia de todos los asientos y capitulaciones para solicitar su cumplimiento. La ordenanza 57 dispone que también tenga libro y memorial de todos los pleitos fiscales que hubiere y de su estado. De las tres ordenanzas, es la 56 la que guarda mayor correspondencia, en particular con 2,1,29 de 1680²⁸.

La ordenanza 62 prevé haya un libro en el que se asienten las cantidades libradas para la prosecución de las causas fiscales. Tiene cierta relación con 2,1,33 de León Pinelo, que dispone que las cédulas y provisiones tocantes a la hacienda se recojan en libros aparte²⁹.

El *Cedulario* de Encinas tiene el gran interés de recoger, además de las ordenanzas del Consejo, la instrucción dirigida al mismo Consejo por Carlos I acerca del orden que debían seguir en el despacho de los negocios en su ausencia del reino, la relación de Audiencias que había en el momento sujetas al Consejo de Indias (se citan las once primeras Audiencias), las gobernaciones, corregimientos, alcaldías mayores, alguacilazgos mayores, Inquisición, oficiales de la Real Hacienda, y arzobispados y obispados en Indias. Además, se trasladaron al *Cedulario* la bula de donación de las Indias otorgada por Alejandro VI a los Reyes Católicos; la bula del Patronato Real de las Indias; la cláusula testamentaria de la reina Isabel encargando a su esposo e hija el fin

²⁷ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro primero, fol. 11.

²⁸ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro primero, fols. 16-17.

²⁹ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro primero, fol. 17.

principal de instruir a los indios en la fe, así como la defensa y buen trato de los indios; y la cédula de renuncia del emperador don Carlos a sus estados a favor de su hijo en 1556³⁰.

Siguen otras cédulas sobre el cambio de títulos, matrimonios, nacimientos, muertes, paces, o situación de las Indias.

Se advierte mayor proximidad al descubrimiento en las disposiciones relativas a los bienes comunales, los propios de las ciudades, al repartimiento de tierras y solares, o a la competencia de los virreyes.

En el libro segundo del *Cedulario* se recogen diversas disposiciones que encargan llevar libros de acuerdo de la Audiencia, o donde se asienten los votos de los oidores en cuestiones de gobierno, o se asienten los vecinos; libro en que los virreyes asienten lo que proveyeren u otro en que pongan los repartimientos; los curas también tendrán libro en que asentarán a los indios.

En relación con el título primero, libro segundo de León Pinelo, relativo sobre todo a la normativa a aplicar, tiene correspondencia en el segundo libro del *Cedulario* la ley 31: las Audiencias responderán cuando reciban cédulas o provisiones, y asentarán su presentación y obediencia. En el *Cedulario* se recoge una cédula de 1533 más concreta, que ordena a la Audiencia de México recoger todas las ordenanzas, provisiones y cédulas que se le hubiesen dirigido, así como las dirigidas a aquella tierra, haciendo un traslado de todas ellas, firmado, y enviarlo al Consejo de Indias³¹.

Mayor correspondencia con esta ley 31 de Pinelo tiene la cédula de 1567 que, aunque se inicia haciendo referencia concreta a la Audiencia de Santa Fe de Granada, manda que cuando se presente en Audiencia alguna provisión o cédula, el presidente y oidores responderán y harán asentar en ella la presentación y obediencia³².

También tiene correspondencia clara la ley 12, que abarca las leyes 10 y 11, en cuanto a que se ejecutarán las cédulas reales en Indias sin embargo de suplicación, no siendo el daño irreparable o escandaloso. Se corresponde con la cédula de 1528, que ordena guardar y cumplir, y hacer cumplir, todos los mandamientos, cédulas y provisiones, dando licencia para suplicarlos si fuese

³⁰ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro primero, fols. 24-35.

³¹ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro segundo, fol. 106.

³² *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro segundo, fol. 108.

el caso, no suspendiendo su ejecución salvo que el negocio fuese de calidad y de su cumplimiento se siguiese escándalo conocido o daño irreparable³³.

En relación con la labor normativa de virreyes y Audiencias varias cédulas del *Cedulario* inspiraron disposiciones de la recopilación de León Pinelo: la ley 34 de León Pinelo dispone que se hará sacar copia de las cédulas y provisiones que tocan a toda la tierra para darlas a ciudades, villas y lugares, pagando éstos al escribano que las sacare. La cédula de 1541, hecha a petición de la Audiencia de Tierra firme, dispone dar un traslado de las ordenanzas de la Audiencia a cada ciudad y villa de la provincia, pagando éstas al escribano. Aunque la cédula alude a las ordenanzas de la Audiencia y la ley 34 de Pinelo parece más genérica, se advierte similitud entre ambas³⁴.

No hay duda de que el *Cedulario* es fuente de las leyes 41, 42 y 43 de 2,1 de León Pinelo. Disponen que las Audiencias de Indias puedan mandar ejecutar las ordenanzas hechas para las provincias que les están sujetas en tanto llega la confirmación regia (ley 41, coincidente con la cédula de 1563); que se guarden las ordenanzas que hagan los pueblos y aprueben las Audiencias por dos años mientras se presentan ante el Consejo de Indias (ley 42, similar a la cédula de 1548); que las ordenanzas hechas por las ciudades de Indias para su gobierno y confirmadas por el rey o el virrey, así como las ordenanzas virreinales, se cumplan y ejecuten aunque sean apeladas hasta que la Audiencia determine en revista lo que se deba hacer (ley 43, que se corresponde parcialmente con la cédula de 1548 dirigida a la ciudad de México en concreto, aunque ésta se limita a señalar que las ordenanzas hechas por la ciudad de México se guarden siendo aprobadas por el virrey, que podrá modificar lo que estime; no se hace referencia alguna a la posible apelación)³⁵.

Por último, una cédula de 1564 ordena a las Audiencias y justicias de Indias no cumplir las cédulas despachadas sobre licencia de armas por el Consejo de Cámara de Castilla no estando señaladas por el Consejo de Indias. Aunque hace referencia concreta a la licencia de armas, la alusión a que sólo se guarden las cédulas señaladas por el Consejo de Indias es la contenida en las leyes 16 y 17 de este título de León Pinelo, del que además la ley 5 hace

³³ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro segundo, fols. 107-108.

³⁴ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro segundo, fols. 111-112.

³⁵ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro segundo, fol. 112.

referencia a que sólo se ejecutarán en Indias las pragmáticas pasadas por el Consejo de Indias³⁶.

El libro tercero del *Cedulario* recoge una serie de disposiciones dirigidas a corregidores y gobernadores de Indias. Una cédula de 1579, dirigida al escribano de gobernación de la provincia de Yucatán, ordena leer a principio de año las ordenanzas, cédulas y provisiones a los gobernadores y sus tenientes para que las guarden. Se corresponde con 2,1,46 de León Pinelo, que generaliza la disposición para todas las provincias³⁷.

Las dos cédulas siguientes también tienen correspondencia: una de 1566 dispone que quienes tengan cargos de justicia deben conocer las leyes, ordenamientos, pragmáticas, *Partidas* y *Fuero Real*. En este mismo sentido, 2,1,1 y 2 de León Pinelo tienen por objeto que las autoridades indianas conozcan la normativa aplicable.

Mayor es la correspondencia de la cédula de 1548 con 2,1,37 de León Pinelo: la segunda ordena que provisiones y cédulas reales estarán juntas en el arca del Cabildo de la ciudad, quedando fuera un inventario de ellas, y si alguna no se encuentra se pedirá copia. La cédula de 1548, dirigida a la ciudad de Santo Domingo, ordena que las disposiciones recibidas se pongan en un arca de tres llaves en la casa del ayuntamiento (tendrán las llaves un alcalde ordinario, un regidor y el escribano del Cabildo) y que se haga un inventario para localizarlas³⁸.

Entre la serie de disposiciones relativas a los oficiales de la Real Hacienda en el *Cedulario*, un capítulo de la instrucción del virrey de Nueva España de 1550 dispone que se recoja la normativa tocante a la real hacienda para que se asiente en un libro que esté dentro del arca de tres llaves. A continuación, una cédula de 1571 dirigida a la Audiencia de México ordena poner en libro aparte las cédulas y provisiones tocantes a la hacienda. Este cédula en particular se corresponde con 2,1,33 de León Pinelo, que de forma general establece que las cédulas y provisiones tocantes a la hacienda se recogerán en libros aparte³⁹.

³⁶ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanzas, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro segundo, fols. 114-115.

³⁷ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanzas, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro tercero, fols. 1-2.

³⁸ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanzas, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro tercero, fols. 2-3.

³⁹ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanzas, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro tercero, fols. 281-282.

En este mismo libro tercero del *Cedulario*, un capítulo de las ordenanzas hechas para el recaudo de la Real Hacienda en 1572 dispone que, además del común, el contador tendrá un libro en el que se asiente todo lo que se acuerde tocante a la hacienda⁴⁰.

Diversas disposiciones en materia de hacienda se dirigen a que se asienten en libros las partidas de oro, plata, perlas, y diversos géneros. También habrá libros donde se asentarán partidas de cargo y data, libranzas y cobros.

Al igual que en el libro segundo, este libro tercero del *Cedulario* reitera disposiciones relativas a que los virreyes tengan libros en que se asienten los repartimientos, pueblos y encomiendas.

El juramento que los oficiales reales debían hacer al comenzar sus oficios, de guardar y cumplir lo ordenado, es general. En el *Cedulario* consta que cuando se encontraban todavía en la Corte juraban ante el Consejo. Un capítulo de instrucción antigua de 1530 dispone que juren antes de comenzar sus oficios. 2,1,10 de León Pinelo alude al juramento de obedecer las cédulas reales que deben hacer todos los ministros y oficiales⁴¹.

En total, 22 de las 46 leyes del título *De las leyes, cédulas y ordenanças reales* de León Pinelo se inspiraron, en mayor o menor medida, en el *Cedulario* de Encinas.

Se advierte, como señalaba León Pinelo, que en el *Cedulario* hay repeticiones llamativas. También resulta incómoda la falta de división en títulos y el que los capítulos no vayan numerados, de forma que sólo pueda hacerse referencia al correspondiente libro y paginación.

Sin embargo, está claro que el *Cedulario* se utilizó, muchas veces generalizando León Pinelo disposiciones que en la obra de Encinas se dirigen a provincias o autoridades concretas. Resulta lógico, sobre todo teniendo en cuenta que este título hace referencia a que deben respetarse y cumplirse las cédulas, provisiones y ordenanzas dirigidas a las Indias. Se alude también al juramento que todos los ministros y oficiales harán de cumplir la normativa aplicable, a que todo debe ser aprobado por el Consejo de Indias, al buen trato a los naturales y, en general, a guardar el orden y tener conocimiento de la normativa aplicable, custodiándola en archivos.

⁴⁰ *Provisiones, cédulas, capitulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro tercero, fol. 316.

⁴¹ *Provisiones, cédulas, capitulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro tercero, fol. 282.

6. El título Del derecho de la corona y jurisdicción real de las Indias

El segundo título del libro II de León Pinelo es breve: se compone de 11 leyes y se dedica preferentemente a declarar que las Indias son de la Corona y no deben enajenarse.

Las Indias son de la Corona de Castilla y León y no se pueden enajenar, citando la bula de donación de la Santa Sede (ley 1); Nueva España no se enajenará de la Corona (ley 2); la provincia de Tlaxcala no se enajenará de la Corona (ley 3); la isla de la Española no se enajenará de la Corona de Castilla (ley 4); la provincia de Verapaz, así como sus caciques y moradores, no serán enajenados ni apartados de la Corona (ley 5); los virreyes sólo pondrán en sus guiones las armas reales (ley 6); nadie usurpará en Indias la jurisdicción real con pretexto del Santo Oficio (ley 7); se encarga a virreyes y Audiencias ayudar a las autoridades eclesiásticas (arzobispos, obispos y otros prelados) y procurar no tener diferencias con ellos (ley 8); se manda a virreyes, presidentes y oidores de las Audiencias ordenar a los alcaldes ordinarios de las ciudades donde residieren no ejecutar ley revocada por los jueces eclesiásticos contra los indios ni otros (ley 9); los jueces eclesiásticos auxiliarán, cuando sea necesario, a las Audiencias y ministros reales para que puedan administrar justicia sin impedirles el uso de sus oficios (ley 10); y los prelados no se entrometerán en la jurisdicción real y si hay algún caso notable informarán al Consejo de Indias para que provea el remedio conveniente (ley 11).

En relación con este título, ya se ha señalado la gran correspondencia con 3,1 de la Recopilación de 1680, también titulado *Del dominio y jurisdicción real de las Indias*. Este título parece tomado íntegramente de la obra de León Pinelo, aunque cuenta sólo con 5 leyes.

Destaca la unificación, en 1680, de las cuatro primeras leyes en 3,1,1. Esta ley de 1680 dispone que ningún lugar de las Indias se enajene ni aparte de la Corona, de forma general, mientras que en el texto de León Pinelo tres leyes distintas determinan lo mismo para Nueva España, la provincia de Tlaxcala y La Española, respectivamente.

Aunque en 3,1,1 de 1680, correspondiente a 2,2,1 de León Pinelo se alude a la “Corona de Castilla”, también la ley 4 de León Pinelo la menciona como tal. Cuando la ley 1 hace referencia a la “corona real de Castilla y León” es porque está aludiendo a que las Indias no serán apartadas de la Corona por el rey ni por sus “herederos ni subcesores en la corona real de Castilla y León”.

Puede advertirse novedad en relación con los justos títulos que legitimaban esta incorporación: León Pinelo menciona simplemente la bula de dona-

ción, mientras que en 1680 junto a la bula se hace referencia a “otros justos y legítimos títulos”, lo que supone el reconocimiento de otros títulos ante la polémica planteada en el siglo XVI en torno a la concesión pontificia⁴².

En relación con la ley 9, que se corresponde con 3,1,2 de la Recopilación de 1680, ya se ha indicado que en 1680 se tiene en cuenta la nota de León Pinelo: “La cedula 95 de que esta ley se saca proibe el dar ausilio a los alcaldes de México y asi se pone la clausula rayada por no aparecer conveniente ni conforme al yntento de la cedula que sto se proiba en todas las ciudades”.

La ley prohíbe a los alcaldes ordinarios de las ciudades, a través del virrey o Audiencia, que darán la orden, ejecutar ley revocada por los jueces eclesiásticos contra los indios. León Pinelo introduce los términos “donde residieren”, de forma que la ley se dirige a virreyes y Audiencias en sus términos. La propuesta de León Pinelo se atendió plenamente en 1680.

3,1,3 de 1680 dispone que los prelados y jueces eclesiásticos den a los jueces seculares la ayuda y favor necesario no impidiéndoles el uso de sus oficios (similar a 2,2,10 de León Pinelo); 3,1,4 de 1680 que entre la jurisdicción eclesiástica y secular haya paz y conformidad y se guarden las leyes de Castilla, evitando las diferencias que indebidamente suele haber entre ambas jurisdicciones (equivalente a 2,2,8 de León Pinelo); y 3,1,5 de 1680 dispone que los prelados no se entrometan en lo tocante a la jurisdicción real, sino que den cuenta en el Consejo de Indias para que se provea el remedio conveniente (coincidiendo con 2,2,11 de León Pinelo).

Por lo que respecta al *Cedulario* de Encinas, en el libro primero tienen correspondencia exacta las cuatro primeras leyes de este título de León Pinelo.

En la primera ley, Pinelo suprime respecto a Encinas parte del encabezamiento y también la encomienda final nominativa a los sucesores, que va seguida de la referencia al canciller y notarios, y de la data. Es decir, Pinelo suprime el *pie* y la *cabeza* de la provisión dada por el Emperador don Carlos en Valladolid el 9 de julio de 1520.

La única adición es que, al hacer referencia a los sucesores, Encinas alude a los “sucesores en la dicha Corona de Castilla” y Pinelo a “la corona real de Castilla y León”, lo que no tiene mayor importancia.

Encinas recoge, a continuación, la provisión de 14 de septiembre de 1519, relativa a que no se enajenará la isla Española ni parte alguna de ella, declarando nula cualquier enajenación que se hiciera (ley 4 de León Pinelo).

⁴² GALÁN LORDA, “Cotejo”, cit., pp. 68-75.

Al igual que en el caso anterior, León Pinelo reduce el texto a la parte dispositiva, tomada literalmente del *Cedulario*, suprimiendo el *pie* y la *cabeza*.

Sigue la provisión de 22 de octubre de 1523, que dispone no enajenar de la Corona de Castilla a la Nueva España ni parte de ella, similar a la ley 2 de León Pinelo. También en este caso León Pinelo elimina el *pie* y la *cabeza* de la disposición y reduce la parte dispositiva sin modificar el fondo de la norma.

Por último, la provisión de 18 de julio de 1563, que manda no enajenar de la Corona de Castilla la provincia de Tlaxcala ni parte de ella, correspondiente a la ley 3 de León Pinelo, se toma también del *Cedulario* eliminando el *pie* y la *cabeza* y reduciendo al mínimo la parte dispositiva⁴³.

Respecto a las siete leyes restantes de este título de León Pinelo, podría tener correspondencia el contenido de algunas de ellas, relativas a posibles conflictos entre la jurisdicción eclesiástica y la seglar, con la cédula que dispone que se guarden las leyes del reino en lo tocante a la jurisdicción⁴⁴.

En todo caso, tanto en la Recopilación de León Pinelo como en la de 1680, se alude a conflictos entre la jurisdicción seglar y la eclesiástica en otros apartados. Es normal que se considere esta cuestión al tratar de cuestiones eclesiásticas (libro primero de León Pinelo, por ejemplo en el título 16), u otras (como ocurre en 2,2 de 1680, aunque el título se dedique al Consejo y Junta de Guerra). En cualquier caso, era preocupación constante en todo momento evitar el conflicto de jurisdicciones, por lo que es normal que el tema aparezca en distintos apartados de las recopilaciones, sea la de Encinas, León Pinelo o 1680.

7. Conclusiones

Sin duda, en los procesos de integración territorial, como en el caso de las Indias occidentales en la Corona de Castilla, es fundamental determinar desde un primer momento cuál es la normativa aplicable, así como asegurar su cumplimiento por las distintas instituciones de gobierno o político-administrativas.

En el caso de las Indias, se cuidó desde el primer momento la observancia de las cédulas, provisiones y otras disposiciones dictadas por el rey, a través del Consejo de Indias desde su creación. También se reconoció la capa-

⁴³ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro primero, fols. 58-61.

⁴⁴ *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos*, cit., libro primero, fol. 165.

cidad normativa de las instituciones indianas, aprobando las ordenanzas elaboradas por virreyes, Audiencias, cabildos (estableciendo que las Audiencias aprobasen las ordenanzas de las ciudades por dos años, en tanto el Consejo daba su aprobación), o autoridades eclesiásticas, lo que supone el reconocimiento del denominado *derecho criollo*. Incluso se respetó el derecho indígena, en lo que no fuese contrario a la religión⁴⁵.

En todo caso, se trató de asegurar el conocimiento de la ley, velando por la seguridad jurídica, ordenando la creación de archivos y el traslado a ellos de las disposiciones emanadas tanto del rey y su Consejo, como de las propias autoridades indianas.

El paralelismo entre las tres recopilaciones que se han contrastado en este trabajo es evidente, como también lo es que cada recopilador se inspiró en el trabajo del anterior y trató de mejorarlo. León Pinelo introdujo mejoras formales respecto a Encinas: evitó reiteraciones y, sobre todo, facilitó el acceso a la documentación numerando las leyes y ordenándolas por títulos. Pero, como es natural, también incurrió en algunos defectos (en su caso también hay alguna reiteración).

La obra de León Pinelo es mucho más amplia (7.281 leyes, a las que habría que sumar las Ordenanzas del Consejo de 1636 y las de la Junta de Guerra), pero es preciso tener en cuenta que Encinas realizó una selección de la normativa más relevante (2.472 disposiciones) para uso del Consejo de Indias, lo que incrementa el valor de su obra.

⁴⁵ Se reconocen así algunos de los que Tau denominó “elementos constitutivos del Derecho Indiano”. Estimo natural considerar *derecho indiano* todo el aplicado en el continente americano, bien elaborado por el Consejo de Indias, bien por las autoridades indianas, e incluso el indígena, en la medida en que fue asumido por las leyes de Indias. Ya en 1979 Víctor Tau propuso ampliar el contenido del *Derecho Indiano* más allá de las leyes seculares, comprendiendo la costumbre, la ciencia jurídica, la práctica de los tribunales, el ordenamiento canónico, la moral, el *ius commune* (presente en los orígenes y desarrollo del *derecho indiano*), o la mentalidad del jurista indiano. Su estudio completo debería comprender las instituciones provenientes del *ius commune* y del derecho castellano, así como el *derecho criollo* y el ordenamiento indígena. El mismo autor planteó las diferentes visiones en torno al concepto, unas más amplias y otras más restringidas. Recientemente alude a la superación del modelo legalista en la tarea recopiladora. VÍCTOR TAU ANZOÁ-TEGUI, *¿Qué fue el Derecho Indiano?*, Segunda Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982; *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997; *El Jurista en el Nuevo Mundo*, Berlin, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 147-166. En relación con la adecuación del sistema jurídico a las Indias, también: JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN, *La justicia del rey en Nueva España*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2011, pp. 73-88.

En los apartados considerados se trató de cuidar la observancia de la ley y el orden en Indias, el que estuviesen claras las competencias de las autoridades indianas, evitar las intromisiones de unos en los asuntos asignados a otros, y los conflictos entre jurisdicciones.

En particular, se trató de asegurar la permanencia perpetua de estas tierras en la Corona de Castilla, justificando la incorporación a partir de 1680 por “otros justos y legítimos títulos”, además de la tradicional donación.

A modo de conclusión final, se recoge una tabla de correspondencias entre el contenido de los dos primeros títulos del libro segundo de León Pinelo y las disposiciones equivalentes en la Recopilación de 1680 y el *Cedulario* de Encinas:

León Pinelo	1680	Cedulario
2,1,1	2,1,1	Cédula de 1566
2,1,2		Cédula de 1566
2,1,3	2,1,2	
2,1,4	2,1,3	
2,1,5	2,1,40	
2,1,6	2,1,4	
2,1,7	2,1,5	
2,1,8	2,1,7	
2,1,9	2,1,8	Ordenanza 82 del Consejo
2,1,10	2,1,24	Instrucción de 1530
2,1,11	2,1,24	
2,1,12	2,1,24	Cédula de 1528
2,1,13	2,1,26	
2,1,14		
2,1,15		
2,1,16	2,1,23	Ordenanza 2 del Consejo y cédula de 1564
2,1,17	2,1,39	Ordenanza 2 del Consejo y cédula de 1564
2,1,18	2,1,38	Ordenanzas 2 y 24 del Consejo
2,1,19	2,1,22	
2,1,20	2,1,10	
2,1,21	2,1,13	Cédula de 1583
2,1,22	2,1,15	Cédula de 1573
2,1,23	2,1,9/2,1,12 (parte)	

LA RELACIÓN ENTRE LA TAREA RECOPIRADORA DE ENCINAS, LEÓN PINELO Y PANIAGUA

León Pinelo	1680	Cedulario
2,1,24	2,1,11	Cédulas de 1568, 1570, 1572 y 1588
2,1,25	2,1,14	
2,1,26	2,1,16	
2,1,27	2,1,16	
2,1,28	2,1,17	
2,1,29	2,1,21	Ordenanza 46 del Consejo
2,1,30	2,1,20	
2,1,31	2,1,25	Cédulas de 1533 y 1567
2,1,32	2,1,29	Ordenanza 56 del Consejo
2,1,33	2,1,28	Ordenanza 62 del Consejo y cédula de 1571
2,1,34	2,1,30	Cédula de 1541
2,1,35	2,1,35	
2,1,36	2,1,27	
2,1,37	2,1,31	Cédula de 1548
2,1,38	2,1,37	
2,1,39		
2,1,40		
2,1,41	2,1,32	Cédula de 1563
2,1,42	2,1,32	Cédula de 1548
2,1,43	2,1,33	Cédula de 1548
2,1,44	2,1,34	Ordenanza 2 del Consejo
2,1,45	2,1,6	
2,1,46	2,1,36	Cédula de 1579
2,2,1	3,1,1	Provisión de 1520
2,2,2	3,1,1	Provisión de 1523
2,2,3	3,1,1	Provisión de 1563
2,2,4	3,1,1	Provisión de 1519
2,2,5		
2,2,6		
2,2,7		
2,2,8	3,1,4	
2,2,9	3,1,2	
2,2,10	3,1,3	
2,2,11	3,1,5	

EL DERECHO EN LOS CATÁLOGOS DE VENTA DE LOS LIBREROS
SEVILLANOS: LA CIRCULACIÓN DE IMPRESOS JURÍDICOS EN EL
MUNDO ATLÁNTICO (1680-1689)

THE SUBJECT OF LAW IN THE SALES CATALOGUES OF SEVILLE'S
BOOKSELLERS: THE CIRCULATION OF LAW BOOKS IN THE
ATLANTIC WORLD (1680–1689)

PEDRO RUEDA RAMÍREZ
Universitat de Barcelona
pedrorueda@ub.edu

Resumen: En Sevilla se publicaron entre 1680-1689 cinco catálogos impresos para la venta de libros en los territorios del virreinato de Nueva España. Los catálogos estaban relacionados con el librero e impresor Tomás López de Haro que utilizó los canales de distribución de la Carrera de Indias para abastecer el mercado americano. En cada catálogo se anotaron “libri iuridici” con textos esenciales del derecho civil y canónico, comentarios, consejos, decisiones, praxis, obras de derecho romano y textos esenciales de la legislación castellana y decisiones de los tribunales.

Palabras clave: Comercio de libros, impresos jurídicos, catálogos de venta, Nueva España, siglo XVII.

Abstract: During the period of 1680–1689, Seville produced five printed catalogues intended to support the sale of books in New Spain. These were associated with the prestigious bookseller and printer Tomás López de Haro, who used the Atlantic trade route known as the *Carrera de Indias* as a distribution channel for the Americans book market. Each catalogue listed *libri iuridici*, including seminal works on civil, canon and Roman law, commentaries, documents offering advice and describing legal practice, resolutions, key texts on Castilian legislation, and court pronouncements.

Keywords: book trade, law books, sales catalogues, law, New Spain, seventeenth century.

Sumario: 1. El libro atlántico. 2. Los catálogos de venta de libros en el mundo hispánico. 3. Diego Crance y Tomás López de Haro. 4. Los catálogos de venta de libros en las Indias. 5. Los textos jurídicos remitidos en los catálogos. 6. Roces inquisitoriales. 7. Conclusiones.

1. El libro atlántico

La cultura jurídica en las Indias ha sido abordada desde numerosos enfoques que se ocupan, en los aspectos que nos interesa destacar ahora, de la recepción de la cultura jurídica europea, la formación universitaria de los juristas, el comercio de libros jurídicos y la presencia de determinadas obras censuradas o prohibidas¹. Estos temas fueron apuntados en 1970 por García-Gallo en su obra pionera *Metodología de la historia del derecho indiano*. Han sido abordados desde distintos frentes, y no únicamente, como él preconizaba, por historiadores del derecho². Los investigadores dedicados a la historia del libro han ofrecido, como veremos a continuación, un marco global del libro en el mundo atlántico, que ha revelado el papel jugado por los libros jurídicos en un contexto de intercambios culturales rico y variado³. Los libros jurídicos europeos circularon a través de las redes de librería favoreciendo un trasvase cultural constante que favoreció la formación de bibliotecas, privadas e institucionales, que permitieron la consolidación en Indias de las distintas tradiciones jurídicas europeas, que incluían los usos y costumbres jurídicos castellanos, el *Ius commune* romano-canónico, el derecho natural y el humanismo jurídico. Los estudios de estos intercambios se han alejado de la visión de principios de la centuria anterior, que el abogado y político mexicano Miguel S. Macedo resumía con una visión idealizada de la legislación europea, vista como superior, frente a la “semicivilización de los mexicanos” y “su incipiente y rudimental cultura jurídica”, ya que Macedo no encontraba más que una “filiación española, y por lo mismo europea” en “nuestro derecho patrio”⁴. El

¹ Esta investigación forma parte del proyecto “Historia de la publicidad del libro en España: (siglos XV-XX)” (HAR2013-46336-P), convocatoria 2013, del Ministerio de Economía y Competitividad del gobierno de España.

² ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Metodología de la historia del Derecho indiano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 184-188.

³ CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *New world literacy: writing and culture across the Atlantic, 1500-1700*, Lewisburg, Bucknell University Press, 2011. También la mirada desde el estudio del Derecho de LAURA BECK VARELA, “Itinerarios de lectura para el jurista hispano (siglos XV-XVIII)”, Gian Paolo Brizzi and Maria Gioia Tavoni (eds.), *Dalla pecia all'e-book: Libri per l'Università: stampa, editoria, circolazione e lettura*, Bologna, Clueb, 2009, pp. 351-360.

⁴ MIGUEL S. MACEDO, *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, Mexico, D.F., NACIPE, 2010, pp. 11-13. Una excelente revisión de la idea del Derecho en el mundo americano en VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 14-16.

estudio del tráfico de libros permite comprobar los textos ofertados, pero son, sin duda, los estudios sobre las ediciones de la bibliografía, la circulación a través de las redes de intercambios, las bibliotecas institucionales y privadas y la lectura de estos textos los que permitirán conocer con más detalle los usos de los libros y las prácticas jurídicas del mundo americano⁵.

En esta comunicación nos ocuparemos de cinco catálogos impresos en Sevilla que incluían textos de Derecho que fueron remitidos a Nueva España. Estos catálogos impresos incluían libros jurídicos procedentes de numerosas imprentas europeas, seleccionados para ser vendidos en Veracruz, Puebla de los Ángeles y México, que eran los puntos de entrada al mercado para los libros desembarcados de las flotas novohispanas. El mercader y librero Diego Crance publicó en 1680 el primer catálogo impreso que conocemos de venta de libros europeos en Nueva España. A continuación, López de Haro publicó otros en 1682, 1683, 1687 y 1689. Se trata de rarísimos catálogos de los que se conserva un único ejemplar de cada uno de ellos, el de 1689 en el Archivo General de Indias y el resto en el Archivo General de la Nación de México. En estos últimos casos los catálogos forman parte de expediente inquisitoriales, como es el caso de los de 1682 y 1683 que se adjuntaron a los “autos en razón de las manifestaciones de libros hechas ante el comisario de la ciudad de la Nueva Veracruz que han venido en esta presente flota que está surta en el puerto de dicha ciudad” que remitió a México desde Veracruz el comisario inquisitorial Martín Romero de Figueroa.

2. Los catálogos de venta de libros en el mundo hispánico

En 1929 el historiador José Torre Revelló publicó un trabajo sobre un catálogo de venta de libros probablemente impreso en Sevilla en 1689 “para vender en las Indias”⁶. La noticia resultó una novedad que llamó poderosamente la aten-

⁵ LAURA BECK VARELA, “The diffusion of law books in early modern Europe: A methodological approach”, Massimo Meccarelli, María Julia Solla Sastre (eds.), *Spatial and temporal dimensions for legal history: research experiences and itineraries*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 195-239. Una perspectiva interesante sobre las formas materiales y la transmisión de los textos en ANTONIO MANUEL HESPANHA, “Form and content in early modern legal books: Bridging the gap between material bibliography and the history of legal thought”, *Rechtsgeschichte*, 12, 2008, pp. 12-50.

⁶ JOSÉ TORRE REVELLÓ, *Un catálogo impreso de libros para vender en las Indias occidentales en el siglo XVII*, Madrid, Francisco Beltrán, 1930.

ción, era el primer catálogo impreso en Europa para vender libros en las posesiones americanas de la Corona. Esta noticia ha sido repetida incesantemente. Por ejemplo, A. Rodríguez-Moñino publicó una lista de los catálogos españoles de venta de libros conocidos, reseñando únicamente tres para el siglo XVII, dos de ellos inventarios de bibliotecas madrileñas puestas a la venta tras la muerte de sus propietarios y el *Catálogo, o memoria de libros de todas facultades* de 1689 con libros “para vender en las Indias”⁷. La importancia de este catálogo merece ser resaltada, ahora bien, estas noticias deben ser corregidas y ampliadas. Nuevas investigaciones han localizado catálogos publicados en Sevilla en 1680, 1682, 1683 y 1687⁸. Para situar su importancia conviene recordar que el primer catálogo realizado en las colonias británicas americanas para la venta de libros se imprimió en Boston, conteniendo los libros que habían pertenecido al reverendo Samuel Lee, los cuales fueron puestos a la venta en 1693.

El papel de los mercaderes y libreros fue clave para mantener el tráfico de textos jurídicos y favorecer la formación de la cultura letrada en los territorios de la Corona española⁹. Algunos libreros muy activos en el tráfico comercial del libro fueron intermediarios eficaces que buscaron satisfacer un mercado americano que dependía de la importación de libros a través de la Carrera de Indias¹⁰. Los barcos que realizaron el viaje atlántico llevaron cajones de libros con notable frecuencia. En una muestra de 759 barcos que viajaron a América en los años 1601 hasta 1650 llevaron libros registrados como mercancías 314 barcos, es decir, el 41%. El circuito atlántico se convirtió en la vía de entrada de impresos al Nuevo Mundo, tal como reconocían los impresores en una representación al Rey: “ya se sabe que en la América y en el Perú no hay abundancia de

⁷ ANTONIO RODRÍGUEZ-MOÑINO, *Historia de los catálogos de librería españoles (1661-1840): estudio bibliográfico*, Madrid, 1966. ANA MARTÍNEZ PEREIRA, VÍCTOR INFANTES, *Los primeros catálogos de libros editados en Madrid: el mercader de libros Gabriel de León y sus herederos (siglo XVII)*, Madrid, Turpin Editores, 2012.

⁸ PEDRO RUEDA RAMÍREZ, LLUÍS AGUSTÍ, “Early printed book sale catalogues from Seville: The extension of the European book market into Mexico (1680-1689)”, Richard Kirwan and Sophie Mullins (eds.), *Specialist markets in the early modern book world*, Leiden, Brill, 2015, pp. 258-272.

⁹ MIGUEL LUQUE TALAVÁN, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, Madrid, Instituto de Historia, CSIC, 2003, pp. 162-168. El estudio de una red de intercambio de libros en NATALIA MAILLARD, CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Orbe tipográfico: el mercado del libro en la Sevilla de la segunda mitad del siglo XVI*, Gijón, Trea, 2003.

¹⁰ JOSÉ LEONARDO HERNÁNDEZ LÓPEZ, “La trama de las letras. Breve acercamiento a las redes de comercio y distribución de libros entre Sevilla y Nueva España, 1630-1684”, *Boletín del Instituto de Investigaciones Bibliográficas*, 19, 1-2, 2014, pp. 95-146.

imprentas (porque no se ha estimado lucroso este Arte) y que el principal surtimiento de libros depende de los que van de España en las flotas y galeones”¹¹. Este tráfico comercial configuró el marco de relaciones de los clientes con los textos disponibles, ya que los libreros y el tráfico de libros a través de la Carrera de Indias generaron un abastecimiento puntual, ligado a las flotas, de tal manera que con cada nueva llegada de los navíos se producía un incremento de la oferta de libros disponibles, generando dinámicas de compra-venta ligadas a la estacionalidad de los agentes que viajaban y de la disponibilidad de los libreros asentados en las ciudades coloniales. Esta dinámica generaba oleadas de libros llegados con cada flota, pero también favorecía temporadas de “sequía” de libros, ausencia de novedades y escasez de oferta ante la ausencia de flotas¹².

3. Diego Crance y Tomás López de Haro

Diego Crance era hermano de Manuela Teresa Crance, casada con Tomás López de Haro, que fue uno de los impresores con mayor actividad en la ciudad de Sevilla entre 1678 y 1693. Tras su muerte, los herederos de López de Haro siguieron imprimiendo en la ciudad y embarcando libros a Latinoamérica con regularidad hasta 1722¹³. La consanguinidad de esta trama familiar es esencial ya que Crance viajó con libros de su cuñado para vender en las Indias, a las que fue en varias ocasiones, además de recibir dinero, en concreto “ciento y veinte mil reales de moneda de vellón” prestados en 1678 por López de Haro en un negocio relacionado con México¹⁴.

¹¹ *Representacion humilde, en que con claridad se manifiestan los perjuicios que se siguen al publico, y à los Professores del Arte de la Imprenta en la execucion, y practica del Real Decreto de 17 de diciembre de 1740 en que se concede al Colegio de Niñas del Amparo la facultad para que en la Imprenta que se estableciere, y no en otra, se impriman los Memoriales Ajustados, Papeles en Derecho, y otros pertenecientes a los Tribunales de esta Corte.* [S.l.: s.n., c. 1740], p. 6.

¹² ANTONIO GARCÍA-BAQUERO GONZÁLEZ, *La Carrera de Indias: suma de la contratación y océano de negocios*, Sevilla, Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, 1992. Una recopilación de las normas de funcionamiento de la Carrera de las Indias en RAFAEL ANTÚNEZ Y ACEVEDO, *Memorias historicas sobre la legislación y gobierno del comercio de los españoles con sus colonias en las Indias Occidentales*, Madrid, 1797.

¹³ JUAN DELGADO CASADO, *Diccionario de impresores españoles: siglos XV-XVII*, v. 1, Madrid, Arco/Libros, 1996, pp. 393-394.

¹⁴ Archivo Histórico Provincial de Sevilla (AHPSe). Protocolos, leg. 13010 (oficio 19), f. 427r-v.

El taller de López de Haro fue de los más activos en el reinado de Carlos II (1661-1700), favoreciendo nuevas estrategias de venta publicando catálogos de libros, negociando la venta de tipos móviles para las imprentas americanas y publicando textos para su distribución en los virreinos o en Filipinas¹⁵. Algunos de estos impresos salidos de sus tórculos se encontraban en los catálogos, como era el caso de la vida del religioso Antonio de San Pedro “convertido a la gracia de Dios prodigiosamente en el reyno del Perú” titulada *Dios prodigioso en el judío más obstinado* (1688) escrita por Andrés de San Agustín (O. de M.). Las estrechas relaciones de López de Haro con otros librerías europeos fueron clave, siguiendo una larga tradición de intercambios con el Norte de Europa que conectaba el puerto de Sevilla con la llegada de lotes de libros para su venta en Castilla y América¹⁶.

4. Los catálogos de venta de libros en las Indias

En 1680 se publicó el *Catalogus librorum, o memoria de libros de todo genero de facultades, que se venden en casa de Diego Cranze en esta ciudad*¹⁷. El mercader Cranze viajó con la flota y llegó a Veracruz, para pasar a Puebla de los Ángeles y luego a México, vendiendo libros. En la ciudad de Puebla el comisario inquisitorial le permitió que “abriese los cajones de libros y vendiese”. Estas ventas fueron esenciales para abastecer las bibliotecas del virreinato.

¹⁵ CLARA PALMISTE, “Aspectos de la circulación de libros entre Sevilla y América (1689-1740)”, Antonio Gutiérrez Escudero, María Luisa Laviana Cuetos (coord.), *Estudios sobre América, siglos XVI-XX*, Sevilla, Asociación Española de Americanistas, 2005, pp. 831-842. <http://www.americanistas.es/biblio/textos/10/10-41.pdf> JAIME MOLL, “Amberes y el mundo hispánico”, Werner Thomas, Robert A. Verdonk (eds.), *Encuentros en Flandes: relaciones e intercambios hispano-flamencos a inicios de la Edad Moderna*, Lovaina, Leuven University Press; Soria, Fundación Duques de Soria, 2000, pp. 117-131.

¹⁶ KLAUS WAGNER, “Flamencos en el comercio de libros en España: Juan Lippeo, mercader de libros y agente de los Bellère de Amberes”, P. M. CÁTEDRA y M. L. LÓPEZ-VIDRIERO (dirs.), *El libro antiguo español: VI, De libros, librerías, imprenta y lectores*, Salamanca, Universidad-SEMYR, 2002, pp. 431-498. WERNER THOMAS, CÉSAR MARRIQUE, “La infraestructura de la globalización: la imprenta flamenca y la construcción del imperio hispánico en América”, Patrick Collard, Miguel Norbert Ubarri, Yolanda Rodríguez Pérez (eds.), *Encuentros de ayer y reencuentros de hoy: Flandes, Países Bajos y el mundo hispánico en los siglos XVI-XVII*, Gent, Academia Press, 2009, pp. 45-71. La movilidad de los agentes del libro es analizada por JEROEN SALMAN, “Peddling in the past: Dutch itinerant bookselling in a European perspective”, *Publishing History*, 53, 2003, pp. 5-21.

¹⁷ Archivo General de la Nación (AGN). Inquisición, vol. 667, f. 348r-352r.

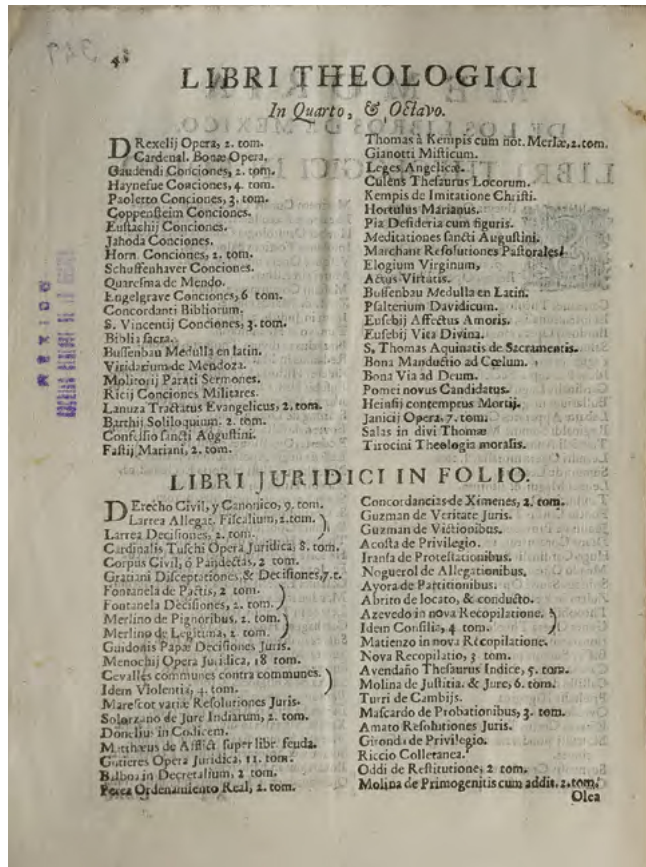


Figura 1. Libros jurídicos en folio del *Catalogus librorum, o memoria de libros* (1680), p. 4.

Los libreros que viajaban con lotes de impresos fueron habituales en las rutas que conectaban la costa atlántica con la capital del virreinato¹⁸. La venta en tiendas de libros se combinaba con otras ventas en puestos ocasionales, en tiendas de mercaderes o en colegios u oficinas cedidos para la venta de libros puntualmente. Lo explicaba Juan de Zabaleta en su novela *El día de fiesta por la tarde* al ocuparse de los libros que podían encontrarse “en los suelos de los patios de Palacio, o en un enlodado serón de la plazuela de Santa Cruz” en

¹⁸ MIGUEL LUQUE TALAVÁN, “De los libros surgen las leyes. Aproximación a los fondos jurídicos de las bibliotecas particulares y públicas novohispanas”, Idalia García Aguilar (comp.), *Complejidad y materialidad: reflexiones del Seminario del Libro Antiguo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 65-191. Otro estudio en JAVIER MALAGÓN BARCELÓ, *La literatura jurídica española del Siglo de Oro en la Nueva España*, México, Biblioteca Nacional de México, Instituto Bibliográfico Mexicano, 1959.

Madrid¹⁹. La existencia de un mercado extendido, más allá de las librerías con un fondo de surtido, se puede observar igualmente en México, como un medio de conectar con públicos diversos en plazas, mercados y otros puntos públicos que facilitan el contacto con los potenciales compradores²⁰.

La *Memoria* de Crancer de 1680 incluía 409 títulos en latín y 197 en castellano (un 67,5% en latín y un 32,5% en español). Lo más singular de este catálogo es la variada oferta de títulos que no eran tan habituales en otros envíos de la época. Incluyendo textos de temática americana que conectaban con los intereses de los juristas como el *De indiarum iure sive de iusta indiarum occidentalium gubernatione* de Juan de Solórzano Pereira, o libros que fundamentaban los derechos de posesión de los territorios conquistados como el *Novus orbis sive descriptio Indiae occidentalis* de Antonio de Herrera y Tordesillas, además de obras que justificaban la posesión de las Indias o daban argumentos para el dominio de la Corona como la del civilista Juan Bautista Valenzuela Velázquez, en sus *Consilia sive Responsa iuris*, o el *De expensis et meliorationibus* de Juan García Gallego. Además de otros textos polémicos, como la defensa de los derechos de la Corona española frente al rey de Francia de Pedro González de Salcedo en el *Examen de la verdad en respuesta à los tratados de los derechos de la Reyna christianissima sobre varios estados de la monarchia de España*.

Tomás López de Haro publicó, en 1682 y 1683, dos catálogos de venta de libros. El primero fue el *Catálogo, o memoria de libros, de todas facultades* (Sevilla, 1682) y a continuación editó un suplemento denominado *Catálogo segundo, o memoria de libros de todas facultades* (Sevilla, 1683)²¹. En la portada, bien visible, se indica que los libros “se venden en casa del capitán Fernando Romero”, lo que nos da una pista importante, ya que este capitán llevó el catálogo a Nueva España, embarcó los libros y los puso a la venta en el puerto de Veracruz. Este capitán estuvo estrechamente ligado a los negocios del librero Tomás López de Haro, fue su fiador en diversos negocios, participó activamente en la comercialización de libros y también se encargó de llevar en 1692 “8 cajoncillos de letra de imprenta” a Nueva España.

El catálogo de 1682 se iniciaba con los libros teológicos, ordenados por tamaño, le seguían los textos jurídicos, médicos y los “de letras humanas”,

¹⁹ JUAN DE ZABALETA, *Obras históricas, políticas, filosoficas y morales*, Madrid, Por Francisco del Hierro y a su costa, 1728, p. 333.

²⁰ OLIVIA MORENO GAMBOA, “Hacia una tipología de libreros de la ciudad de México (1700-1778)”, *Estudios de historia novohispana*, 40, 2009, pp. 121-146.

²¹ AGN. Inquisición, vol. 657, f. 496r-511v.

es decir, los de humanidades, entre los que podían encontrarse una variada gama de obras de historia, literatura, música y obras científicas, como la publicada por Juan Bravo de Sobremonte a raíz de la aparición del cometa Halley en 1680. Entre los juristas aparecen algunos expertos en derecho canónico reputados en Italia, como es el caso del milanés Giovanni Angelo Bossi (1590-1664) con tres obras o el dominico Pietro Maria Passerini (1597-1677), del que se incluyen tres textos.

El siguiente *Catalogo o memoria de libros de todas facultades* (Sevilla, 1687) indicaba en la portada que los libros “se venden en casa del Capitán D. Fernando Romero” en “la Vera-Cruz, en la Puebla de los Ángeles, y en la Ciudad de México”²². Es una información idéntica a la que se había proporcionado a los potenciales compradores en los catálogos anteriores de 1682 y 1683. Romero vuelve a jugar el papel de agente o factor de la Carrera de Indias, encargado de cargar los libros en los navíos, recibirlos en Veracruz y venderlos a los clientes.

Este catálogo organizaba las obras en bloques de teología, de derecho, de medicina y “libros miscelánicos, o de letras humanas”. En este caso se enviaron libros de derecho variado, pero destacan algunas obras relacionadas con el crédito y los contratos, con los textos de Joseph Gibalin, *De usuris, commerciis, deque aequitate & usu fori Lugdunensis*, de Onoratus Leotardus el *Liber singularis de usuris & contractibus*, y de Francisco Salgado de Somoza su *Labyrinthus creditorum*. También se anotaron obras teológicas católicas y hagiografías, además de una notable variedad de obras devocionales, de historia y algunas de entretenimiento y los clásicos Marco Aurelio, Valerio y otros traducidos al español.

El quinto catálogo sevillano del siglo XVII apareció con el título de *Catalogo, o memoria de todas facultades*, publicado probablemente en torno a 1689 en Sevilla²³. En el catálogo se indicaba que los libros “se venden en casa del capitán Diego Ibáñez”. Este capitán Diego Ibáñez de Guevara es un cargador habitual de la Carrera de Indias y un agente de la familia López de Haro. En 1690 Manuela Crance cargaba en el navío *Nuestra Señora de Atocha* “doce cajoncitos de libros”²⁴ y en el navío *Nuestra Señora del Carmen* “diez cajones de libros”²⁵. Estos 22 cajones debían entregarse al capitán Diego

²² AGN. Inquisición, 1086, exp. 11, f. 254r-263r.

²³ Archivo General de Indias (AGI). Contratación, 674.

²⁴ AGI. Contratación, 1247. *Nuestra Señora de Atocha*, f. 82.

²⁵ AGI. Contratación, 1247. *Nuestra Señora del Carmen*, f. 55.

Ibáñez de Guevara en Veracruz. Es bastante probable que estos sean los cajones de libros que contenían los títulos anotados en este catálogo.

Este catálogo tiene una estructura diferente a los otros. Los libros se organizan por formato e idioma (folio, cuarto en latín; folio, cuarto, octavo y pequeños en romance). En los anteriores catálogos la división por materias (y dentro de cada materia por formato e idioma) ofrecía una aproximación a las temáticas más comunes. En este catálogo se abandona, quizás por la precipitación en su elaboración, ya que es un catálogo un tanto descuidado tanto materialmente como debido a las numerosas erratas que contiene. Aun así, comprende un abanico de unos 369 títulos que abarcan obras de todo tipo, aunque sin la diversidad y riqueza de catálogos anteriores. En este caso parece responder a la venta de un surtido variado de textos comunes: teología, devoción, sermonarios, comedias, novelas y textos jurídicos de temáticas muy variadas, incluyendo obras de juristas hispanos, como el abogado Melchor Pelaéz de Mieres, *Tractatus majoratum et mediorationum Hispaniae*, o Blas Flórez Díez de Mena y sus *Recentiorum practicarum quaestionum iuris canonici et ciuilibis*.

5. Los textos jurídicos remitidos en los catálogos

En cada catálogo se anotaron “libri iuridici” con textos esenciales del derecho civil y canónico, comentarios, consejos, decisiones, *praxis*, obras de derecho romano y textos esenciales de la legislación castellana como *Las siete Partidas* de Gregorio López de Tovar. Algunos títulos resultaban comunes en otros envíos de la época, incluyendo a autores de prestigio como “Menochij Opera Juridica, 18. tom.” o “Augustin. Barbosa opera, 20. tom.”, textos universitarios como las *Lectiones salmanticensis* de Juan de Balboa de Mogrovejo, y otras obras que revelan una selección de libros recién publicados, como el *Tractatus de jure devolutionis* de Pieter Stockmans o el *De tutelis tutoribus et curatoribus* de Friedrich Albrecht Maul. Las entradas del catálogo son abreviadas, con una información reducida al apellido del autor, generalmente en latín, el título reducido y la información de los volúmenes, lo que dificulta la identificación de las ediciones remitidas²⁶.

²⁶ Una recopilación bibliográfica útil para la identificación de los títulos en DOUGLAS J. OSLER, *Jurisprudence of the baroque: a census of seventeenth century Italian legal imprints*, Frankfurt, Klostermann, 2009.

Además, hay libros que podrían tener un contenido jurídico en otros apartados de los catálogos, entre los libros latinos de religión y humanidades y entre las obras en lengua vernácula. En estos casos puede tratarse de textos de teología, filosofía, política o libros doctrinales, así como obras prácticas o formularios, esto hace difícil delimitar el total de libros jurídicos, dependerá, como suele suceder, de los criterios que se apliquen. En este trabajo, en el que no agotaremos el análisis del contenido, queremos destacar los libros “etiquetados” como jurídicos por los libreros, que en cierto modo nos revela la oferta al público letrado, especialmente de las obras en latín, que son un núcleo esencial de las listas.

Catálogo	Sección de “libri iuridici” en latín del catálogo	Total títulos de todas las materias
1680	110	606
1682	66	741
1683	35	208
1687	27	582
1689	Sin especificar	369

Tabla 1. Total de títulos en el apartado “libri iuridici” de los catálogos de venta en Indias.

En la tabla 1 se observa esta distribución de libros en latín calificados como “jurídicos” en cuatro de los catálogos, ya que el de 1689 no agrupa los textos por materias, y quedan fuera del cuadro 1 los libros jurídicos en romance que no se incluyen en la sección “libri iuridici” de los catálogos. También sería conveniente destacar el peso de algunas obras de teología, que tuvieron su mira en problemas legales o de resolución de asuntos morales que podían influir en el ideal de justicia y la aplicación de la justa razón en la resolución de los conflictos. Esto supondría una revisión del total de libros que tocan temas relacionados con el mundo del derecho. Ahora bien, aunque el resultado de la tabla 1 sea parcial es, pensamos, revelador de la existencia de un importante volumen de libros jurídicos en latín en los envíos, con 238 obras, en torno a un 9,5% del total de títulos enviados. En esta muestra de obras jurídicas en latín la mayoría tenían un formato folio, 175 (73,5%), seguido del formato cuarto, 59 (24,7%) y otros formatos menores (de octavo a doceavo) con 4 obras (1,6%).

Derecho canónico. En los catálogos aparece el *Corpus iuris canonici* “cum notis” y comentaristas varios, las *Decretales* de Gregorio IX y los co-

mentarios a esta recopilación del dominico Pietro Maria Passerini, Nicolás Rodríguez Hermosino, Manuel González Téllez, Antonio Graña Nieto, Paul Laymann y Heinrich Wangnereck. También comentarios a los concilios, con la obra recopilatoria de José Sáenz de Aguirre (O.S.B.) titulada *Noticia compendiosa de todos los concilios de España y Indias* (1685), además de numerosos aspectos que afectan a la organización de la vida eclesiástica como el de Nicolás García, *Tractatus de beneficiis*; la jurisdicción eclesiástica, con el *Examen de la potestad y iurisdiccion de los señores obispos y sus tribunales* de Martín de Torrecilla, y los tribunales, de los que encontramos numerosas obras como las *Decisiones, et quaetiones senatus archiepiscopalis* (1688) de Manuel Temudo da Fonseca o las *Decisiones Sacrae Rotae Romanae* (1682) de Carlo Cerro. Los asuntos de censura e Inquisición también aparecen en los listados, los habituales manuales de procedimiento, como el de Cesare Carena, *Tractatus de Officio Sanctissimae Inquisitiones et modo procedendi in causis fidei*, o del religioso Tommaso Del Bene, *De officio S. Inquisitionis circa haeresim cum bullis tam veteribus quam recentioribus* (1680), junto a las dos obras sobre estos asuntos de Manuel Ambrosio de Filguera, su *Lucerna decretalis* (1680) y la *Censura pontificia per quam in duplici decreto Sacrae Congregationis Inquisitionis Generalis Romanae, tanquam scandalosas saltem, quadraginta & quinque propositiones prohibuit ac damnavit SS. D. Alexander VII* (1681), un asunto que generaría ríos de tinta, recogidos en las *Consultas morales y exposicion de las proposiciones condenadas por nuestros muy santos Padres Inocencio XI y Alejandro VII* (1686) de Martín de Torrecilla, que también se incluye en los catálogos.

Derecho romano. En el caso del *Corpus iuris civilis* se incluyeron las diferentes partes e infinidad de comentaristas. En el catálogo de 1680 se incluyeron un elevado elenco de juristas, muy significativos del interés que podía esperarse de su venta:

- [Arnoldi] [V]Innij ad Instituta.
- Antonio Perez in Codicem [Justiniani imp.], 2. tom.
- [Johann] Schnedevini ad Instituta.
- Ritterusio ad Instituta.
- [Gerardus] Tuningius ad Instituta.
- [Johannes] Borcholten ad Instituta [Justiniani commentaria].
- [Petrus] Osterman ad Instituta.
- Bachouius [i.e. Reinhard Bachoff von Echt] ad Instituta.
- Misingerius [i.e. Joachimus Mynsinger] ad Instituta.

- Misingerij [i.e. Joachimus Mynsinger] Observatio Juris.
- [Jacob] Brantmyller ad Instituta.
- [Georgii] Franskij ad Instituta [juris civilis Justiniani imperatoris commentarius].
- Wissenbach [i.e. Matthaeus Wesenbeck] in Pandectis.
- Wissenbechius in Pandectas.
- Bachouius [i.e. Reinerd Bachoff von Echt] in Pandectis.
- [Johannes Borcholten] Instituta Iustiniana [commentaria]²⁷.

En este breve trabajo no es posible desenredar la madeja de lecturas del derecho romano que se ofrecen en las listas, pero es, sin duda, un aspecto esencial de oferta, tanto por su utilidad en las universidades como por el interés teórico que podían tener para fortalecer el derecho común²⁸. El prestigio del mundo romano, la fascinación por sus poetas, ruinas, monedas y esculturas, también estuvo muy presente en los envíos. El interés humanístico de numerosos lectores americanos se despertó con libros como el *De urbis ac Romani olim imperij splendore* de Giovanni Battista Casali, los *Annales Romanorum* de Stephanus Vinandus Pighius y muchos otros. En el caso del derecho civil en las listas se incluyeron prestigiosos escritores que hicieron del estudio del mundo romano un ejercicio erudito, como el *De origine & progressu juris civilis Romani* de Simon van Leeuwen, o el *De iustitia Romanarum legum libri duo repetitae praelectionis* de Jakob Maestertius.

Legislación real. Los catálogos de venta incluyen comentarios a la legislación o *ius proprium* de los reyes o los cabildos municipales, con el conjunto de interpretaciones en el marco del derecho común propio, que facilitaron la aplicación de las leyes a juristas y otros profesionales que asistían en los tribunales como los procuradores o, en algunos casos los alcaldes o corregidores que, conviene recordar, no siempre tenían estudios jurídicos²⁹. Los comenta-

²⁷ AGN. Inquisición, vol. 667, f. 350r.

²⁸ Una síntesis en JOSÉ M^a CASTÁN VÁZQUEZ, “La difusión del derecho romano en Iberoamérica a través de libros españoles”, *Anuario Jurídico*, 11, 1984, pp. 325-339. Y un estudio de caso en JUAN CARLOS PRADO RODRÍGUEZ, “Sobre la circulación de las primeras ediciones impresas del Digesto en el contexto histórico-jurídico de las Reales Audiencias de Santa Fe de Bogotá y de San Francisco de Quito (siglos XVI-XVIII)”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 18, 2011, pp. 269-284. La evolución de los estudios en las universidades en MARIANO PESET, “Catedráticos juristas: formación y carrera”, *Bulletin Hispanique*, 97, 1 (1995), pp. 261-278.

²⁹ TAMAR HERZOG, “Sobre la cultura jurídica en la América colonial (siglos XVI-XVIII)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 903-911.

rios al derecho real castellano fueron bastante habituales, destacando en los envíos analizados Gregorio López de Tovar con *Las siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono*, y las ordenanzas reales de Castilla comentadas por Diego Pérez de Salamanca. Otro autor destacado es Juan Matienzo, “regii senatoris in cancellaria Argentina Regni Peru”, que se ocupó de la Nueva Recopilación (1567) en su obra titulada *In librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, al igual que Alfonso de “Azevedo nova Recopilatione”, se trataría de sus *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, que suele encontrarse en bibliotecas de juristas; o bien textos publicados poco antes de su envío a Indias, como las *Disputationum iuris variarum ad interpretationem regiarum legum regni Castellae* (1683) de Tomás Carleval. También encontramos libros con un cariz pragmático, como la *Suma de las leyes penales* de Francisco de la Pradilla Barnuevo, que podía ayudar a las autoridades como un libro-guía para localizar autores y conocer los textos jurídicos idóneos que podían usarse para cada caso. El libro de Barnuevo contó con numerosas ediciones y adiciones³⁰.

Decisiones. El apartado de autores dedicado a recopilar y comentar las sentencias en pleitos y causas, en diferentes jurisdicciones y territorios, es amplísimo en los catálogos de venta, por lo que citaremos algunos que puedan dar idea de la amplitud de la oferta. En algunos casos eran obras que recogían casos de varios tribunales, como el de Giovanni Luigi Riccio en su *Collectanea decisionum*, pero lo más habitual era un estudio de un tribunal, como las *Decisiones causarum ciuilium expeditarum in curiis ducatus Vrbini* de Rutilio Paitello y las *Decisiones nouissimae Sacrae Rotae Maceratensis totius Piceni causas utriusque fori decidentis* de Marco Antonio Tomati.

En el caso peninsular merecen destacarse las sentencias de tribunales de los distintos territorios de la Corona que interesaron en Latinoamérica (y no exclusivamente de los territorios castellanos, como podría pensarse), este sería el caso de José de Sesse y sus *Decisionum Sacri Senatus regii Regni Aragonum*, o para Napolés la obra de Giuseppe di Rosa con sus *Consultationes iuris selectissimae cum decisionibus super eis prolatis à supremis Neapolitani Regni Tribunalibus*; y el caso de Portugal, que continuaría interesando

³⁰ Un ejemplo de su utilidad estaría en la incorporación de esta obra a bibliotecas de abogados relacionados con el mundo americano, aparece en el inventario transcrito por JOSÉ LUIS BARRIO MOYA, “La librería del abogado burgalés don Juan de Vallejo Bárcena, relator de los Consejos de Guerra e Indias en tiempos de Carlos II (1692)”, *Anuario de historia del derecho español*, 72, 2002, pp. 381-398 (cita en la p. 392).

tras la separación de los territorios, con las obras de Alvaro Vaz, Jorge de Cabedo y Antonio Gama. En los catálogos también aparecen las *Novarum Decisionum Sacri Regii Senatus Granatensis* de Juan Bautista Larrea, y el libro de otro reconocido jurista, Juan Pedro Fontanella, con sus *Decisiones sacri regi Senatus Cathaloniae*.

Consilia. Los libros con consejos o dictámenes jurídicos tuvieron notable éxito, eran obras eminentemente prácticas, que recogían numerosas citas de autoridades, y servían por su casuística para asuntos muy variados. En los catálogos se recogen *Consilia* de autores como Juan Bautista Valenzuela Velázquez, o la recopilación de las alegaciones realizadas ante los tribunales, como es el caso de las *Allegationum fiscalium* de Juan Bautista Larrea, las *Allegationes juris* de Pedro Díez de Ribadeneira Noguerol publicadas en Lyon en 1676 y los escritos de Diego Antonio Fajardo o Nicolás Rodríguez Hermosino. En otros casos se trataría de obras que incluyen resoluciones de dictámenes teológico-jurídicos, como es el caso del dominico Juan de Paz en sus *Consultas y resoluciones varias theológicas, jurídicas, regulares y morales* (Sevilla, 1687), que fue impreso por Tomás López de Haro y remitido en el catálogo de 1689 como “Paz, Consultas y pareceres, de Indias”. Sin olvidar las numerosas *resoluciones* que recogían numerosos juristas citados para reforzar el principio de autoridad, en obras de lectura densa y extensión considerable, como eran las de Jaime Cancer que se ocupaba de casos de Cataluña en sus *Variarum resolutionum juris caesarei, pontificij, & municipalis Principatus Cathalauniae* y las *Resolutionum* de Donato Antonio De Marinis para el caso de Nápoles. Además de otros autores reconocidos que solían citarse con frecuencia y de los que hay obras monográficas como era el caso de Marco Antonio Pellegrini, Giovanni Maria Campana, Cesar Carena, Antonio Concioli, Giacomo Fontanella y otros.

Obras prácticas. Los formularios o manuales que orientaban a los hombres dedicados a la justicia en las secretarías, juzgados y despachos de abogados también tuvieron su eco en las listas que analizamos. Estas obras, generalmente en castellano, orientadas a la compleja resolución de causas, modelos y cláusulas, tuvieron notable éxito entre escribanos, procuradores y jueces. En los catálogos aparecen, entre otros, algunos muy habituales en el tráfico de libros de la Carrera de Indias como era el caso de la *Curia eclesiástica para secretarios de preladados, jueces eclesiásticos, ordinarios y apostólicos y visitadores y notarios ordinarios apostólicos y de visita* de Francisco Ortiz de Salcedo, o la *Curia Filipica* (escrito en Indias y reeditado numerosas veces en España) de Juan de Hevia Bolaños, este último título aparece en

tres catálogos en 1682, 1687 y 1689³¹. Otro autor que, igualmente, tuvo notable repercusión en la praxis diaria de numerosas oficinas fue el *Compendio de contratos públicos*, de Pedro Melgarejo Manrique de Lara, que el librero López de Haro remitió a Nueva España en 1682. Además, se incluyeron algunos libros nuevos, como la *Práctica criminal instrucción... de substanciar las causas* (1672) de Jerónimo Fernández de Herrera Villarroel. Entre las obras de praxis de los tribunales civiles o eclesiásticos también encontramos el contraste entre obras españolas, en lengua vernácula, como la *Práctica de escribanos que contiene la iudicial y orden de examinar testigos en causas civiles y hidalguías y causas criminales y escrituras públicas* de Francisco González de Torneo, y el rico elenco de obras italianas, como la del dominico Pietro Maria Passerini, *Regulare tribunal seu praxis formandi processus nedum in foro regularium sed etiam secularium*, la de Camillo Cappucci, *Praxis iudiciaria*, y la de Fulvius Maioranus. El resultado es un contraste entre las obras de profesores universitarios y juristas con una base teórica, contrapuestos a obras más ligadas a las tareas cotidianas de los agentes de justicia, desde alguaciles y abogados a los procuradores, que en numerosos casos no habían pasado por las aulas universitarias ni habían contado con una preparación universitaria.

También se incluyen algunos libros sobre la razón de estado como el libro de Giovanni Botero, o bien obras de política que sirvieron para ofrecer una imagen ideal del papel del monarca como las *Empresas políticas* de Diego de Saavedra Fajardo³², y otras obras que incluían un contenido moral o teológico como la *Política real y sagrada discurrida por vida de Iesu Christo* (Madrid, 1675) de Juan Vela. En otros casos se trataba de obras que se ocupaban de delimitar las jurisdicciones, que en no pocos casos entraron en

³¹ La presencia de estos libros en Indias en JORGE LUJÁN MUÑOZ, “La literatura jurídica notarial en Hispanoamérica durante la colonia”, *Revista Interamericana de Bibliografía*, 37, 3, 1987, pp. 355-368. También en REYES ROJAS GARCÍA, “La literatura notarial de ida y vuelta: los primeros formularios notariales en América”, ENRIQUE VILLALBA y EMILIO TORNÉ (eds.), *El nervio de la República: El oficio de escribano en el Siglo de Oro*, Madrid, Calambur Editorial, 2010, pp. 401-420. Y la síntesis de JOSÉ BONO Y HUERTA, “Los formularios notariales españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 22, 1, 1978, pp. 287-317.

³² La obra de Saavedra Fajardo, con su contenido emblemático y la orientación humanística de sus comentarios, despertó el interés de los juristas. Estaba en varias bibliotecas de la época como la analizada por JOSÉ LUIS BARRIO MOYA, “La librería de don Antonio Álvarez de Castro, presidente de la Audiencia de Guadalajara (México) durante el reinado de Carlos II”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 60, 1990, pp. 489-496.

liza en el mundo americano, como el *Gobierno eclesiástico pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio* del obispo agustino Gaspar de Villarroel, que podemos encontrar en bibliotecas de juristas de ambos derechos en el mundo americano³³.

En el caso de las obras de carácter aplicado resultaría útil incluir algunos libros sobre el papel del secretario al servicio de los nobles, que incluía, como cabía esperar, la resolución de la gestión de numerosos asuntos de derecho y política. El libro de Gabriel Pérez del Barrio Angulo, *Secretario y consejero de señores y ministros* (Madrid, 1667) es uno de los que se embarcaron a Nueva España junto al de Francisco Dávila Orejon Gastón titulado *Política y mecánica militar para sargento mayor de tercio* (Madrid, 1669), que podía interesar a algunos cargos de Indias que tuvieran responsabilidades de defensa, ya que la compra de cargos llevó a los puestos más variados a profesionales de diversas procedencias. Los libros prácticos, en numerosos casos, debieron ser una de las guías más seguras (y fáciles) para encontrar respuesta a los problemas que debían resolverse en los diferentes niveles de la administración de Indias.

6. Roces inquisitoriales

La correspondencia de los agentes del Santo Oficio con los inquisidores de México permite detectar algunas denuncias contra libros importados por el librero Tomás López de Haro o su cuñado Diego Crance. Entre los libros de derecho que despertaron las sospechas encontramos obras de Arnoldus Vinnius, Matthias van Wesenbeke o de Johann Schneidewein, que fueron retenidas por el comisario inquisitorial de Puebla de los Ángeles. Aunque estos textos tuvieron problemas puntualmente, como veremos con detalle, se volvieron a embarcar en los años siguientes por los libreros sevillanos y fueron leídas por los juristas mexicanos³⁴. En algunos casos se trataba de obras jurídicas de autores tildados como protestantes, pero algunas obras podían seguir circulando y utilizándose una vez expurgadas, siendo el expurgo uno

³³ Un ejemplar del libro de Villarroel había pertenecido al obispo Francisco de la Puebla González. El volumen fue vendido en almoneda “muy usado” en Santiago de Chile en 1705. AUDE ARGOUSE, “De libros y otras cosas: el legado del obispo de la Puebla González. Santiago de Chile, 1705”, *Relaciones*, 144, 2015, pp. 13-53.

³⁴ AURELIA VARGAS VALENCIA, *Las Instituciones de Justiniano en Nueva España*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.



Figura 2. El jurista Johann Schneidewein en el *Index expurgatorius hispanus*, Madrid, 1707, p. 668.

de los elementos que definieron la acción inquisitorial y centraron los debates sobre la lectura con cautela en el mundo hispánico³⁵.

En el caso de Vinnius fue etiquetado como “*authoris damnati*”, pero se siguió enviando a México, leyendo y citando en tratados jurídicos de manera habitual³⁶. Los problemas puntuales de algunos de estos textos no parece que pudieran impedir su circulación. En estos catálogos se incluyeron numerosos juristas contemporáneos, como es el caso de los comentarios a los *Decretales* de Heinrich Wangnereck, de 1672, entre otros. Las obras recién publicadas no podían verificarse con facilidad en los índices inquisitoriales. Es conveniente recordar que tras el índice de libros prohibidos de la Inquisición española de 1640 no se editaría uno nuevo hasta 1707, así que los comisarios tenían que tener presentes los edictos de libros prohibidos y los avisos que desde la Su-

³⁵ MANUEL PEÑA DÍAZ, *Escribir y prohibir. Inquisición y censura en los Siglos de Oro*, Madrid, Cátedra, 2015, pp. 39-77. La lectura es un aspecto esencial de estos debates, ver ANTONIO CASTILLO GÓMEZ, *Leer y oír leer. Ensayos sobre la lectura en los Siglos de Oro*, Madrid, Iberoamericana, 2016.

³⁶ El estudio más completo de la recepción de Vinnius en España en LAURA BECK VARELA, *Literatura jurídica y censura: fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. El autor Arnoldus Vinius aparece como de primera clase en el *Index expurgatorius hispanus*, Matriti, ex typographia Musicae, 1707, p. 22. El índice es analizado en JESÚS MARTÍNEZ BUJANDA, *El índice de libros prohibidos y expurgados de la Inquisición española (1551-1819). Evolución y contenido*, Madrid, BAC, 2016.

prema se remitían a los distritos, y desde estos a los agentes en los puertos. En el caso del distrito inquisitorial mexicano se conocen 264 edictos promulgados entre 1570 y 1819, más de la mitad de ellos incluían referencias a libros prohibidos. Ahora bien, en el periodo que nos interesa, entre 1650 y 1699, se leyeron en el virreinato 33 edictos, de ellos 19 sobre libros que incluían 65 textos prohibidos³⁷. En todo caso, en los años 1680-1689 no hubo edictos, así que los años del embarque de los libros que estamos analizando debieron ser un tiempo más tranquilo en lo que se refiere a las noticias que llegaban sobre textos peligrosos por sus contenidos heréticos.

Entre tanto los editores seguían publicando nuevos libros, por lo que era complicado estar al día de las novedades, y los comisarios podían, en ocasiones, retener por sospechas, o por las citas de autores o, simplemente, por el origen del libro. A pesar de tales controles la diversidad de obras jurídicas disponibles en el mercado del libro en la segunda mitad del siglo XVII fue notable. Ahora bien, los libreros estuvieron en el foco de atención de los agentes inquisitoriales. El visitador de las librerías de la Corte, Juan Ponce de León, recordaba a los inquisidores su tarea que era, afirmaba en 1644, “una sala de negociación de libreros donde se trata de expurgarles los libros, recoger los prohibidos, apremiarlos a que traigan las minutas de las librerías que se venden”³⁸. Esta negociación fue constante y configuró las relaciones con el mundo de la librería. El imponer límites a los libros no siempre resultó eficaz. En muchos casos presionar a los libreros para que restringieran el tráfico, más que perseguirlos o inculparlos, fue más efectivo ya que eran los mercaderes de libros dedicados al tráfico internacional los que tenían el control del abastecimiento del mercado³⁹.

Diego Crance llegó a Veracruz y tras resolver los trámites aduaneros emprendió camino a Puebla de los Ángeles y luego a México. Crance remitió un ejemplar del catálogo impreso a Francisco Flores de Valdés, comisario inquisitorial en Puebla de los Ángeles, que revisó la lista y al llegar los cajones a la ciudad detuvo varios libros. El 21 de diciembre de 1680 escribió a los Inquisidores de México informando de cuatro libros que había recogido:

³⁷ JOSÉ ABEL RAMOS SORIANO, *Los delincuentes de papel. Inquisición y libros en la Nueva España (1571-1820)*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 123-136.

³⁸ Archivo Histórico Nacional, Madrid (AHN). Inquisición, leg. 4470, exp. 30.

³⁹ MANUEL PEÑA DÍAZ, “Inquisición y catálogo de libros en el siglo XVII”, P. RUEDA RAMÍREZ y LL. AGUSTÍ (eds.), *La publicidad del libro en el mundo hispánico (siglos XVII-XX): los catálogos de venta de libreros y editores*, Madrid, Calambur, 2016, p. 121.

Quedan en mi poder la Instituta de Arnoldo Vino⁴⁰ y tres tomos de a cuartilla de Juan Bisembacho in pandectas⁴¹ y la Instituta de Schenedeuini⁴² y dos libritos en doce de la historia florentina autor Nicolas Machiauelo y tres tomos de octavo intitulados de origine juris romani⁴³ por ser con notas de dicho Arnoldo Vino.

Los cuales por mi mandado exhibió Diego Cranse librero que vino en esta presente flota del cargo del señor don Gaspar de Velasco y a su pedimento doy la presente en los Ángeles a veinte y uno de diciembre de 1680⁴⁴.

Y lo que puede resultar igualmente revelador fue que Cranse también fue denunciado por el bachiller Carlos García de Durango, vecino de Puebla de los Ángeles y “profesor de la facultad de Medicina”. En este caso el librero le vendió la *Operum medicorum* de Gregor Horst⁴⁵ que nuestro bachiller leyó encontrando autores “damnati” entre los citados, en concreto afirmaba que citaba a “Lutero y a Calvino en varias partes”⁴⁶. El lector ante la mera sospecha de que pudiera ser acusado de poseer libros prohibidos prefiero denunciarlo y pedir, de paso, el retorno del dinero pagado por los volúmenes. El asunto del dinero pagado por los compradores al librero revela el rostro de algunos lectores, como es el caso de José de Francia Vaca, un eclesiástico formado en la

⁴⁰ Arnoldus Vinnius (1588-1657). *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus & forensis*. En el *Index expurgatorius hispanus*, Matriti, ex typographia Musicae, 1707, p. 22, se recoge este título en su edición de Lugduni, apud Laurentium Anison, 1666.

⁴¹ Matthias van Wesenbeke (1531-1586). *In Pandectas Iuris Ciuilis et Codicis Iustiniani*. En el *Index expurgatorius hispanus*, Matriti, ex typographia Musicae, 1707, pp. 40-41, se citan los fragmentos de las *Pandectas* de “Matthaeus Vvesembecius” que deben ser expurgadas.

⁴² Johann Schneidewein (1519-1568). *In quatuor Institutionum Imperialium Iustiniani Imp. Libros, Commentarij*. En el *Index expurgatorius hispanus*, Matriti, ex typographia Musicae, 1707, p. 668, se anota a “Ioannes Schneidevvinus, seu, Shnedeuvin. German I.C. Lutheran.”.

⁴³ Arnoldus Vinnius (1588-1657). *De origine & progressu juris civilis Romani authores & fragmenta veterum jurisconsultorum*.

⁴⁴ AGN. Inquisición, vol. 667, f. 344v.

⁴⁵ Efectivamente en el catálogo de Cranse se incluye a Horst, Gregor (1578-1636). *Operum medicorum tomus primus [-tertius]*, Norimbergæ, sumptibus Johann. Andreae et VVolffgangi iun. hæredum, Endterorum, 1660. 3 v. IT\ICCU\RMLE\032611 Esta edición fue la que tenía el bachiller mexicano.

⁴⁶ AGN. Inquisición, vol. 667, f. 346r. Efectivamente, en este caso la edición que vendió Cranse de Nuremberg en 1660 figuraba como libro “permittuntur cum sequenti expurgatione”, que se anotan en el *Index expurgatorius hispanus*, Matriti, ex typographia Musicae, 1707, p. 458.

universidad mexicana, que adquirió libros en 1680. Tres años después nuestro librero no había podido cobrar de este cura de “la parroquia de San José de la ciudad de los Ángeles 510 [pesos] de oro común que se me obligó a pagar”⁴⁷. Los libros comprados no los conocemos, pero debieron ser útiles para consolidar su posición, primero como canónigo lectoral de Sagrada Escritura de la Iglesia de Puebla de los Ángeles en 1686, y más tarde como vicerrector de los Colegios de San Pedro, San Ildefonso y San Juan de Puebla⁴⁸.

En este caso el trato a los libros fue diferente en las dos orillas del Atlántico, revelando el peso que los agentes inquisitoriales podían tener en la retención de un libro sospechoso. El calificador sevillano había considerado que los textos tenían el pase para las Indias sin mayores problemas y, sin embargo, el comisario poblano prefirió intervenir, de manera preventiva, reteniendo varios impresos⁴⁹.

7. Conclusiones

Los catálogos sevillanos de venta de libros en la Nueva España de 1680, 1682, 1682, 1687 y 1689 aquí analizados revelan una estrategia de distribución de libros jurídicos en la que participaron Tomás López de Haro, un impresor y librero con amplios intereses, y su cuñado Diego Crance, junto a algunos cargadores de la Carrera de Indias. Las flotas atlánticas facilitaron un circuito de intercambio de estos libros que incluían numerosas obras publicadas en Amberes, Leiden, Venecia, París o Roma, entre otras muchas ciudades, que circularon a través de los canales del monopolio comercial en los territorios de la Corona española en América⁵⁰.

⁴⁷ AHPSe. Protocolos, leg. 8673 (oficio 14), libro 1º, fol. 420r-v. 1683.

⁴⁸ AGI. Indiferente, 211, N. 68.

⁴⁹ El contexto de la vigilancia en NATALIA MAILLARD, “Estrategias de los profesionales del libro sevillanos ante el Santo Oficio: entre la evasión y la colaboración”, *El libro en circulación en el mundo moderno en España y Latinoamérica*, Madrid, Calambur, 2012, pp. 23-44. Un estudio de caso que revela la circulación clandestina en DAISY RÍPODAS ARDANAZ, “Introducción fraudulenta de libros prohibidos en el Río de la Plata (1788)”, *Revista de historia del derecho*, 28, 2000, pp. 503-511.

⁵⁰ El mercado americano resultó clave para algunos libreros-editores como los Verdussen, ver STIJN VAN ROSSEM, “The bookshop of the Counter-Reformation revisited: the Verdussen company and the trade in catholic publications, Antwerp, 1585-1648”, *Quaerendo*, 38, 4, 2008, p. 306-321. También LAURA CRUZ, *The paradox of prosperity: the Leiden booksellers’ guild and the distribution of books in early modern Europe*, New Castle, Oak Knoll Press, 2009.

En cuatro de los cinco catálogos se ordenaron los libros por materias (y formatos), incluyendo un apartado de libros jurídicos, que incluía en total 238 obras jurídicas en latín, además en los catálogos se incluían libros de derecho en castellano en un apartado de “libros de romance en general”. En el catálogo de 1689, realizado probablemente con prisas por la salida de la flota, se agruparon por formatos y lenguas “en general”, sin diferenciarse como en el resto entre libros teológicos, jurídicos, de medicina y de humanidades.

La muestra de obras jurídicas analizada revela una variedad temática muy notable, que incluía obras clásicas del derecho canónico y civil, además de numerosos autores de prestigio en el mundo universitario. Un grupo importante lo formaron juristas contemporáneos al envío, que publicaron sus textos en la segunda mitad del siglo XVII. Este último aspecto es uno de los más interesantes ya que revela las conexiones de López de Haro con librerías extranjeras que le permitieron importar grandes cantidades de textos, en muchos casos libros recién editados, especialmente en el catálogo de 1680, que incluye a juristas holandeses, alemanes o franceses, además de numerosos italianos. Estas obras incluían a renombrados juristas y a numerosísimos comentaristas del derecho civil y canónico, junto a una notable diversidad de consejos, decisiones y prácticas jurídicas, que ofrecen una rica panorámica de lecturas prácticas, que podían aplicarse en tribunales y en la resolución de tareas de gobierno. Otro bloque importante son libros de derecho en castellano, que ofrecen soluciones prácticas o resumen contenidos doctrinales destinados a profesionales del mundo de las oficinas y los despachos de los abogados y la administración real o municipal. Estos textos tienen la singularidad de ofrecerse como compendios o sumas, lo que facilita la consulta de las obras jurídicas, sin olvidar algunos textos que incluían formularios o que explicaban procedimientos judiciales. En conjunto el elenco de libros remitidos desde Sevilla revela la curiosidad intelectual en la línea de la tradición de las autoridades y un renovado interés por nuevas publicaciones, un aspecto que es posible encontrar en la correspondencia de los eruditos y en la literatura, para Gracián “no hay lisonja, no hay fullería para un ingenio, como un libro nuevo cada día”⁵¹. Los catálogos sevillanos, los primeros publicados en Europa para vender libros en México, reunían esa cualidad, ofreciendo en las listas textos para el ocio lector, la formación académica y el ejercicio de la profesión jurídica.

⁵¹ BALTASAR GRACIÁN, *El Criticón: segunda parte, iuyziosa cortesana filosofía, en el otoño de la varonil edad*, Amberes, Gerónimo y Juan Baptista Verdussen, 1669, p. 163.

EL NUEVO CÓDIGO DE INDIAS DE 1792:
SUS VICISITUDES DE ELABORACIÓN *

THE NEW CODE OF THE INDIES, 1792:
THE VICISSITUDES OF ITS DEVELOPMENT

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

josemaria.vallejo@uclm.es

Resumen: Carlos III, accediendo a una petición de su Real Consejo de las Indias, ordenó, en 1776, que la ya centenaria *Recopilación de Indias*, de 1680, fuese adicionada e ilustrada con las disposiciones promulgadas con posterioridad. Constituida una Junta de *Leyes de las Indias* o del *Nuevo Código*, su labor se prolongó, difusa y en ocasiones confusamente, con una Guerra de la Independencia por medio, hasta 1820. Su único fruto tangible fue, en 1792, el Libro I, de tal *Nuevo Código*, aprobado, sancionado y promulgado por Carlos IV, pero no publicado. Eso sí, excepción hecha de una docena de reales cédulas, mandadas desgajar y circular, sucesiva y casuísticamente, para su pública aplicación por las autoridades gubernativas y judiciales indianas, entre 1789 y 1804. Este *Nuevo Código de las Indias*, aun sólo en su Libro I, pretendió ser la compilación de toda la legislación borbónica sobre el gobierno eclesiástico de América. Y en él, ya desde su Título II, el *Patronato Real* aparecía como la institución clave de dicha legislación.

Palabras clave: código, recopilación, ley, América, Real Consejo de las Indias, gobierno eclesiástico.

Abstract: Acceding to a request from his Royal Council of the Indies, Charles III of Spain ordered in 1776 that the then 96-year-old *Recopilación de Indias* of 1680 should be expanded and illustrated with the provisions enacted later. He constituted a Board of Laws of the Indies (*Junta de Leyes de las Indias*) to compile a new code, whose work continued, diffusely and sometimes confusingly until 1820, during which the Spanish War of Independence (1808-1814) took place. Its only final result was that Book I of this new code

*Por razones editoriales, a fin de cumplir con las normas de publicación, esta monografía, expresión de la ponencia expuesta el martes 30 de agosto de 2016 en la *Meitner-Saal* de la *Harnack-Haus* de Berlín, sede del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, organizado por el director del *Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*, profesor doctor Thomas Duve, aparece aquí reducida en su extensión a menos de su originaria tercera parte. Además de un *Preámbulo sumario* y de un *Colofón*, han tenido que ser suprimidos dos de sus tres epígrafes principales, titulados *El contenido del "Nuevo Código": más observaciones y El "Nuevo Código de Leyes de las Indias": una interpretación sobre su contenido y su formación*.

was approved, sanctioned and promulgated by Charles IV in 1792, but it was never published. The only exception were twelve laws (included in nine *Reales Cédulas*) that they were broken off and sent successively and casuistically, for public application by American colonial governmental and judicial authorities between 1789 and 1804. This new code of the Indies, still only in its first book, claimed to be the compilation of all the Bourbon legislation of the ecclesiastical government of America. And in it, from Title II, the Royal Patronage (*Patronato Regio*) appeared as the key institution of such legislation.

Keywords: Code, Compilation, Law, America, Royal Council of the Indies, Ecclesiastical Government.

El alumbramiento material y formal, ya que no legal –como *corpus legis* hecho público–, del *Nuevo Código de Indias* (NCI), tuvo su origen en dos consultas del Real y Supremo Consejo de las Indias: una, de 20-III-1771, que hizo presente al entonces soberano, Carlos III, la necesidad que existía de adicionar e ilustrar las leyes de la *Recopilación de Indias* (RI), de 1680, con las resoluciones y ulteriores disposiciones “convenientes a la constitución del gobierno actual de aquellos Reinos”, del Nuevo Mundo; y otra, de 10-V-1773, que advirtió de que las leyes de Indias no debían ser glosadas, ni comentadas¹. La resolución, tardía, a esta última consulta, adoptó la forma de un Real Decreto (RD), de 9-V-1776, que ordenó la formación de un *Nuevo Código* de las leyes indianas, aunque con prohibición de que *nunca se permita la glosa, ni comento de ellas*, a cargo de dos comisionados letrados: Miguel José Serrador, oficial segundo de la Secretaría de Estado y del Despacho de Indias; y Juan Crisóstomo de Ansotegui, agente fiscal del Consejo de Indias elevado a una plaza supernumeraria de la Real Audiencia de la Casa de la Contratación de Cádiz. Ambos regios comisarios habrían de estar supervisados por una Real Junta, que entonces se constituía, integrada por Manuel Lanz de Casafonda, Felipe Santos Domínguez, José Pablo de Agüero, Jacobo de la Huerta y Antonio Porlier, actuando Manuel José de Ayala de secretario. Todos eran ministros consejeros togados de Indias, salvo Porlier, fiscal de la Nueva Es-

¹ Para profundizar en lo que sigue, con estudio y edición, entre otros aportes documentales, de las actas, conocidas y conservadas, de la Junta del *Nuevo Código*, amén del Libro I, proyectado por Juan Crisóstomo de Ansotegui, que igualmente sólo de forma parcial ha llegado hasta nosotros, véase JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *La Segunda Carolina. El “Nuevo Código” de Leyes de las Indias. Sus Juntas recopiladoras, sus Secretarios y el Real Consejo (1776-1820)*, 3 tomos, Madrid, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2016.

paña del mismo Consejo de Indias; y Ayala, oficial cuarto de la mencionada Secretaría o Ministerio de Indias².

La primera sesión de la Junta del *Nuevo Código* se celebró en domingo, el 16-VI-1776, acordándose la llevanza de un libro, en el que se fuesen rubricando, por sus vocales, las actas de las reuniones habidas, autorizadas por el secretario. Avisados los comisarios recopiladores, Serrador y Ansotegui, ambos asistieron a la segunda sesión, del viernes, 21-VI-1776, y, enterados de lo decretado por el Rey, se les previno que diesen inicio a la obra compiladora, principiando por el cotejo, verificación y *acopio de cédulas*, tanto las nuevas postrecopilatorias, como, sobre todo, las derogatorias y las modificativas de las recopiladas en 1680, e impresas en 1681. Estaban facultados, para ello, al poder cursar oficios a las Secretarías del Consejo de Indias, de la Nueva España y del Perú, al objeto de que se les facilitasen las cédulas y los demás papeles que pidiesen. Sin embargo, la tercera sesión se habría de demorar nada menos que cinco años, hasta el 25-VI, pero de 1781. ¿A qué se debió tanto tiempo de espera? De conformidad con el mentado RD de 9-V-1776, las leyes que Serrador y Ansotegui compilasen, refundiesen y redactasen, para el *Nuevo Código*, tenían que ser revisadas por los vocales-ministros de la Junta, pero después, también calificadas por *todo* el Consejo de Indias, antes de ser definitivamente aprobadas, o no, por el Rey. Es decir, la Junta del *Nuevo Código*, creada en 1776, bajo la directa dependencia del Real Consejo, carecía, en esta primera fase de su actividad institucional, de decisiva autonomía, jurídica y política. De ahí que se viese obligada a esperar que los comisionados regios, Serrador y Ansotegui, concluyesen su tarea, al menos, parcialmente, sobre el primero de los libros de la *Recopilación* de 1680, dedicado a la *Santa Fe Católica*, en general, y a la *Iglesia* en las Indias, en particular: sus Prelados, obispos y arzobispos; el Clero, secular y regular; la inmunidad jurisdiccional, el Patronato Real indiano; los Concilios, provinciales y sinodales; las rentas decimales, los hospitales y cofradías, las Universidades y Estudios Generales, la impresión de libros... De dichos comisarios recopiladores, Serrador poco o nada aportaría, puesto que se habría de jubilar muy pronto, con reconoci-

² Acta de la Junta 1^a. del *Nuevo Código de Indias*, 16-VI-1776, en ARCHIVO GENERAL DE INDIAS (AGI), de Sevilla (España), sección de Indiferente General, legajo 1.653, folios 1 r-2 r. El *Libro de los acuerdos de la Junta nombrada para corregir y adicionar las Leyes de Indias*, cuyas sesiones se desarrollaron entre la primera de las celebradas, el domingo, 16-VI-1776, y la número 250, del miércoles, 18-V-1785, aunque consta la no asistencia y celebración de reuniones hasta el mismo lunes, 13-VI-1785, se custodia, en efecto, en AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 1 r-415 v.

miento de la tercera parte de su sueldo como pensión, el 23-II-1778. Por tanto, la labor compiladora pronto recayó, en solitario, en Juan Crisóstomo de Ansotegui, un acreditado abogado alavés, natural de Laguardia, agente fiscal supernumerario, como se ha dicho, del Consejo de Indias, *por lo tocante a la negociación del Perú*, desde 1754³.

De ahí la demora que se advierte en las reuniones, y sus actas, de la Junta del *Nuevo Código*, puesto que Ansotegui tardó cuatro años, de junio de 1776 a julio de 1780, en elaborar las leyes de su Libro I, integrado por 24 títulos, los mismos que tenía el libro I de la *Recopilación* de 1680, cuya estructura externa seguía muy de cerca, y que elevó al monarca junto con una representación suya, de 21-VII-1780. Este Libro I, propuesto por Ansotegui, fue remitido al Consejo de Indias, acompañado de un RD, de 7-IX-1780, que regulaba el procedimiento revisor de la Junta, que allí se denominaba de la *Nueva Recopilación o Código de las Leyes de Indias*. Con asistencia de sus vocales-ministros, había que fijar dos días a la semana, durante los cuales, la Junta, en horas de audiencia y tribunal, y en la Sala del Consejo que se le señalase, habría de proceder a la “revisión y examen de las leyes que el citado libro contiene, haciendo concurrir al comisionado Ansotegui cuando la Junta lo necesite y regularle conveniente, a fin de que los informe y manifieste las cédulas, resoluciones y demás documentos que haya tenido presente, sin perjuicio de la fe que debe darse a sus aserciones de hecho, en este punto”. Cuando la Junta hallase grave dificultad en alguna de las nuevas o reformadas leyes, continuando con el examen y corrección de las siguientes, debería consultarlas *directamente* con el Rey. Dada la importancia de su cometido, la Junta proseguiría con su revisión aunque faltasen a las reuniones algunos de sus vocales, puesto que el monarca nombraría a otros si la propia Junta, mediante petición o repre-

³ Actas de las Juntas 2^a. y 3^a. del *Nuevo Código*, de 21-VI-1776 y 25-VI-1781 (AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 2 r y v, y 3 r-10 r). Y ANTONIO MURO OREJÓN, “Estudio general del *Nuevo Código de las Leyes de Indias*”, en el *Homenaje al Doctor Don Antonio Muro Orejón*, 2 vols., Sevilla, Universidad, 1979, vol. II, pp. 3-89, en concreto, pp. 18-19 y 38-39; JUAN MANZANO, *Las “Notas” a las Leyes de Indias, de Manuel José de Ayala*, Madrid, 1935, pp. 53-56 y 143-156; *Id.*, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. (Proyecto de Juan Crisóstomo de Ansotegui)*, Madrid, 1936, pp. 3-9; e *Id.*, “Estudio preliminar” a su edición de las *Notas a la Recopilación de Indias. Origen e historia ilustrada de las Leyes de Indias, de Manuel José de Ayala*, 2 tomos, estudio y transcripción de..., Madrid, 1945 y 1946, t. I, pp. CI-CVI; y MARGARITA GÓMEZ GÓMEZ, *Actores del documento. Oficiales, archiveros y escribientes de la Secretaría de Estado y del Despacho Universal de Indias durante el siglo XVIII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPyC), 2003, pp. 435-437.

sentación, lo consideraba preciso. Tanto el RD, de 7-IX-1780, como el Libro I, de Ansotegui, fueron trasladados a los fiscales del Consejo de Indias, Antonio Porlier, futuro I Marqués de Bajamar, para la Nueva España, que también era vocal de la Junta, y para el Perú, José de Cistué y Coll. En vista de lo expuesto por ambos, y de lo consultado por el Consejo, el secretario de Estado y del Despacho de Indias, José de Gálvez, previno, mediante una Real Orden (RO), de 30-XI-1780, que Carlos III había resuelto que fuesen los lunes y los miércoles, de cada semana, los días de celebración de las sesiones de la Junta; y el lugar de reunión, la Sala Segunda de Gobierno del Consejo⁴.

Durante estos meses, sin embargo, entre septiembre de 1780 y mayo de 1781, falleció Ansotegui; y, por dimisión del secretario Ayala, descontento por no ver premiada su labor de colector de cédulas y consultas, y de anotador de las leyes recopiladas en 1680 (*Cedulario, Miscelánea, Diccionario, Notas*), nombró Carlos III, para que sirviese la Secretaría de la Junta, a Luis Peñaranda, relator sustituto del Consejo de Indias, a quien se dirigió el pertinente oficio, de aviso de nombramiento, el 8-VI-1781. Por fin, pudo tener lugar la tercera sesión, el 25-VI-1781, de la que sólo se ausentó, por enfermedad, Agüero. Además de las anteriores novedades, y regias resoluciones, el vocal decano, Casafonda, que también lo era del Consejo de Indias, en el que ejercía de gobernador interino, dio cuenta de otra RO, de 4-VI-1781, en la que Gálvez le había preguntado si la Junta iba a continuar el examen del Libro I, pese a la desaparición de su comisionado recopilador, ya que la voluntad regia era que así fuese, prosiguiéndose la revisión de las leyes hasta la conclusión de la obra. En vista de lo cual, acordó la Junta que Ayala, en tanto que secretario saliente, entregase, por inventario autorizado, al entrante, Peñaranda, todos los libros, papeles y documentos que obrasen en su poder, al tiempo que el decano-presidente Casafonda le depositaba, además, el ansoteguiano Libro I.

Mayor trascendencia, todavía, tuvo la cuarta sesión, celebrada el 4-VII-1781, al observar la Junta una clara contradicción entre dos disposiciones regias, los citados RR. DD. de 9-V-1776 y de 7-IX-1780. En efecto, en 1776, la Junta dependía del Consejo de Indias, o sea, la potestad de revisión recopilatoria de la primera se hallaba subordinada a la decisiva autoridad calificado-

⁴ AGI, Contratación, leg. 5.786, lib. 3, ff. 34 r-36 v y 57 r-58 v. Acta de la Junta 3^a. del *Nuevo Código de Indias*, de 25-VI-1781 (AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 3 r-10 r); y J. MANZANO, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. (Proyecto de Juan Crisóstomo de Ansotegui)*, pp. 9-13; e *Id.*, "Estudio preliminar" a las *Notas a la Recopilación de Indias, de Manuel José de Ayala*, t. I, pp. CVI-CX.

ra del segundo, que era el órgano administrativo encargado, en esta materia legislativa, de consultar todo para su regia aprobación. En 1780, en cambio, se introdujo una modificación radical, al establecerse que, cuando la Junta se topase con una grave dificultad en alguna de las nuevas leyes no recopiladas, que quisiese incluir en el *Nuevo Código*, podría consultarla *directamente* (la Junta, no el Consejo), con el Rey. Estaba claro, para la Junta, que, desde 1780, poseía una autoridad legislativa decisiva sobre todas aquellas leyes que no le suscitasen “perplejidad, duda o dificultad”; y consultiva, con el monarca y sin intermediación consiliar, sobre aquellas leyes que le provocasen, por el contrario, graves dudas o dificultades. A pesar de todo, Casafonda, Domínguez, Huerta y Porlier acordaron elevar una consulta a Carlos III, datada el 6-VII-1781, solicitando una expresa aclaración de las competencias, atribuciones y facultades legislativas de la Junta, puesto que legalmente, mientras estuviese vigente la ley, de la *Recopilación de Indias*, de 1680, II, 2, 15 -que procedía de la número 32, de las *Ordenanzas Reales* del Consejo de Indias, de 1571; y de la 15, de las posteriores *Ordenanzas* sinodales indianas, de 1636-, la potestad de crear leyes nuevas o revocar las antiguas correspondía a los ministros consejeros del Consejo Pleno de Indias, por mayoría de dos tercios, y posterior aprobación del soberano. La real resolución a dicha consulta, de 6-VII-1781, publicada en la sesión 5^a, de 8-VIII-1781, resultó plenamente favorable a la Junta: la revisión de las leyes del *Nuevo Código* quedó exceptuada de las aplicación de las *Reales Ordenanzas* del Consejo de Indias y, por consiguiente, de la vigencia de RI, II, 2, 15, siéndole aplicable a la Junta sólo el RD de 7-IX-1780, confirmado en todos sus extremos⁵.

Así fue como, cinco años después de su constitución, la Junta pudo comenzar el examen del Libro I, de Ansotegui y 1780, por su título I. *De la Santa Fe Catholica*, y la revisión de la *Recopilación* de 1680, en su sesión 6^a., de 13-VIII-1781. Al llegar, su labor escrutadora, al título VII. *De los Arzobispos, Obispos y Visitadores Eclesiásticos*, otra real resolución, de 7-I-

⁵ Actas de las Juntas 4^a. y 5^a. del *Nuevo Código*, de 4-VII y 8-VIII-1781 (AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 10 r-12 r); y RI, II, 2, 15. *Que las causas de gobierno y gracia se resuelvan con la mayor parte, y en iguales se consulte; y para leyes, o derogarlas, concurren las dos partes, y consulta*. Asimismo, ANTONIO MURO OREJÓN, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de recopilación legislativa posteriores a 1680*, tesis doctoral édita, prólogo de Rafael Altamira y Crevea, Madrid, Tipografía de la Revista de Archivos, 1929, pp. 12-22; e *Id.*, “Estudio general del *Nuevo Código de las Leyes de Indias*”, vol. II, pp. 19-22 y 39-40; y ALBERTO DE LA HERA, “La Junta para la corrección de las *Leyes de Indias*”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 32, 1962, pp. 567-580, en particular, pp. 568-571.

1782, a una consulta de la Junta, despachada el 10-XII-1781, y previamente acordada en la sesión 16^{a.}, de 3-X-1781, nombró dos nuevos vocales-ministros consejeros de Indias, Francisco Leandro de Viana, I Conde de Tepa, y Juan Manuel González Bustillo; y por escribiente auxiliar, del secretario Peñaranda, a Juan Miguel Represa, antiguo amanuense o pendolista del ex secretario Ayala. Concurrieron todos a las reuniones de la Junta, por vez primera, en la 36^{a.}, de 14-I-1782. Bajo un ritmo lento y premioso de trabajo, embarazado por lo menguado de las dos horas por sesión y las dos jornadas semanales, las múltiples ocupaciones de los vocales-consejeros, la necesidad continua de requerir cédulas y expedientes de las Secretarías del Consejo de Indias, y el temor a las novedades legales no recopiladas, llegó la Junta del *Nuevo Código* al ansoteguiano título XIV. *De los Religiosos*. Pero, en la sesión 170^{a.}, de 22-XII-1783, se ordenó, al secretario Peñaranda, que elaborase borradores de las leyes de acuerdo con lo ya dictaminado en los acuerdos adoptados por la Junta, a fin de que, siendo luego revisados, y recayendo la aprobación de sus vocales, pudieran ser puestos en limpio, por su orden cronológico. Como resultado de esta decisión, se volvió otra vez al principio, esto es, extendidos que eran los borradores de las leyes, iban siendo examinados, desde el título I, hasta el XIV. Ahora bien, el fallecimiento de Peñaranda suspendió estas operaciones recopilatorias en la sesión 250^{a.}, de 18-V-1785. Hasta que un RD, de 21-XI-1785, designó, como nuevo secretario de la Junta, a Antonio Porcel, con retención de su plaza de oficial 5^{o.} del Ministerio de Indias. Retomada la labor recopiladora, hubo de evacuar la Junta otra consulta, el 30-III-1787, suplicando el aumento de un día más a la semana para las sesiones de revisión, y que, para aprovechar los días feriados, las reuniones tuviesen lugar en la posada o casa del conde de Tepa, “respecto de su proporcionada situación”. Conforme, Carlos III, con estas peticiones, pudo ser concluido, entre abril de 1786 y mayo de 1787, el Libro I, al explanarse los borradores de las leyes de los títulos XIV a XXIV, junto con otros dos títulos nuevos, añadidos por la Junta: el final VIII. *De los Esponsales y Matrimonios*, y el postrero XX. *De las Vacantes Mayores y Menores de las Iglesias de las Indias*⁶.

⁶ Actas de las Juntas 6^{a.}, 16^{a.}, 36^{a.}, 170^{a.} y 250^{a.} del *Nuevo Código de Indias*, de 13-VIII y 3-X-1781, 14-I-1782, 22-XII-1783 y 18-V-1785 (AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 12 r-13 r, 27 v-30 v, 76 v-77 v, 285 r-287 v, y 415 r y v). Sin olvidar, definitivamente, a ANTONIO MURO OREJÓN, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de recopilación legislativa posteriores a 1680*, nota núm. 1, pp. 22-23; e *Id.*, “Estudio general del *Nuevo Código de las Leyes de Indias*”, vol. II, pp. 40-41.

Por falta de suficiente número de vocales-consejeros, ahora con motivo del ascenso de Antonio Porlier, uno de los miembros más decisivos de la Junta, el 8-VII-1787, al cargo de secretario de Estado y del Despacho Universal de Gracia y Justicia de las Indias, otra vez quedó suspendida la tarea recopiladora. Y ello a pesar de que, el 16-VIII-1787, Carlos III nombró a dos nuevos vocales: José García de León y Pizarro, y Juan Francisco Gutiérrez de Piñeres. Hasta que, por una Real Orden de 30-III-1788, el mismo monarca decidió que todos los miembros de la Junta, que entonces lo eran Huerta, Tapa, Bustillo, Pizarro y Piñeres –ya que Agüero y Casafonda habían muerto tiempo antes, respectivamente el 12-I-1782 y el 27-XI-1785; y Domínguez habría de fallecer al poco, el 7-V-1788-, se constituyesen en Junta *Plena*, o decisoria, del *Nuevo Código*, y se reuniesen una vez cada semana, o cada quince días, aprovechando los feriados. Ciertamente es que, para alcanzar la ansiada rapidez en los trabajos de recopilación, el soberano autorizó a que Tapa y Pizarro formasen una Junta *Particular*, o preparatoria, del *Nuevo Código*, congregándose, ellos dos solos, en sesiones diarias, siempre que no fuesen fiestas de precepto, para concentrarse en la “preparación, coordinación y arreglo de las leyes nuevas, y calificación de las antiguas”. Por descontado, Tapa y Pizarro tenían también que acudir a las reuniones de la Junta *Plena*, cuyas actas autorizaba el secretario Porcel, y en sus ausencias, enfermedades u otras ocupaciones, Represa, regiamente habilitado para ello, al objeto de “satisfacer los reparos que se ofreciesen y decidir los puntos que se votasen”. En cumplimiento de esta soberana resolución, el conde de Tapa y Pizarro dieron inicio a sus reuniones, preparatorias y diarias, el 14-IV-1788. Por la premura de tiempo, y dado que el examen de las leyes exigía tener a la vista los acuerdos anteriores, adoptados por la Junta sobre ellas, acordaron que Represa, en su condición de escribiente-secretario suplente habilitado, elaborase un extracto de las actas, reducido a numerar, por títulos, cada una de las leyes a recopilar, exponiendo, compendiadamente, los acuerdos adoptados, con apunte marginal de las sesiones que los contenían.

La Junta *Particular* del *Nuevo Código* consultó, el 13-IX-1788, a Carlos III –que habría de morir tres meses después, el 14-XII-1788–, que había concluido la tarea encomendada, limitándose ya a repasar las leyes compiladas y puestas en limpio, por si restaban disonancias o equívocos, y a formar su índice alfabético. La resolución del monarca, en forma de RO, de 4-X-1788, se limitó a mandar que remitiese su ofrecido Libro I, con el índice, al objeto de decidir sobre su impresión. Con el ascenso al trono de un nuevo soberano, Carlos IV, por medio de otra consulta, de 27-III-1789, la Junta *Particular* volvió a dar cuenta del cumplimiento de su cometido, por lo que otra RO, de

11-IV-1789, dispuso que la Junta *Plena* celebrase las reuniones precisas, incluidos los festivos, para la revisión de las leyes acordadas por la *Particular*, puesto que el Rey deseaba ver “concluida esta obra, por lo mucho que importaba al Real servicio y a la mejor administración de la justicia en los dominios de las Indias”. Obedeciendo esta RO de 11-IV, y otra posterior, en el mismo sentido, de 5-XI-1789, la Junta *Plena* puso punto final, asimismo, a la revisión del Libro I, con su índice, el 13-XII-1789, antes de que falleciese uno de sus vocales más antiguos, Jacobo de la Huerta. Aunque la consulta de la Junta, de remisión, a Carlos IV, para su aprobación, del Libro I, del *Nuevo Código*, junto con un catálogo de los epígrafes de las leyes recopiladas y de las citas de sus reales cédulas, con notas y señales adicionales que indicaban si la ley era nueva, corregida o totalmente refundida, aunque inicialmente reducida a sólo el título I. *De la Santa Fe Católica*, se retrasó, por parte de Tepa, Pizarro y Piñeres –con Bustillo ausente, por enfermedad–, hasta el 2-XI-1790. En ella, por cierto, apuntaban las “gravísimas dificultades” que avizoraban a la hora de acometer la reelaboración de los ocho restantes libros de la *Recopilación*, dadas las variaciones que observaban se habían producido, con el transecurso del tiempo, en las atribuciones de los Tribunales, y la Real Hacienda, en las Indias, y en todo lo relativo a las materias de comercio y navegación⁷.

Tras casi decenio y medio de empresa recopiladora indiana, con sus conabidas interrupciones y reanudaciones, la definitiva decisión regia, a la mentada consulta de 2-XI-1790, se hizo esperar casi otro año y medio, hasta que fue expedido el RD, signado en el Real Sitio de Aranjuez, de 25-III-1792, en desarrollo de una resolución real de 21 del mismo mes y año. Sorprendentemente, Carlos IV, y sobre todo su áulico consejero, Antonio Porlier, ya marqués de Bajamar, ministro de Gracia y Justicia de Indias, decidieron autorizar la entrada en vigor del Libro I, del *Nuevo Código* –es decir, fue aprobado, sancionado y promulgado–, pero no su publicación. Por consiguiente, las leyes de sus veintiséis títulos pasaron a ser normas vigentes, con toda la fuerza y autoridad soberanas, para que sirviesen de *norma y regla en adelante*; y las leyes de los demás libros, ocho nada menos, de la *Recopilación* de 1680, quedaron *en su vigor*, en lo que *no fuesen contrarias a las del Código*. ¿En qué consistió, en la práctica, esta *especial* promulgación del Libro I, sin publicación? Carlos IV ordenó que fuesen sacadas cinco copias autorizadas, rubricadas por los vocales de la Junta del *Nuevo Código*, poniendo, al principio de

⁷ ANTONIO MURO OREJÓN, “Estudio general del *Nuevo Código de las Leyes de Indias*”, vol. II, pp. 40-43.

las mismas, una copia del RD de 25-III-1792, que habían de ser entregadas, tres de ellas, para cada una de las Salas –dos de Gobierno y una de Justicia– del Consejo Real y Supremo de las Indias; y las otras dos, a sus fiscales, de los departamentos de la Nueva España y del Perú. ¿Qué fin perseguía esta mínima y selecta distribución de copias autorizadas? Pues, el de que el *Nuevo Código* fuese poniéndose en práctica parcial, casuística, *sucesivamente*, o sea, de modo progresivo en materia eclesiástica y de las regalías del Regio Patronato indiano, pero sin que esta puesta *en uso* fuese pública. El Consejo de Indias, con audiencia de sus fiscales, debía ir aplicando sus leyes en *todos* los casos que se fueren presentando, librando, para ello, las cédulas y providencias que resultasen conformes a su tenor. Lo mismo tenía que ejecutarse por la vía reservada del Ministerio de Gracia y Justicia de Indias –para la que no estaba prevista la remisión de una copia autorizada, seguramente porque obraba en poder de su titular, Porlier, el propio original, elevado al monarca junto con la consulta de la Junta, de 2-XI-1790–, tanto en las resoluciones a las consultas consiliares como en la expedición de las órdenes reales. Y así fue como, a través de nueve reales cédulas circulares, fueron publicadas en América, entre 1789 y 1804, hasta doce leyes, que se sepa, del *Nuevo Código*, todas nuevas menos una, también sustancialmente variada⁸.

⁸ En sus investigaciones entre los fondos documentales del Archivo General de Indias en Sevilla, desde antes de 1929, hasta después de 1979, Antonio Muro Orejón logró hallar cinco Reales Cédulas circulares –más otra, que reformaba una anterior–, a añadir a otras tres ya conocidas, y detectadas por Diego Luis Molinari, nueve en total, que ponían en vigor hasta doce leyes del *Nuevo Código de Indias*, de ellas, ocho leyes *nuevas* (L. N.), y una variada sustancialmente (R. V.), en su Libro I, a saber: 1) Real Cédula (RC) circular, datada, en Madrid, el 22-III-1789, que derogaba RI, I, 10, 15, sustituyendo esta ley por la del NCI, I, 7, 12, relativa a que el conocimiento de las demandas interpuestas por capitales y réditos de Capellanías y Obras Pías, contra legos y sus bienes, no correspondiese a los Jueces eclesiásticos, sino a las Justicias reales. 2) RC circular, despachada en Madrid, de 4-VIII-1790, que mandaba observar NCI, I, 4, 70, sobre el nombramiento de Provisores de los Arzobispados y Obispos de América e Islas Filipinas. 3) RC circular, librada en Madrid, de 15-II-1791, que ponía en vigor NCI, I, 20, leyes 3, 9, 10 y 11, que versaban, respectivamente, sobre la inversión del importe de las rentas de vacantes mayores y menores de la iglesias de las Indias, la remisión de relaciones con el producto de las vacantes y su inversión, la correspondiente justificación de su necesidad que ha de preceder para la asignación económica a las iglesias, y la concesión de lo que fuere regulado justo a los Prelados provistos. 4) RC circular, expedida en Madrid, también de 15-II-1791, que ordenaba cumplir NCI, I, 14, 12, sobre las concesiones de vino, cera y aceite a los conventos e iglesias de los Reinos de Indias e Islas Filipinas. 5) RC circular, extendida en Madrid, de 11-VI-1792, que disponía se guardase NCI, I, 8, 7, acerca de la licencia que habían de obtener, para contraer matrimonio, los individuos de las Universidades, Seminarios conciliares, y Casas de enseñanza de ambos sexos, que estuvieren bajo la regia

En el comentado RD de 25-III-1792, Carlos IV determinó, además, que era su voluntad soberana que la Junta continuase sus sesiones, con el celo y el esmero que tenía *bien acreditado*, hasta culminar la *grande obra* legislativo-recopilatoria emprendida. Y confirmó la prohibición de toda glosa o comentario a las leyes de Indias, incluidas las del *Nuevo Código*; así como la vigencia del *ius interpretandi*, habiéndose de *consultar con la Real Persona* toda duda sobre el verdadero y genuino sentido de algunas de dichas leyes, al igual que sus dificultades de aplicación que reclamasen renovada declaración. Publicado dicho RD, de 25-III, por la Junta novocodificadora, en su sesión de 20-V-1792, se limitó a acordar, en principio, su puntual cumplimiento. Mas, a los pocos meses, lo puso frontalmente en cuestión, por su insólita forma de promulgación, que excluía la publicación de la obra recopilada entre 1776 y 1790, mediante una consulta, elevada a Carlos IV, ahora suscrita, con un voto particular de Bustillo, fechado el 6-XI, por los tres restantes vocales-consejeros, Tapa, Pizarro y Piñeres, con data, en Madrid, de 8-XI-1792. Reparaban estos últimos en que la renuencia de Carlos IV a la aplicación del Libro I, y su preferencia por hacerlo de forma privada y secreta, se fundaba en la “novedad que podían acusar algunas de sus leyes”. Para remover este recelo, la Junta hacía presente, al Rey, las tres clases de disposiciones que lo componían: las *leyes ya recopiladas (R.)*, en primer lugar, extraídas de la *Recopilación* de 1680, y carentes de novedad; las *leyes postrecopilatorias*, que ya eran observadas en el Nuevo Mundo; y las *leyes recopiladas pero variadas (R. V.)*, en lo sustancial, junto

protección y Patronato Real. 6) RC circular, signada en San Lorenzo el Real, de 25-X-1795, que ordenaba se procediese, con arreglo a NCI, I, 15, 71, a la hora de conocer y sustanciar las causas por delitos que cometiesen los Regulares. 7) RC circular, fechada igualmente en San Lorenzo, de 29-XI-1796, que imponía la observancia de NCI, I, 15, 38, sobre la incapacidad para testar de los Religiosos de ambos sexos, y también para suceder abintestato, así ellos como sus Conventos. 8) RC circular, suscrita, en Aranjuez, el 29-IV-1804, que modificó la anterior, estableciendo que los Religiosos profesos de ambos sexos, cuando lo eran de Orden Regular que podía poseer bienes, pudieran recibir y gozar herencias, capellanías y demás cosas a las que fuesen llamados. 9) RC circular, despachada en Madrid, de 1-VI-1799, que ordenaba fuesen ejecutadas dos leyes de NCI, I, 24, 8 y 9, relativa, la primera de ellas, a que se contribuyese, a los Colegios Seminarios, con el 3 por 100 que les estaba asignado; y la segunda, a que no fuere invertida, para otros fines, la cuota señalada a los Seminarios [D. L. MOLINARI, *Introducción* al vol. VII de los *Documentos para la Historia Argentina*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, 1916, pp. LXXXII-LXXXIII; y ANTONIO MURO OREJÓN, “Estudio general del *Nuevo Código de las Leyes de Indias*”, vol. II, pp. 51-52; *Id.*, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de recopilación legislativa posteriores a 1680*, pp. 35-36; e *Id.*, “Leyes del *Nuevo Código de Indias* vigentes en América”, en la *Revista de Indias*, Madrid, V, 17 (julio-septiembre, 1944), pp. 443-472].

con las *leyes absolutamente nuevas* (L. N.), formadas por los principios generales del Derecho y tomadas de las regalías de la Corona en las Indias. Sólo de estas *leyes neocodificadas*, que eran *las menos*, admitía la Junta “algún terror o recelo de novedad”. Pero, dejaba bien sentado, como principio *constante* del Derecho, que el cumplimiento de la ley sólo era exigible desde el momento de su publicación, la cual constituía una solemnidad y un requisito esenciales.

Y por eso temía la Junta que hubiese dos legislaciones: una *pública*, la *Recopilación* de 1680, por la que se regirían los jueces y los vasallos de las Indias; y otra *secreta y privada*, el *Código* de 1792, reducido a los estrechos límites del Real Consejo de las Indias (sus dos Salas de Gobierno y su Sala de Justicia, sus dos Fiscalías, sus tres Secretarías, la Contaduría), y de la Secretaría de Estado y del Despacho de Indias (y otros Ministerios, como los de Hacienda y Guerra), sin que los ministros consejeros pudieran leer, ni estudiar, sus leyes, fuera de la sede del tribunal. Que el *Nuevo Código* no fuese publicado provocaría que, gobernándose por sus leyes, el Consejo y el Ministerio de Indias, quedasen ofendidos “el derecho y la justicia de muchos vasallos que, habiendo promovido sus acciones según las leyes de la Recopilación o Cédulas posteriores, se hallarían con resoluciones contrarias, multiplicándose los recursos, de los que se ocuparían los tribunales, con grave perjuicio para los interesados”. La Junta del *Nuevo Código*, sin embargo, conciliadora, propuso a Carlos IV que se dignase autorizarle, especialmente, para que fuese consultándole, de forma sucesiva, las leyes nuevas del *Código*, de modo que, al irse expidiendo las Reales Cédulas circulares que resultasen de las regias resoluciones adoptadas en vista de tales consultas, al poco tiempo se lograra, de manera indirecta aunque parcial, el fin deseado de la publicación del Libro I. En todo caso, en su voto particular disidente, de 6-XI-1792, Bustillo se mostró partidario, por el contrario –aunque no hubiese concurrido, por enfermedad, a la formación de la consulta principal de 2-XI-1790–, del estricto cumplimiento, en todas sus partes, del RD de 25-III-1792. A pesar de tal voto discrepante, la mayoría de la Junta del *Nuevo Código*, es decir, Tapa, Pizarro y Piñeres, insistieron en su parecer inicial, argumentando que, una vez que el soberano había hallado todas las leyes, del Libro I, arregladas a la razón y la justicia, resultaba “ocioso e impertinente” tratar ya acerca de si las recopiladas, en 1680, debían seguir siendo, o no, veneradas⁹.

⁹ AGI, Indiferente General, leg. 546; AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 425 r-428 r; y ANTONIO MURO OREJÓN, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de recopilación legislativa posteriores a 1680*, pp. 31-34; e *Id.*, “Estudio general del Nuevo

Esta segunda consulta de la Junta del *Nuevo Código*, de 8-XI-1792, no tardó casi año y medio en ser resuelta, como la primera, de 2-XI-1790, sino nada menos que casi siete años, hasta el 7-VII-1799, en que Carlos IV decidió cesar a dicha Junta en su comisión de elaborar un *Código de leyes de Indias*, sustituyéndola, en el encargo, por Antonio Porcel, secretario de la misma desde hacía catorce años. En verdad, el paso de un órgano recopilador colectivo o pluripersonal, la Junta, a otro unipersonal o individual, integrado por su

Código de las Leyes de Indias”, vol. II, pp. 44-49 y 61-63. Según este mismo autor, en una hoja de papel que sirve de carpeta a una copia del RD de 25-III-1792, hallada, por él, en el Archivo General de Indias, de Sevilla, en el legajo 663, de su sección de Indiferente General, se lee:

“Decreto disparatado en tiempo del Marqués de Bajamar, sobre el nuevo Código de Leyes de Indias, que no se ha publicado y quiere que se observe. [ANTONIO MURO OREJÓN, “Leyes del *Nuevo Código de Indias* vigentes en América”, nota núm. 3, p. 444].

Con el auxilio interpretativo de VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “Acerca de la elaboración y publicación de la ley en el Derecho Indiano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 80, 2010, pp. 157-181. En general, de este autor, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992; y SANTOS MANUEL CORONAS GONZÁLEZ, “La ley en la España del siglo XVIII”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 80, 2010, pp. 183-242. Sobre la ley, y su naturaleza histórico-jurídica, ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, “La noción de la ley castellano-indiana”, en Manuel Torres Aguilar (coord.), *Actas y Estudios del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, 2 vols., Córdoba, Universidad y Diputación, 2005, vol. II, pp. 1287-1312; e *Id.*, “Leyes y juicios en Castilla: A favor de la potestad legislativa del Rey y contra la cultura jurisdiccional”, en *Initium. Revista Catalana d’Història del Dret*, Barcelona, 13, 2008, pp. 587-638. Sobre la misma materia, ALFONSO GARCÍA-GALLO, “La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 21, 1951, pp. 607-730, luego en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 169-285; RAQUEL RICO LINAGE, “Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII: la *Gaceta de Madrid* y el *Mercurio Histórico-Político*”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 265-338; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La noción de ley en América Hispana durante los siglos XVI a XVIII”, en su colectánea sobre *La Ley en América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992, pp. 27-48; e *Id.*, “Entre leyes, glosas y comentarios. El episodio de la *Recopilación de Indias*”, en el *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, 5 vols., Madrid, Editorial Complutense, 1996, t. III, vol. I, pp. 267-283; MARTA LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, CEPyC, 2001; y R. RICO LINAGE, “Promulgación o publicación: la voz del legislador en el primer constitucionalismo (1808-1823)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 75, 2005, pp. 1013-1035.

secretario, no dejaba de contradecir, flagrantemente, lo dispuesto por el RD de 25-III-1792, en el que el monarca había instado, a la Junta, a concluir su gran obra de compilación legal, abordando la revisión de los restantes libros del *Nuevo Código*. Pero, también es verdad que, mientras tanto, al fallecer Bustillo en 1797, y Pizarro en 1798, la Junta fue quedando reducida a sólo dos vocales, Tapa y Piñeres. Es evidente que el soberano, antes de designar nuevos componentes para la Junta, había preferido confiar toda la responsabilidad recopiladora, extinguiéndola *de facto*, al vaciarla de su única y principal función, en quien, como Porcel, además de su secretario, lo era también del Consejo y la Real Cámara de Indias. Una circunstancia que le facilitaba la consulta de todos los documentos relacionados con las materias a compilar, archivados en su Real y Supremo Consejo: expedientes de gobierno, pleitos civiles, causas criminales, cédulas, provisiones, autos acordados, órdenes, instrucciones, ordenanzas, resoluciones, providencias, representaciones...

Con la Junta coincidió el propio Consejo de Indias, a través de su consulta del Pleno de las tres Salas, de Gobierno y de Justicia, de 26-IV-1794, en advertir que la falta de publicación constituía un vicio esencial para la existencia misma de la ley, el cual quedaría sólo subsanado con la impresión y distribución de su texto normativo, para que fuese conocido por quienes habían de cumplirlo y observarlo, esto es, las autoridades gubernativas y los tribunales de justicia del Nuevo Mundo: “Aunque la ley esté decretada y mandada promulgar por el Príncipe, y aunque llegue privadamente a noticia de los vasallos, no obliga a éstos mientras no se ha ejecutado la promulgación solemne; y ésta es la doctrina común en la materia, así en la jurisprudencia Romana como en la de nuestro Reino, y en la Canónica”. Agregaba, en este mismo sentido, que al igual que la *Recopilación* de 1680, el *Nuevo Código* debía ser igualmente publicado, mediante la impresión y distribución de su texto. Y no olvidaba, el Consejo, de reivindicar su suprema autoridad consultiva y legislativa, estimando que debía revisar previamente su contenido, antes de que pudiera ser publicado el *Nuevo Código*; al tiempo que lamentaba que no hubiera tomado parte alguna, como corporación, en el examen, discusión, elaboración y redacción del Libro I, una vez que el RD, de 7-IX-1780, había autorizado, a la Junta, a consultar directamente con el soberano. La resolución regia, también datada el 7-VII-1799 –publicada en el Consejo el 9, en la Junta del *Nuevo Código* el 11, y recibida por su presidente, el conde de Tapa, el 15-VII-1799–, a esta consulta del Consejo Pleno de Indias, de 26-IV-1794, adoptó términos similares, pero más expresivos y explícitos, que la Real Resolución de 7-VII-1799, a la consulta antes comentada de la Junta, la segunda, de 8-XI-1792:

“Quiero que D. Antonio Porcel se encargue de la reforma de la Recopilación de Indias, y que, concluida, la presente al Consejo, para que este Tribunal informe lo que se le ofrezca y parezca. Se pasará a Porcel el Libro primero del Nuevo Código, cuya sanción no está publicada, y asimismo todos los demás trabajos y papeles concernientes, para que le sirvan en dicha reforma, subsistiendo sólo, por ahora, las leyes del referido Libro primero que se hayan mandado observar por Cédulas circulares y las demás que sea preciso hacer observar por el mismo medio, entretanto se concluye la obra encargada y merece mi aprobación.”

Parece evidente que esta segunda Resolución Real de Carlos IV, de 7/9-VII-1799, significó la afirmación, en las postrimerías del Antiguo Régimen para la Monarquía española, del antiguo principio de la publicación de las leyes. Junto con el reconocimiento indirecto de la doctrina tradicional sustentada por el Consejo de Indias, al ser aceptada su pretensión de que pudiera revisar, corporativamente, la oportunidad del nuevo proyecto de *Código de Indias*, una vez decretada la disolución facticia de la Junta de *Leyes de Indias*. Está claro que se quería enmendar un error, cometido con anterioridad, el 25-III-1792. Por otro lado, Antonio Porcel, más que compilador único de la legislación indiana, desde el 7 y 9-VII-1799, fue nombrado *Comisario o comisionado reformador* de la misma, con facultades, competencias y funciones limitadas respecto a la Junta del *Nuevo Código*, de la que no pasó a ser simple heredero, único y universal. Encargado de la reforma de la *Recopilación* de 1680, no le fue encomendada la continuación de la labor emprendida por la Junta, nada menos que veintitrés años antes. Tampoco nada impedía, a Porcel, desde luego, reformar toda la *Recopilación* de 1680, incluido su libro I, que era el que se correspondía con el Libro I del *Nuevo Código*, puesto que las mismas leyes que de este último se mandaba que subsistiesen, a través de Reales Cédulas circulares, expedidas en el pasado o despachadas en el futuro, lo serían *sólo por ahora*. Una evidente ambigüedad expresiva campaba, pues, por la Resolución Real de 7/9-VII-1799, que servía, indudablemente, para que tanto el monarca, Carlos IV, como su Consejo de Indias, y su ministro de Gracia y Justicia, José Antonio Caballero, tuviesen las manos libres para decidir, en su momento, qué Libro I, del *Nuevo Código*, querrían que rigiese, cuando Porcel concluyese, en el futuro, la elaboración reformadora de todos sus libros integrantes. Una hipótesis que nunca se verificó, ya que, en 1803, Porcel se limitaría a presentar, a Carlos IV, el Libro I, redactado por la extinta Junta neocodificadora, o mejor dicho neorecopiladora, simplemente *adicionado con las disposiciones reales dictadas con posterioridad a 1791*. Para lo

cual, según Juan Miguel Represa, utilizó Porcel su colección de cédulas, las que Represa había reunido –al tener que dejar de ser escribiente de la Junta, una vez suprimida–, de conformidad con lo mandado en una RO de 10-IV-1794, que le confió la prosecución de los *Cedularios* de Manuel José de Ayala, mediante la agregación de resoluciones posteriores¹⁰.

Nada más se vuelve a saber del *Nuevo Código de Indias* hasta que, concluida la Guerra de la Independencia (1808-1814), y restaurada la Monarquía absoluta, tras el RD, expedido en Valencia, de 4-V-1814, con el restablecimiento en el trono de Fernando VII, no tardó en ser reinstaurada la vieja Junta carolina, remozada en incipiente, aunque luego frustrada, Junta fernandina de *Legislación de Indias*. La instancia para reemprender la interrumpida labor novocompiladora llegó al Consejo de Indias en forma de *Exposición*, suscrita por el antiguo escribiente de la Junta del *Nuevo Código*, Juan Miguel Represa, en Madrid, el 10-VI-1815. Previo dictamen fiscal, de 16-III-1816, favorable a la prosecución de la obra del *Código*, y al restablecimiento de la figura del *Comisario* recopilador, el Consejo Pleno de Indias evacuó una consulta, el 19-XII-1816, que, destinada a asegurar la brevedad y el acierto en la definitiva elaboración de un *Nuevo Código*, completo y no limitado a su Libro I, propuso al monarca la adopción de varias medidas de política legislativa: el restablecimiento de la antigua Junta, compuesta por sólo tres ministros consejeros, y no cinco como antes, más un secretario, que se ocupase, en exclusiva, de la redacción del *Nuevo Código*, en los días y horas de tribunal, y en la sala del Consejo de Indias que le destinase su presidente; la principal ocupación de la renacida Junta habría de ser la de pergeñar un plan general, dividido en libros y títulos, con posterior ordenación de las leyes que deberían tener asiento en cada título y su publicación mediante reales cédulas para todos los dominios de América, a fin de que, revisado y calificado todo por el Consejo, y aprobado por el Rey, se facilitase y asegurase la pronta conclusión de la empresa recopiladora indiana; una privativa competencia de

¹⁰ AGI, Indiferente General, leg. 565; AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 429 r-430 r; ANTONIO MURO OREJÓN, “Estudio general del *Nuevo Código de las Leyes de Indias*”, vol. II, pp. 49-51, con el texto de la Real Resolución de 9-VII-1799, en p. 50 *in fine*, de donde procede la cita literal antecedente; *Id.*, “Leyes del *Nuevo Código de Indias* vigentes en América”, pp. 445-446; e *Id.*, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de recopilación legislativa posteriores a 1680*, pp. 34-37; y VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La formación y promulgación de las leyes indianas. En torno a una consulta del Consejo de Indias en 1794”, en *La Ley en América Hispánica. Del Descubrimiento a la Emancipación*, pp. 145-171.

la Junta sería la de dirimir las disputas doctrinales que habían suscitado los comentaristas e intérpretes de las leyes recopiladas o por compilar, para que desapareciese “la muchedumbre de pleitos que se mueven a la sombra de sus discordantes opiniones, en materia de contratos, mayorazgos, testamentos, y otras de igual naturaleza”; y, en atención a los méritos contraídos por Represa, después de casi treinta y cinco años de servicios, le podía ser conferido el cargo de secretario de la Junta, con autorización para pedir un oficial o escribiente, a cada una de las dos Secretarías y Contadurías del Consejo, para tenerlos ocupados, en sus horas de oficina de destino. En la Real Resolución a esta consulta sinodal, de 19-XII-1816, Fernando VII se conformó con ella, en todas sus partes, salvo en materia de gastos, siendo publicada, por el mismo Consejo Pleno de Indias, el 14-I-1817: “Como parece, no habiendo aumento de sueldos”. Sin embargo, al quedar pendiente el nombramiento de los vocales-ministros consejeros de la restablecida Junta fernandina de *Legislación de Indias*, a petición también de Represa, el Consejo Pleno de Indias tuvo que recordárselo, al soberano, mediante otra consulta, de 12-V-1817. Así fue como Fernando VII designó, el 12-I-1818, a Francisco Ibáñez de Leiva, Antonio Martínez de Salcedo y Francisco Xavier Caro. Casi dos años después, comunicado por una RO de 26-XII-1819, fueron agregados otros tres: José de Navia Bolaños, Bruno Vallarino y Manuel de la Bodega. En esta misma RO, de 1819, Fernando VII mandó a la Junta que informase, a la vez, sobre el estado y adelanto de la obra del *Código*, y que lo hiciese todos los meses. A pesar de su inicial resolución, el monarca no observó, empero, la primera medida propuesta en la consulta de 19-XII-1816, al ser seis, y no tres, los vocales elegidos para la Junta de *Legislación*¹¹.

Todos estos preliminares ocuparon, despilfarrados, casi cuatro años y medio, desde la *Exposición* de Represa, de 10-VI-1815, pero terminaron desembocando, por fin, en la celebración de la primera sesión de la reinstaurada Junta de *Legislación de Indias*, el miércoles, 19-I-1820. Paradójicamente, por cierto, cuando ya había tenido lugar el pronunciamiento militar, y liberal, de Rafael del Riego, el 1-I-1820, en la sevillana villa de Las Cabezas de

¹¹ AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 417 r-418 r, y 439 r y v; y la *Consulta del Consejo Real de las Indias, para la continuación del Código. Madrid, 19-XII-1816* (AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 431 r-436 r). Figura resumida en ANTONIO MURO OREJÓN, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de recopilación legislativa posteriores a 1680*, pp. 38-50; e *Id.*, “Estudio general del Nuevo Código de las Leyes de Indias”, pp. 53-56. La *Exposición*, dirigida al Consejo Real de las Indias, de Juan Miguel Represa, de 10-VI-1815, en AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 431 r-433 r.

San Juan, inicio del llamado *Trienio Constitucional* o *Liberal* (1820-1823). A esta reunión constitutiva, de mero carácter preparatorio, asistieron sólo tres miembros de la Junta: Leiva, que actuaba de presidente; Navia y Bodega. Se acordó que Represa pasase un oficio a la Secretaría del Perú del Consejo de Indias, reclamando la remisión, a la mayor brevedad posible, del expediente actuado desde que se había *intentado* la formación del *Código* hasta aquel momento, y que luego, una vez recibido, lo pusiera de manifiesto para la continuación de las actas. En la segunda sesión, del lunes, 24-I-1820, con Leiva, Navia, Vallarino y Bodega de asistentes, sí pudo Represa hacer una pormenorizada relación de los principales hitos, consultivos y normativos, que se habían ido sucediendo en el proceso de elaboración del *Código*. Se adoptó el acuerdo de que fuese el presidente Leiva quien cursase un oficio al Ministerio de Indias, por el que informaría que sólo se hallaba aprobado el Libro I, existiendo una *Colección* legislativa, reunida por el secretario Represa, que contenía disposiciones y resoluciones fechadas hasta el mismo año de 1819. Por otra parte, habían desaparecido las actas de las sesiones celebradas entre 1785 y 1799, en que se había extinguido la Junta carolina del *Nuevo Código*, las cuales, unidas a otros papeles con ella conexos, habían sido depositadas, en tiempos de José I Bonaparte, y del Gobierno *intruso* napoleónico, en dicho Ministerio de Indias. Unos documentos que no le fueron entregados, al presidente Leiva, hasta tres semanas después, en cumplimiento de una RO de 20-II-1820. Una semana antes, sin embargo, el domingo, 13-II-1820, había tenido lugar la tercera reunión de la Junta de *Legislación*, la última del reinado de Fernando VII, y la postrera en que se deliberó sobre el fracasado, por inacabado, *Nuevo Código de Indias*, que habría de caer, ya para siempre, en el silencio, y casi el olvido. Con la presencia de cinco vocales, Leiva, Caro, Navia, Vallarino y Bodega, se deliberó, monográficamente, sobre el modo de redactar el plan general del *Código*, dividido por libros y títulos. Después de prolongadas conferencias, se concordó, por unanimidad, que fuesen los vocales Navia y Bodega quienes meditasen, y arreglasen, dicho plan. Una vez que lo ultimasen, en sus preliminares, habría de ser examinado y, en su caso, rectificado por la Junta. En una primera nota final adjunta al acta, Represa aclaró que, habiéndole sido ya remitidas, por la vía reservada, las actas originales de la extinta Junta del *Nuevo Código* que se habían echado en falta, de 1785 a 1799, junto con el Libro I, en su versión de Antonio Porcel, presentado a Carlos IV en 1803, todo ello lo había traspasado, el domingo, 20-II-1820, a uno de los dos vocales comisionados para la formación del plan, Manuel Bodega, en unión de las actas precedentes, de 1776 a 1785. En una segunda

anotación final, de 7-IV-1820, Represa dejó testimonio de haber recogido, de poder de Bodega, y de su orden, todos los papeles referidos¹².

Y de este modo, brusco y abrupto, terminan las actas, tan breves e incipientes, de la Junta fernandina de *Legislación*. Y, con ellas, la vida, casi toda proyecto, del *Nuevo Código de Leyes de las Indias*. Y es que, durante el *Trieno Liberal*, el Consejo de Indias, al igual que todos los demás Reales Consejos, fue suprimido en virtud de un RD de 12-III-1820. Aunque restablecido en 1823, no se hizo lo mismo, en cambio, con la Junta, por lo que el *Nuevo Código*, ya no tan nuevo, quedó relegado al más absoluto ostracismo. No en vano, las Indias de los siglos XVI y XVII, o la América del XVIII, no eran más, por entonces, que, casi literalmente, tres islas, o dos islas, las de Cuba y Puerto Rico, y un lejano archipiélago asiático, el de las Filipinas. Apenas quedaban, pues, *Indias* para ningún, viejo o nuevo, *Código*. Se ignora, por lo demás, la labor de los dos vocales comisarios, Navia y Bodega, encargados de la redacción de un plan recopilador general. No se sabe si llegaron a trabajar en él, ni siquiera si tuvieron tiempo para trazar un borrador del mismo. Puede aventurarse, con poco riesgo para el error, que, en todo caso, si existió tal borrador, la Junta no pudo examinarlo, y mucho menos el Consejo de Indias, no recibiendo, en todo caso, la aprobación del monarca.

De lo que sí hay plena certeza es de que Fernando VII tuvo, a diferencia de su padre, y predecesor en el trono, Carlos IV, la expresa intención de publicar, en su día, el *Nuevo Código de Indias*. Por un RD de 25-XII-1819, ordenó que fuese reimpresa, a la mayor brevedad posible, la *Recopilación* de 1680, entre tanto que se daba a la luz pública el *Código*, por “carecer de su instrucción los magistrados, a causa de la falta de ejemplares, y se facilite su repartimiento a todas las autoridades de Ultramar”. A la vista de esta regia disposición, el Consejo Pleno de Indias elevó algunas observaciones al Rey, por medio de una consulta de 17-II-1820, que mostraban los numerosos inconvenientes que desaconsejaban tal reimpresión, sin adiciones o anotaciones de ninguna clase, pese al casi siglo y medio transcurrido desde 1680. Y es que no iba a constituir, en cualquier caso, un antídoto eficaz contra el movimiento revolucionario independentista que había prendido por toda América, puesto que muchos de sus cabecillas revolucionarios eran letrados

¹² AGI, Indiferente General, leg. 1.653, ff. 437 r-446 v; y ANTONIO MURO OREJÓN, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de recopilación legislativa posteriores a 1680*, pp. 44-47; e *Id.*, “Estudio general del *Nuevo Código de las Leyes de Indias*”, vol. II, pp. 55-56.

y abogados, como Miguel Hidalgo, el *cura de Dolores*, cuyo conocimiento de las leyes indianas no le había refrenado en su rebelión armada contra la Corona. Mas, nada impidió que Fernando VII resolviese, enérgicamente, el 8-III-1820, que: “Quiero que se haga la reimpresión de la Recopilación, con la adición que propone el Consejo”¹³. Una adición que suponía agregar, a la *Recopilación* de 1680, algunos de los principales *corpora* normativos indianos promulgados con posterioridad: las *Ordenanzas de Intendentes*, de 1764, y las *intendenciales generales*, de 1803; las *Ordenanzas de los Consulados*, de México, de 1603-1604, y de Lima, de 1627; o la *Instrucción de los Regentes* de las Reales Audiencias de América, de 1776, etc. No se pudo cumplir, a la postre, el dúplice deseo regio, y ni la *Recopilación* de 1680 fue oficialmente reimpressa en el reinado de Fernando VII, ni fue impreso el *Nuevo Código* de 1792, aun en los escuetos límites de su Libro I, tan eclesiástico como regalista.

¹³ Tanto el RD de 25-XII-1819, como la ulterior, y consiguiente, consulta del Consejo Pleno del Real y Supremo de las Indias, de 17-II-1820, han sido parcialmente transcritos, en sus apartados fundamentales, por ANTONIO MURO OREJÓN, *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de recopilación legislativa posteriores a 1680*, pp. 44-50; e *Id.*, “Estudio general del *Nuevo Código de las Leyes de Indias*”, vol. II, pp. 55-58. Además de los *Decretos de la Reina Nuestra Señora 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 primero de enero hasta fin de diciembre de 1834*, por Don Josef María de Nieva, de Orden de S. M., t. XIX, Madrid, Imprenta Real, 1835, pp. 158-166; y de SALUSTIANO DE DIOS, *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Salamanca, Diputación, 1986, doc. núm. XXXV, pp. 168-169.

UN ESPACIO LOCAL PARA EL FENÓMENO JURÍDICO.
TEMPRANAS ENCOMIENDAS Y TRABAJO INDÍGENA EN EL TUCUMÁN

A LOCAL FRAMEWORK FOR JURIDICAL DEVELOPMENT: EARLY
ENCOMIENDAS AND INDIGENOUS LABOUR IN TUCUMÁN

ROMINA ZAMORA

Universidad Nacional de Tucumán-CONICET (Argentina)

romina.zamora@conicet.gov.ar

Resumen: Partiendo de asumir que el espacio es un factor determinante para la producción de derecho, en este trabajo proponemos como hipótesis que las normativas locales sobre encomiendas en la gobernación del Tucumán no precedieron al establecimiento de las mismas, sino que los conquistadores las organizaron según sus posibilidades. Construyeron una ruda equidad en su relación con los indios, lo que le dio a la institución sus características más relevantes. Más allá de los abusos, que intentaron justificar en la propia situación de conquista, se trataba de modos tradicionales de comprender el derecho. La legislación provincial y local no pudo sino incorporar esos principios en uso, dentro de un mecanismo de interpretación jurídica que tenía sentido sólo si se adecuaba a las circunstancias vernáculas. Las repúblicas locales, identificadas en las ciudades, pudieron construir así su propio espacio local para el fenómeno jurídico.

Palabras clave: trabajo indígena, fenómeno jurídico, espacio local, tributo

Abstract: Space is a decisive component in the creation of modern law. In this paper, we hypothesize that in Tucumán the *encomiendas* had started to work even before the governors or *visitadores* tried to organize them. The “*abuses*” were justified by the conquest itself. The conquerors built its relationship regarding Indians like a *rudis aequitas*, whatever granted to this institution its main features. They had their own customary ways of understanding the law, from even before the first local *encomienda*’s norms had been written. The subsequent local and provincial law had to incorporate it, integrate it into a juridical framework, and accommodate it to the local circumstances. The local republic, which was identified with the cities, had built its own local space to the juridical development.

Keywords: indigenous labour, juridical framework, local circumstances, tribute.

Sumario: 1. Introducción. 2. Un espacio dado para el fenómeno jurídico. Gonzalo de Abreu y el paternal dominio. 3. Un espacio posible para el fenómeno jurídico. Francisco de Alfaro y el servicio personal. 4. Un espacio local para la determinación del tributo.

1. Introducción

Para estudiar la encomienda y el trabajo indígena en la Gobernación del Tucumán, normalmente se parte de asumir algunos supuestos: La región fue explorada más o menos tardíamente, en tanto la primera ciudad que prosperó fue Santiago del Estero, cuando el siglo XVI empezaba a transitar su segunda mitad. Para esa época, sucesivas cédulas reales, autos de las reales audiencias, leyes y ordenanzas de distinto tipo, incluidas las Leyes Nuevas, habían prohibido el servicio personal de los indios. Aun así, la primera reglamentación de las encomiendas tucumanas, dictadas por el gobernador Gonzalo de Abreu en 1576, establecía el pago del tributo en servicio personal, en tanto fue recién el oidor Francisco de Alfaro quien lo prohibió, en 1612.

Partimos de asumir que la encomienda fue creada por la ley. Que el rey había intentado regular la relación entre los españoles y los indios, y todo aquello que se saliera de los ordenamientos fueron desviaciones y abusos que, más tarde o más temprano, serían mandados a corregir con mayor o menor suerte. Asumimos con bastante naturalidad que, así como la creación jurídica en Europa hacía visible un orden preexistente, a América fue trasladada aquella tradición, pero haciendo tabla rasa sobre el mundo previo, donde la ley del rey vino a crear el orden católico universal.

Pensamos que el orden establecido por las encomiendas tucumanas era contra derecho, porque nos situamos en la posición de asumir la ley del rey como de validez universal y, dicha institución, asumía en Tucumán principios que habían sido prohibidos por las sucesivas cédulas reales. Asumimos también como universales los reclamos de los padres Montesinos y de Las Casas, entre tantos otros religiosos que denunciaron los abusos de los encomenderos. O por lo menos lo pensamos universalmente válido en América. Pero si cambiamos de escala heurística, para tomar lo particular como punto de partida, podemos ver un proceso histórico y jurídico que modifica, si no todos, la mayoría de los elementos que hemos señalado.

En primer lugar, aún no se ha insistido lo suficiente en dejar de pensar *el derecho indiano* como centralizado y positivo. El concepto lleva impreso sus marcas de origen, esto es, el contexto particular en que fue concebido, y que ha perdurado a pesar de los esfuerzos de las sucesivas generaciones de iushistoriadores, de tratar de aclarar las particularidades de su funcionamiento¹. El

¹ Sobre los últimos debates, ver: THOMAS DUVE, HEIKKI PIHLAJAMÄKI, (eds.): *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal*

concepto no se mostrado del todo eficaz para significar un derecho de producción local, en el cruce de una multiplicidad de jurisdicciones y de mentalidades. Los complejíssimos mecanismos de creación del orden justo durante los siglos modernos equivalían a un ejercicio de delicado equilibrio comparable al de un malabarista o un prestidigitador, en los que había que mantener girando en el aire a una numerosa cantidad de elementos, indispensables para que ese acto de *decir derecho* tenga sentido.

Esa era una creencia propia y compartida dentro de la mentalidad bajomedieval de nuestros actores del teatro de la conquista, que no hay que descuidar: el derecho no creaba el orden, sino que lo hacía evidente, plasma-ba en palabras los principios existentes y *justos* de una realidad local. Como orfebres, para utilizar la metáfora de Jesús Vallejo, los juristas daban forma al cáliz de plata de la ley con el material bruto del orden local, tal como se presentaba en una situación dada². Podemos pensar que cuando el gobernador Abreu dictó las primeras ordenanzas reguladoras de la encomienda, ya había una *ruda equidad* en las ciudades y en las encomiendas fundadas y pobladas veinticinco años antes. Ya había una historia del orden católico en Tucumán.

En 1567, Juan de Matienzo, en el Gobierno del Perú, nos presentaba una forma de comprender la historia andina. Periodizaba tres etapas diferentes: una primera de tiranía de los incas sobre los grupos étnicos; en seguida, la etapa inmediatamente posterior de la conquista española, signada por los abusos de los conquistadores, pero necesaria para liberar a las etnias andinas de la opresión de aquéllos; y la tercera etapa, de orden después del caos, a la que Matienzo consideraba pertenecer. Por un lado, validaba el accionar de los conquistadores españoles como liberadora, aunque no haya sido un buen comienzo para el catolicismo ni para la incorporación de los indios a una república católica de paz y libertad³. Esa etapa de ruda equidad era el antecedente histórico que la legislación de la etapa posterior deberá encargarse de corregir, o mejor dicho, interpretar correctamente. La preocupación legislati-

History, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.12946/gplh3>

² JESÚS VALLEJO, “El cáliz de plata: Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del *ius commune*”, *Revista de historia del derecho*, Buenos Aires, INHID, 2009, Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S185317842009000200002&lng=es&nrm=iso.

³ JUAN DE MATIENZO, *Gobierno de Perú*. Paris-Lima, Travaux de l’Institut Francais d’Etudes Andines, tomo XI. 1967.

va de la corona, en la primera fase de la empresa conquistadora, no se veía reflejada en la voluntad de los conquistadores y primeros pobladores, quienes, antes bien, antepusieron la propia situación de conquista para justificar sus excesos y, sobre los campos aún yermos después de las batallas, empezaron a construir el orden católico con los elementos propios de su ethos cultural y su propia forma de entender las relaciones sociales, económicas y políticas, elementos entre los que la ley era sólo uno más, ni siquiera el más importante.

Este problema ya ha sido observado, teorizado y analizado por numerosos historiadores de gran talla. En este trabajo intentamos asumir dos planteos conceptuales y metodológicos propuestos por Víctor Tau Anzoátegui, el primero, que da título a este ensayo, es pensar en términos de espacio local, como realidad significativa e investido de sentido, que da forma a una mentalidad social y participa en la construcción del fenómeno jurídico. La segunda, es pensar en las fases históricas del derecho local, como los distintos estados sucesivos que tuvo la vida jurídica local en las Indias españolas⁴. Los aportes conceptuales de la más nueva historiografía crítica ayudarán a dar cuenta de ello.

2. Un espacio dado para el fenómeno jurídico. Gonzalo de Abreu y el paternal dominio

Partimos de considerar al espacio como determinante en la construcción del derecho. No sólo como sitio particular donde confluían determinadas condiciones ambientales, productivas y de población, sino también como la percepción que sus habitantes y las autoridades tenían sobre él. Son elementos que no hay que descuidar a la hora de abordar, como propone Carlos Garriga, la territorialización, esto es, el proceso de construcción de un espacio político e institucional sobre lo que era considerado un espacio jurídicamente vacío⁵.

La invasión española sobre las “tierras de los indios Tucumán” significó la conquista de un territorio imaginario, poblado de riquezas fabulosas y aún mayores que las ya descubiertas, pero de las que sólo se tenían noticias y sobre

⁴ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La configuración del derecho indiano provincial y local”, VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI y 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, Dunken, 2013, pp. 13-90.

⁵ CARLOS GARRIGA, “Patrias criollas, plazas militares. Sobre la América de Carlos IV”, EDUARDO MARTIRÉ (coord.): *La América de Carlos IV*. Cuadernos de Investigaciones y documentos, Buenos Aires, INHIDE, 2006.

las que se tejían fábulas sin cuento. Sobre esa concepción imaginaria, Carlos I trazó la proyección política sobre un paralelo arbitrario, cuando en 1534 determinó que, desde unos 300 kilómetros al sur del trópico de Capricornio, se encontrara la línea que dividiría a la Gobernación de Nueva Toledo al norte, a cargo de Diego de Almagro, y la Gobernación de Nueva Andalucía al sur, gobernada por Pedro de Mendoza. Cada Gobernación incluía doscientas leguas de norte a sur, y todo el ancho del trazado español del continente, esto es, el Mar del Sur del lado del poniente, y la línea Alejandrina por el lado del levante. Así, al espacio imaginario, se le sumaba el componente religioso y su trazado fantástico, no menos imaginario que aquél.

Los límites y la pertenencia de la Gobernación de “Tucumán, Juríes y diaguitas” fue determinada recién a partir de 1563. Una real cédula de Felipe II formalizó su separación de la capitanía general de Chile y la traspasó al distrito de la real audiencia de Charcas, luego de varios años de cruentas disputas entre las huestes de los diferentes enviados desde uno u otro núcleo de autoridad, que tampoco habrían de terminar con la nueva dependencia jurisdiccional.

Hasta entonces, sólo una ciudad, a duras penas, había sobrevivido: Santiago del Estero, fundada en 1553 sobre la antigua ciudad de Barco III y elegida como capital de la gobernación. A su tiempo, Diego de Villarroel fundó en 1665 la ciudad de San Miguel de Tucumán y Nueva Tierra de Promisión, por orden de Francisco de Aguirre. El mismo Francisco de Aguirre quien fuera nombrado varias veces Gobernador desde las diferentes jurisdicciones, sea Chile o Charcas, sobreviviente de incontables sublevaciones, una de las cuales dio lugar a la fundación de la tercera ciudad en la parte del llano de la gobernación, Nuestra Señora de Talavera del Esteco, en 1567, de paso cuando llevaban preso a Aguirre a Lima. De allí volvería, sobreviviente y triunfador, nuevamente como Gobernador en 1570. En 1571, un nuevo virrey, Toledo, nombraría un nuevo Gobernador, Jerónimo Luis de Cabrera, quien fundaría la ciudad de Córdoba de Nueva Andalucía en 1573, en tierra de comechingones, cerca de lo que se creía que iba a ser “uno de los más ricos pueblos que hay en las Indias”, porque muchas minas muy lejos unas de otras, podían convergir en ésta como centro de extracción de minerales⁶. La cartografía tucumana, a fines del siglo XVI, era de un conocimiento de suma precariedad, construida sobre un mapa fantástico, en el que mientras más al sur uno se fuera, más riquezas en plata podía tener a su disposición. Al sur de Panamá, Pizarro había conseguido el rescate de Atahualpa; al sur de Cajamarca pudo

⁶ MATIENZO, *op.cit.*, p. 289.

alzarse con el botín de Cusco; y más al sur todavía, Almagro se encontró con la montaña de plata del cerro rico de Potosí. Ese mapa de riquezas fabulosas se completaba con la ciudad de los Césares, también llamada Trapalanda, que debía estar en algún lugar del Tucumán.

El gobernador debía incluir la espacialidad física y política como un elemento para la construcción de un espacio jurídico, más aún en temas de la relación entre indios y españoles. Para ello, Abreu no podía sino partir del espacio efectivamente dominado. Esto significaba varias cosas. En primer lugar, despojado de fantasía, debía considerar el espacio material conocido y donde el derecho debía resguardar las actividades humanas capaces de producir una utilidad económica y social⁷. En 1576, ese espacio apenas excedía la jurisdicción de Santiago del Estero, en tanto las jurisdicciones de las demás ciudades eran consideradas como todavía en guerra, lo que legitimaba la violencia y la intervención cruenta sobre las poblaciones indígenas⁸.

En segundo lugar, se trataba de una determinada confluencia de factores determinantes, que la creación del derecho no podía obliterar. Este punto nos llama especialmente la atención, cuando Abreu escribió al virrey Toledo diciendo que le obedecía y le informaba en todo, en tanto determinaba una forma de cobrar tributo en servicio personal que éste había prohibido expresamente para Potosí. Abreu, lo que le estaba diciendo, en realidad, era que no hacía sino respetar una forma de producir derecho, en la consideración de las circunstancias locales.

La distribución de la población de indios había determinado la localización de las ciudades que se fueron fundando, para que aquélla quedase dentro de la jurisdicción de éstas. Sobre esa cartografía de las fundaciones montada en sus intenciones de dominio, los conquistadores y primeros pobladores se habían ido apropiado del trabajo de los indios de una manera muy particular, ya que, a pesar de sus notables esfuerzos de imaginación, la región no era ni rica ni autárquica, sino que todos los esfuerzos se dirigían, bajo la forma de alimentos, de ganado de pie y de hombres, al abastecimiento del Alto Perú. Potosí se había convertido en el centro organizador del mercado interno, como lo ha

⁷ MASSIMO MECCARELLI, "The assumed space: pre-reflective spatiality and doctrinal configurations in juridical experience", *Rechtsgeschichte legal history. Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*. N° 23, 2015, pp. 241-242. Disponible en: <http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg23>.

⁸ LUIGI NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista: strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Volume 5 of Collana della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Lecce. Univ. di Lecce, Jovene, 2004, p. 62.

descripto Carlos Sempat Assadourian, donde verdaderamente estaba la riqueza⁹. La tucumana, en cambio, se trataba de una geografía igualmente marcada por la violencia política, pero siendo una región productiva evidentemente subsidiaria de Charcas y Potosí, no sólo por una cuestión de jurisdicción, sino por la más aún fuerte relación económica y social. Esto determinó una muy particular configuración productiva en las tempranas encomiendas, en tanto los indios debían encargarse de producir los alimentos, los españoles criaban ganado, que era llevado por los indios hasta Charcas. Una notable cantidad de indios se quedaban en territorio altoperuano, desvinculados de su comunidad y agregados a la tierra en haciendas españolas, a través de una figura conocida como *yanacona*. Muchas veces el propio encomendero se encargaba de afincarlos en alguna hacienda, habidas cuentas que, según la proyección estadística, era muy probable que, al volver los trajinantes, la provincia haya cambiado de gobernador y la encomienda de dueño. La costumbre de los vecinos respondía a una lectura pragmática de la realidad política, esto es, que cada gobernador entrante desposeía a los encomenderos que habían recibido mercedes de encomiendas del gobernador anterior, para re otorgarlas a sus seguidores.

Los indios de las encomiendas, además, eran los encargados de la fabricación de los edificios de las ciudades y eran *sacados* de la comunidad originaria, para servir como domésticos en las haciendas y en las casas de la ciudad, así como en la guarda de ganado y en los obrajes madereros. Para poder cubrir las necesidades de servicio de los españoles que no habían recibido la gracia de las encomiendas, se organizaban turnos de trabajo llamados *mitas*, en los que un porcentaje de la población indígena iba a las casas a servir por un tiempo determinado, sean niños o adultos, hombres o mujeres. Todos los indios eran considerados tributarios y todo el tributo era absorbido por los encomenderos.

A grandes trazos, esta era la situación de la década de 1570, sobre la que Abreu tenía que establecer una reglamentación. No estaba inventando la encomienda en Santiago, sino tratando de establecer cánones jurídicos allí donde no los había. Las cédulas reales y las ordenanzas virreinales podían servir como modelos, pero podían no aplicarse directamente si lo que mandaban no era considerado justo en el lugar. En Santiago, por ejemplo, alejado de las minas, no sería justo pedir tributo en plata. Como su tierra no era fértil,

⁹ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, "La producción de mercancía dinero en la formación del mercado interno colonial", ENRIQUE FLORESCANO, *Ensayos sobre el desarrollo económico de México y América Latina, 1500-1975*, México, FCE, 1979.

tampoco era justo pedir el tributo en especies, en tanto lo que podían dar sin forzar la realidad, era su propio trabajo. Por lo menos así lo entendieron y los justificaron los sucesivos gobernadores.

Las primeras ordenanzas de Abreu fueron apeladas por los vecinos. El probable que este gobernador haya tenido las ordenanzas toledanas como modelo, pero, sobre todo, seguramente estaba tratando de amoldar la encomienda tucumana a las condiciones más básicas, generales e irreductibles que esta institución debía cumplir, como el mantenimiento de toda la población indígena viva y junta, para su evangelización. Cuando Abreu se vio en la obligación de modificar las ordenanzas para acomodarlas al reclamo de los vecinos, no estaba haciendo otra cosa que darle validez positiva a una costumbre local. Esto no era una desviación a la ley general, sino que era parte de un mecanismo propio de la cultura jurídica, que admitía y daba un lugar preponderante a las razones de derecho derivadas de las condiciones locales¹⁰.

Utilizando nuevamente palabras de Vallejo, podemos decir que Abreu debía manejar una realidad objetiva y previa a sí mismo, y con esa materia debía declarar las leyes, convirtiéndola en preceptos concretos. “En ese proceso de transformación, de una *rudis aequitas* indefinida pero no por ello inexistente, se pasa a una *aequitas constituta*, a la norma jurídica definida y lista para ser aplicada, para desplegar sus efectos. Esta *aequitas constituta* es reflejo de la *rudis aequitas*, y como tal no puede contradecirla”¹¹. Abreu insistía en que su intención no era inventar prácticas sino morigerar las existentes, en virtud de la conservación de los indios y las necesidades de la república.

En la pluralidad de órdenes normativos y jurisdiccionales que confluían para la creación del derecho, la primera cuestión a atender ha sido no tanto la potestad del gobernador para dictar ordenanzas sobre encomiendas en su provincia, potestad que sería revocada por el oidor Alfaro en 1612, si no la *potestas statuendi* de la ciudad de Santiago, para determinar las condiciones de la encomienda. Podemos pensar que los vecinos de la ciudad española accedían a los mismos criterios de creación del espacio jurídico que sus pares castellanos, por lo que podían desenvolverse con el mismo grado de autonomía. A eso le podemos sumar los privilegios, propiamente indianos, de los vecinos y encomenderos, devenidos de su condición de conquistadores, pri-

¹⁰ ALEJANDRO AGÜERO, “Derecho local y localización del derecho en la tradición jurídica hispana. Reflexiones a partir del cas de Córdoba del Tucumán”, TAU ANZOÁTEGUI y AGÜERO (coord.): *op.cit.*, p. 113.

¹¹ VALLEJO, *op. cit.*, pp. 8-9.

meros pobladores y también de hijosdalgos de las ciudades que pertenecían a la corona de Castilla. Los vecinos y encomenderos, durante veinticinco años, habían creado sus propios marcos normativos consuetudinarios para regular la institución, prerrogativas que el gobernador no pudo desconocer a la hora de determinar tasa y tributo.

A esa forma de establecer el derecho, se sumaban las circunstancias locales, para dar forma a la ley. La característica más inmediata y más evidente era la que no dejaba al gobernador más que una sola salida: como “no hay en esta provincia nada que sirva al rey” y la mayoría de los pueblos de indios estaban en guerra, lo más justo y conveniente no era exigir un tributo que no esté al alcance de los indios, sino que éstos lo paguen en servicio personal. Este tributo no tenía otro beneficiario que los propios vecinos.

Las condiciones naturales del espacio se empezaron a mostrar como muy pobres y carentes de todo¹². El espacio real empezaba a imponerse por sobre el espacio imaginario.

Los conquistadores y primeros pobladores del Tucumán ya tenían experiencia indiana, es decir, no se trataba de recién llegados, sino de hombres que ya habían vivido y se habían relacionado en el Alto Perú, especialmente en la región de Charcas. No eran incautos, eran hombres que se lanzaban a la aventura de la conquista, sabiendo que el botín con el que podían alzarse no era solamente el mineral, sino, sobre todo, el trabajo de los indios. Los conquistadores no eran oficiales del rey, eran aventureros que buscaban en América, riqueza, honor y prestigio, buscaban convertirse en lo que ellos conocían como la parte principal de la sociedad: en señores¹³. Ellos extendían la autoridad del rey y de dios en la medida en que la religión les daba la excusa y el rey, la merced¹⁴.

Las primeras corporaciones que los conquistadores componían eran las ciudades. Esas corporaciones tenían una capacidad innegable para *decir derecho* dentro de su territorio determinado, podían fundar ciudades, establecer normas y otorgar mercedes de tierras y de encomiendas, hasta tanto la

¹² Carta de Diego Pacheco al virrey. ROBERTO LEVILLIER, *papeles de los gobernadores*, tomo 1, 1553-1600, p. 467.

¹³ Para una estudio antropológico sobre la extensión del mundo señorial, ver JEROME BASCHET, “*La civilización feudal. Europa del año mil a la colonización de América*”, México, FCE, 2009.

¹⁴ Esa relación perfectamente simbiótica ha sido descripta por A.M. Hespanha como *monarquía corporativa*. ANTONIO MANUEL HESPANHA, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Ver también ANNICK LEMPERIERE, *Entre Dieu et le Roy, la République. Mexico, XVI-XVIII siècle*. París, Les belles lettres, 2004.

autoridad superior lo confirmase o decidiese lo contrario. Las capitulaciones y delegaciones habían conferido a los conquistadores la legitimidad del ejercicio de poder normativo, en ese caso, como potestad jurisdiccional otorgada por el rey, que tanto la podía dar como quitar.

Los españoles que acompañaron a Juan Nuñez del Prado, a Francisco de Aguirre, a Jerónimo Luis de Cabrera y a los demás gobernadores, llevaban consigo una mentalidad, una forma de entender el orden. Ellos buscaban enseñorearse de los indios, porque en su comprensión socio cultural, no se podía concebir de otra manera la relación con personas de condición inferior. La relación entre españoles e indios comenzaba a estructurarse siguiendo un modelo señorial, ambiguo e inestable, que oscilaba entre la donación feudal, el feudo, el beneficio real del usufructo o el arriendo¹⁵. El caso tucumano, por lo demás, es representativo de la volubilidad política de esa gracia. Lo que sí se mantenía inalterado y enlazaba la ambigüedad de la encomienda con las pretensiones señoriales de los encomenderos, era la condición económica en la que ejercían su dominio. *Económica* en el sentido aristotélico, es decir, oeconomía. La condición de encomienda significaba una tutela sobre la población indígena gentil, considerada al mismo tiempo como compuesta por menores a perpetuidad. Esa tutela se ejercía en términos oeconómicos, en la que el encomendero reunía las potestades de amo, patrón y padre de familia. Abreu lo dejaba expresado con claridad, al referirse al *paternal dominio* del encomendero, sobre todo al recordarles la obligación de cuidar el cuerpo y el alma de los indios¹⁶.

La tutela del encomendero era entendida en términos de dominio paternal, porque no se concebía de otra manera la relación con las personas de menor calidad. No podía confundirse con la potestad jurisdiccional de las autoridades políticas, ya que aquella representaba al orden mismo en su expresión más pura e indisponible, la familia; en tanto ésta tenía la obligación de declarar las normas implícitas en él o de restituir ese orden cuando había sido quebrantado¹⁷. Abreu, así dejaba establecidos los marcos para la mita y el tributo, ambas en servicio personal.

¹⁵ NUZZO, *op. cit.*, p 56-57.

¹⁶ Capítulo 38. Ordenanzas dadas por Gonzalo de Abreu para el buen tratamiento de los indios en las provincias de Tucumán y estableciendo reglas para su trabajo en el laboreo de las minas. Santiago del Estero, 10 de abril 1576. Museo británico. Manuscrito n° 13772.

¹⁷ PIETRO COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969. ALEJANDRO AGÜERO, "Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional", MARTA LORENTE (Dir.) *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2007, pp. 19 – 58.

A esta altura, no debe sorprendernos que los criterios de ordenamiento temprano de la encomienda tucumana, no remitieran a criterios estatistas de corte moderno, si no a aquellos propios de una mentalidad bajomedieval, propia de la cultura jurídica hispana de la que los aventureros trasatlánticos habían sido vehículos. Aun así, las cartas de los gobernadores sucesivos denunciaban que esa reglamentación, que morigeraba la práctica de los encomenderos, por lo general no era ni siquiera tenida en cuenta.

3. Un espacio posible para el fenómeno jurídico. Francisco de Alfaro y el servicio personal

Informado de los muchos agravios, vejaciones y opresiones que seguían recibiendo los indios en Tucumán, para proveer descargo a su real conciencia y que los vecinos descarguen las suyas, en 1609 el rey solicitó al presidente de la real audiencia de Charcas que hiciera una visita para desagrar a los indios, hacer las tasas del tributo y *poner las cosas en razón*: que los indios que estuviesen agraviados, sean puestos en libertad, que donde no haya tasa, sea dispuesta; donde sea excesiva, sea hecha de nuevo. Para hacer la tasa, el visitador debe tener en cuenta, en primer lugar, la calidad y sustancia de la tierra y de los naturales que trabajan en ella, y, en segundo lugar, la referencia de lo que pagaban los tributarios en otras partes del Perú. En realidad, *poner las cosas en razón* significaba, en primer lugar, ocuparse primeramente de las circunstancias locales a la hora de emitir una ley. En segundo lugar, debía considerar *la razón* de otros lugares del mismo virreinato. El rey no remitía a la obligación de actuar de acuerdo a leyes generales por un lado y leyes particulares por otro, sino que, para el caso de la tasa del tributo, señalaba como vigente en cada lugar, la relación que cada lugar había construido. Esa *potestas statuendi* de las ciudades contenía, además, a la *potestas oeconomica* de los encomenderos, actuando como amos y padres de familia.

Para quitar el servicio personal de las provincias de Tucumán y Paraguay, que había producido la disminución de los indios, el rey católico invocaba una razón propia del campo moral, religioso y filosófico, para corregir los agravios: lo hacía por una necesidad de descargo de conciencia. Su objetivo era el buen gobierno de las provincias indianas en todas las áreas, así en el trato a los naturales, doctrina y conversión de ellos, como el gobierno y administración de justicia entre los españoles, el trabajo de la tierra y de las minas y el engrandecimiento de su real hacienda. Dentro de ello, la tasa *justa* debía

ser aquella, que, con arreglo a las circunstancias locales, no agravie ni a los indios ni a sus encomenderos.

Los agravios de los encomenderos sobre los indios no habían sido castigados ni remediados por la justicia. Los encomenderos continuaban con su tradicional práctica de *saca* de indios, sirviéndose de ellos en sus casas y granjerías, llevándolos de sus tierras a otras de diferentes temples y “usando con ellos muy grandes crueldades”, según podía ver el rey en testimonios y recaudos sacados del Consejo de Indias. Como la vía jurisdiccional no había funcionado para resolver este conflicto, el rey debía encargarse de dar breve y eficaz remedio, esto es, usar la vía económica. Mandaba a los visitadores de la real audiencia a poner tasa y corregir los excesos, así como a los gobernadores y demás justicias, a asistirlos y ayudarlos en todo. Pero a pesar de ello, numerosas cédulas reales y cartas tuvo que enviar el rey con este motivo a la audiencia, sin encontrar eco, hasta que Francisco de Alfaro fue designado como visitador.

En primer lugar, Alfaro declaraba que la mayor dificultad para desagraviar a los indios resultaba del hecho que ya habían muerto quienes más los han agraviado, sin dejar casa ni hacienda. No debemos dejar pasar esta advertencia: la reparación del agravio debía ser hecha al agraviado por parte del agraviante, es decir, al indio particular y su familia, por parte del encomendero o sus herederos. El visitador declaraba, en primer lugar, que la reparación a los indios vejados era imposible, por lo que, cuanto mucho, podía indicar a los hijos y herederos de los muertos que traten del descargo de sus conciencias con sus confesores.

La conciencia no era solamente un tema individual y piadoso, sino que se trataba de un elemento vertebral para la construcción institucional de la justicia. Brian Owensby en su trabajo sobre el teatro de la conciencia en las Indias, demuestra que el tema de la conciencia era tal vez un problema menor frente a todos los negocios económicos y políticos con los que delegados del rey sacaban ventaja de los indios.¹⁸ Si el fuero interior y la amenaza de excomunión normalmente no eran un freno moral para los delegados del rey, aquellos particulares que actuaban con licencia del rey tampoco lo tenían demasiado en cuenta. No hay que perder de vista que esos vejámenes no eran propiamente el orden indiano avalado por ambas majestades, sino todo lo contrario, se trataba de más insidiosa amenaza para la construcción

¹⁸ BRIAN P. OWENSBY, “The Theater of Conscience in the “Living Law” of the Indies”, DUVE y PIHLAJAMÄKI, *ob. cit.*

de un orden estable. Puesto así, el rey no estaba involucrado directamente en los abusos a los indios, sino que era el juez imparcial que determinaba la noción de orden o de justicia implícita en esta relación entre particulares, la correcta observancia de las leyes que la encauzaban y el castigo a los infractores.

En segundo lugar, Alfaro establecía las normas que debían ser cumplidas para el porvenir. El legislador tenía otra formación, distinta a Abreu, y corrían otros tiempos, en las que ya no era posible ni deseable seguir utilizando el argumento de la guerra para sostener atropellos contra los indios. Con pensamiento humanista, debió enfrentarse a un espacio infinitamente variado e irreductible, lo que dejó plasmado al interior de las ordenanzas, retratando la variedad de poblaciones y de condiciones medioambientales, su tipo de producción y sus temperamentos, según los cuales y de acuerdo a cada uno, debía ser el tratamiento dispensado y el tributo a pedir. El visitador se refería a la variedad del espacio conocido, haciendo una descripción densa del medio geográfico y etnográfico. Pero también se refería al espacio por conocer, lo que llamaba “encomiendas de noticia”, esto es, no sólo al terreno sino a las poblaciones que se sabían que efectivamente ocupaban un lugar en el espacio serrano, especialmente en los valles calchaquíes, pero a las que no se podía tener acceso porque los pueblos estaban en guerra.

El principal material de Alfaro era, ya no el espacio dado, efectivamente ocupado y circunscripto a la jurisdicción de las ciudades, sino el espacio posible, el que se empezaba a explorar y el que aún no se había explorado. Pensar en términos de espacio posible, nos permite, como señala Massimo Meccarelli, trasladar el eje de una mentalidad, desde un espacio limitado e irreductible, a un espacio abierto y por completar. En este punto, Alfaro no sólo tenía un objetivo diferente a Abreu, sino herramientas conceptuales distintas. La solución propuesta para corregir los abusos de los encomenderos no implicaba solamente nuevas leyes, sino una modernización del derecho, a la luz de los debates sobre el estatus de los indios y los alcances de la libertad católica¹⁹.

La comprensión del fenómeno puede completarse considerando el problema desde el ángulo opuesto a la universalidad de la monarquía católica, es decir, desde la particularidad más afinada. Con respecto a los indios, a pesar de la prédica de Vitoria y los demás teólogos de Salamanca, es probable que no estemos todavía ante el alcance institucional del reconocimiento de los derechos naturales e individuales, sino en la búsqueda, aun en el sen-

¹⁹ MECCARELLI, *op.cit.*, p. 243.

tido antiguo, de la constitución del cuerpo místico de la república indiana bien ordenada. La proyección de la ley sobre el espacio posible, aunque no esté efectivamente reducido y controlado, significaba la extensión de las capacidades de los vecinos en tanto padres de familia, y su tutela sobre sujetos considerados, ontológicamente, como de condición inferior. La república católica bien ordenada, además de que todos sus miembros debían compartir la palabra de los evangelios y la promesa de la salvación, debe articularse de tal manera en que unos mandasen y otros sirviesen, sin dejar, por ello, de ser libres²⁰.

Con respecto al servicio personal, aunque el autor de la ley declaraba, en las primeras líneas de sus ordenanzas, que “el servicio personal usado en esta provincia es y ha sido injusto y contra todo derecho”, pero a lo largo de los títulos siguientes podemos ver que no sólo lo permitía, sino que lo consideraba imprescindible para el buen gobierno de la república y la conservación de los españoles. Lo hizo introduciendo una figura novedosa: la voluntad de los indios. Si bien es probable que haya tenido más peso el componente coactivo que el volitivo, con esto buscó marcar una diferencia en la forma de entender los derechos de los indios encomendados y las obligaciones de los encomenderos, con relación a la evolución histórica de la institución y los debates recientes sobre las características que debía cumplir el servicio personal, especialmente reflejadas, para los comienzos del siglo XVII andino, en los pareceres de fray Miguel de Agía.

El teólogo franciscano, bajo el nombre de “Pareceres graves en derecho” publicó la respuesta a la consulta hecha por el virrey de Perú, don Luis de Velasco, ante la cédula real de Felipe III del año 1601, dictada en Valladolid. Esta cédula fue conocida como “del servicio personal”, ya que lo desarrollaba prácticamente como único tema, en todas sus aristas, prohibiéndolo terminantemente. Pero Agía consideraba que bajo ningún punto de vista podía considerarse que lo prohibía, porque ello sería la ruina de los españoles:

Esta Real Cédula principalmente atiende el bien universal de la República de las Indias y a su conservación y argumento, y secundariamente, el bien particular de los indios...²¹.

²⁰ SOLORZANO PEREYRA, *op. cit.*; tomo I, lib. 2, cap. VI, § 41, p. 178.

²¹ MIGUEL DE AGÍA, “Pareceres graves en derecho. Primer parecer”, MIGUEL DE AGÍA, *Servidumbres personales de indios*, Estudio preliminar de fr. Javier de Ayala, Sevilla, 1946, p. 42.

El segundo título de las ordenanzas de Alfaro trataba sobre el servicio personal y jornal de los indios, en donde determinaba la mita y el salario. Consideraba necesario mantener la mita como turnos de trabajo de servicio personal, ya que el buen gobierno de las repúblicas dependía de las sementeras, la fábrica de edificios y la guarda de ganado. Estas razones estaban en la base de un sentido común sobre el buen orden y el buen gobierno, compartiendo por todas las monarquías.

La obligación de los turnos de trabajo se modificaba con respecto a la determinada por su antecesor, ya que debía incluir la sexta o incluso la duodécima parte de los tributarios, hombres entre 18 y 50 años, que todos los lunes debían trasladarse a la ciudad para que los repartiera el regidor y el alcalde. A pesar de no estar obligados, las mujeres, los muchachos y los viejos podían servir gratuitamente si así era su voluntad. Con estas palabras, el legislador introducía, como hemos dicho, la voluntad de los indios como factor que permitía hacer en la práctica, lo que en la teoría acababa de prohibir, pero que era parte de la costumbre local de los vecinos. Como lo expresa Alejandro Agüero, “el preeminente valor que se atribuye al derecho consuetudinario de cada comunidad (valor de una costumbre que obedece originariamente a la atribución de jurisdicción en virtud de la existencia corporativa) permiten desarrollos normativos que pasan a integrar igualmente el peculiar espectro de capacidades políticas de cada municipio”²².

De todos los mitayos, la mitad sería repartida por las autoridades y la otra mitad podía “alquilarse libremente con quien quisiesen”, básicamente, entre los vecinos que no tenían sus propios indios de servicio. Los vecinos que ya los tenían, de hecho, no los podían aumentar. Es decir, no liberaba del servicio a los indios en los obrajes, en la guarda de ganado o en las casas de españoles, sino que dejaba las cosas tal como estaban, constriñendo, a futuro, el accionar de los encomenderos del Tucumán. Tanto es así, que los indios de la llanura tucumana y del pedemonte precordillerano, los más tempranamente incorporados a la cristiandad, eran conocidos como *domésticos*²³.

Precisamente, al tiempo que determinaba que el servicio personal que se había usado en esta provincia era contra todo derecho, Alfaro determinaba la forma correcta en que debía hacerse el servicio personal, siguiendo el ejemplo

²² ALEJANDRO AGÜERO, “Ciudad y poder político en el antiguo régimen. La tradición castellana”, TAU ANZOÁTEGUI y AGÜERO (coord.): *op.cit.*, p. 141.

²³ ESTELA NOLI: *Indios ladinos, criollos aindiados. Procesos de mestizaje y memoria étnica en Tucumán (Siglo XVII)*. Prohistoria, Rosario, 2012.

de fr. Miguel de Agía. En sus *Pareceres graves...*, Agía había expresado que el rey no tenía intención de atacar la estabilidad del servicio a la república, sino favorecer a su conservación y perpetuidad. Cuando el rey decía que se debía prohibir con todo rigor, se refería a un tipo particular de servicio personal, “introducido por la fuerza de la espada, a la medida y gusto de personas particulares”, considerando, de hecho, el principio de libertad de hacer repartimientos y encomiendas sin violentar a los indios, porque “su voluntad es que los repartimientos no se hagan como hasta aquí... [sino] que se hagan de aquí en adelante por medios más suaves y convenientes”²⁴.

Siguiendo este piadoso principio, Alfaro establecía, por un lado, los turnos de servicio personal gratuito y, por otro lado, el modo en que debía cumplirse el servicio personal pagado. Determinaba, simplemente, que todos los tributarios que no estén sirviendo en la mita, podían libremente trabajar en el pueblo, o alquilarse con quien quisieren. Este es uno de los puntos más notables de las ordenanzas. En realidad, estamos ante la consolidación de prácticas consuetudinarias que el rey debía entender como dentro de los privilegios concedidos tácitamente a las ciudades. Alfaro, aconsejado por los delegados del rey en Tucumán, por los vecinos y los religiosos, hombres de ciencia y conciencia, no pudo sino reconocer la costumbre de la utilización del servicio personal de los indios en Tucumán, aunque haciéndola entrar *en razón*. Esa razón, ese derecho, equivalía, para los españoles, a no exigir de los indios más trabajo gratuito que el que debían cumplir por turnos, debiéndoles pagar un jornal el resto del tiempo.

Lo que pudo hacer el autor de la ley en este punto, fue sólo determinar el jornal que debían recibir indios, diferenciando el salario según la tarea, ya sea en pueblos de españoles y (construcción de) edificios, ya sea en estancia de ganado mayor, de ganado menor o en casas de españoles.

Entre los tipos de jornaleros clasificados por Alfaro, no había un tipo que sea el servicio en las chacras. Los indios no se alquilaban para trabajar la tierra porque, de hecho, estaban obligados a hacerlo. Debían sembrar las chacras de comunidad, para cuya labor, el encomendero debía aportar bueyes y aperos. Lo producido por las chacras –trigo, maíz, garbanzo, papa, zapallo–, se repartía en partes iguales entre la comunidad y el encomendero. La primera lectura que salta a la vista es que toda la producción de alimentos de la América española estaba montada sobre el trabajo indígena, trabajo que no se concebía de otra manera que, como servicio personal, y por lo tanto era impensable prohibir.

²⁴ AGIA, *op..cit.*, p. 37.

El servicio personal quedaba así prohibido como tributo, pero permitido y reglamentado como mita y como concierto. En las ordenanzas de 1612, así como en la cédula real de 1618, se permitía y aún se alentaba a los indios a concertarse por su propia voluntad: “y los que fueren a servir se podrán concertar con quien quisieren, sin que las justicias los repartan”²⁵.

Para resumir, según las ordenanzas de Alfaro, podemos decir que los indios tributarios estaban obligados al servicio personal gratuito, por turnos. El tiempo que no estuviesen en la mita, podían alquilarse libremente para el servicio personal, tanto los tributarios como los forasteros, las mujeres, los viejos y los muchachos, recibiendo un jornal según tarea. Además, toda la comunidad debía trabajar tierra y entregar la mitad de lo producido al encomendero. Así, se trataba de diferenciar el tributo del servicio personal, pero sin sacar a los indios de la condición de servicio. Las ordenanzas de Alfaro serán usadas en el siglo XVIII, no como el cuerpo normativo que prohibió el servicio personal, sino el que fijó el valor de su salario.

Pero aún no hemos hablado del tributo.

4. El tributo. Determinación local de un pago comunal

Los indios debían pagar tributo al rey en reconocimiento de vasallaje, ya sea a las arcas reales directamente o a los encomenderos a quienes se hubiere hecho merced de ellos, en reconocimiento de su mérito y su servicio. El punto más complejo era determinar cuánto debía pagar cada vasallo indio. La Junta de Barcelona de 1529 había resuelto que a los indios no se les agobie con más cargas que aquellas que en España pagaban los demás vasallos: “conviene á

²⁵ La única reglamentación posterior a Alfaro fue la cédula real de Felipe III., incorporada a las Recopiladas, que era mucho más breve que las ordenanzas de Alfaro, ya que la ley recopilada constaba de ocho leyes para Tucumán, Paraguay y Río de la Plata, en tanto las de Alfaro sumaban 119 sólo para Tucumán. La cédula real no modificaba la ley elaborada en el lugar, sino que la tomaba como modelo solamente para reforzar algunos puntos, insistir en a prohibición del cobro del tributo en servicio personal y, especialmente cuidar lo que tenían que ver con la circulación de los indios por el espacio virreinal. De los Indios de Tucumán, Paraguay, y Río de la Plata, dictadas por D. Felipe III. en Madrid a 10 de Octubre de 1618. Ley V. Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias: mandadas imprimir y publicar por la magestad católica del rey Carlos II. Espanya, Boix, 1841. Libro VI. Titulo XVII, Titulo Diez y Síete. ROMINA ZAMORA, “Oeconomía católica y servicio personal de los indios en el Tucumán en los siglos XVI y XVII” en *Crónica Jurídica Hispalense* n° 13, 2015, Anexo III, p. 395.

saber, diezmos a Dios y tributos al Rey, tasados y moderados según su posibilidad, y lo que cada provincia pudiese cómodamente llevar y sufrir”²⁶.

La gran desviación, que no se pudo extirpar, fue el modo en que los encomenderos y corregidores hacían el cobro de los tributos de los indios. A pesar de que el tributo se trataba de un impuesto personal y no real, tasado individualmente, la recaudación se hacía, en toda la extensión del continente, de modo colectivo. Es decir, la comunidad en su conjunto debía pagar la tasa del total de los tributarios computados, aunque estén algunos ausentes, muertos o fugados. Esto, en un momento de dramático despoblamiento de las comunidades, hacía que el tributo exigido sea varias veces superior al que correspondía por los tributarios que efectivamente estaban presentes. Esta forma del cobro estaba ampliamente difundida, no sólo entre los encomenderos sino también después entre los corregidores, encargados del cobro del tributo de los pueblos en cabeza de su majestad. Aun así, no podía validarse como costumbre en tanto, para Solórzano, era considerado corrupción. Alfaro mismo consideraba que él no podía seguir esa práctica del cobro en común por una limitación moral o de conciencia, ya que las encomiendas tucumanas tenían repartimientos de muy pocos indios y en disminución, por lo que el cobro comunal traería no pocos inconvenientes a las comunidades, en el porvenir:

Taso a los dichos indios por cabezas, de suerte que el aumento o disminución sea por cuenta de los encomenderos, sin que por venir a mayor o menor número crezca o disminuya la que cada indio ha de pagar²⁷.

La tasa para la gobernación del Tucumán, se fijaba en diez pesos. Los indios podían pagar en plata si así lo quisieren, pero básicamente, el legislador determinaba en qué especie podían pagar según el lugar, y a qué precio. Aún más, como el género máspreciado en esta tierra era el lienzo de algodón, los encomenderos podían obligar a los indios a que por lo menos la mitad de la tasa sea en lienzo. El resto podía ser, en Catamarca y Santiago, en algodón en greña, pabilos, distintos de hilos o lana. Para Salta y Jujuy, gallinas, carneros de la tierra, papa, chuño (papa andina), o cereales. En las sierras de Córdoba, parte de Salta y el pedemonte de San Miguel Tucumán, tenían el problema

²⁶ SOLÓRZANO PEREYRA, J.; *Política Indiana (1648)*. Cía Iberoamericana de Publicaciones, Madrid, 1931. Tomo I, lib. 2, cap. 19, §10, p. 317.

²⁷ Ordenanza n°90. Ordenanzas de Francisco de Alfaro para el Tucumán. Santiago del Estero, 7 de enero de 1612. AGI. Virreinato del Perú. Audiencia de Charcas, 74-4-4. ZAMORA, *op.cit.*, Anexo II, p. 387.

de que los indios lules tenían poca capacidad para pagar la tasa. Por ello, se entendía que, en vez de tasa, *cumplían con servir ciento veinte días*.

El casuismo y la determinación local del tributo para estas estas ciudades nombradas hacían referencia, en realidad, a los espacios pacificados y dominados. Para los pueblos en guerra o “que no estén del todo pacificados”, Alfaro recomendaba tener muy gran cuidado, especialmente de no usar compulsión violenta y no desarraigarlos, antes bien, respetarles su natural, es decir, su región y su clima. Así, nombraba toda la zona serrana de Calchaquí, capayanes y otros que caen en los distritos de la Rioja y San Juan, Tucumán y Salta. Otro problema presentaban los pueblos de indios, como los “osas y ocloyas y otros semejantes del distrito de Jujuy”, que estaban pacificados pero vivían en una zona árida de puna de altura. Por ese motivo, a los doctrinantes les resultaba muy difícil llevarles los evangelios, por lo que recomendaba llevarlos a tierras de más fácil acceso, en lo posible no muy diferentes del temple de las suyas, para que puedan ser doctrinados sin tanto esfuerzo. Otras veces se utilizaba, no una causa geográfica sino una propiamente del temple de los indios, para proponer su mudanza, ya sea porque estaban en guerra o porque “eran gente sin razón”.

Para estos últimos casos, debemos considerar, como advierte Meccarelli, que, de hecho, encontramos lugares que no eran *espacios dados* y conocidos sino solamente *espacios posibles*, sobre los que recién se estaba avanzando o sobre los que solamente se tenían noticias. Estos espacios aún no reducidos, compartían prácticas sociales que no estaban basadas es un sustrato católico histórico lo suficientemente difundido y estable como para ser tomados en cuenta en la elaboración de la norma, como podía suceder con las otras ciudades nombradas. Es por eso que, para ellos, no había normas específicas sobre servicio personal o tributo²⁸. Con esa justificación, los encomenderos habían hecho, en palabras de Alfaro, lo que han querido: a los pueblos “sin razón” los han mudado a donde mejor les ha convenido, a los pueblos en guerra, a medida que los iban reduciendo, los sacaban de su natural y los iban ubicando en sus haciendas o donde les resultaba más conveniente para sus ocupaciones productivas. Lo mismo iba a pasar, varios años después, con la finalización de las guerras calchaquíes y la desnaturalización de numerosos pueblos, reubicados en las estancias de los vecinos e incluso a gran distancia, cerca de Buenos Aires²⁹. Pero con los indios pacificados había pasado algo similar, no se

²⁸ MECCARELLI, *op.cit.*, p. 244.

²⁹ CRISTINA LÓPEZ DE ALBORNOZ, “Pueblos indios de Colalao y Tolombón: identi-

había respetado su ubicación y Alfaro se topó con el problema que la mayoría de los indios no pertenecían a la tierra donde estaban.

Tal vez el punto más complicado de todos los que Alfaro tuvo que enfrentar en Tucumán, para ordenar la encomienda, fue que los indios no eran dueños de las tierras donde vivían. Tuvo que vérselas, no con una desviación local de una relación de derecho, sino con el pecado original de la encomienda: el problema de la propiedad de la tierra. La solución que propuso fue salomónica, ajustada a las normas más generales acerca de la encomienda, pero que tuvo efectos nefastos a corto y mediano plazo, sobre la organización comunal, y a largo plazo, sobre el propio mantenimiento del status de indio. Alfaro determinó que donde estuvieran los indios, sea allí su reducción, pero que la tierra seguía siendo del dueño español “porque en cuanto al suelo no doy ni quito derecho”³⁰.

Los encomenderos habían trasladado a pueblos enteros hasta el paraje donde habían recibido en gracia y merced la tierra para sus estancias. Muchas veces habían vendido la tierra originaria de sus indios encomendados, quedando las comunidades sin más lugar donde vivir que la propia tierra del encomendero. El legislador aclaraba que bajo ningún concepto debían ser considerados como yanaconas, en equiparación a los de Charcas, y sí en cambio, debía entenderse para ellos lo que había sido dispuesto para los indios llaqtarunas.

Dentro de los múltiples status de los indios con respecto a la tierra y a la comunidad, tanto los yanaconas como los llaqtarunas (“hombre venido de lejos”, en quechua) eran aquellos que vivían en tierra de español. En realidad, ambos status, de yanacona y de llaqtaruna, definían al indio incorporando la variable del espacio.

El yanacona era el indio fugado de su comunidad, ladino, que vivía de manera estable en una estancia española. Ese indio recibía un retazo de tierra en tenencia precaria, y, a cambio, debía entregar al dueño parte del producido de sus sementeras o su fuerza de trabajo cuando éste así lo requiera. El dueño de la tierra, quien no podía expulsarlos ni declararlos al hacer la venta de la

dad colectiva y articulación étnica y social (siglos XVII-XIX)” En: *Humanitas*. Revista de FFy L, Tucumán, 1998, p. 71- 112.

³⁰ Sobre el problema de la tierra en Tucumán, ver, entre otros: SONIA TELL: *Córdoba rural, una sociedad campesina (1750-1850)*. Prometeo Libros - Asociación Argentina de Historia Económica, Buenos Aires. 2008. FRANCISCO RUBIO DURÁN, *Tierra y ocupación en el área surandina*. Colección La Otra América, Sevilla, Ed. Aconcagua, 1997; ANA MARIÁ LORANDI, *El Tucumán colonial y Charcas*. Buenos Aires, UBA, 1997; CRISTINA DEL CARMEN LÓPEZ: “Derechos de propiedad en el Tucumán colonial: fragmentación e indivisión de las tierras rurales”. Disponible en: <http://www.bn.gov.ar/media/page/6-lopez-tucuman.pdf>

tierra, tenía la obligación de evangelizarlos y cobrar el tributo para el rey. Con los llaqtarunas, en cambio, el estanciero español no tenía ninguna obligación. También eran indios fugados en tierra de español, a los que se les había dado un retazo de tierra para la subsistencia del indio y su familia. Pero ante las autoridades, los españoles propietarios decían que estos indios eran vagantes y ante eso, no podían ni cobrarles tributo ni evangelizarlos.

La escrupulosidad en elaborar el status de los indios de las encomiendas tucumanas como llaqtarunas, le quitaba solidez a la protección jurídica que podía significar la definición de los derechos de los encomendados a través de la ley escrita. Yanaconas y llaqtarunas pertenecían al espacio doméstico de la casa del encomendero. En tema de indios, la *potestas oeconomica* de los vecinos, como parte del derecho consuetudinario reflejado en la *potestas statuendi* de las ciudades tucumanas, terminó por imponerse por sobre la voluntad legisladora de la corona, obligando, como indica Agüero, a su *localización*. No se trataba solamente de utilizar la residencia para definir una categoría fiscal, sino toda una redefinición del status, proceso en el que, en ambos casos, el lugar donde vivían y el uso que hacían del espacio, eran condiciones de mayor trascendencia que su propia condición de indio, para identificarlos en un rol subalterno.

Las normativas locales de encomiendas no precedieron a la institución, sino que mantuvieron un principio consuetudinario local, que le dio sus características más relevantes a la encomienda en el siglo XVI y en el temprano siglo XVII. La legislación provincial y local no pudo sino incorporar esas prerrogativas corporativas, dentro de un mecanismo de interpretación jurídica que tenía sentido sólo si se adecuaba a las circunstancias locales. Las diferentes percepciones sobre el espacio se fueron modificando muy rápidamente, en la medida en la que el territorio dominado obligaba a proponer mecanismos más o menos urgentes y más o menos directos de institucionalización y dominio. Los vecinos de las ciudades, padres de familia, miembros de las repúblicas locales, propietarios y señores de los indios, pudieron construir así su propio espacio local para el fenómeno jurídico.

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

PROBLEMATIZING ROYAL PATRONAGE: NEW APPROACHES
TO THE GOVERNANCE OF THE IBERO-AMERICAN CHURCH FROM
THE PERSPECTIVE OF THE HOLY SEE

BENEDETTA ALBANI

*Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte,
Frankfurt am Main (Alemania)*
albani@rg.mpg.de

GIOVANNI PIZZORUSSO

Università "G. d'Annunzio", Chieti-Pescara (Italia)
giovanni.pizzorusso@unich.it

Resumen: El artículo propone analizar el rol del Papado y de la Curia Romana en el gobierno eclesiástico y espiritual de la Iglesia Ibero-americana en la temprana edad moderna y evaluar su importancia e intensidad en relación a la clásica interpretación del Patronato regio como una cortina impenetrable entre la Santa Sede y el Nuevo Mundo. Aportación fundamental del artículo es el manejo de fuentes hasta el momento muy poco exploradas en los estudios histórico-jurídicos. El trabajo se centra de forma particular en las congregaciones del Concilio y *de Propaganda Fide*, en el papel del nuncio apostólico en Madrid y en el rol del Consejo de Indias en la concesión del pase regio.

Palabras clave: Patronato regio, curia romana, congregaciones cardenalcias, nunciatura apostólica, Iglesia ibero-americana, misiones.

Abstract: This article aims to analyse the role of the papacy and the Roman Curia in the ecclesiastical and spiritual governance of the Ibero-American church during the early modern period as well as evaluate its importance and intensity in connection with the classical interpretation of royal patronage as an impenetrable screen between the Holy See and the New World. A fundamental contribution of this work is taking advantage of little-used sources in legal-historical studies. The analysis focuses particularly the Roman congregation of the Council and *de Propaganda Fide*, the role of the apostolic nuncio in Madrid and the action of the Council of the Indies in the concession of the *pase regio*.

Keywords: royal patronage, Roman curia, cardinal congregations, apostolic nunciature, Ibero-American church, missions.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los dicasterios de la Curia Romana y el gobierno del Nuevo Mundo. 3. La Congregación del Concilio. 4. La Congregación *de Propaganda Fide*. 5. El gobierno pontificio desde Madrid: el nuncio apostólico. 6. El Consejo de Indias y la concesión del pase regio a los documentos pontificios. 7. Conclusiones.

1. Introducción¹

El objetivo de este artículo es analizar el papel del Papado y de la Curia Romana –el conjunto de dicasterios que asesora al pontífice en sus tareas– en el gobierno eclesiástico y espiritual de la Iglesia Ibero-americana en la temprana edad moderna y medir su importancia e intensidad en relación a la tradicional interpretación del Patronato regio español. Esto se pretende ampliando el análisis a fuentes tradicionalmente poco utilizadas por la literatura histórico-jurídica clásica acerca del mismo Patronato. La necesidad de mirar con más atención a este tema nace de la experiencia de varias décadas de investigación que los mismos autores y algunos colegas han tenido en los archivos de la Santa Sede y que ha permitido poner en luz la presencia –no limitada a pocos ejemplos esporádicos, sino apreciable en varios expedientes y series documentales completas y continuas– de numerosos documentos relativos a la América española y portuguesa y así emprender su estudio sistemático. Esta constatación sobre el material archivístico obliga a poner en discusión la presunción de que Roma estuviera excluida de la jurisdicción sobre los territorios americanos y que el Patronato Regio haya sido la causa de esto, como habitualmente se afirma. De esta manera se avanza hacia una clara propuesta metodológica que, mediante la ampliación y la diversificación de la base documental, restituye los matices y numerosas facetas al objeto de estudio permitiendo ampliar y enriquecer nuestros conocimientos y nuestra

¹ Este artículo es el fruto de una larga colaboración entre los autores que se ha concretizado en el año 2016 con la participación conjunta al XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Berlín, 29 de Agosto al 2 de Septiembre de 2016) y con la organización del Seminario Internacional “Una mirada sobre el Patronato Regio. La Curia Romana y el gobierno de la Iglesia Ibero-Americana en la edad moderna” (Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, 15 y 16 de Diciembre de 2016). Las contribuciones presentadas en el seminario serán pronto publicadas en un volumen colectivo. Reenviamos a ese estudio para un análisis más detallado y mayores referencias bibliográficas que no es insertar tratar aquí, debido a la reducida extensión de este artículo. En la redacción de este texto Benedetta Albani ha elaborado los apartados 3, 5 y 6, Giovanni Pizzorusso ha redactado el apartado 2 y 4. Los apartados restantes son el producto de amplias discusiones e intercambios de ideas entre los autores.

comprensión de fenómenos complejos, como lo son las relaciones entre la Sede Apostólica y el Nuevo Mundo.

La historiografía clásica sobre las relaciones entre el Papado y América tiende a relegar el papel de Roma a los estrechos confines del Patronato Regio, atribuyendo a la monarquía una jurisdicción casi absoluta en materia religiosa después del despacho de las bulas pontificias del siglo XVI, con las cuales los papas confiaban al rey de forma exclusiva la organización de la Iglesia y la iniciativa misionera en el Nuevo Mundo y que sirvieron hasta el siglo XVIII como justificante jurídico de la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla. No es posible aquí volver a revisar las etapas de la evolución del Patronato o, mejor dicho de la teoría del Patronato-Vicariato que se desarrolló entre el siglo XV y el XVIII, la que ha sido aceptada y perpetuada por la historiografía y que no queremos poner en discusión². Lo que sin embargo nos parece discutible es que esta interpretación haya llevado a conclusiones completamente negativas sobre la praxis de relaciones entre Roma y América. En términos absolutos el Patronato es descrito a menudo como una cortina impenetrable entre Roma y el Nuevo Mundo. Así por ejemplo se subraya la prohibición de una comunicación directa entre los obispos americanos y la Santa Sede y se extiende esta negativa a todas las instituciones eclesiásticas americanas y a cualquier aspecto de la vida eclesiástica y espiritual; se insiste en el derecho regio de retener las bulas y otros documentos pontificios enviados a América y se asume extensivamente que ningún documento pontificio pudo alcanzar el Nuevo Mundo y expresar allí su validez jurídica; se resalta además el derecho de la Corona de presentar obispos y otras dignidades eclesiásticas y se considera que Roma nunca quiso o pudo oponerse al rey. En términos relativos, los estudios que admiten alguna forma de intervención romana en el Nuevo Mundo parecen circunscribirla temporalmente a las primeras décadas posteriores a los viajes colombinos y limitarla a unos pocos actos, excepcionales además, en cuanto a las razones y objetivos de las partes. Estas suelen caracterizarse como extre-

² Sin poder citar aquí exhaustivamente la bibliografía tradicional sobre el tema, queremos sin embargo nombrar algunos clásicos trabajos que, en parte, se distancian de ella, por su mayor cercanía con la documentación romana: ANTONIO DE EGAÑA, *La teoría del regio vicariato español en Indias*, Roma, Pontificia Universitas Gregoriana, 1958; PEDRO DE LETURIA, *Relaciones entre la Santa Sede e Hispanoamérica. I: Época del real patronato 1493-1800*, Caracas, Sociedad Bolivariana de Venezuela, 1959; JESÚS MARÍA GARCÍA AÑOVEROS, *La monarquía y la Iglesia en América*, Asociación francisco López de Gómara, Valencia, 1990; ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *Iglesia y estado en la América española*, 2^o edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991.

madamente irregulares en cuanto a la constancia de las relaciones, faltantes de continuidad y organicidad, y de escasa influencia concreta en materia de gobierno eclesiástico y religioso de las Indias, y menos en la vida de los feligreses americanos. Al contrario, y esta creemos es nuestra aportación, consideramos que relaciones entre la Sede Apostólica y el Nuevo Mundo fueron importantes y articuladas, y que involucraron un amplio abanico de instituciones y actores, como apuntaremos en las páginas siguientes.

Analizando sumariamente la historiografía clásica sobre el Patronato Regio español se puede observar en primer lugar cómo los estudios histórico-jurídicos se basaron prevalecientemente en la tratadística española de inspiración regalista y en documentos de archivos españoles, raramente en archivos americanos. Si bien por un lado la selección de estas fuentes ha permitido poner luz sobre asuntos importante y situaciones de tensión y contraste entre la Santa Sede y la Corona española que marcaron durante siglos la historia americana y europea, por otra parte ha impedido observar con la misma intensidad la perspectiva romana, también muy compleja y cambiante. En segundo lugar el conjunto de derechos y privilegios constituidos por el Patronato es descrito habitualmente como un constructo jurídico homogéneo e inmutable, hecho que a veces ha dificultado la correcta comprensión de la naturaleza de ciertos elementos que lo conforman: por ejemplo, el derecho de presentación de los obispos, que nace claramente de una concesión pontificia, es distinto de la práctica de retener las bulas pontificias, que deriva más bien de una interpretación extensiva de la norma, de impronta regalista. Además, considerar el Patronato como un conjunto unitario de privilegios ha limitado la posibilidad de observar la actividad de los numerosos actores involucrados en la práctica del Patronato, sea en los dicasterios romanos, sea en las instituciones regias españolas, o en el contexto local.

A la luz de estas breves consideraciones historiográficas se puede afirmar que la interpretación del Patronato Regio como cortina impenetrable y obstáculo insuperable para la construcción de una jurisdicción romana sobre la Iglesia Ibero-americana deriva de una lectura exclusivamente teórica del Patronato como forma político-jurídica de regulación de las relaciones entre poderes universales, más que de un análisis histórico concreto de dichas relaciones, y que, por lo tanto, deba adscribirse al ámbito de la historiografía y analizarse con adecuadas herramientas³. Estas consideraciones,

³ Los autores han iniciado una investigación historiográfica exhaustiva sobre el Patronato Regio español –y más en general sobre las relaciones entre la Santa Sede y el Nuevo

aunque sintéticas y sin pretensión de exhaustividad, nos permiten llamar la atención sobre algunos aspectos que, en nuestra opinión, han quedado en la sombra en la investigación histórico-jurídica a la vez que formular preguntas que merecerán, en el futuro, mayor atención. En primer lugar, sobre el gobierno ordinario que la Santa Sede, mediante numerosos y diversos dicasterios, ejercía sobre las Iglesias americanas y sus feligreses, de la misma manera en que lo hacía en otros territorios, y que en la mayoría de los casos prescindía del Patronato. En segundo lugar, el papel jugado por el nuncio apostólico en Madrid como intermediario entre la Santa Sede y las diócesis americanas, dotado de amplios poderes jurisdiccionales. En tercer lugar el interés romano hacia las misiones americanas manifestado por la Congregación de *Propaganda Fide*. Finalmente las relaciones que la Sede Apostólica mantenía con obispos, religiosos y laicos se ve manifiesta en la gran cantidad de informaciones que llegaron a Roma, las que fueron conservadas, organizadas y reutilizadas por la Curia Romana.

El sistema de gobierno ejercido por la Sede Apostólica en América se basaba en tres centros de poder entrelazados entre sí: Roma, Madrid y las Iglesias locales americanas. No es objetivo de este trabajo profundizar en todas las instituciones y mecanismos que hicieron posible la construcción de relaciones estables y orgánicas entre la Sede Apostólica y el Nuevo Mundo. Queremos sin embargo, basándonos en investigaciones recientes, mostrar cómo algunas instituciones concretas en Roma y en Madrid cuidaron de estas relaciones y las hicieron posibles. En lo que atañe a los dicasterios curiales, nos detendremos especialmente en la actividad de las Congregaciones del Concilio y de *Propaganda Fide*. En lo concerniente a las instituciones situadas en Madrid, analizaremos la jurisdicción del nuncio apostólico en Madrid en América y la actividad del Consejo de Indias en relación a la concesión del pase a los documentos pontificios.

Mundo— con el objetivo de analizar la evolución del discurso sobre el patronato y su relación con las tendencias historiográficas internacionales, la investigación de las historias nacionales, la construcción de identidades. El análisis se propone analizar el fenómeno en un amplio espectro: considera no solo los estudios propiamente histórico-jurídicos, sino también los trabajos específicos dedicados a la historia del Papado y de la Curia Romana y los estudios de historia de la Iglesia, historia social e institucional del Nuevo Mundo acudiendo a las revistas y colección editoriales de referencia para cada una de las disciplinas. Es evidente que el conocimiento parcial que tenemos es debido también a una difundida dificultad de circulación de las ideas, de las experiencias y de los avances de la investigación entre disciplinas.

2. Los dicasterios de la Curia Romana y el gobierno del Nuevo Mundo

En la segunda mitad del siglo XVI la creación de las congregaciones cardenalicias permanentes, es decir órganos –parecidos a consejos– compuestos por cardenales encargados de materias específicas, decidida por voluntad de Sixto V en 1588⁴ marcó un hito importante en la historia del Papado e insertó en la Curia un elemento de dinamismo que acompañó las sucesivas etapas y reformas curiales caracterizadas hasta el día de hoy por la frecuente revisión de las competencias y atribuciones de los organismos y la fundación de nuevos dicasterios. Desde la segunda mitad del siglo XVI se asiste por lo tanto a la especificación de las competencias de cada dicasterio y a una profesionalización del sistema de gobierno pontificio. La posibilidad de intervención de Roma en los contextos locales y de apelación al Papa resultaron entonces amplificadas y multiplicadas por la fundación de dichos nuevos dicasterios y de su particular forma de trabajo.

Sin embargo, el sistema romano, lejos de cristalizarse alrededor de estructuras rígidas y fijas en el tiempo, mantuvo amplios espacios de discrecionalidad y flexibilidad. Las congregaciones permanentes estaban formadas por cardenales que contemporáneamente se ocupaban de diversos asuntos en diversas congregaciones. Se creaban por lo tanto contactos y continuas transferencias de informaciones, documentos, saberes, entre una congregación y otra, favoreciendo en muchos casos una resolución personalista de los expedientes basada en la autoridad de este o aquel cardenal y en la capacidad de negociación de los solicitantes⁵. Otro elemento que brindó flexibilidad al proceso fue la

⁴ Sobre la importancia de las reformas sixtinas en la historia de la Curia Romana puede consultarse el artículo de MARIA TERESA FATTORI, *Per una storia della curia romana dalla riforma sistina, secoli XVI-XVIII*, 35, 2014. Sobre la organización de la Curia Romana en la temprana edad moderna resulta siempre de gran provecho la lectura de la *Relatio Romanae Curiae forensis*, contenida en el Libro XV, parte II de la famosa obra de GIOVANNI BATTISTA DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae sive decisivi discursus per materias*, Romae, Typis Aeredum Corbelletti, 1669-1673. Para una síntesis sobre la historia de la Curia Romana desde los orígenes hasta nuestros días véase NICCOLÒ DEL RE, *La Curia Romana. Lineamenti storico-giuridici*, 4° edición, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1998.

⁵ Sobre este punto véanse especialmente los trabajos de Antonio Menniti Ippolito, recientemente fallecido y que recordamos con afecto sincero: ANTONIO MENNITI IPPOLITO, *Il governo dei papi nell'età moderna. Carriere, gerarchie, organizzazione curiale*, Roma, Viella, 2007 y ANTONIO MENNITI IPPOLITO, *1664. Un anno della Chiesa universale. Saggio sull'italianità del papato in età moderna*, Roma, Viella, 2011.

práctica extendida, especialmente entre los siglos XVII y XIX, de crear congregaciones particulares; es decir, comisiones compuestas por pocos cardenales, permanentes o temporales, y encargadas de tratar temas específicos.

La evidencia documental muestra que todas las congregaciones con alcance universal o llamadas a actuar sobre el gobierno del orbe católico, intervinieron de alguna forma en el Nuevo Mundo. En algunos casos, la jurisdicción de los dicasterios romanos sobre las Indias y la autoridad de sus decisiones en temas americanos fueron explícitamente proclamadas en los documentos pontificios de fundación o de atribución de competencias, como es el caso de la Congregación del Concilio, del Santo Oficio y de *Propaganda Fide*. En otras ocasiones, aunque falte una clara definición de la extensión territorial de la jurisdicción, como sucede en el caso de las Congregaciones de los Obispos y Regulares o de la Inmunidad Eclesiástica, los archivos muestran que también dichos dicasterios se ocupaban habitualmente de asuntos americanos. A las congregaciones cardenalicias podemos agregar algunos tribunales, como por ejemplo el de la Penitenciaría Apostólica⁶.

El papel del pontífice se concretiza en una actividad jurisdiccional que da respuesta a exigencias o necesidades del clero y de los fieles que se expresan por medio de la numerosísimas *dubia*, sobretodo sobre la administración de sacramentos, y súplicas enviadas al papa sobre los temas más variados, como las dispensas matrimoniales o de ilegitimidad, cuestiones de fuero interno, concesión de facultades apostólicas a obispos y religiosos americanos, licencias y privilegios de todo tipo. La Curia, durante todo el periodo colonial y también en los siglos XIX y XX fue constantemente solicitada para regular aspectos importantes de la vida religiosa, incluidos ritos y fiestas. También para conceder indulgencias, reconocer y facultar cofradías, colegios, hospitales, seminarios y universidades, organizar la donación y el traslado de reliquias, pronunciarse sobre cultos y ritos locales, centralizar los procesos de beatificación y canonización entre otras muchas acciones⁷. Evidentemente Roma

⁶ Solo recientemente se ha hecho posible la consulta del archivo del Tribunal para la temprana edad moderna. Sin embargo ya los trabajos sobre la tardía edad media había demostrado la presencia en los registros del tribunal de documentos relativos al Nuevo Mundo: FILIPPO TAMBURINI, *Santi e peccatori. Confessioni e suppliche dai Registri della Penitenzieria dell'Archivio Sagreto Vaticano (1451-1586)*, Milano, Istituto di propaganda libraria, 1995. La búsqueda de material relativo a las diócesis ibero-americanas en el archivo de este tribunal, empezado en 2015 por Benedetta Albani, está también llevando a la luz numerosas súplicas de fieles americanos.

⁷ No es nuestra intención dar cuenta aquí de los estudios existentes sobre cada una de las materias indicadas. Una buena muestra de la variedad de las concesiones pontificias se aprecia

siguió siendo una alternativa real, presente para el fiel y, sobretodo, para el religioso –sacerdote, misionero u obispo– que encuentra en ella un sólido apoyo, como por ejemplo en ocasión de tensiones entre el elemento criollo y el peninsular al interior del clero. Recientes investigaciones muestran también la fuerza y la pregnancia que discursos religiosos propuestos por los pontífices adquieren en contextos locales y su influencia en sus dinámicas⁸.

3. La Congregación del Concilio

Fundada el año siguiente a la conclusión del Concilio de Trento, la Congregación del Concilio fue la principal encargada principalmente de la supervisión

en los volúmenes editados por el ya prefecto del Archivo Secreto Vaticano JOSEF METZLER (Ed.) *America Pontificia primi saeculi evangelizationis 1493-1592. Documenta pontificia ex registris et minutis praesertim in Archivo Secreto Vaticano existentibus*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1991 y JOSEF METZLER (Ed.) *America Pontificia III. Documenti pontifici nell'Archivio Secreto Vaticano riguardanti l'evangelizzazione dell'America: 1592-1644*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1995. Para las *dubia* véase el número monográfico editado por PAOLO BROGGIO; CHARLOTTE DE CASTELNAU-L'ESTOILE y GIOVANNI PIZZORUSSO, "Administrier les sacrements en Europe et au Nouveau Monde: la Curie Romaine et les *dubia circa sacramenta*" en *Mélanges de l'École française de Rome: Italie et Méditerranée*, t. 121-1^o, año 2009, 2009, Roma, École française de Rome,. Sobre la concesión de dispensas matrimoniales se reenvía a BENEDETTA ALBANI, "El matrimonio entre Roma y la Nueva España, historia y fuentes documentales (Siglos XVI-XVII)", en DORIS BIEŃKO DE PERALTA, BERENISE BRAVO RUBIO (Eds.), *De sendas, brechas y atajos. Contexto y crítica de las fuentes eclesíásticas, Siglos XVI-XVIII*, México, DF, Escuela Nacional de Antropología e Historia, 2008, pp. 165-207 y BENEDETTA ALBANI, *Sposarsi nel Nuovo Mondo. Politica, dottrina e pratiche della concessione di dispense matrimoniali tra la Nuova Spagna e la Santa Sede (1585-1670)*, Tesi di Dottorato, Roma, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", 2008/2009. Sobre cultos y ritos locales véase FRANCESCA CANTÙ, "Rosa da Lima e il "mistico giardino" del Nuovo Mondo: identità e trasfigurazione di una santa nell'immaginario sociale peruviano", en GABRIELLA ZARRI (Ed.) *Ordini religiosi, santità e culti: prospettive di ricerca tra europa e America Latina*, Galatina, Congedo 2003, pp. 89-108. Para referencias sobre las reliquias PHILIPPE BOUTRY, PIERRE-ANTOINE FABRE, DOMINIQUE JULIA (Eds.), *Reliques modernes. Cultes et usages chrétiens des corps saints des Réformes aux révolutions*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2009.

⁸ Véase el siguiente trabajo de Rafael Gaune y Verónica Undurraga publicado en un dossier sobre construcción de espacios jurídicos coordinado por Benedetta Albani, Samuel Barbosa y Thomas Duve: RAFAEL GAUNE, VERÓNICA UNDURRAGA, *El perdón como espacio normativo. Circulación, mediación y traducción de discursos religiosos entre Roma y Santiago, Siglo XVII*, 52, 2015. Véase también el artículo de Rafael Gaune en este mismo volumen.

sobre la correcta observancia del concilio y de la interpretación auténtica de sus decretos disciplinarios⁹. Pronto el dicasterio fue encargado también de la revisión de las relaciones sobre el estado de las diócesis que los obispos de todo el mundo llevaban o enviaban periódicamente a Roma con ocasión de las visitas *ad Limina*¹⁰ y de la *recognitio* de los concilios provinciales¹¹. Su rango de acción era universal: A pesar de que en el *motu proprio Alias nos* del 2 de agosto de 1564, acto de creación de la Congregación del Concilio, no se hace alguna referencia directa a la extensión territorial de la jurisdicción del dicasterio, su definición fue implícita ya que la congregación habría tenido competencia en todos aquellos lugares en los que se hubiese ratificado el Concilio de Trento, incluyendo por lo tanto las diócesis americanas después de la real cédula de Felipe II del 12 de julio de 1564. En la constitución apostólica *Inmensa aeterni Dei*, despachada por Sixto V el 22 de enero de 1588 que fue responsable de la reorganización y reforma de la Curia Romana, la extensión del campo de intervención de la congregación quedó definitivamente sancionada: "Habeat itidem congregatio auctoritatem promovendi reformationem cleri et populi, nedum in Urbe et Statu Ecclesiastico temporali, sed etiam in universo christiano orbe"¹².

La documentación en los archivos pontificios muestra que, a pesar de las notorias resistencias de la Corona que intentaba limitar la comunicación entre la Santa Sede y los obispos americanos¹³, estos últimos mantuvieron una comu-

⁹ *La sacra congregazione del concilio. Quarto centenario della Fondazione (1564 - 1964). Studi e ricerche*, Città del Vaticano, 1964.

¹⁰ Una panorámica sobre las fuentes en MISAEL CAMUS IBACACHE, *La visita ad limina desde las iglesias de América Latina entre 1585-1880*, 46, 1994, pp. 159-189.

¹¹ Para los III concilios provinciales de Lima y México véanse el estudio introductorio de LUIS MARTÍNEZ FERRER (Ed.) *Decretos del concilio tercero provincial mexicano (1585)*, Zamora, Roma, El Colegio de Michoacán, Universidad Pontificia de la Santa Cruz, 2009 y LUIS MARTÍNEZ FERRER, "Un "pequeño" conflicto entre Madrid y Roma. La polémica sobre la inclusión de la jurisdicción civil en el proemio de los Decretos de los terceros concilios de Lima (1582/83) y México (1585)", en GABRIELA DALLA-CORTE CABALLERO, RICARDO PIQUERAS CÉSPEDES, MERITXELL TOUS MATA (Eds.), *América: poder, conflicto y política*, Murcia, Universidad de Murcia, Asociación Española de Americanistas, 2013, RICARDO PIQUERAS CÉSPEDES, MERITXELL TOUS MATA (Eds., 15 pp. [ed. electrónica].

¹² Sobre este punto véase BENEDETTA ALBANI, "In universo christiano orbe: La Sacra Congregazione del Concilio e l'amministrazione dei sacramenti nel Nuovo Mondo (secoli XVI-XVII)", *Mélanges de l'École française de Rome: Italie et Méditerranée*, t. 121-1°, año 2009, 2009, Roma, École française de Rome, especialmente las páginas 65-67.

¹³ IGNASI FERNÁNDEZ TERRICABRAS, *Felipe II y el clero secular. La aplicación del*

nicación directa con la Curia romana y particularmente con la Congregación de Concilio, que fue además bastante constante¹⁴. La Congregación modificó en el tiempo su forma de intervenir en materias americanas: mientras en las primeras décadas de actividad el dicasterio emitía por decisiones generales sobre cuestiones tocantes a toda América –definidas bajo el concepto jurídico-geográfico *Indiarum*– como por ejemplo las facultades concedidas a los obispos en materia de absolución y dispensas para los indígenas¹⁵, el abastecimiento del crisma en Indias¹⁶ o algunos conflictos entre clero regular y secular sobre la administración de sacramentos¹⁷. Más adelante el dicasterio dio respuesta a casos contingentes y concretos procedentes de diócesis o de particulares. Mientras en los primeros años de actividad del dicasterio las diócesis que se mostraron más activas hacia la Congregación fueron las de México y Lima, con el paso del tiempo aparecieron decisiones en favor de todas las diócesis de los territorios españoles y portugueses en América. La Congregación era llamada a intervenir en casos de abusos en la aplicación de los decretos tridentinos o de su difícil observancia: entre las materias presentadas antes los cardenales en relación al Nuevo Mundo se encuentran frecuentemente la celebración de los concilios provinciales, la obligación de residencia de los obispos en sus diócesis, las relaciones entre obispos y capítulos catedrales y la administración de sacramentos. Se observa constantemente la tendencia de la Congregación a sostener y proteger, sobre todo en el campo sacramental, la jurisdicción obispal contrapuesta a las amplias facultades de las órdenes religiosas y en defender el rol de las parroquias, centros de la vida comunitaria y de administración de sacramentos. Finalmente, en numerosas ocasiones la Congregación del Concilio se encuentra involucrada en la petición y contratación de facultades por parte de los obispos americanos a la Santa Sede, que constituyen, junto con las visitas *ad Limina*, las principales ocasiones de densificación de las comunicaciones entre el Nuevo Mundo y Roma¹⁸.

concilio de Trento, Madrid, Sociedad Estatal para la Conmemoración de los Centenarios de Felipe II y Carlos V, 2000, en particular los capítulos IV, V y VIII.

¹⁴ Por ejemplo, para los siglos XVI-XVIII en el fondo del Archivo Secreto Vaticano [ASV], *Congr. Concilio, Relat. Dioec.* se conservan más de 110 relaciones diocesanas.

¹⁵ Véanse las respuestas de la Congregación a las dudas expresadas por Toribio de Mogrovejo en 1586 en ASV, *Congr. Concilio, Libri Decret.* 4, ff. 111r-115v.

¹⁶ Decreto de la Congregación del 22 de diciembre de 1592, ASV, *Congr. Concilio, Libri Decret.* 7 A, f. 82v.

¹⁷ Decreto de la Congregación del 24 de septiembre de 1592, ASV, *Congr. Concilio, Libri Decret.* 7 A, f. 69v.

¹⁸ ALBANI, *In universo christiano orbe: La Sacra Congregazione del Concilio e l'amministrazione dei sacramenti nel Nuovo Mondo (secoli XVI-XVII)*, op.cit., t. 121-1.

Las fricciones entre la Sede Apostólica y la Corona española en relación al Patronato regio se reflejan en la actividad de la Congregación, por ejemplo en relación a la *recognitio* de los más importantes concilios provinciales americanos de la época –el III Limense y el III Mexicano– cuando la Congregación se reúne para dirimir sobre si aceptar o no la referencia a la autoridad regia en el proemio de los concilios¹⁹. Sin embargo, aunque el dicasterio estuviese informado sobre los inconvenientes creados por el Patronato en el gobierno de las Iglesias locales –como claramente muestran algunas cartas de obispos americanos adjuntas a las relaciones del estatus de las diócesis– nunca tomó posiciones declaradamente contrarias a la Corona o al Patronato.

4. La Congregación de *Propaganda Fide*

Desde el año 1622 la Curia romana contaba con un órgano institucional, la Congregación de *Propaganda Fide*, encargada de la jurisdicción pontificia sobre toda la actividad misionera que se desarrollaba en el mundo²⁰. La Iglesia Ibero-americana, no obstante su notable organización diocesana, era también una Iglesia misionera con la tarea de evangelizar las poblaciones indígenas, no solo al interior de las diócesis donde tenían vigor los preceptos tridentinos, sino también dirigiéndose más allá para alcanzar nuevos pueblos a los cuales llevar la palabra de Cristo. Desde el punto de vista romano, aunque tomando en cuenta la innegable realidad del Patronato Regio, la Iglesia misionera iberoamericana caía entonces bajo la jurisdicción de *Propaganda*, así como la Iglesia diocesana estaba sometida a la autoridad de las demás Congregaciones romanas. Por eso los responsables de *Propaganda* en los primeros años de su actividad se dedicaron a afirmar la importancia de la cuestión misionera y a revindicar su jurisdicción.

¹⁹ MARTÍNEZ FERRER, *Un "pequeño" conflicto entre Madrid y Roma. La polémica sobre la inclusión de la jurisdicción civil en el proemio de los Decretos de los terceros concilios de Lima (1582/83) y México (1585)*, op.cit.

²⁰ En general sobre *Propaganda*, JOSEF METZLER, *Sacrae Congregationis de Propaganda Fide Memoria Rerum*, Rom-Freiburg-Wien, Herder, 1972 (de ahora en adelante MR), en particular sobre el Patronato y la América española en el siglo XVII véanse IGNACIO TING PONG LEE, *La actitud de la Sagrada Congregación frente al Regio Patronato* y ERNST BURRUS, *Un programa positivo: la actuación misionera de Propaganda Fide en Hispanoamérica*, ambos en MR vol. I/2, respectivamente pp. 353-438 e 648-665. Véase además LETURIA, *El Regio Vicariato de Indias y los comienzos de la Congregación de Propaganda*, op.cit., pp. 101-152; EGAÑA, op.cit., pp. 174-208.

Dicha reivindicación se acompañaba a la crítica hacia la monarquía española por el hecho que, desde el comienzo del siglo XVII, las misiones americanas no resultaban suficientemente activas, que la frontera misionera se había detenido y que el clero se enriquecía en los conventos sin dedicarse a la “conquista espiritual”. Estas críticas estaban explícitamente enlazadas al Patronato Regio y eran expresadas por el secretario de *Propaganda* Francesco Ingoli en particular en algunos documentos programáticos escritos entre 1625 y 1644. En ellos se criticaba la política de la monarquía, que ignoraba la cuestión misionera dejándola en las manos de un clero holgazán y codicioso, sobre todo de origen español. Ingoli, al contrario, proponía la creación de un clero indígena (en particular mestizo), como la oportunidad de generar un contacto más estrecho entre el clero “indiano” (es decir residente en el Nuevo Mundo) y Roma a través de procuradores, deseando que también religiosos no españoles pudiesen partir hacia las misiones americanas²¹.

En un informe interno de 1639 Ingoli afirmaba haber recopilado en un libro todos los abusos de los ministros regios que intentaban “introdurre una Monarchia nell’Indie, simile a quella di Sicilia” y proponía crear nuevas misiones independientes de la soberanía temporal del rey de España para enviar allá vicarios que después habrían referido a Roma también sobre los territorios españoles²².

A estos documentos internos les siguen algunas decisiones tomadas por *Propaganda*. Por ejemplo, en 1634 la Congregación declaraba falsa la teoría vicarial y el Patronato en base a las bulas alejandrinas²³. Sin embargo, estas posiciones eran duramente contrastadas al interior mismo de la congregación, donde había un cardenal español que perseguía los intereses de Madrid. En este sentido, existieron figuras de relieve como por ejemplo el cardenal Borja y Velasco y el cardenal Gil de Albornoz en la primera mitad del siglo XVII, que constituían una barrera a las propuestas más antiespañolas. Dichas propuestas de hecho no tuvieron éxito, al contrario: la polémica levantada

²¹ APF [Archivio della Congregazione de *Propaganda Fide*], SOCG [Scritture Originali riferite nelle Congregazioni Generali], vol. 189, ff. 390r-392v (1625), 231r-233v (1628) y vol. 192, 1r-2v (1644), publicados en HENRI CHAPPOULIE, *Aux origines d’une église. Rome et les missions d’Indochine au XVIIe siècle*, t. I, Paris, Bloud & Gay, 1943, pp. 383-390. Ingoli logró también hacer llegar a Roma un joven de la Nueva Granada para formarse en el Colegio Urbano, pero falleció durante la estancia romana: GIOVANNI PIZZORUSSO, “Gli Indiani del Nordamerica a Roma (1826-1841)”, *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, t. 116^o, año 1993, 1993, especialmente las pp. 403-404.

²² APF, SOCG, vol. 259, 25rv/30rv, publicado en *MR*, III/2, pp. 694-695.

²³ EGAÑA, *op.cit.*, p. 189-190.

por Ingoli se atenuó sensiblemente después de la conclusión del pontificado filo-francés de Urbano VIII y se pasó al pontificado más filo-español de Inocencio X, quién había sido nuncio en Madrid. Sin embargo, a pesar de no llegar nunca a una ruptura, en Roma existió una atmosfera considerablemente crítica y una desconfianza mutua entre *Propaganda* y España en los primeros años de la fundación de la Congregación misionera²⁴.

En el marco de estas difíciles relaciones, que la historiografía –desde Pedro de Leturia hasta Ismael Sánchez Bella– ha subrayado ampliamente, debemos sin embargo remarcar el hecho que en el archivo de la Congregación se conserva numerosa documentación sobre la América española, como han observado los historiadores que han conducido sus investigaciones en dicho archivo, como el mismo Antonio de Egaña. Podemos así definir la *pars construens* de nuestro discurso y analizar de qué manera y en qué medida *Propaganda* pudo ocuparse de la Iglesia americana, sea desde el punto de vista del conocimiento y de la recopilación de informaciones, o desde el punto de vista de la acción decisional y de la intervención jurisdiccional en las misiones americanas.

La acción de *Propaganda* se desarrollaba a través del nuncio apostólico en Madrid, principal figura institucional de la que se hablará en el apartado siguiente, o en relación directa con misioneros y obispos americanos. En lo que atañe este último caso, se trataba de una actividad jurisdiccional compuesta por una miríada de casos individuales concernientes aspectos específicos de la vida religiosa, desde la liturgia hasta los sacramentos. La particular continuidad de estos contactos estuvo determinada por la concesión de las facultades apostólicas, los poderes espirituales sobre los cuales los misioneros basaron y desarrollaron su acción espiritual. Antes de la fundación de *Propaganda*, estas facultades se concedían a las órdenes religiosas de manera indistinta, sin mayor control y sin definición cronológica. En particular estaba en vigor el breve *Exponi nobis fecisti* de Adrián VI (1522, la así llamada bula *Omnimoda*). Estas tan amplias facultades constituyó una herramienta que aumentó considerablemente la autonomía de las órdenes con respecto a la Santa Sede, favoreciendo en cambio la selección de los misioneros por parte de la Corona. *Propaganda* consideró esta bula como un instrumento jurídico en favor del Patronato.

Durante la década de 1630 *Propaganda* inició una operación de reforma de las facultades misioneras (en conformidad con el Santo Oficio) e intentó imponerlas a las órdenes regulares. Naturalmente, la imposición de dichas

²⁴ EGAÑA, *op.cit.*, p. 207-208.

nuevas facultades constituyó un punto de fuerte controversia con las órdenes religiosas que se mantuvo por largo tiempo y generó muchas resistencias. Este fue además un elemento importante en la afirmación de la jurisdicción de *Propaganda*, no siempre exitoso, tal y como sucedió con la Compañía de Jesús, celosa de sus *privilegia indica*.

Sin embargo, “también en el caso de la América española se puede afirmar que la concesión de facultades haya constituido un elemento de atracción del clero regular misionero hacia la autoridad romana. En particular en relación a la decisión de la monarquía de someter a los obispos las *doctrinas* regidas por los miembros de órdenes regulares, se había desarrollado un fuerte malestar dentro de las órdenes contra los superiores españoles y hacia la misma monarquía, situación que acercó muchos religiosos hacia Roma. Los misioneros vieron, en efecto, en la concesión de las facultades apostólicas de *Propaganda* un recurso para recibir un reconocimiento de su acción apostólica y de defender una cierta independencia de la autoridad local, civil y eclesiástica.

En este contexto general cabe preguntarse ¿cuáles eran los religiosos que escribieron a Roma, o bien acudieron personalmente a la Ciudad Eterna y entraron en contacto directo con *Propaganda*?

Algunos son bien conocidos por la historiografía, ya que generaron una documentación importante que representó luego la base para las observaciones críticas de Ingoli con respecto al Patronato: se trata de aquellos que se dirigieron a Roma en las décadas del 1630 y 1640 y representaron informantes valiosos, aunque con frecuencia muy críticos.

Podemos citar algunos ejemplos: el agustino Pedro Nieto (que inspiró a Ingoli con la idea de la formación del clero indígena), el dominico Diego Collado (que pasó después de México a las Filipinas y al Japón y denunció la obra de Juan Bautista Viseo, *Advertencias para los confesores*, publicada en la Ciudad de México en el 1600, de fuerte contenido vicarialista), el franciscano Diego Ibañez (ya misionero en Japón, después en México, que escribió un auténtico tratado contra el Patronato). También se podrían nombrar al franciscano Gregorio Bolívar (misionero en el Perú que informó a *Propaganda* sobre la fundación de la colonia inglesa en Virginia y denunció los maltratos hacia los indios), el franciscano Alonso de Benavides (envió un informe sobre Nuevo México pidiendo la confirmación de los antiguos privilegios franciscanos para poder realizar unas parroquias en las misiones), y Raymondo Hurtado, dominico, con el cual Ingoli debatió sobre la necesidad del estudio de las lenguas y del cual recibió una descripción del 1626 del

*Modo che tengono gl'Indiani del Perù nel scriver lettere e l'Historie con fili e groppi*²⁵.

Asimismo, encontramos más casos en la segunda mitad del siglo XVII. En general, estos religiosos que se dirigían a Roma tenían ciertos puntos en común, transversales a las varias órdenes de las que formaban parte. El historiador Antonio de Egaña los define así: “son antivicalistas y al mismo tiempo trabajan fuera, si no contra, la obediencia de sus Superiores regulares” que seguían vinculados al rey y al Patronato²⁶. De hecho, aparecen a menudo a punto de colisionar con sus órdenes, las cuales no querían posicionarse por cuestiones misionarias en contra de la monarquía, a la cual estaban tradicionalmente ligados. Para Propaganda, sin embargo, estos constituían un valioso recurso, no sólo por la posibilidad de ejercer una jurisdicción en América sino también porque representaban una gran fuente de información sobre la realidad americana, aunque sin duda ni neutra ni desinteresada. Es necesario señalar dos aspectos acerca del rol de dichos religiosos. El primero es su actitud fuertemente crítica hacia la Iglesia hispano-americana, en particular en lo relativo a la actividad misionera. Ellos contribuyeron a la formación de una opinión negativa en Roma, una suerte de leyenda negra, muy a menudo exagerada, sobre la acción apostólica de los españoles. Esta imagen, a pesar de ciertas expresiones de prudencia, fue de hecho absorbida por los funcionarios de *Propaganda*²⁷. El segundo es que dichos religiosos eran en su mayoría criollos, exponentes “americanos” de las órdenes, hecho que explica también la contraposición con los superiores de las órdenes. Desde el punto de vista de *Propaganda*, entonces, podía ser conveniente apoyar al clero misionero ame-

²⁵ Sobre estas figuras y la bibliografía al respecto, véanse MATTEO SANFILIPPO, GIOVANNI PIZZORUSSO, "L'America iberica e Roma fra Cinque e Seicento: notizie, documenti, informatori", en MATTEO SANFILIPPO, ALEXANDER KOLLER, GIOVANNI PIZZORUSSO (Eds.), *Gli archivi della Santa Sede e il mondo asburgico nella prima età moderna*, Viterbo, Sette Città, 2004, pp. 91-94 y GIOVANNI PIZZORUSSO, "Nuovo Mondo cattolico e papato: Chiesa coloniale, Chiesa missionaria, Chiesa locale (secoli XVI-inizio XIX)", en PÉTER TUSOR, MATTEO SANFILIPPO (Eds.), *Il papato e le chiese locali. Studi / The Papacy and the local Churches. Studies*, Viterbo, Sette Città, 2014, pp. 232-233; véase también FRANCESCA CANTÙ, *La conquista spirituale. Studi sull'evangelizzazione del Nuovo Mondo*, Roma, Viella, 2007, pp. 298-299. Sobre el texto de Benavides. APF, SOCG, vol. 259, ff. 220-252v; por él de Hurtado APF, SOCG, vol. 259, ff. 296r-299v.

²⁶ EGAÑA, *op.cit.*, p. 196.

²⁷ Sobre los orígenes del fenómeno, FRANCESCA CANTÙ, "Spagnolismo e antispagnolismo nella disputa del Nuovo Mondo", en A. MUSI (Ed.) *Alle origini di una nazione. Antispagnolismo e identità italiana*, Milano, Guerini e associati, 2003, pp. 135-162.

ricano que frecuentemente denunciaba el escaso empeño misionero de sus cofrades españoles. Esto explica también por qué el secretario de Propaganda Francesco Ingoli en 1629 observara las dificultades y expresara críticas sobre el sistema de la dicha “alternativa”, es decir el sistema de alternar criollos y peninsulares en los cargos de gobierno al interior de las órdenes regulares. Nacido para defender el rol de los criollos, dicho sistema se había revelado finalmente como una limitación que defendía los peninsulares²⁸, que frecuentemente no estaban a la altura o eran absentistas o constituían una menoría. No es improbable que Ingoli, con base en las noticias que había recibido de los informadores en Roma, fuese conciente del proceso de criollización que comenzaba en la Iglesia americana y en particular en su jerarquía a partir del comienzo del siglo XVII²⁹. Para Ingoli el problema seguía siendo el Patronato que implicaba el control de la autoridad civil sobre las provincias de las órdenes. Por eso el secretario apoyó la formación de provincias americanas directamente ligadas a los generales de las órdenes en Roma con quienes *Propaganda* habría podido tratar de forma directa y ventajosa³⁰. Sin embargo, además de los personajes ya citados, relativamente más conocidos y estudiados, encontramos también muchos religiosos, seguramente más numerosos, que hacía referencia a *Propaganda* y que reconocían a la Congregación como instancia jurisdiccional superior, sin necesariamente tomar posición sobre el Patronato. Examinando los numerosos casos documentados en el archivo de *Propaganda Fide* (de los cuales aquí se pueden dar solo algunos ejemplos para los años 1651-54) se puede observar que, no obstante los esfuerzos de la monarquía, el clero misionero americano estuvo lejos de ser enmarcado en una iglesia diocesana y satisfecho de su estado. Así *Propaganda*, con la autoridad y el prestigio que derivaba de ser una congregación pontificia y de hablar a nombre del papa de Roma, fue reconocida como “lugar” en el gobierno de la Iglesia donde los méritos, la actividad y las dificultades enfrentadas por el clero misionero podían conseguir reconocimiento. Dicho reconocimiento se expresaba también y especialmente por medio de la concesión de facultades apostólicas. Para *Propaganda* se trataba de una valiosa posibilidad de

²⁸ APF, SOCG vol. 189, ff. 140r-142v, publicado en *MR* III/2, pp. 684-686; vedi anche BERNARD LAVALLÉ, "La criollización del clero", en PEDRO BORGES MORÁN (Ed.) *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas*, t. 1, Madrid, B.A.C., 1992, pp. 289-291.

²⁹ Esto se aprecia claramente en el episcopado PAULINO CASTAÑEDA DELGADO, JUAN MARCHENA FERNÁNDEZ, *La jerarquía de la Iglesia en Indias: el episcopado americano. 1500-1850*, Madrid, Mapfre, 1992, p. 25-50.

³⁰ APF, SOCG, vol. 259, ff. 71v/18rv.

entrar en la realidad jurisdiccional misionera y, en general, eclesiástica del Patronato Ibero-americano. Este fue, a nuestro juicio, el intersticio, el pasaje –aunque estrecho– que permitió entrar en la realidad americana con mayor continuidad. Por esta razón, se puede decir que la acción de *Propaganda* no fue solo una oposición al Patronato, sino que constituyó también un elemento activo en la limitada jurisdicción romana sobre la Iglesia americana.

Igualmente, un cierto número de misioneros estaba presente en Roma y se acercaba personalmente a la Curia y a *Propaganda* por varias razones. Por ejemplo, en 1652 el agustino Juan Duran describía la conversión de los indios Chichimecas llevada a cabo junto con un jesuita y un intérprete recorriendo las aldeas. Con ocasión del Jubileo, pidió traer a América objetos de devoción popular como el *agnus Dei* e indulgencias ordinarias y extraordinarias, obteniendo también unos subsidios³¹. Su cofrade Pablo de Rojas, activo en el santuario de la Virgen de Copacabana cerca del lago Titicaca, reivindicó haber sido misionero predicando exclusivamente a los indígenas (y no a los españoles y sus descendientes) con el título, precisamente, de predicador apostólico conseguido en Roma³².

Otros misioneros recurrían a *Propaganda* por carta. Entre 1650 y 1651 Juan de Thebes, agustino misionero en el Perú, con la intención de predicar a indios y españoles, pedía el título de predicador apostólico. Informaba acerca de muchas poblaciones indígenas hasta la zona entre Panamá y Nicaragua y de los bautismos que había logrado. Pedía también a Propaganda el nombramiento a visitador apostólico para ir entre los pueblos que practicaban la idolatría³³. En 1652 el dominico Adrián de Santo Tomás escribió desde Panamá que desde hacía 25 años que desempeñaba su misión en las montañas del Guaymi hacia las tribus locales “que jamas avian sujetado [...] al jugo de la fé y aviendo yo solo con un intérprete asistido sufriendo dos anos de inmenso trabajo y descomodidades indizibles”³⁴.

De todas maneras *Propaganda* cuidaba de no poner en discusión el Patronato en lo que atañía a la Iglesia diocesana, sobre la cual no tenía competencia. Por ejemplo, una petición para conseguir las facultades de misionero

³¹ APF, SOCG, vol. 260, ff. 323r/338v y 324r/337v.

³² Rojas sugirió además que para incrementar el número de los misioneros no se pudiera acceder al cargo de prior rector definidor guardián sin haber sido misionero por lo menos durante diez años y que nadie que no quisiera ser misionero pudiera ser empleado en la orden, APF, SOCG, vol. 260, ff. 377r-386v.

³³ APF, SOCG, vol. 260, ff. 301r-303v/320r-322v.

³⁴ APF, SOCG, vol. 260, ff. 66r-71v.

apostólico llegada en 1651 por parte de Antonio Gonçalves de Vega de la diócesis de Santa Fé, quien se dedicaba a la conversión de los indios por conocer sus lenguas, fue rechazada porque: “gli osta l’esser parrocho, non volendo la S. Congreg[azio]ne [*Propaganda*] impegnarsi con quelli che per giusto titolo sono soggetti à gl’ordinari”³⁵.

La concesión de facultades apostólicas otorgadas por *Propaganda* generó un espacio para la recopilación de informaciones y el ejercicio, aunque desde lejos y por aspectos formales, de su jurisdicción. También los obispos empezaron a pedir extensión sus facultades –ya muy amplias–, o también de conseguir aquellas concedidas por *Propaganda*. Esto porque en sus diócesis se presentaban cuestiones atinentes a la esfera espiritual en la actividad misionera que las facultades de Propaganda podían resolver. Por ejemplo, el 17 de marzo de 1654 el obispo Pedro de Ortega Sotomayor, trasladado de la diócesis de Arequipa a la del Cuzco, pedía indulgencias y facultades adecuadas a su nuevo obispado³⁶. Entre el siglo XVII y el XVIII podemos considerar habitual el hecho de que los obispos americanos pidieran facultades a Roma y encontramos amplia muestra de esta actitud en los archivos de Propaganda y del Santo Oficio.

En conclusión, en la primera mitad del siglo XVII los ataques más fuertes en contra del Patronato español al interior de la Curia vinieron sin duda de la recién nacida congregación de *Propaganda*, que buscaba crear un espacio americano en el contexto de la construcción de una jurisdicción misionera sobre el mundo entero. En la segunda mitad del siglo la controvertida cuestión jurídica y teórica todavía no se había resuelto: en 1678 el secretario de *Propaganda* Urbano Cerri criticaba el vicariato regio del rey de España que, tres años más tarde, en 1681, la *Recopilación* ratificaba³⁷. En el plano práctico el contraste se matizó y Propaganda asumió, para la América española, una actitud de aceptación del Patronato, como los demás organismos de la Curia ya habían hecho. Aunque tratándose de una minoría, los misioneros recibían las facultades y la jurisdicción romana: podemos decir entonces que por una parte de ellos se había instaurado una doble fidelidad, al papa y al rey³⁸.

³⁵ APF, SOCG, vol. 260, ff. 228r/230v.

³⁶ APF, SOCG 260, ff. 272r/275v.

³⁷ En su *Relazione di Mons[igno]r Urbano Cerri alla Santità di N.S.P.P. Innocenzo XI sullo stato di Propaganda Fide* [1678], APF, Miscellanea Varie XI, ff. 149r-151r e BURRUS, *op.cit.*, t. I/2, p. 649.

³⁸ GIOVANNI PIZZORUSSO, "La Congregazione romana "de Propaganda Fide" e la duplice fedeltà dei missionari tra monarchie coloniali e universalismo pontificio (XVII se-

Sin embargo, esto no quiere decir que en general *Propaganda* aceptara el *status quo* del Patronato a nivel global. En efecto vemos que la Congregación continuó, e incluso acrecentó su batalla en contra del *padroado* portugués en Asia y, de forma algo diferente, en Brasil, donde su acción era todavía más incisiva³⁹.

En general la relación conflictual entre *Propaganda* y el Patronato debe observarse en el ámbito misionero a escala global. Esta lucha se fundamentaba en un principio que en la edad moderna se revelaba como una quimera: la separación entre la acción apostólica y los intereses coloniales de las potencias europeas. En lo que atañe a España, el desafío al Patronato en América y en las Filipinas se reveló un asunto muy complejo para Roma, contrastada por un sistema de gobierno que había ya afinado el tratamiento de materias eclesiásticas por parte del Estado. Sin embargo, como hemos visto, sería un error mirar al Patronato como a una cortina que apartó Roma de las misiones⁴⁰ muchas de las realidades misioneras fueron directamente conocidas por *Propaganda*. En los territorios de la Corona española las misiones constituyeron una posibilidad para sobrepasar el Patronato e impedir un cierre completo con la realidad de muchas Iglesias misioneras locales. La atención a la controversia sobre el Patronato no debe hacer olvidar la actividad de la Congregación misionera en la América española y los contactos y conocimientos que creó.

5. El gobierno pontificio desde Madrid: el nuncio apostólico

Las instituciones de gobierno romanas se extendían hasta Madrid donde, desde 1492, residió un nuncio apostólico permanente. En realidad, la presencia de un representante pontificio también en América fue solicitada insistentemente por distintos actores –obispos, religiosos, laicos, indios, mestizos– y la posibilidad de crear una nunciatura en el Nuevo Mundo fue sondeada por

colo)", *Librosdelacorte.es La doble lealdad: Entre el servicio al rey y la obligación a la Iglesia* t. 6º, año 2014, 2014, Madrid, Instituto Universitario "La Corte en Europa" (IULCA-UAM), pp. 228-241 (on-line www.librosdelacorte.es).

³⁹ GIOVANNI PIZZORUSSO, "Il padroado régio portoghese nella dimensione "globale" della Chiesa romana. Note storico-documentarie con particolare riferimento al Seicento", en GIOVANNI PIZZORUSSO, GAETANO PLATANIA, MATTEO SANFILIPPO (Eds.), *Gli archivi della Santa Sede come fonte per la storia del Portogallo in età moderna. Studi in memoria di Carmen Radulet*, Viterbo, 2012, pp. 177-219.

⁴⁰ JEAN DELUMEAU, *Il cattolicesimo dal XVI al XVIII secolo*, Milano, Mursia, 1983, p. 124.

la Santa Sede en varias ocasiones en la segunda mitad del siglo XVI aunque, como es sabido, se realizaría solo en el siglo XIX⁴¹. A pesar de no haberse concretado este proyecto, las fuentes muestran que la Santa Sede gobernaba las Indias también a través de su nuncio en Madrid que estaba encargado de varias tareas, desde facilitar noticias sobre las Indias a Roma, administrar justicia en su Tribunal, hasta mantener los contactos con *Propaganda Fide*.

No obstante los numerosos estudios sobre las nunciaturas europeas, solo recientemente se está investigando el tema de los tribunales de los nuncios y, en este caso específico, de su jurisdicción sobre las Indias. Durante la disputa sobre la posibilidad de enviar un representante pontificio a las Indias, siendo nuncio Filippo Sega (1577-1581), la Corona, por medio del Consejo de Indias, expresó dudas sobre la extensión de sus poderes hasta América. La Secretaría de Estado pontificia reaccionó en los años siguientes afinando las competencias del nuncio y declarando definitivamente en 1621 que las facultades "si esercitano dal nuntio non solo ne' Regni di Spagna, ma anche per l'Indie Nuove"⁴². Para ejercer las facultades, alrededor de la figura del nuncio se habían formado a partir del siglo XV un Tribunal para el despacho de las causas por vía de justicia y una Abreviadería para las actas por vía de gracias⁴³, instituciones muy poco conocidas por la historiografía y cuyos archivos solo recientemente se han reorganizado y empezado a investigar. El análisis de algunos de los registros de la Abreviadería de los años 1566 al 1633 ha mostrado la masiva presencia de decisiones en favor de fieles americanos⁴⁴. Las materias tratadas son muy variadas: muchos documentos tratan de la promoción a las órdenes sagradas por medio de dispensas de irregularidades *ex defectu* o licencias *extra tempora*, tema particularmente importante en

⁴¹ PEDRO BORGES, "La nunciatura indiana. Un intento pontificio de intervención directa en Indias bajo Felipe II, 1566-1588", *Missionalia Hispanica*, t. 56º, año 1962, 1962, pp. 169-227.

⁴² Instrucción al nuncio Alessandro Sangro en KLAUS JAITNER, *Die Hauptinstruktionen Gregors XV. für die Nuntien und Gesandten an den europäischen Fürstenhöfen, 1621-1623*, t. 2, Tübingen, Niemeyer, 1997, pp. 575-601.

⁴³ NICOLÁS GARCÍA MARTÍN, "Secciones, emolumentos y personal de la Nunciatura Española en tiempos de César Monti (1630-1634)", *Anthologica Annuaria*, t. 4º, año 1956, 1956, pp. 283-339.

⁴⁴ BENEDETTA ALBANI, "Un nunzio per il Nuovo Mondo. Il ruolo della Nunziatura di Spagna come istanza di giustizia per i fedeli americani tra Cinque e Seicento", en PÉTER TUSOR, MATTEO SANFILIPPO (Eds.), *Il papato e le chiese locali. Studi / The Papacy and the local Churches. Studies*, Viterbo, Sette Città, 2014, pp. 257-286. La autora ha reconstruido el archivo de la Abreviadería

el contexto americano. Numerosos pleitos atañen a deudas, usura, comercio por parte de clérigos, herencias. Todavía más son los conflictos entre obispos y capítulos catedrales. El nuncio juzgaba también causas criminales, como por ejemplo los casos de homicidios cometidos por clérigos, y causas benéficas. En materia matrimonial son presentes diversas causas de separación y actos de revalidación del vínculo. Finalmente, son numerosas las concesiones graciosas a favor de los feligreses y las respuestas a *dubia* sobre la interpretación del Concilio de Trento: en este caso el nuncio actuaba como mediador entre la Congregación del Concilio y los petentes. El frecuente recurso al nuncio confirma que sus facultades constituían un importante recurso para la adquisición de beneficios materiales y espirituales en una sociedad de antiguo régimen que encontraba en la Nunciatura una respuesta a sus necesidades pastorales.

Como se ha apuntado antes, también *Propaganda Fide* se valía del nuncio apostólico en Madrid para diversas cuestiones⁴⁵. Desde la capital española el nuncio se ocupaba de casos relativos a misioneros y se desempeñaba como intermediario entre el Consejo de las Indias y la corte. Gracias al nuncio, *Propaganda* podía recibir noticias de las misiones y también conocer la actitud del gobierno y de la corte de Madrid sobre las misiones mismas, para luego influir en ello. El nuncio, que al comienzo de su mandato recibía específicas instrucciones por parte de *Propaganda*, podía también tomar decisiones siguiendo dichas instrucciones. Por poner solo un ejemplo, en 1626, en un momento clave para la relación entre *Propaganda* y España que interesaba no solo América sino también Asia, a causa del papel español en las Filipinas y en Japón, Ingoli pidió que el nuncio encontrara al conde-duque de Olivares en vista de un acuerdo que terminara con las controversias entre las órdenes religiosas que el secretario había denunciado en su relación de 1625 citada arriba⁴⁶.

⁴⁵ Se tiene que aclarar que, como emerge claramente de la documentación, el intercambio de cartas y relaciones entre *Propaganda* y el nuncio era independiente del que este último mantenía con la Secretaría de Estado pontificia, véase GIOVANNI PIZZORUSSO, "'Per servitio della sacra congregazione de propaganda fide'. I nunzi apostolici e le missioni tra centralità romana e Chiesa universale (1622-1660)", *Cheiron*, t. 30º, año 1998, 1998, pp. 201-227 y SILVANO GIORDANO, "Diplomazia pontificia e propagazione della fede. Prospettive delle nunziature permanenti nella prima età moderna", en GAETANO SABATINI MASSIMILIANO GHILARDI, MATTEO SANFILIPPO, DONATELLA STRANGIO (Ed.) *"Ad ultimos usque terrarum terminos in Fide propaganda"* Roma tra promozione e difesa della fede in età moderna, Viterbo, Sette Città, 2014, pp. 189-201.

⁴⁶ APF, SOCG, vol. 101, ff. 72rv/77v.

6. El Consejo de Indias y la concesión del pase regio a los documentos pontificios

Una fase fundamental de las comunicaciones entre la Sede Apostólica y el Nuevo Mundo transcurría en las oficinas del Consejo de Indias a través de la concesión del pase regio a los documentos pontificios o, en caso de que estos pudieran violar el Patronato Regio, de su retención. La historiografía jurídica, siguiendo las huellas de los juristas indianos, se ha centrado exclusivamente en la práctica de retención de las bulas pontificias y su naturaleza jurídica. Por el contrario, la concesión del pase regio, se ha tributado al contrario muy poca atención. Si bien es cierto que la retención de bulas y el pase regio son dos caras de la misma moneda, es evidente que analizar solo el primer aspecto ha permitido observar exclusivamente el enfrentamiento entre el poder secular y el eclesiástico, y ha impedido apreciar la práctica cotidiana de un importante instrumento de gobierno, como lo es la concesión del pase regio, que justamente en su ejercitación reiterada cobra pleno sentido. Un radical cambio de perspectiva, apoyado en evidencias documentales hasta el momento poco o nada explotadas por las ciencias jurídicas, es por lo tanto deseable para adquirir mayores conocimientos sobre este complejo fenómeno. Un primer análisis ha dado resultados sugerentes⁴⁷.

Contrariamente a otras prerrogativas regias que componen el Patronato Regio, el derecho de retener los documentos pontificios no deriva de una clara concesión pontificia. Su origen remonta al reino de los Reyes Católicos⁴⁸ y a la praxis del Consejo Real⁴⁹, que se extendió rápidamente a las Indias⁵⁰. Debi-

⁴⁷ BENEDETTA ALBANI, "Nuova luce sulle relazioni tra la Sede Apostolica e le Americhe. La pratica della concessione del "pase regio" ai documenti pontifici destinati alle Indie", en CLAUDIO FERLAN (Ed.) *Eusebio Francesco Chini e il suo tempo. Una riflessione storica*, Trento, FBK-Press, 2012. La autora está preparando una versión en español de este artículo enriquecida de ulteriores investigaciones.

⁴⁸ ÁLVARO FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA MIRALLES, *Alejandro VI y los Reyes Católicos. Relaciones político-eclesiásticas (1492-1503)*, Roma, Edizioni Università della Santa Croce, 2005, pp. 592-599.

⁴⁹ SALUSTIANO DE DIOS, *Gracias, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474-1530*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 299-300.

⁵⁰ Juan de Solórzano y Pereira recoge la doctrina sobre las razones de la extensión de la necesidad del pase regio para los documentos indianos e identifica en los elementos de la lejanía de las Indias de Roma y de la lentitud de una eventual intervención de la Corona así como en la misma extensión de los derecho regios sobre las Indias, JUAN DE SOLÓRZANO Y PEREIRA, *Política Indiana*, t. 3, Madrid, 1972, p. 391.

do a la falta de un fundamento jurídico inatacable, entre los siglos XVI y XVII la Corona tuvo que confirmar continuamente su derecho a retener las bulas pontificias por medio de reales cédulas, siempre en respuestas a casos específicos y chocando perenemente con una precaria y cambiante respuesta a sus imposiciones, como demuestran las frecuentes quejas por la circulación en Indias de rescriptos pontificios no visionados por el Consejo y los numerosos documentos sin pase que se pueden encontrar hasta hoy en día en los archivos americanos. Se formó así una normativa específica sobre la retención de bulas que confluye en la *Recopilación* de 1681⁵¹. Paralelamente se desarrolló y se arraigó una praxis interna en el Consejo de las Indias orientada a regular, entre otras cosas, el despacho de cuestiones dichas “de pocos papeles” como la concesión del pase⁵². Como se ha apuntado antes, la escasez de estudios sobre este punto es el reflejo de cierta orientación de la historiografía, interesada más en la retención de bulas. Sin embargo, el análisis de una tipología documental, que hasta la fecha parece no haber interesado mayormente a los investigadores, confirma la importancia de asumir una perspectiva diferente, más orientada a apreciar las prácticas cotidianas de gobierno en la concesión del pase. En el Archivo General de Indias se conservan en efecto los expedientes que atestiguan la presentación de rescritos pontificios, los tramites en distintos órganos de gobierno en Madrid y la conclusiva concesión del pase por parte del Consejo, para un período comprendido entre 1523 y 1845. Un primer análisis conducido sobre cinco volúmenes referentes a los años desde 1622 hasta 1669 ha permitido observar algunas constantes, confirmar hipótesis y abrir nuevas fecundas pistas de investigación⁵³. Los documentos pontificios inspeccionados por el Consejo incluyen principalmente concesiones pontificias de tipo gracioso, decisiones de las congregaciones romanas y resoluciones de dudas doctrinales. Las materias tratadas reflejan perfectamente las prerrogativas papales y las funciones de los dicasterios romanos. Destinatarios de los documentos son instituciones y personas, religiosos y

⁵¹ Sobre estos aspectos véase ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, "La retención de bulas en Indias", *Historia, instituciones, documentos*, t. 14º, año 1987, 1987, pp. 41-50.

⁵² Sobre este punto, ERNESTO SCHÄFER, *El Consejo Real y supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, t. 1, Madrid, Junta de Castilla y León, Marcial Pons, 2003, pp. 148-148 y, para el siglo XVIII, RAFAEL D. GARCÍA PÉREZ, *El Consejo de Indias durante los reinados de Carlos III y Carlos IV*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1998, pp. 455-456.

⁵³ ALBANI, *Nuova luce sulle relazioni tra la Sede Apostolica e le Americhe. La pratica della concessione del "pase regio" ai documenti pontifici destinati alle Indie*, op.cit., pp. 93-96.

laicos, hombres y mujeres. Un interesante aspecto concierne el papel de los procuradores activos hacia el Consejo y encargados por las partes de supervisar la concesión del pase: en la mayoría de los casos se trata de religiosos, a menudo de los procuradores generales de las distintas órdenes de las provincias indianas, aunque también hay numerosos casos de procuradores laicos. Frecuentemente un procurador requería el pase para numerosos documentos pontificios, destinados también a personas distintas o a diferentes órdenes religiosas que tramitaba al mismo tiempo. Así, por ejemplo, en 1642 Luís de León, “procurador de la Compañía de Jesús de las provincias de España e Indias”, consigue el pase para veintisiete entre bulas y breves destinados a la diócesis de México⁵⁴. El análisis de la fuente ha permitido también ahondar en el ritmo de trabajo del Consejo en materia de concesión del pase regio y en el tiempo medio necesario para conseguirlo: el Consejo trabajaba expedita y regularmente; los expedientes eran despachados frecuentemente (entre dos y cuatro sesiones por semana) y rápidamente (en un promedio de quince días). En conclusión, apartar la mirada de la retención de bulas y dirigirla hacia la concesión del pase permite apreciar contactos y relaciones entre la Sede Apostólica y el Nuevo Mundo hasta ahora poco valorizadas. Más allá de como prerrogativa regia contrapuesta a la jurisdicción pontificia, el pase puede ser visto también como una práctica de gobierno, rutinaria y reiterada en el tiempo, que regula y encauza –sin todavía anularlo– el flujo de documentos pontificios destinados a América.

7. Conclusiones

La acción de gobierno de la Santa Sede se traslada a las iglesias locales americanas y a los territorios de misión que, lejos de ser actores pasivos en este cuadro, contribuyen fundamentalmente a su construcción por medio de las continuas solicitudes hechas a la Curia Romana, encarnadas en las numerosas cartas, súplicas, relaciones, dudas, memoriales que de forma más o menos organizada llegaron en Roma y que pusieron en marcha el mecanismo de administración de la justicia pontificia, no obstante el Patronato Regio.

Para concluir este breve recorrido entre Europa y América, queremos llevar el lector otra vez a Roma para admirar unos frescos recientemente res-

⁵⁴ Archivo General de Indias, Sevilla (de aquí en adelante AGI), *Indiferente General* 2934 B, 12 y 30 de mayo de 1642.

taurados. En el año 2013 se concluyó la restauración de la sala de los Apartamentos Borja dicha “de los Misterios de la Fe”, pintada por Pinturicchio y su taller entre 1492 y 1494⁵⁵. El proyecto pictórico comprende las escenas de la Anunciación, de la Natividad, de la Adoración de los Reyes Magos, de la Resurrección, de la Ascensión, del Descenso del Espíritu Santo y de la Asunción de la Virgen. El fresco de la Resurrección representa el papa Alejandro VI contemplando arrodillado la resurrección de Cristo. La restauración, desveló numerosos detalles de la obra que la pátina del tiempo había ofuscado, sorprendiendo los restauradores y la comunidad científica: en particular, en el mero centro de la escena aparecieron unas figuras masculinas desnudas, cuyas cabezas parecen adornadas con plumas, cuyas manos llevan lanzas y que parecen estar en el acto de danzar. Estas son rodeadas por algunos hombres armados y caballos. Antonio Paolucci, director en aquel entonces de los Museos Vaticanos, avanzó la hipótesis que se trataba de la primera representación figurativa de los indígenas americanos⁵⁶. Aunque necesite de ulteriores evidencias para ser eventualmente confirmada, esta sugestiva hipótesis induce a recordar una serie de coincidencias cronológicas interesantes: el 6 de marzo de 1493 Colón había regresado de su primer viaje y en su *Relación del primer viaje* describirá los habitantes de las islas caribeñas con palabras que pueden asociarse a las figuras representadas en el fresco⁵⁷. Es sabido, además, que la noticia de su regreso circuló tempranamente en Italia, probablemente gracias a la amplia correspondencia de Pedro Mártir de Anglería con diversos italianos, muchos de los cuales mantenían contacto con la corte romana⁵⁸. Fi-

⁵⁵ Queremos agradecer a la Prof.ra Anna Cavallaro, ya profesora Historia del Arte Moderna en la Universidad “La Sapienza” en Roma, y al Prof. Alessandro Zuccari, catedrático de la misma materia en la dicha universidad, por las informaciones que gentilmente nos han proporcionado sobre el mundo del arte romano de esta época.

⁵⁶ ANTONIO PAOLUCCI, “Ecco la prima immagine dei nativi americani raccontati da Colombo. Emersa in una “Resurrezione” del Pinturicchio durante il restauro dell'Appartamento Borgia in Vaticano”, *L'Osservatore Romano*, 27 de abril de 2013. En el artículo, disponible también en línea (http://mv.vatican.va/1_CommonFiles/pdf/Direttore/rassegna_2013/309_OR_aprile_2013.pdf), es posible apreciar los detalles de los frescos recientemente restaurados.

⁵⁷ CRISTOBAL COLÓN, *Relaciones y cartas de Cristóbal Colón*, Madrid, Librería de la Viuda de Hernando y C.a, 1892, pp. 21-25.

⁵⁸ ANNA MARIA SALONE, PATRIZIA SCHIAPPACASSE, MARIA GRAZIA ROLLANDO, MILEDIA LUCIANA SERAFINI, “I corrispondenti italiani di Pietro Martire d'Anghiera”, *Pietro Martire d'Anghiera nella storia e nella cultura. Secondo convegno internazionale di studi americanistici (Genova-Arona, 16-19 ottobre 1978)*. Atti Roma, Associazione Italiana Studi Americanistici, 1980, pp. 89-141.

nalmente, en aquel entonces en Roma regía la cátedra de San Pedro un papa español, Alejandro VI (1492-1503), pontífice cercano a los intereses de los Reyes Católicos. Si esta hipótesis se confirmara, no solo avalaría el temprano interés romano para el “nuevo” continente, sino también el inmediato deseo de insertar sus habitantes en el discurso católico, como sugiere la inserción de las figuras en el fresco de la Resurrección, el misterio más revolucionario en el discurso cristiano y fundamental desde la óptica de la evangelización.

LAS DESAMORTIZACIONES ECLESIASTICAS DEL SIGLO XIX
–1804 Y 1822– Y LA REFORMA RELIGIOSA DE RIVADAVIA

THE ECCLESIASTIC CONFISCATIONS OF THE 19th CENTURY
–1804 AND 1822– AND THE RELIGIOUS REFORMATION OF RIVADAVIA

RAQUEL BISIO DE ORLANDO

Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina)

raquelbisio@arnet.com.ar

Resumen: El trabajo comienza con el análisis de la ley española de monacales de 1820 y con el estudio de la difusión en Buenos Aires de las nuevas ideas de reforma eclesiástica desarrolladas en Europa. Continúa con el estudio de la desamortización eclesiástica de 1804, ordenada por la Corona española, para luego examinar la impulsada por Rivadavia en 1822, destacando particularmente los aspectos económicos.

La comparación entre ambas leyes subraya sus similitudes y diferencias: si bien los fines económicos y fiscales son los mismos –incorporar los bienes al circuito económico y paliar el déficit fiscal– la reforma sancionada por la Legislatura de Buenos Aires implicó un cambio profundo en la vida eclesiástica, que señaló el comienzo de un largo camino hacia la construcción de la nueva Iglesia Nacional.

Palabras clave: Bienes eclesiásticos, Clero regular, Desamortización, Real decreto de 1804, Ley de monacales de España de 1820, Ley de reforma eclesiástica de 1822.

Abstract: The work begins with the analysis of the Spanish law of monastics of 1820 and with the study of the widely-known new ideas in Buenos Aires about the ecclesiastic reform developed in Europe, and it continues with the study of the ecclesiastic confiscation of 1804 ordered by the Spanish crown, and then the one of 1822 particularly pointing out the economic aspects.

The comparison between the two laws underlines their similarities and differences: although the economic and fiscal purposes are the same –to incorporate possessions to the economic circuit and to palliate the fiscal deficit– the reform sanctioned in the Buenos Aires legislative body implied a deep change in the ecclesiastic life, which marked the beginning of a long road to the construction of the new national church.

Keywords: ecclesiastic possessions, regular clergy, the royal decree of 1804, the law of monastics of Spain of 1820, the law of 1822 of the ecclesiastic reform of Buenos Aires.

Sumario: 1. La desamortización de 1804. 2. La reforma religiosa de 1822. Antecedentes. 2.1. Difusión del pensamiento moderno. 2.2. La ley española de monacales. 2.3. Los debates. 2.4. La sanción de la ley. 2.5. Aspectos institucionales y económico-financieros de la reforma y su comparación con la ley de monacales peninsular. 2.5.1. Aspectos institucionales. 2.5.2. Aspectos económico-financieros. 3. Conclusiones

El tema de la ponencia es el análisis de las desamortizaciones eclesiásticas rioplatenses del siglo XIX –1804 y 1822–, esta última realizada dentro del marco de la reforma religiosa de Rivadavia.

El concepto de desamortización “fue el proceso político y económico transcurrido desde finales del siglo XVIII hasta cien años después”, según la opinión de Tomás y Valiente, y mediante el cual, por voluntad unilateral del Estado, se produjo la expropiación de una parte del patrimonio eclesiástico, incorporándolo al dominio estatal para, entre otros fines, conjurar el quebranto de la Hacienda y sostener la amortización de los títulos de la deuda pública¹. Analizaremos a continuación las dos oportunidades en que esta política se ejecutó: en 1804, en todo el virreinato rioplatense, y en 1822 principalmente en Buenos Aires, no obstante algunos intentos de escasa importancia y corta duración en San Juan, Mendoza y San Luis².

1. La desamortización de 1804

Uno de los principales factores que impulsaron la primera desamortización eclesiástica fue la difusión de las ideas ilustradas que consideraban perjudicial para el desarrollo económico la acumulación de propiedades en las llamadas “manos muertas”, especialmente las de la Iglesia. La causa determinante de su aplicación fue la imperiosa necesidad de fondos de la real hacienda que atravesaba por una grave crisis financiera, evaluándose el beneficio que produciría la incorporación de esos capitales a la economía y al comercio, además de proponer una eventual reforma agraria. Otro de los factores fue el de considerar la relación entre la Iglesia y el Estado en “el mundo oficial del Setecientos de modo cada vez más regalista”, como dice Mariluz Urquijo³.

¹ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, “Desamortización y hacienda pública: reflexión entre el balance, la crítica y las sugerencias”, *Hacienda Pública española*, 77, Madrid, 1997.

² CAYETANO BRUNO, *Historia de la Iglesia en la Argentina*, t. VIII, Buenos Aires, Ed. Don Bosco, 1972; RICARDO PICCIRILLI, *Rivadavia y su tiempo*, 2º edición, t. 2, Buenos Aires, Ed. Peuser, 1960 y ROBERTO DI STEFANO y LORIS ZANATTA, *Historia de la iglesia argentina. desde la conquista hasta fines del siglo xx*, Ed. Grijalbo-Mondadori, Buenos Aires, 2000.

³ JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, “Clima intelectual rioplatense de mediados del setecientos. Los límites del Poder Real”, Estudio preliminar a la obra de Juan Baltasar Maziel, *De la justicia del Tratado de Límites de 1750*, Buenos Aires, 1988, p.30.

Los hitos de las ideas desamortizadoras se exponen a través de la obra de prestigiosos ilustrados españoles como Feijóo, Campomanes⁴ y Jovellanos. Éste último publicó en 1795 el célebre *Informe sobre la Ley Agraria*, considerado la fuente político-económica obligada para los reformadores del siguiente siglo.

No obstante la difusión de esta corriente doctrinaria, recién en 1798 la Corona inició la desamortización peninsular cuando ordenó la venta de los bienes y la redención de los capitales pertenecientes a obras de caridad que administraba la Iglesia, incluyendo en esta clasificación a un amplio número de instituciones religiosas, tanto del clero secular como regular (hospitales, casas de misericordia, de expósitos, cofradías y obras pías).

Su extensión a América se realizó en 1804 por el decreto de creación de la Caja de Amortización y Consolidación de Vales Reales. Nuestra opinión es que la desamortización americana se inició simultáneamente a la peninsular cuando uno de los decretos de 1798 ordenó que el producto de las temporalidades ingresara a los fondos públicos desistiendo del cumplimiento de los destinos previstos⁵.

La Caja de Amortización fue regulada por una Instrucción que contemplaba todos los aspectos de su funcionamiento, como la creación de Juntas, el nombramiento de funcionarios y los procedimientos establecidos para la recaudación de los fondos y su remisión a España.

Los documentos que permiten conocer los resultados de la desamortización en el virreinato rioplatense son el Libro Particular de Consolidación, que registró el movimiento de la Caja y el Protocolo de las escrituras de las ventas⁶.

Del análisis de estos documentos resulta evidente el escaso éxito de la gestión desamortizadora en Buenos Aires. Los caudales ingresados a la Caja representaron solo el 28 % de los denunciados en los inventarios de los bienes y de las cuarenta capellanías declaradas, sólo ingresó el monto correspondiente a una de ellas. Ya vimos que uno de los principales propósitos de la desamortización fue el de aplicar los recursos obtenidos al pago de la deuda pública –intereses y rescate de los vales reales– pero los fondos solo resul-

⁴ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Campomanes y los preliminares de la desamortización eclesiástica”, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 287-316.

⁵ RAQUEL BISIO DE ORLANDO, “Régimen de las temporalidades en Buenos Aires hasta 1810”, XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, t. II, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, p. 338.

⁶ Libro Particular de Consolidación, con arreglo a los artículos 35 y 39 de la real instrucción del 26/12/1804. Archivo General de la Nación (en adelante AGA), XIII, 42-4-7, fs. 1-71.

taron parcialmente aplicados a ese fin y en el ámbito rioplatense ese destino se frustró absolutamente. Como opina Martiré, a este aprovechamiento por el Estado de los recursos eclesiásticos “se lo estima como un “deber ser” del catecismo político de la Ilustración”⁷.

Finalmente, la delicada situación política ocasionada por la invasión francesa a la península impulsó la sanción del real decreto del 14 de enero de 1809 por la Junta Suprema Gubernativa de Sevilla, que concluyó por el momento con la desamortización eclesiástica, la que se reanudará en la segunda década del siglo XIX simultáneamente en la península y en Buenos Aires.

2. La reforma religiosa de 1822. Antecedentes

La reforma eclesiástica de 1822 concretó la segunda desamortización porteña y, a diferencia de la anterior, dispuso además una amplia transformación de las instituciones de la Iglesia. Sus antecedentes más relevantes se resumen a continuación.

2.1. Difusión del pensamiento moderno

La extensión de las ideas ilustradas en Buenos Aires después de 1810, que circulaban desde antes de la revolución de mayo, fue un requisito ineludible para la concreción de la desamortización. La mayoría de la elite intelectual porteña adoptó el pensamiento moderno a través del eclecticismo, filosofía que siguieron muchos autores en el intento de conciliar las ideas tradicionales con los nuevos postulados iluministas.

Este panorama intelectual logró su apogeo durante la llamada “feliz experiencia” de Rivadavia, nutrido de diversas expresiones del pensamiento ilustrado como las distintas doctrinas que postularon límites al poder papal: el jansenismo, el episcopalismo y el galicanismo, que se invocaron ante el hecho de la incomunicación de la Iglesia rioplatense con Roma⁸. También se divulgaron otras más modernas como la ideología de Destutt de Tracy y

⁷ EDUARDO MARTIRÉ, 1808, *Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación hispanoamericana*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001, p. 227.

⁸ VICTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1977, pp. 89-129.

el utilitarismo que, a través de las obras de Bentham y de su relación con el ministro, ejerció una profunda influencia en Buenos Aires⁹.

2.2. *La ley española de monacales*

La ley de monacales fue publicada en Buenos Aires, en junio y julio de 1821, por un periódico semanal de amplia difusión, *El Argos*, lo que supone su influencia en la reforma porteña, si bien no la registraron los debates y tampoco la menciona la historiografía¹⁰.

Es interesante señalar la simultaneidad de la reforma eclesiástica en Buenos Aires y Madrid, establecida por leyes inspiradas en las mismas ideas y que persiguieron análogos objetivos. En España se la sancionó en 1820, durante el llamado trienio liberal y en Buenos Aires dos años después, por la inspiración y el impulso de Rivadavia y su entorno¹¹.

En la península se inició la reforma cuando Napoleón, en 1809 durante la ocupación francesa, ordenó la supresión de los conventos en el marco de medidas adoptadas contra la Iglesia en la creencia de que respondían a un anhelo generalizado de los españoles y que sumaría apoyo al reinado de José Bonaparte. La providencia, por el contrario, aumentó la antipatía al monarca.

La política religiosa napoleónica fue sostenida como un antecedente relevante por las Cortes de Cádiz, según la opinión de Castells:

las disposiciones de la monarquía bonapartista servirán, no sólo como pretexto para los liberales de Cádiz, sino también como orientación ideológica, como dirección a seguir, en orden a una tendencia que se presenta como ineludible: abolición del Santo Oficio, desamortización, reforma de regulares¹².

⁹ PAULA ALONSO y MARCELA TERNAVASIO, *Liberalismo y poder*, “Liberalismo y ensayos políticos en el siglo XIX argentino”, Chile, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 294.

¹⁰ En la bibliografía revisada solo se menciona a la ley de monacales en una nota al pie de página en NANCY CALVO, “Cuando se trata de la civilización del clero. Principios y motivaciones del debate sobre la Reforma Eclesiástica porteña de 1822”, en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, n° 24, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, p. 96. El periódico es el *Argos*, n°10 del 14/7/1821.

¹¹ Ley de Supresión de monacales y reforma de regulares, del 1/10/ 1820, *El Argos*, publicada los días 30/6/1821; 7/7/1821 y 17/7/1821. Ley de reforma eclesiástica de 1822 del 21/12/1822, <http://biblioteca.educ.ar>.

¹² JOSÉ MANUEL CASTELLS, *Las asociaciones religiosas en la España contemporánea*, Madrid, Taurus Ediciones, 1973, p. 53.

Las Cortes de Cádiz dictaron varias leyes que involucraron a la Iglesia: la reforma del clero regular, –donde se planteó por primera vez en España la viabilidad de la existencia del clero regular–, la abolición de la Inquisición, en febrero de 1813 y la reanudación de la política desamortizadora, en este último caso, no sólo por causas ideológicas sino para auxiliar a la hacienda agobiada por la deuda pública.

La gravitación de las leyes de las Cortes de Cádiz, no obstante la eventual falta de aplicación de sus disposiciones, fue indudable y como dice Tuñón de Lara “habrán de ejercer más tarde su influencia en los actos al hacerse dueñas de la conciencia de un extenso sector de la opinión española”¹³.

En 1814, la restauración de Fernando VII inició una vuelta al pasado y, entre otras medidas, dejó sin efecto la extinción de los órdenes y despojó a los compradores de los bienes expropiados, imponiéndoles sanciones pecuniarias y hasta la inhabilitación temporal para desempeñar cargos públicos. La evocación de estas penas va a entorpecer en el futuro las ventas ordenadas por las posteriores desamortizaciones de Mendizábal y de Madoz.

Sin embargo, en marzo de 1820, los liberales recuperaron el poder como consecuencia de la revolución de Riego, y el rey fue obligado a restablecer y jurar la Constitución de Cádiz, iniciándose entonces el llamado trienal liberal, período en el que se impusieron más radicalmente las disposiciones de las Cortes de 1812¹⁴.

La política que actualizó la reforma de las comunidades religiosas comenzó inmediatamente con algunas disposiciones restrictivas y culminó con la sanción de la ley del 1 de octubre de 1820 de supresión de monacales y reforma de regulares, conocida vulgarmente como “ley de monacales” que precede en solo dos años a la ley de reforma del clero de Rivadavia.

Inicialmente, Fernando VII no aprobó la ley y la devolvió a las Cortes, en ejercicio de prerrogativas constitucionales, pero posteriormente la firmó bajo protesta presionado por un supuesto levantamiento popular que se anunció con disturbios producidos en Madrid y que al parecer fueron fomentados por Argüelles¹⁵.

¹³ MANUEL TUÑÓN DE LARA, *La España del siglo XIX*, 12ª ed. t. 1, Barcelona, Ed. Laia, 1982, p. 47.

¹⁴ RAYMOND CARR, *España 1808-1939*, 7ª reimpression, Barcelona, Seix y Barral, 1979, p. 137.

¹⁵ La ley de reforma de regulares fue devuelta por el rey de acuerdo con la facultad que le confería el art. 144 de la Constitución, MIGUEL ARTOLA, *Antiguo Régimen y Revolución Liberal*, Barcelona, 1983, Ed. Ariel, p. 220-224.

Durante el trienio liberal se produjo una efectiva aplicación de la ley: se clausuraron numerosos conventos, se vendieron sus fincas, –en opinión de Castells las subastas beneficiaron más a la aristocracia y a la burguesía urbana que a los campesinos– y se secularizaron muchos regulares, área donde la ley obtuvo su mayor éxito¹⁶. Pero los datos contradictorios sobre la cuantificación de la desamortización en este período, según la autorizada opinión de Artola, indican que es “la peor conocida tanto en lo que respecta al procedimiento como en lo que hace referencia a los resultados”¹⁷.

Este breve período se clausuró con la derrota de los liberales y la restauración de Fernando VII con plenos poderes en 1823, quien pugnó por anular todo lo hecho en el trienio liberal, restableciéndose algunos de los conventos suprimidos y restituyéndoseles sus propiedades, sin indemnizar a los compradores, pero a pesar de estas providencias el clero regular quedó muy afectado por el impacto de la ley de monacales¹⁸.

2.3. *Los debates*

La sanción de la ley el 21 de diciembre de 1822 fue precedida por prolongados debates en la Legislatura de Buenos Aires que se extendieron entre el 9 de octubre y el 19 de noviembre, durante los cuales se discutió, en particular, cada uno de sus treinta y tres artículos.

La facultad del gobierno para producir la reforma, tema inaugural del debate, fue planteado por el provisor de la diócesis de Buenos Aires, Mariano Medrano, quien afirmó que el poder legislativo había cometido una usurpación “en estas materias que corresponden exclusivamente al poder de la Iglesia”¹⁹.

¹⁶ CASTELLS, *op.cit.*, p. 112.

¹⁷ Los informes acerca del producto de los bienes enajenados durante el trienio liberal son muy desiguales, mientras la memoria ministerial de marzo de 1821 señalaba un total de 893 fincas vendidas, tasadas en 6,6 millones y que fueron adjudicadas por créditos de un valor nominal de 4,4 millones, poco después la Junta de crédito público consignaba la venta de 252 fincas que tasadas en 12,9 millones proporcionaron 32,5 millones. En 1822 las ventas se incrementaron notablemente: fincas rematadas 25.177, tasadas en 449.899.423 reales y el monto obtenido fue de 1.045.609.788 reales. ARTOLA, *Antiguo Régimen...cit.*, 231.

¹⁸ ANTONIO DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Enciclopedia de Historia de España*, t.3, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 116.

¹⁹ Medrano, también dice que la reforma estaba dirigida a extinguir las Instituciones más santas y piadosas y a arrebatarles a esas comunidades los bienes obtenidos merced a la piedad de los fieles, ANDRÉS R. ALLENDE, *Acuerdos de la Honorable Junta de Repre-*

Esta presentación contradecía la opinión prevalente de la elite intelectual porteña, integrada por muchos eclesiásticos, quienes sostenían la distinción entre fuero interno y externo, considerando a este último dentro de la órbita civil por su vinculación con el concepto de soberanía y su relación con cuestiones administrativas y disciplinarias de la Iglesia. El fuero interno, referido a aspectos dogmáticos, era incuestionablemente de exclusivo arbitrio eclesiástico.

El sacerdote José Valentín Gómez, de ideas decididamente galicanas, fue uno de los diputados que con más fuerza rechazó la presentación de Medrano, considerando que la “potestad civil estaba plenamente expedita para resolver la supresión de las casas regulares”, que la presentación vulneraba “facultades características y esenciales” del gobierno civil y que los conceptos formulados por el provisor eran subversivos, atentaban contra el orden público e incurrían en desacato.

Por contrario, el provisor fue apoyado por el representante laico José Miguel Díaz Vélez, que pidió que “no se olvidase que era la primera autoridad de la Iglesia... y que después que tanto se hacía valer la liberalidad de principios, no se viese que esta concluía cuando se tocaba a las personas de los representantes” agregando, “que lo que el provisor decía en la presentación eran doctrinas defendidas por algunos autores”. Varios diputados intervinieron en el debate atacando a Medrano y defendiendo la propuesta del gobierno, que fue finalmente aceptada. La sesión culminó con la aprobación por mayoría de recomendar la su destitución de Medrano, la que fue cumplida de inmediato por el cabildo eclesiástico que dispuso su reemplazo por Mariano Zavaleta, de ideas afines al gobierno.

Uno de los temas propuestos por la reforma, discutidos durante cinco largas sesiones que comenzaron el 29 de octubre, fue el de la supresión de los conventos, dispuesta por el art. 20 del proyecto oficial. El artículo fue reformado por la Comisión redactora, que no obstante su apoyo a la supresión y a reconocer la facultad de la Junta para realizarla, consideró que no era conveniente “por ahora”, porque la “opinión pública” no la apoyaba.

Un entusiasta defensor de la supresión, el diputado Gómez, sostuvo que lo que debía inspirar la evaluación de la necesidad de clausurar los conventos era “la conveniencia pública” y que según su opinión y la de muchos diputados “las comunidades religiosas no eran útiles, sino que eran perjudiciales”,

sentantes 1822, Sesión de la Junta de Representantes del 11/10/1822, Archivo Histórico, La Plata, 1981, p. 168.

sosteniendo en un largo discurso profusamente argumentado que podían ser ventajosamente sustituidas por el clero secular, al que pertenecía.

Otra de las ideas que se invocaron para apoyar la supresión fue el poder de presión de las órdenes religiosas en los litigios con particulares, en cuyo marco se aducía la posible vulneración del principio de igualdad, tan caro a la Ilustración.

Los diputados que rechazaron la supresión de los regulares, también la fundamentaron ampliamente. En primer lugar, la calificaron de injusta e inconveniente, alegando también que era rechazada por la mayoría del pueblo, al opinar que solo un reducido núcleo de intelectuales la apoyaba, contra una opinión pública mayoritaria y generalizada que se oponía a la abolición de las órdenes. Finalmente sostuvieron que perjudicaba a los más pobres, que se verían privados de la enseñanza a cargo de los regulares.

Pascual Rivas fundó su voto por la permanencia de las órdenes citando a varios autores, desde Horacio, Tito Livio, Cicerón y Tácito hasta Rousseau, e imputó al gobierno que el objetivo de la reforma era la ambición –apropiarse de los bienes de los conventos– y no “el deseo del bien general” que proclamaba²⁰.

El ministro Rivadavia intervino activamente en los debates, comenzando por destacar los méritos de los regulares en el pasado y su labor en la evangelización inicial, pero negando su utilidad en el presente, alegando que su pobreza hacía imposible la vida recogida en los conventos y provocaba el incumplimiento del voto de castidad. Según la opinión del ministro “lo que antes era actividad, fidelidad, constancia, virtud, hoy era lo contrario; y los suspiros de los piadosos cenobitas se veían convertidos en gemidos de violencia de hombres sujetos a una regla que no amaban”.

El ministro rebatió enfáticamente los méritos adjudicados por los opositores a la labor educativa de los regulares, señalando que no habían acompañado “el progreso de las ciencias producido en la actualidad”. Se dirigió a los regulares honestos para exhortarlos a decir al pueblo “nosotros no somos más que clérigos sin otra diferencia que la del vestido: no hay tal vida común, no hay tal vida contemplativa, no hay tal oración, ni tal retiro, ni tales penitencias”, haciendo uso de la retórica oratoria para producir efectos disuasivos en la opinión pública contraria a su posición²¹.

²⁰ *Diario de Sesiones de la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires*, Sesión del 5/11, Imprenta de la Independencia, Buenos Aires, pp. 578-579.

²¹ ALLENDE, *op.cit.*, sesión del 29 /10/1822, p. 190.

La reforma fue un tema que apasionó a los porteños convirtiéndose la prensa en la amplia caja de resonancia de los debates parlamentarios apareciendo semanarios, la mayoría de vida efímera, con el solo propósito de apoyar o combatir a la reforma. *La Gaceta de Buenos Aires*, órgano oficial del gobierno, publicó resúmenes de los debates, obviamente apoyando la sanción. Otra publicación que sostuvo calurosamente las propuestas renovadoras del gobierno fue *El Centinela*, dirigido por Juan Cruz Varela, que contaba con la colaboración anónima del deán Ambrosio Funes. La editorial del número inaugural del 28 de julio, atribuida al deán, y simultánea al comienzo del tratamiento de la reforma, consideraba a la ley “un gran proyecto” agregando que “Vivimos en un siglo en que el celo por el bien común es tratado siempre de indiscreto... Sin embargo, la reforma eclesiástica es conducida por las luces del mismo siglo”²². El comentario del 4 de agosto, evidentemente escrito por la misma pluma, sostuvo respecto a la potestad civil para ejecutar la reforma “que la potestad de la Iglesia debe ser independiente de la civil en cuanto a la fe y a la doctrina que regla el fuero interno; pero no así con respecto a lo que ella ordena sobre la policía exterior que toca al orden público y que puede perjudicarlo. Esta, sin disputa, debe estar subordinada a la voluntad del jefe de Estado”. El pensamiento del deán Funes fue de apoyo total a la reforma, que también expuso en otras publicaciones, como *El Argos* y la revista *La Abeja Argentina*. Funes fue una de las espadas más contundentes en la defensa de la reforma, actitud revolucionaria en este punto que, sin embargo y paradójicamente, no le permitió dejar de ser como lo sostiene Llamosas “un hombre del antiguo régimen”²³.

El periódico *El Ambigú* de Buenos Aires, si bien en general apoyó la reforma, disintió con la supresión de los conventos por considerarla contraria a la libertad religiosa de los hombres. Esta afirmación generó un amable enfrentamiento con los redactores de *El Centinela*²⁴.

Los adversarios de la reforma se expresaron a través del semanario, *El Oficial de día*, fundado por fray Cayetano Rodríguez, donde con argumentos sólidos y una prosa mesurada expresó la oposición a la ley. El cuestionado y belicoso fray Francisco de Paula Castañeda también combatió la reforma en varios semanarios de su creación, de vida efímera, como *La verdad*

²² *El Centinela*, Buenos Aires, 28/7/182, p. 4.

²³ ESTEBAN LLAMOSAS, “Revolución en religión: historiografía e ilustración en tiempos convulsos. El deán Funes y los temores al desorden social”. *Res Gesta*, 49, 2011.

²⁴ *El Ambigú*, Buenos Aires, 8/1822, pp. 66-70.

Desnuda, La guardia vendida por un Centinela y Doña María Retazos, entre otros.

2. 4. La sanción de la ley

En Buenos Aires las señales de la reforma comenzaron en agosto de 1821, un mes después de la asunción del ministro Rivadavia, mediante un pedido al cabildo eclesiástico y a las órdenes religiosas de presentar un informe de todos los bienes muebles e inmuebles de la Iglesia Catedral y de los conventos, además de otras medidas que manifestaron la voluntad del gobierno de producir cambios en la vida eclesiástica.

El 9 de octubre de 1822 el gobierno envió a la Junta de Representantes el proyecto de reforma del clero, que contaba de treinta artículos y que fue enviado a una comisión *ad hoc*, presidida por el eclesiástico Diego Estanislao Zavaleta, con el propósito de introducir modificaciones al proyecto gubernamental, las que fueron discutidas en la Legislatura y culminaron en la sanción de la ley, el 21 de diciembre de 1822²⁵.

En los miembros de la Sala de Representantes predominaban los de ideas modernas, entre los que se destacaban Julián Segundo de Agüero, José Valentín Gómez y Diego E. Zavaleta, cuyo apoyo fue decisivo para el gobierno y a los que cabría incluir en el clero secular “ilustrado”, quienes sostuvieron la reforma sin perjuicio de proponer algunos cambios al proyecto oficial con el propósito de morigerar sus efectos²⁶.

Lo mismo ocurrió en España en 1820, donde los representantes eclesiásticos, como los obispos Castrillo y Fraile, asumieron una actitud similar, si bien con un matiz aún más moderado, planteando la intervención de la Iglesia en la elaboración de la reforma.

Por el contrario, es de señalar la oposición a la reforma en el orden local de algunos diputados laicos, como Anchorena, Díaz Vélez, Castex y Esteban Gascón, particularmente este último por su enfático rechazo.

²⁵ Ver la comparación entre el proyecto del gobierno, el de la comisión y la ley sancionada en, HAYDEE E. FRIZZI DE LONGONI, *Rivadavia y la Reforma Eclesiástica*, Prensa Médica Argentina, Buenos Aires, 1947, pp. 61-70.

²⁶ FRANCISCO AVELLÁ CHÁFER, *Diccionario Biográfico*, t. 1, Arzobispado de Buenos Aires, Buenos Aires, pp. 241 y 330.

2.5. Aspectos institucionales y económico-financieros de la reforma y su comparación con la ley de monacales peninsular

Los temas alcanzados por la reforma pueden clasificarse en dos aspectos, el primero vinculado a la regulación administrativa de algunas instituciones de la Iglesia y el restante referido a un nuevo diseño de sus recursos económicos.

Es interesante destacar la similitud de las leyes de reforma religiosa dictadas en Buenos Aires y en España, ambas introdujeron profundos cambios en la vida eclesiástica. Esta semejanza pudo obedecer, entre otras causas, a la difusión de las ideas de reforma aparecidas en Madrid, que se impusieron luego en Buenos Aires impulsadas por la elite progresista porteña, siendo también probable que la ley española hubiera sido conocida por los autores del proyecto a pesar de no ser citada en el debate, aunque sí, como se mencionara, en un periódico de la época²⁷. Ello constituiría otro ejemplo de que nuestro derecho patrio se inspiró en la legislación española posterior a 1810 y también, un modelo que confirma la opinión de Abásolo acerca de “la pervivencia de la unidad de las concepciones jurídicas entre los letrados de la madre patria y los de los antiguos dominios indianos”²⁸.

2.5.1. Aspectos institucionales

La abolición del fuero personal del clero, decidido en el artículo 1º luego de una ardua polémica en la sesión del 15 de octubre, contó con el acuerdo de los representantes eclesiásticos Agüero, Gómez y Zavaleta. En el debate algunos legisladores plantearon la supresión del fuero militar por la proclamada violación del principio de igualdad jurídica, pero se impuso la opinión que sostuvo solo la abolición del fuero eclesiástico que estaba ya muy limitado por los recursos de fuerza y que la abolición del militar provocaría una mayor resistencia, en un sector al que el gobierno debía seducir y no enfrentar dado los problemas políticos y bélicos por que atravesaba la provincia²⁹.

²⁷ Ley de Supresión de monacales y reforma de regulares, del 1/10/ 1820, *El Argos*, publicada los días 30/6/1821; 7/7/1821 y 17/7/1821. Ley de reforma eclesiástica de 1822 del 21/12/1822, <http://biblioteca.educ.ar>.

²⁸ EZEQUIEL ABÁSULO, *Bastante más que “Degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud”*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, p. 53.

²⁹ ALLENDE, *op. cit.*, p. 172 y *El ambigü de Buenos Aires*, informa que los países más adelantados no admiten la existencia de los fueros privilegiados y opina “que en este país

La supresión de conventos, cuyo desprestigio obedeció a varias causas, en primer término, la mentalidad utilitaria del siglo XVIII que no concebía la utilidad de la vida de oración además de considerar muy provechoso para la real hacienda, y también para la economía, incorporó al comercio los importantes bienes en manos de las órdenes religiosas.

La crítica a los regulares, en cuanto a la inmovilidad de capitales de los conventos, tanto de mujeres como de hombres, no se sustentaba ya que éstos no estaban inactivos y se integraban al circuito económico-financiero, invirtiendo su capital a través de préstamos que solían garantizar con censos, identificándose a los conventos como “los bancos de la época”. Los trabajos de Carlos Mayo y Jaime Peire así como el de María Martínez López-Cano, entre otros, sostienen esta interpretación³⁰.

Los argumentos propuestos por el gobierno para la supresión de los conventos también apuntaban al estado de indisciplina en que estaba sumido el clero regular después de la independencia, sosteniendo que es “imposible restituir a los Cuerpos Regulares a su primitivo estado de pureza y santidad”³¹. La historiografía confirma que la política invadió los claustros enfrentando a los monjes de acuerdo a su adhesión a la causa de la revolución o de la metrópoli, hecho que también fue señalado en la literatura³².

La supresión de todos los conventos propuesta por el gobierno, como vimos, produjo un conflicto con legisladores que, aun apoyando la reforma, no coincidían con una decisión tan drástica. Finalmente se sancionó el artículo 16, que limitó la supresión a los betlemitas y a los conventos menores de las demás órdenes existentes, subsistiendo en la Provincia un sólo convento por cada orden. Ello implicó que, en rigor, Rivadavia, no consiguió suprimir

es tanto más necesaria la supresión del fuero militar cuanto es mayor el número de individuos que la gozan”, octubre de 1822, p.63.

³⁰ CARLOS A. MAYO, y JAIME PEIRE, “Iglesia y crédito colonial: la política crediticia de los conventos de Buenos Aires (1767-1810)”, *Revista de Historia de América*, n° 112, México, 1991; CARLOS A. MAYO, *Los betlemitas en Buenos Aires: convento, economía y sociedad (1748-1822)*, Sevilla, 1991, y MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ LÓPEZ CANO, “La Iglesia y el crédito en Nueva España: entre viejos presupuestos y nuevos retos de investigación”, www.históricas.unam.mx, 2012.

³¹ ALLENDE, *op. cit.*, sesión del 29 de octubre de 1822, p. 190.

³² En la obra teatral de MANUEL JUAN SANGUINETTI, *La heroína de San Telmo*, drama en cuatro actos que se desarrolla en junio de 1812, en el barrio de San Telmo y cuyo argumento gira alrededor de la conducta conspirativa de fray José de las Ánimas, uno de los responsables de la frustrada conjuración de junio de 1812 contra la nueva república, quien es apresado y juzgado. Buenos Aires, 1945.

todas las casas de regulares, pero la norma fue produciendo la gradual supresión de muchos conventos lo que cumplió la advertencia formulada en el curso de los debates, en el sentido que “el proyecto de la comisión tendía de hecho a la misma supresión, pero paulatinamente”.

En cuanto a la ley española, el artículo 1º ordenó la supresión de los monasterios de las órdenes monacales, pudiendo obtenerse como excepción, la permanencia de algunos señalados por el gobierno “en el preciso número de ocho casas y dejarlas a cargo de los monjes” pero con sujeción al ordinario respectivo. Debemos destacar que el artículo 12 de esta ley es terminante en cuanto prohibió fundar “ningún convento, ni dar por ahora ningún hábito, ni profesar a ningún novicio”. Ésta prohibición no se estableció en la ley bonaerense de 1822.

La secularización del clero regular fue impulsada por la reforma para obtener uno de sus objetivos fundamentales, lograr la uniformidad de la Iglesia bajo la autoridad de los obispos.

La ley bonaerense en el artículo 18, analizado en la sesión del 8 de noviembre, y en cuya aprobación intervinieron activamente tanto Rivadavia como Agüero, Zavaleta y Gómez, ordenó a los obispos, dada la incomunicación con Roma, para que en uso de sus facultades extraordinarias procedieran a la secularización de los regulares que la solicitaran y en el artículo 20 prohibía el acceso a las órdenes sin la licencia del obispo³³. La ley asignó una remuneración a los secularizados, que era mayor para los de los conventos suprimidos, regulada según la edad y sólo percibida por los que residían en la provincia, según lo dispuesto por los artículos 32 y 33 de la ley bonaerense.

En la ley peninsular los artículos 2, 9 y 13 establecían que “La nación no consiente que existan los regulares sino sujetos a los ordinarios” e insistía en que el gobierno debe facilitar la secularización de los regulares disponiendo que “El Gobierno protegerá por todos los medios que estén en sus facultades la secularización de los regulares que la solicitan”.

La fijación del número de religiosos en cada convento dispuesta por el artículo 21 de la ley porteña fijó el número de sus miembros -no podrían ser más de treinta, (prohibiendo en éstos nuevas profesiones) ni menos de dieciséis-, suprimió a los que no alcanzaren ese número y estableció la edad mínima de veinticinco años para profesar.

La consecuencia de todas estas medidas fue la decadencia conventual y la extinción de regulares, según la estimación de Rómulo Carbia, a los seis

³³ *Diario de Sesiones...*, *op.cit.*, pp. 591-602.

meses de la sanción de la ley se produjo la secularización del 90% del clero regular de Buenos Aires, lo que significó la concreción de uno de los objetivos perseguidos por el gobierno³⁴.

En la península el artículo 17 de la ley de monacales fijó en veinticuatro el número mínimo de religiosos ordenados *in sacris*, con la excepción de que en los pueblos donde no había más que un convento este podía subsistir con doce frailes.

La extensión de las normas a las comunidades de religiosas se dispuso en el artículo 24 de la ley bonaerense, ordenando la sujeción de las monjas al obispo, impulsando su secularización y prohibiendo su profesión antes de los veinticinco años.

La ley de monacales, al igual que la bonaerense, promovió la secularización de las monjas y las sujetó al ordinario, pero fue más radical al prohibir de fundación de nuevos conventos y la autorización de nuevas profesiones.

La ley de 1822 dispuso, la creación de nuevas parroquias y vice-parroquias, lo que obedeció a la conocida necesidad de nuevos párrocos en la campaña, especialmente en las zonas más pobres, donde el número de sacerdotes era insuficiente para “la cura de almas”. Las parroquias y vice-parroquias debían quedar bajo la supervisión estatal, aunque en todo caso para su fundación era necesario el acuerdo del gobernador del obispado.

Fue una evidente preocupación del gobierno de la provincia de Buenos Aires, especialmente en la campaña, promover estas fundaciones, especialmente porque asignaron al nuevo clero la función de impulsar las ideas del gobierno, dado que uno de los propósitos de la reforma fue el crecimiento del clero secular, mediante la secularización del regular, para destinarlo a las nuevas parroquias que se crearían en la campaña. Sin embargo, el aumento de sacerdotes no llegó a concretarse y se produjo el efecto contrario, debido a que muchos regulares abandonaron la provincia y su colaboración con los párrocos no fue reemplazada por sacerdotes seculares³⁵.

El último artículo de la ley de monacales anticipa la futura creación de nuevas parroquias mientras que las iglesias vacantes por la extinción de los órdenes, serán habilitadas por los ordinarios con la aprobación del gobierno.

³⁴ RÓMULO D. CARBIA, *La Revolución de Mayo y la Iglesia*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Baiocco y Cia., 1945, p. 108.

³⁵ ROBERTO DI STEFANO, *Abundancia de clérigos, escasez de párrocos: las contradicciones del reclutamiento del clero secular en el Río de la Plata (1770-1840)*, Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”, tercera serie, n° 16 y 17, 2° semestre de 1997 y 1° de 1998.

La estructura de algunas tradicionales instituciones eclesiásticas rioplatenses como el Seminario Conciliar y el Cabildo Eclesiástico (éste en el transcurso de la década previa y tras largas disputas había logrado el máximo poder eclesiástico local), fueron modificadas en los artículos 3 al 10 de la ley para ponerlas bajo la dependencia del gobierno, denominándose, a partir de la reforma, de acuerdo a una terminología republicana, Colegio Nacional de Estudios Eclesiásticos y Senado del Clero, respectivamente.

2.5.2. Aspectos económico-financieros

Los aspectos económicos-financieros más relevantes de la reforma rivadaviana y que produjeron profundos cambios, fueron la desamortización y la supresión de los diezmos

La desamortización fue regulada en los artículos 26 a 31 de la ley que dispusieron la expropiación de las propiedades muebles e inmuebles, capellanías y memorias pías de los conventos suprimidos y de otros bienes de la Iglesia. Los fondos obtenidos de los capitales y de las ventas de estos bienes debían invertirse en la compra de fondos públicos. Este destino fue el mismo que el de la desamortización de 1804 y, como entonces, tampoco se cumplió en 1822³⁶.

La verificación del destino de los fondos expropiados es un objetivo difícil de concretar, especialmente la de los valiosos bienes que se vendieron porque estas transacciones no se reflejaron en los ingresos, o sea los cargos fiscales, donde no aparecen sumas provenientes de las ventas de los bienes eclesiásticos, a pesar de la magnitud de la expropiación iniciada en 1822, abriéndose un enigma respecto del paradero de estos fondos. Según se infiere de la contabilidad fiscal posterior a la época de la reforma, no aumentó el ingreso en las arcas estatales, y solo se incrementó el gasto público.

Sin embargo, los bienes involucrados en la desamortización en 1822 fueron muy numerosos y el monto expropiado muy elevado, sumándose a los de los betlemitas, muchos de los bienes de la Catedral, los de hermandad de la Santa Caridad de Jesús, los del santuario de Luján, los del convento de los Recoletos (transformado en cementerio público) y los conventos de dominicos y mercedarios, entre muchos otros.

La reforma de Rivadavia fue más explícita al respecto que la ley española, en la que sólo un artículo ordenaba que todos los bienes muebles e inmue-

³⁶ GUILLERMO GALLARDO, *La política religiosa de Rivadavia*, Buenos Aires, Ediciones Theoría, 1962, pp. 67-104.

bles de las instituciones religiosas suprimidas se aplicaran al crédito público, sin perjuicio de la analogía del resultado, que fue la concreción de la desamortización eclesiástica diseñada en el siglo XVIII e iniciada a principios del XIX.

De la comparación entre las desamortizaciones analizadas se destacan significativas diferencias en su alcance y consecuencias, siendo el monto de los bienes expropiados muchísimo mayor en 1822 y en consecuencia una de las causas que provocaron mayores perjuicios patrimoniales a la Iglesia, lo que no se observó en 1804.

Otra diferencia, ya en el ámbito administrativo, fue que en 1804 se realizó un registro mucho más prolijo de los bienes y de los movimientos de fondos desamortizados, operaciones asentadas en el Libro de la Consolidación, lo que facilita el estudio de la institución mientras que, por el contrario, en 1822 no se ordenó un instrumento equivalente.

El otro cambio que produjo un impacto en el sostenimiento de la Iglesia fue la abolición del diezmo, que por el artículo 2 de la ley dejó de percibirse desde el primero de enero de 1823. Era un recurso tradicional de la Iglesia y una fuente importante de su financiamiento, que al desaparecer determinó su reemplazo por fondos del Estado, lo que dio origen al presupuesto de culto³⁷. La justificación del financiamiento de la Iglesia Católica por el Estado fue una consecuencia insoslayable luego de la reforma de 1822 y que se basó en dos interpretaciones principales: el deber del Estado de compensar a la Iglesia por la súbita y cuantiosa expropiación de sus bienes y el mantenimiento del patronato indiano, del que se sintieron herederos los gobernantes patrios en sustitución de la titularidad ejercida por la monarquía.

Por el contrario, el artículo 11 mantiene las primicias y los derechos y emolumentos parroquiales, por considerar algunos de los miembros de la Sala que “la contribución era módica y que era manifiesto el beneficio en el sostén y mantenimiento de sus curas”. Por el contrario, otros se opusieron como Rivadavia y el representante eclesiástico Agüero, quien en otra sesión había expresado que los derechos de estola eran especialmente odiosos para los fieles porque los identificaban con la venta de las funciones sagradas. Finalmente, todos terminaron por aprobar la moción del diputado Paso de mantenerlos “hasta tanto el gobierno presentase el plan para dotar competentemente a los

³⁷ ENRIQUE UDAONDO, *Antecedentes del Presupuesto de culto en la República Argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos San Pablo, 1949, pp.119-144. El autor investiga y detalla los montos de los bienes a partir de 1822 y los actualiza a la fecha de la publicación de su libro.

curas”, porque era evidente la carencia de fondos. Ello determinó que la ley mantuviera, –“por ahora”, según la expresión literal utilizada– las primicias y los derechos de estola para el sostenimiento de los párrocos que, por lo tanto, continuó dependiendo del aporte de los fieles³⁸.

La ley de monacales no hace ninguna referencia al diezmo, que fue reducido a la mitad por otra ley peninsular de 1820. La percepción disminuida del diezmo se mantuvo en España hasta julio de 1837, cuando fue abolida por la desamortización de Mendizábal³⁹.

El análisis del presupuesto de culto nos permite analizar su distribución e identificar a sus beneficiarios, en el marco de una investigación realizada en los libros Mayores y Manuales de la Caja de Buenos Aires. Desde 1823 aparecen en el presupuesto general nuevos rubros del gasto estatal, que son los de Culto y de la Asistencia e Instrucción Públicas, que representan un aumento notorio, el que, sumado a la abolición del diezmo, significa para las finanzas estatales una disminución del cargo y un aumento de los gastos o datas, según las denominaciones contables de la época⁴⁰.

Del examen de estos documentos surge que el reparto de los recursos asignados al presupuesto de culto fue semejante al establecido por los diezmos, destinándose la mayoría de los fondos al sostenimiento de la Catedral y del Cabildo eclesiástico y, por el contrario, adjudicándose escasa asistencia financiera a las parroquias rurales, con algunas excepciones menores⁴¹.

3. Conclusiones

En la reforma religiosa fueron determinantes los factores ideológicos, desde que en 1821 el gobierno de Buenos Aires planificó la transformación de la estructura, las funciones y los fines del estado provincial de acuerdo al idea-

³⁸ *Diario de Sesiones...op. cit.*, p. 476.

³⁹ RAYMOND CARR, *España 1808-1939*, 7^o, reimpresión 1979, España, Editorial Abril, p. 176.

⁴⁰ A.G.N., III, 39-5-17, Libro Mayor 1822 y III, 39-5-20, Libro Mayor 1823 y *Registro Oficial*, Buenos Aires, Libro 3, N.1, del 11 de enero de 1823, el total de lo percibido por el diezmo durante el último año de su vigencia, 1821, fue de \$ 51.870 que representó el 0,46% del total de las rentas de ese año, que fue el mismo adjudicado al culto a partir de 1825. Entre 1823-1825 se destinó un porcentaje que varió del 2,5 % al 1%.

⁴¹ MARÍA ELENA BARRAL Y JESUS BINETTI, *Itinerantes. Revista de Historia y Religión*, “Sostener el culto. Estado, clero y religiosidad en Buenos Aires, 1822-1852”, Ed. Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, Argentina, 2014, pp. 41-70.

rio iluminista, iniciándola con la reforma religiosa, considerada como un factor fundamental para asegurar el éxito del plan en marcha⁴².

Ésta fue un hito en el proceso secularizador propulsado en el siglo XIX, que comenzó un largo y complejo camino con la separación de las esferas pública y privada que habría de culminar más tarde con el surgimiento de un ámbito específico para la religión donde se establecieran los límites entre ésta y la sociedad⁴³.

En lo económico-financiero, la reforma generó la sustitución de los recursos de la Iglesia, provocada por la abolición de los diezmos y la expropiación de gran parte de los bienes eclesiásticos, que la privaron de su independencia económica y determinaron la necesidad de recurrir a los fondos estatales asignados al presupuesto de culto.

La reforma de Rivadavia no se limitó a la expropiación de los bienes como la Consolidación de 1804, sino que implementó un cambio profundo en la organización eclesiástica.

En lo religioso, uno de los principales propósitos de la reforma fue la de obtener la secularización con la transferencia de los regulares al clero secular, dispuesta en los artículos 18 y 19 de la ley con el propósito de lograr la uniformidad de los eclesiásticos, todos bajo la autoridad de los obispos y controlados por el Estado. La independencia de las órdenes de la jerarquía eclesiástica no era funcional a la propuesta reformadora de Rivadavia y tampoco lo había sido a la del regalismo borbónico, pero recién logra concretarse esta dependencia en 1822.

La reforma religiosa enfrentó a la sociedad de la época y también a la historiografía, que sostiene posiciones divergentes, como las de quienes, desde una perspectiva religiosa, consideran que fue un ultraje y que la Iglesia fue objeto de confiscaciones incalificables por su monto y su modo de ejecución, dado que la mayoría de los bienes provenía de donaciones privadas con propósitos religiosos. Este es el pensamiento de Enrique Udaondo, Guillermo Gallardo y del padre Cayetano Bruno, entre muchos otros autores.

En las últimas décadas del siglo XX muchos historiadores, desde otra perspectiva, consideran a la reforma como la iniciación de un lento proceso de transformación de las instituciones eclesiásticas, cuyos fundamentos fueron la uniformidad y centralización del clero.

⁴² ROBERTO DI STEFANO, “Ut unum sint. La reforma como construcción de la Iglesia (Buenos Aires, 1822-1824)”, *Rivista di Storia del Cristianesimo*, N°3, Brescia, Morcelliana, 2008, pp. 499-523.

⁴³ MARÍA ROSA PUGLIESE, *Derecho, Estado y religión. La historia del matrimonio civil en la Argentina*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2012, pp. 11-17.

En los aspectos sociales y políticos, la reforma fue muy eficaz en el cumplimiento de sus fines más trascendentes. El primero, la reorganización de la Iglesia bajo la supervisión del Estado, tratando de lograr con esta nueva arquitectura institucional una mayor influencia sobre la sociedad, a través de la utilización del púlpito como tribuna para la divulgación de la acción y de los planes del gobierno mediante la prédica de los nuevos sacerdotes-funcionarios.

El segundo fue la asunción del protagonismo gubernamental en el ámbito de la educación y la asistencia social, áreas a las que la ilustración adjudicó una importancia esencial y que tradicionalmente estaban a cargo de la Iglesia. El programa político diseñado por Rivadavia permanecería poco tiempo y, sin embargo, la reforma religiosa habría de iniciar un largo y sinuoso proceso de reorganización de la Iglesia.

PRESTACIONES DE LA DOGMÁTICA: ALGUNOS EJEMPLOS
DE ALONSO DE LA PEÑA MONTENEGRO

DOGMATIC BENEFITS: SOME EXAMPLES OF ALONSO
DE LA PEÑA MONTENEGRO

FRANCISCO CUENA BOY

Universidad de Cantabria (España)

cuenafj@unican.es

Resumen: El estudio de varios ejemplos de manejo del método dogmático permite comprobar la naturalidad con que el autor del *Itinerario para Párrocos de Indios* (1688) combina conceptos jurídicos y teológico-morales incluso cuando analiza la esfera de la conciencia, a la que suele dar una intensa coloración jurídica; en más de una ocasión, dicho método le sirve para proponer una dogmática especial, no siempre del todo justa ni bien fundada, adaptada a los indígenas. Todo con el fin de ajustar las “doctrinas comunes” y sacar de ellas “aplicaciones a las cosas particulares de las Indias”.

Palabras clave: Alonso de la Peña Montenegro, método dogmático, testamentos, contratos, sacramentos, indios.

Abstract: The study of several examples of handling the dogmatic method allows us to check the ease with which the author of *Itinerario para párrocos de Indios* (1688) combines legal and theological-moral concepts when analyzing consciousness, to which he usually gives an intense legal coloring. This method frequently serves to propose a special dogmatic, not always entirely fair nor well founded, adapted to the Indians. All in order to adjust the “common doctrines” and draw from them “applications to the particular things of the Indies”.

Keywords: Alonso de la Peña Montenegro, dogmatic method, wills, contracts, sacraments, Indians.

1. El de dogmática jurídica es uno de esos conceptos cuyo significado solemos dar por supuesto hasta el momento en que se hace necesario precisarlo. Afloran entonces aproximaciones y definiciones heterogéneas que despiertan la inseguridad del estudioso. Mi trabajo no versa sobre el concepto de dogmática jurídica pero necesita adoptarlo como punto de partida, ya que pretende estudiar el uso que un escritor del siglo XVII hizo de cierto número de elementos de naturaleza dogmática, los cuales, por otra parte, hunden sus raíces en una densa tradición que entremezcla lo jurídico con lo filosófico y lo teológico. Rehuyendo cualquier discusión, y por razones de puro pragmatismo, entende-

ré por dogmática jurídica¹ una modalidad de investigación y una actitud de los juristas caracterizada, sobre todo, por un rasgo sobresaliente: el basamento del orden jurídico en un conjunto de conceptos, reglas, categorías y clasificaciones y la combinación de estos elementos para “hallar” otros, no explícitos en el derecho pero que se suponen implícitamente contenidos en él. En este enfoque, los dogmas jurídicos son los aludidos conceptos, reglas, categorías y clasificaciones, cuyo conjunto no agota el contenido del derecho, sino que constituye sólo el entramado básico o el esqueleto del mismo. La actitud dogmática acepta el derecho existente y lo hace con frecuencia desde posiciones iusnaturalistas, pero su forma de enfrentarse a él recuerda la del positivismo en el sentido, por ejemplo, de asumir como misión propia el análisis y la descripción del *ius positum*. No obstante, en medio de esta ambigüedad, la dogmática jurídica representa también una ventana abierta hacia la posibilidad del *ius inventum*, sirviendo de juntura entre el valor de la seguridad jurídica y la necesidad de extender el derecho a nuevas realidades y a necesidades imprevistas.

Con estos presupuestos, el principal interés de mi estudio reside en la utilización del método dogmático y los dogmas jurídicos en un discurso que desborda los límites y los fines del derecho. Y esto por parte de un autor que no escribe exactamente con pluma de jurista y en una obra que, casi en todos los puntos que examinaré, enlaza de forma sólo indirecta con el panorama más familiar del derecho. Me refiero al obispo de Quito Alonso De la Peña Montenegro y a su *Itinerario para Párrocos de Indios*², publicado en Madrid en 1668.

Gallego de nación, Peña Montenegro fue un “brillante académico” y un “eclesiástico de lucida carrera”. En la primera faceta destaca que, con sólo 26 años, en 1622 ya enseñaba filosofía en la Universidad de Santiago de Compostela, donde se doctoró en teología un año después y de la que llegó a ser rector en 1644, repitiendo el cargo en 1652³. Se notará que en este brevísimo

¹ Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1989, pp. 17 y ss., 103 y ss.; ID., *Introducción al análisis del derecho*⁴, Barcelona, 1991, pp. 321 y ss.; muy recientemente, ÓSCAR BUENAGA CEBALLOS, *Metodología del razonamiento jurídico-práctico. Elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica*, Madrid, 2016, pp. 149 y ss.

² Las citas del *Itinerario* se harán por la edición en dos volúmenes de CARLOS BACIERO, MANUEL CORRALES, JESÚS MARÍA GARCÍA AÑOVEROS y FRANCISCO MASEDA: *Alonso de la Peña Montenegro, Itinerario para párrocos de indios*, I-II, Madrid, 1995; III-IV, Madrid, 1996.

³ Tomo estas noticias de MANUEL CORRALES PASCUAL, “Personalidad de Alonso de la Peña Montenegro”, en *Itinerario*, I-II, cit., pp. 19 y ss. Información más detallada en

curriculum no se hace mención de que estudiara leyes ni se dedicara a su enseñanza. Poco quiere decir esto, empero, porque no es dudoso que Peña poseía amplios conocimientos jurídicos que probablemente comenzó a adquirir durante su formación sacerdotal. En este punto importa destacar que su dominio se extendía también al derecho civil e incluía la legislación real tanto de la metrópoli como de las Indias, así como la mejor doctrina sobre ellas⁴. Es particularmente notable el dato de que simultaneara durante cuatro años (1674-678) su cargo de obispo con el de presidente interino de la Real Audiencia de Quito.

Hoy en día la dogmática jurídica presupone la rigurosa separación del derecho respecto de otros órdenes normativos como la religión, la moral o los usos sociales⁵. Superfluo sería señalar la ausencia de tal separación en el *Itinerario* de Peña, no sólo por la razón general que supone la impregnación católica del discurso académico-jurídico imperante en la España del siglo XVII, sino por la más específica que se deriva de la finalidad primordialmente pastoral de la obra y de la condición sacerdotal de sus destinatarios directos, los doctrineros de las Indias⁶. Con todo, la tensión dogmática se acusa de antemano en los requerimientos que se le hicieron al obispo para que redactara

FRANCESC MANUEL-RIMBAU MUÑOZ, *El matrimonio en el "Itinerario para párrocos de Indios" de Alonso de la Peña Montenegro (aportación jurídico-pastoral a la introducción del matrimonio cristiano en Indias: siglos XVI y XVII)*, tesis doctoral, Roma, 1997, pp. 155 y ss., recuperado el 19 de mayo de 2015 de <http://bibliotecanonica.net/docsag/btcagu.pdf>; una escueta semblanza en FABIO GIOVANNI LOCATELLI, "De la Peña e l'evangelizzazione degli indios. Epicheia e matrimoni nel Nuovo Mondo", en *Memorandum* 23, 2012, pp. 133 y ss., recuperado el 19 de mayo de 2015 de <http://www.fafich.ufmg.br/memorandum/a23/locatelli01>

⁴ Fuentes citadas en el *Itinerario: Institutiones* (2 veces), *Digesta* (48), *Codex* (11), *Authenticae* (2); *Partidas* (9), *Nueva Recopilación* (8); *Leyes de Indias* (46). Autores: Acevedo, Aguiar y Acuña, Angulo, Baldo, Bártolo, Bodino, Castillo de Bovadilla, Decio, Durandus, Fernández Messia, Antonio Gómez, Antonio de León Pinelo, Mascardo, Matienzo, Menochio, Mornac, Da Penna, Pérez de Salamanca, Rebufo, Saliceto, Solórzano Pereira, Valenzuela. Cfr. el índice de fuentes al final de cada volumen de la edición del *Itinerario* que manejamos; la lista, de todos modos, seguramente no es exhaustiva.

⁵ Así NINO, *Consideraciones*, cit., pp. 18 y ss.

⁶ Vid. CORRALES PASCUAL, *op. cit.*, pp. 25 y ss.; CARLOS BACIERO, "La obra y sus fuentes", en *Itinerario*, I-II, cit., pp. 57 y ss.; como subraya RENÉ ORTIZ CABALLERO, "Consenso de comunidad. Aproximación histórico-jurídica al *Itinerario para Párrocos de Indios* (1668) de Alonso Peña Montenegro, Obispo de Quito", en *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, 19, 1992, p. 79, "para proporcionar criterios pastorales, tanto en el orden religioso como en el moral", el autor del *Itinerario* "no repara en recurrir al Derecho para sustentar no sólo la legalidad de una conducta sino la moralidad de la misma".

su tratado: la finalidad no era otra que “tener algún autor que de las doctrinas comunes sacara aplicaciones a las cosas particulares de las Indias... para regular sus acciones [de los naturales] por los principios universales, de cuyo ajuste ha de proceder su justificación de buenas o malas”⁷.

En lo que sigue analizo una serie de manifestaciones concretas de aplicación del método dogmático en el *Itinerario*; en cada caso será necesario considerar el contexto temático y los fines del discurso para, de este modo, ponernos en situación de ponderar el tipo y el alcance de lo que he dado en llamar “prestaciones” de la dogmática jurídica.

2. El tratado undécimo del libro I del *Itinerario* se ocupa *De los testamentos que hacen los indios por mano de los doctrineros cuando no se ofrece otra persona que los pueda hacer*. Después de un prólogo, componen este tratado cuatro secciones de las que la primera instruye al cura sobre cómo ha de disponer el testamento del enfermo; la segunda examina la nulidad del testamento hecho por los indios sin escribano y sin el número de testigos exigido; la tercera abunda en la cuestión del número de testigos suficiente para que el testamento de indios sea válido; y la última trata, además de lo que indica su rúbrica –si muerto intestado un indio puede disponer el cura del quinto de los bienes *pro anima defuncti*–, de la cuestión del límite que debe respetar el testador, en presencia de herederos legítimos y forzosos, en sus disposiciones para misas, posas y mandas pías en general.

El prólogo condensa la dogmática esencial del testamento. La exposición arranca de la definición del jurista Modestino⁸, criticada por su excesiva amplitud –debido a que engloba disposiciones que, como el codicilo y el fideicomiso, no son testamento– y por su insuficiente concreción, pues omite la necesidad de la *heredis institutio* (inclusiva en su caso de la desheredación)⁹. Del derecho civil o *ius commune* se separa en este punto el *ius proprium*, representado por una ley de la *Nueva Recopilación* (V, 4, 1) que no exige el

⁷ Carta de 12 de abril de 1662 dirigida a De la Peña Montenegro por el vicario Antonio Acosta Albuquerque en nombre del clero del obispado de Quito, en *Itinerario*, I-II, cit., p. 663; en carta de 20 de agosto de 1663, el vicario de Guayaquil Francisco de la Torre Angulo se refiere a la necesidad de contar con “particulares doctrinas, sin que las comunes sean bastantes para resolver algunas dificultades que se ofrecen” en relación con los indios: *Itinerario*, I-II, cit., p. 664. Sobre las motivaciones que llevaron al obispo de Quito a escribir el *Itinerario*, vid. MANUEL-RIMBAU MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 162 y ss.

⁸ Dig. 28.1.1, Mod. 2 *pandect.*: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*

⁹ *Itinerario* I, 11, pról., n° 1, p. 343.

nombramiento de heredero para la validez y eficacia del testamento siempre que se den los demás requisitos del derecho¹⁰. Se añade una breve explicación de las especies de testamento –el cerrado o *in scriptis* y el abierto o nuncupativo, que puede hacerse sólo de palabra– y se termina el prólogo con un pequeño párrafo que nos pone en antecedentes sobre la verdadera situación¹¹:

De la primera especie de testamento no nos toca cosa, por cuanto los indios no usan de él. Del que se hace abierto o de palabra diremos poco, porque son pocos los que hacen los doctrieros y poco lo que testan los testadores, por ser gente muy pobre y sin caudal.

O sea, los indios apenas testan y cuando lo hacen emplean siempre el testamento abierto; en cuanto a los doctrieros, pocas veces tienen ocasión de encargarse de supervisar o “hacer” esos testamentos.

La exposición elemental anterior, completada en la sección primera con la de las reglas sobre la legítima y el número y calidad de los testigos necesarios en el testamento abierto, dibuja el marco jurídico-legal dentro del que debe desenvolverse en principio la actuación del doctriero. Digo en principio porque la realidad indiana se impone hasta el punto de hacer necesario adaptar dicho cuadro, demasiado ambicioso y exigente, a las condiciones de vida habituales de los indios, marcadas principalmente por un apartamiento físico que agrava su poca capacidad y total desconocimiento del derecho. En estas condiciones, ¿cuáles son las “cosas particulares de las Indias” que requieren el “ajuste” de las doctrinas y reglas comunes? Dos me parece reconocer.

La primera se relaciona con el tema de los testigos. Para el testamento abierto, no habiendo escribano ni posibilidad de reunir cinco vecinos del lugar, el derecho castellano se conforma con solamente tres testigos¹². Ahora bien, si ya este número se debe considerar excepcional, todavía puede resultar excesivo para los testamentos que hacen los indios en los lugares apartados donde viven¹³, por lo que Peña acabará afirmando que en tales situaciones son suficientes dos testigos. Sobre la manera de fundamentar esta solución, lo más interesante es la indicación de que eso “es puntualmente lo que pasa en

¹⁰ *Itinerario* I, 11, pról., n° 2, pp. 343 y ss.

¹¹ *Itinerario* I, 11, pról., n° 3, p. 344.

¹² *Nueva Recopilación*, V, 4, 1: “Y sino pudieren ser avidos cinco testigos, ni escribano en el dicho lugar, alomenos sean presentes tres testigos vezinos de tal lugar”.

¹³ *Itinerario* I, 11, secc. 3, n° 1, p. 340: “en sus pueblos donde no hay escribano, en sus retiros, en los montes, en las estancias”.

los pueblos de los indios que están apartados de los españoles”; en concreto, puesto que la legislación real ordena que los pleitos entre indios o con ellos se determinen sumariamente “guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustos”¹⁴, también debe respetarse “la costumbre que ellos tienen de hacer sus testamentos, por ser casi una misma la razón”¹⁵. Como vemos, Peña invoca la semejanza de razón con uno de los privilegios concedidos a los indígenas en materia procesal, pero, siendo así que desde 1555 estaba ordenado guardar y ejecutar las leyes y costumbres de los indios, incluidas las que “han hecho y ordenado de nuevo” bajo el dominio de los españoles¹⁶, su argumento bien pudo haber sido más contundente y directo. La duda de si la costumbre testamentaria bajo examen era contraria a la religión o a las leyes –en términos de la ley recopilada– o, sencillamente, si era buena y justa –en los del texto original de 1555–, se esfumaba ante la dificultad insuperable de aplicar literalmente la ley castellana: “Y si en lo más fácil tropiezan luego [los indios] con imposibles, ¿cómo se ajustarán a las leyes del derecho?”¹⁷.

Sobre el tema del que estamos tratando se ha escrito que nos encontramos ante innovaciones introducidas por juristas y teólogos según los métodos del *ius commune* y sin apoyo en ninguna disposición legislativa¹⁸. Necesariamente debo matizar esta opinión –válida quizá para otra novedad que figura en el *Itinerario*, contenida en una cita *ad abundantiam* de Solórzano Pereira¹⁹– por lo que respecta al punto central del número de los testigos. Ciertamente, Peña recuerda el caso de los testamentos otorgados en tiempo de pestilencia a modo de ejemplo²⁰ respecto al número de testigos que puede considerarse suficiente

¹⁴ *Recopilación de Leyes de Indias*, II, 15, 83. Vid. FRANCISCO CUENA BOY, “Especialidades procesales de los indios”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 10, 2006, p. 161 nt. 13, con referencias.

¹⁵ *Itinerario* I, 11, secc. 3, n° 1-2, pp. 349 y ss.

¹⁶ El texto original de la real cédula en DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario Indiano*, IV, Madrid, 1946, pp. 355 y ss.; *Recopilación de Leyes de Indias*, II, 1, 4; cfr. también V, 2, 22. Sobre el reconocimiento de la costumbre indígena, vid. FRANCISCO CUENA BOY, “La prueba de la costumbre: del derecho romano al derecho indiano”, en LUIS GONZÁLEZ VALE (coord.), *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, I, San Juan de Puerto Rico, 2003, pp. 132 y ss.

¹⁷ *Itinerario* I, 11, secc. 3, n° 1, p. 350.

¹⁸ FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS, “Especialidades testamentarias de los indios”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 21, 1999, p. 108.

¹⁹ Se trata de la admisión de toda clase de testigos aunque no sean rogados ni vecinos y aunque se trate de mujeres: JUAN SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure*, II, 1, 27, n° 74, citado en *Itinerario* I, 11, secc. 3, n° 2, p. 350; cfr. ID., *Política Indiana* II, 28, n° 55.

²⁰ “Precedente”, prefiere decir ANDRÉS SANTOS, *op. cit.*, p. 109.

en situaciones de muy gran dificultad (como él entiende que es la de los indios por el hecho de vivir tan alejados o aislados). Y lo hace con copioso respaldo de doctrina en la que destaca la autoridad del canonista Covarrubias²¹. Pero su argumento principal lo extrae del privilegio procesal mencionado antes: si por favorecer a los indios está dispuesto que en los pleitos se guarde “lo que ellos usan, aunque sea atropellando con lo que el derecho dispone”, casi la misma razón hay para respetar la costumbre que tienen de testar ante dos testigos. Es decir, no habiendo advertido la posibilidad de envolverlo con el manto de la aceptación general de las leyes y costumbres indígenas, el obispo quiteño compara ese uso con un supuesto decidido *ex lege* –el del privilegio procesal–, y de la semejanza con él infiere la conveniencia de darlo por bueno. Por lo tanto, la operación realizada no consiste meramente en declarar la inclusión del caso dudoso bajo una norma que lo englobe aunque sea de forma implícita –de simple reconocimiento o comprensión se habría tratado si Peña hubiese reparado en la real cédula de 1555²²–, sino en suponer que la *mens* del legislador conviene en extender la prescripción de una ley determinada a un caso en el que, aun cayendo fuera de los *verba* legales, se descubre una finalidad (razón: *ratio*) semejante a la del supuesto legal. Así pues, aunque Peña indique que la razón no es la misma en un caso y en otro, sino “casi una misma”, la posible diferencia le parece despreciable, como en efecto lo era²³, de modo de poder concluir que nos encontramos ante una operación de analogía integradora²⁴ en la que se conjugan tres elementos: *ratio*, *mens* y *voluntas* o prescripción. Los tres, en el mismo orden, son mencionados por el obispo: “Y si *en favor de ellos manda su Majestad que... se guarde lo que ellos usan...*”²⁵.

²¹ *Itinerario* I, 11, secc. 3, n° 1, pp. 349 y ss.

²² En la clasificación empleada por ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, 2000, pp. 176 y ss., simple aplicación de la ley sobre la base de la plena congruencia entre *verba* y *mens* o *sententia*; en el límite, se podría hablar de interpretación extensiva: *ibid.*, pp. 266 y ss.

²³ Para Diego de Avendaño, la razón principal por la que se admiten como suficientes dos testigos es el carácter privilegiado del testamento de los indios; alega también el ejemplo (entre otros) del testamento en tiempo de peste, pero su conclusión es que, más allá de que parezca haber una razón similar en el de los indios, “aunque sea menor debe reputarse suficiente, ya que es claro que son los más privilegiados de todos”: ÁNGEL MUÑOZ GARCÍA (ed.), *Mineros de Indias y Protectores de Indios. Thesaurus Indicus, vol. I, Tít. X-XI y complementos*, Pamplona, 2009, pp. 285 y ss.

²⁴ Fuera de los *verba* (demasiado estrechos en el caso en examen por referirse la norma expresamente sólo al privilegio procesal de los indígenas) pero dentro de la *mens* o *sententia*; cfr. GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, pp. 271 y ss.

²⁵ *Itinerario* I, 11, secc. 3, n° 2, p. 350; énfasis nuestro.

Decir que el número y la calidad de los testigos requeridos en el testamento abierto pertenecen a la dogmática de la institución testamentaria es afirmar demasiado; a lo sumo, de esa dogmática forma parte la necesidad de testigos, pero la solución avalada por el autor del *Itinerario* la respeta al exigir el número mínimo de dos. ¿En qué podría consistir entonces la vertiente dogmática de este primer ejemplo? Probablemente en la asunción implícita del presupuesto de la racionalidad del legislador real con el propósito de poder atribuirle la solución excogitada, conciliando de ese modo la seguridad jurídica y la adecuación “justa” de la norma común a una situación particular²⁶.

De las “cosas particulares de las Indias” que requieren el “ajuste” de las doctrinas y reglas comunes, en el tratado de los testamentos de los indios hay otra que merece atención, a saber, la cuestión de la nulidad del testamento hecho sin escribano y sin el número debido de testigos. Ahora bien, dado que la presencia de escribano no era indispensable para otorgar testamento nuncupativo, entiendo que el problema se refería a los testigos. Y puesto que, como se acaba de ver, para la validez del testamento de indios bastaban dos testigos cualesquiera, entiendo también que la posible nulidad se circunscribía a los casos en los que no había ni siquiera esos dos. De algún modo, el comienzo de la sección segunda, donde se toca el tema, confirma este enfoque, pues se afirma ahí que lo habitual entre indios pobres que hacen testamento es estar “a las memorias que dejan hechas por mano de cualquiera que sabe escribir”²⁷.

Para el derecho, el testamento en las condiciones referidas es nulo, por lo que el juez que llegue a conocer del caso deberá declarar que el indio ha muerto abintestato y los herederos forzosos podrán pedir que se les adjudique la herencia. Todo esto lo admite de plano el obispo quiteño, pero sólo para preguntarse de inmediato si, aun siendo el testamento nulo en el fuero externo o judicial, no debe sostenerse su validez en el fuero interno o de la conciencia²⁸. Pareciéndole probables ambas soluciones, en relación con la segunda apunta el nacimiento, como efecto del testamento nulo, de una obligación natural a cargo del heredero forzoso: la de cumplir todas las mandas del testador. Y basa esta posición en la inesperada lectura que hace Luis de Molina de una ley del reino que sanciona la nulidad de los testamentos sin las solemnidades

²⁶ Sobre el “modelo dogmático del legislador racional”, vid. NINO, *Introducción*, cit., pp. 328 y ss.

²⁷ *Itinerario* I, 11, secc. 2, n° 1, p. 346.

²⁸ *Itinerario* I, 11, secc. 2, n° 1, pp. 346 y ss.

del derecho y que dice precisamente esto: “Los cuales dichos testamentos e codecilos si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fee ni prueba en juicio ni fuera del”²⁹. Según dicha lectura, inesperada como digo, de las palabras de la ley se infiere la intención de limitar las consecuencias de la invalidez únicamente al plano judicial o externo en general, pero no la de “quitar en el fuero interior la obligación de que se cumpla la voluntad del testador”³⁰.

En cuanto a la primera solución, avalada asimismo con buena doctrina, se atiene Peña a otra interpretación para la que el propósito de la citada ley no es solamente que el testamento menos solemne no haga fe en juicio y fuera de él —es decir, prohibir que nadie lo pueda utilizar como instrumento para probar con él algún derecho—, sino impedir totalmente “la traslación del dominio” al no darse las condiciones requeridas³¹. En consecuencia, puesto que el heredero testamentario no puede adquirir de ningún modo la herencia, será el heredero forzoso quien pueda entrar en ella con plena legitimidad jurídica y moral.

Más allá de que Peña ponga en manos del cura doctrinero la elección entre estas dos opiniones, probables ambas *a priori*³², para mi estudio importa destacar que una y otra dependen de la forma en que entienden los autores la intención o el propósito de la ley. Esto es, de la determinación de la *mens o sententia legis*³³, que será lo que decida sobre el alcance de los *verba* legales. Dicho lo cual, no parece dudoso que la opinión patrocinada por Molina excede los límites de una interpretación aceptable en derecho, ya que, forzando a la ley a decir menos de lo que expresan sus palabras, adultera su intención³⁴. En todo caso, desde el punto de vista de la dogmática llama la atención, en un autor que recurre casi sin solución de continuidad al expediente de la racio-

²⁹ *Nueva Recopilación*, V, 4, 2.

³⁰ *Itinerario* I, 11, secc. 2, n° 1, p. 347.

³¹ *Itinerario* I, 11, secc. 2, n° 4, p. 348.

³² Cfr. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, 1992, pp. 444 y ss.; ANDRÉS SANTOS, *op. cit.*, p. 109.

³³ El *Itinerario* habla primero de “el intento” de la ley (I, 11, secc. 2, n° 1) y después de lo que las leyes “pretenden” (I, 11, secc. 2, n° 4).

³⁴ Molina extrema las consecuencias de su opinión hasta el punto de afirmar que si la herencia se adjudicase a los herederos abintestato, el heredero testamentario podría en conciencia hurtar “por vía de justicia y recompensa” lo que a él le dejaron; en cuanto al heredero forzoso que entrara en la herencia, pecaría mortalmente y quedaría obligado en conciencia a la restitución: *Itinerario* I, 11, secc. 2, n° 2-3, pp. 347 y ss.

nalidad del legislador, ese concepto de la probabilidad más propio del moralista que del jurista³⁵. Un concepto que le lleva a admitir, *utilitatis causa* pero en desmedro evidente de la coherencia, que un mismo enunciado normativo pueda tener según los casos dos significados diferentes.

3. En el tratado tercero del libro II, tras el prólogo habitual, las cuatro primeras secciones tocan varios problemas relacionados con las compraventas en que intervienen indios. Igual que en el caso anterior, los aspectos de índole dogmática más general se recogen en el prólogo. En él, la síntesis informativa acerca del origen de la compraventa y de sus ventajas sobre la permuta es una paráfrasis del conocido texto de Paulo, primero del título *De contrahenda emptione* del Digesto³⁶. Se inserta después una definición del contrato que calca con bastante fidelidad la del jesuita Gaspar Hurtado: “*Venta est contractus quidem qui consensu perficitur pretii pro merce. Compra est contractus qui perficitur consensu mercis pro pretio*”, y de ella se extrae una consecuencia –que por tal contrato se transfiere el dominio de la cosa³⁷– como poco discutible. De todos modos, Peña no ignora que para la perfección de la compraventa (“esencia”, dice él) es suficiente el consentimiento sin necesidad de entrega de la cosa ni pago del precio. Y asimismo sabe que, nacido el contrato del solo convenio, la regla es que sólo por mutuo acuerdo de las partes se puede deshacer³⁸. La última observación del prólogo se refiere a la facultad de resolver de forma unilateral el contrato, cosa que el comprador puede hacer perdiendo las arras que hubiera entregado al vendedor³⁹.

³⁵ Máximo exponente del probabilismo en el contexto indiano es Diego de Avendaño, cuyo *Thesaurus Indicus* se publicó en Amberes el mismo año que el *Itinerario*. Sobre el tema, vid. ÁNGEL MUÑOZ GARCÍA, “Introducción” a *Thesaurus Indicus (1668)*, Pamplona, 2001, pp. 37 y ss.; para la discusión de un caso particular, cfr. FRANCISCO CUENA BOY, “El castigo de las injurias causadas a los indios. Una página característica de Diego de Avendaño”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 19, 2012, p. 23.

³⁶ *Itinerario* II, 3, pról., n° 1, p. 433; cfr. Dig. 18.1.1 pr., Paul. 33 *ad ed.*

³⁷ “... de tal manera que el que la compra la tiene por suya y está obligado a dar el precio que ofreció por ella”: *Itinerario* II, 3, pról., n° 2, pp. 433 y ss.

³⁸ Peña, *Itinerario* II, 3, pról., n° 3, p. 434, se basa en Dig. 18.1.1.2 y –erróneamente citado– Dig. 18.5.3, Paul. 33 *ad ed.*: *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta*. Es la idea de la extinción de las obligaciones por *contrarius consensus*.

³⁹ Extrañamente dice Peña (loc. ult. cit.) que este punto no está resuelto por derecho común (sí por derecho del reino), cuando a continuación cita el comentario de Cino a Cod. Iust. 4.21.17.2, ley de Justiniano que establece las arras penitenciales.

Las compraventas de los indios podían ser moralmente dudosas por distintas razones. Al parecer, era frecuente que uno de ellos intentara vender un objeto que, por su calidad o valor, excedía del pequeño caudal que solían tener los indígenas, señal de que podía haberlo hurtado; de esta cuestión tratan las dos primeras secciones del tratado. La tercera aborda el problema de la coacción sobre el indio para que acepte el precio y valor ordinario en pago de alguna cosa a la que tiene especial afición. Y la cuarta se refiere a la rescisión del contrato viciado por miedo.

La orientación pastoral del *Itinerario* sitúa en primer plano el *forum conscientiae* y, desde este punto de vista, el principal problema que plantean los tres casos es el de la restitución. Se trata de una palabra clave: en teología moral designa en sentido propio el “*actus iustitiae commutativae quo damnum proximo irrogatum reparatur*”⁴⁰; la idea de fondo es que la acción injusta introduce en las relaciones humanas un desequilibrio objetivo que la restitución debe reparar restableciendo la igualdad debida al prójimo. Desde los siglos XV y XVI, las exposiciones doctrinales sobre la obligación de restituir se hacen cada vez más prolijas y tienden hacia el casuismo; las observaciones de Peña encajan bien en este modelo en el que, por lo demás, la atención hacia el fuero interior se alimenta en buena medida de argumentos tomados del derecho.

El tratamiento del primero de los casos citados comienza con la aserción general de la obligación de restituir al dueño que cae sobre aquel que –sabiendo, sospechando o debiendo sospechar– ha comprado lo que vende un ladrón: como poseedor de mala fe, este comprador queda sujeto a dicha obligación⁴¹. Pasando a los indios, el asunto es claro cuando alguno vende una cosa valiosa del tipo de las que no suelen tener sino hurtándolas, y más difícil cuando se trata de géneros que por lo menos algunos suelen usar y poseer⁴². En tales casos sirve de advertencia el hecho de que el indio venda notablemente barato (por la mitad del precio justo, precisa Peña en determinado mo-

⁴⁰ ANTONIO DE SAN JOSÉ, *Compendium salmanticense universae theologiae moralis in duos tomos distributum*, tom. II, 7ª ed., Barcelona, 1817, p. 29; cfr. RODRIGO MUÑOZ, v. “Restitución [obligación de]”, en JAVIER OTADUY et al. (dir.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. VI, Pamplona, 2012, pp. 991 y ss.

⁴¹ *Itinerario* II, 3, secc. 1, n° 1, p. 435; al final, en el n° 3, p. 436: se recuerda que el que compra *mediate* también está obligado a restituir “aunque sea cuarto o quinto o centésimo poseedor”; el ejemplo que se pone causa congoja: yo, español, no puedo comprar una fuente de plata a un pulpero si sé o debo saber que él la compró o la recibió de un indio o un negro.

⁴² *Itinerario* II, 3, secc. 1, n° 1-2, pp. 435 y ss.

mento) y vaya a vender fuera de su pueblo. La brutal afirmación de que los indios “en hallando ocasión de hurtar no la perdonan”, da paso a la conclusión de que “la presunción está contra ellos”⁴³. Ni más ni menos, esto quiere decir que al indio vendedor de algo valioso se le presume ladrón, lo que significa, contra todo derecho, la inversión de aquella regla según la cual la buena fe se presume siempre a no ser que se pruebe su falta⁴⁴. ¿Una dogmática especial para los indios? No exactamente en este caso, sino una dogmática en torno y a costa de los indios y al servicio del interés espiritual de los españoles que compran las cosas que venden los indígenas.

Cuidando de ese mismo interés, en la siguiente sección se subraya que es lícito comprar la cosa valiosa que vende el ladrón por menos de lo que vale si se hace con ánimo de restituirla a su dueño. La exigencia de esta intención específica, el soporte de la licitud en el hecho de que “el comprador *negotium eius agit utiliter*” y la presunción razonable de que el dueño le devolverá el precio pagado “por ser esta compra en su provecho”, todo ello indica que Peña ve esta vez el contrato bajo la especie de la gestión de negocios: en efecto, el *animus aliena negotia gerendi*, el *utiliter agere* y el interés objetivo del *dominus* son elementos característicos de la *negotiorum gestio*⁴⁵. Producida la compra, la cosa queda en depósito del comprador, que debe buscar con diligencia al dueño para restituírsela; si no lo encuentra la puede tener “como en prendas” mientras no haya recuperado el dinero que pagó por ella; y en esta situación, si la cosa se pierde o perece en su poder, el comprador responde por culpa lata⁴⁶.

Por una vez, en esta breve sección no se menciona expresamente a los indios, pero es que ya han sido retratados como ladrones contumaces en la

⁴³ *Itinerario* II, 3, secc. 1, n° 2, p. 436.

⁴⁴ La regla fue acuñada por Dino de Mugello (1254 – ca. 1300) en sus *Commentaria in regulas iuris Pontificii*, Coloniae, 1617, p. 313, reg. 82, n° 5: “semper praesumitur bona fides, si abesse non probetur”; la extrae de Cod. Iust. 7.33.11, Dig. 40.5.28.5, Dig. 26.7.6, Dig. 22.3.1 y Dig. 31.32.5.

⁴⁵ Vid. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, II, Santiago de Chile, 1996, pp. 201 y ss.

⁴⁶ *Itinerario* II, 3, secc. 2, n° 2, p. 437. Para el concepto de culpa lata, Dig. 50.16.213.2 = Dig. 50.16.223.2, Ulp. 1 reg.: ‘*Lata culpa*’ est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intellegunt. Las palabras de Peña en la rúbrica de la sección (“con ánimo de tenerlo en depósito”) parece deben entenderse en el sentido de que el comprador se equipara en este caso al depositario que se hubiera ofrecido para el depósito (vid. Dig. 16.3.1.35, Ulp. 30 ad ed.), de ahí la extensión de su responsabilidad; pero la cosa no sería distinta desde el punto de vista de la prenda (“puede como en prendas tenerla en su poder”).

anterior. Nótese sin embargo que la compra por un precio inferior al corriente podía entrañar engaño al vendedor y ser, por tanto, en sí misma contraria a la buena fe del contrato⁴⁷. En vista de lo cual, muy lejos parece ir Peña cuando exige al comprador no más que la creencia probable de que lo que compra es hurtado⁴⁸. Consecuencias indeseables y acaso no bien advertidas de esa dogmática jurídica especial que destruye la presunción de buena fe en perjuicio del indio vendedor.

De la siguiente cuestión conviene comenzar registrando la consideración del *pretium affectionis* como “precio estimable” que legítimamente puede el vendedor exigir. La duda se refiere a la obligación de restituir de aquel que, pagando el precio de mercado de una cosa, se la quita contra su voluntad al indio vendedor que tiene por ella afecto particular: “también”, dice Peña, “tendrá obligación a pagarle el valor de aquel afecto: que privarse de él es precio estimable”⁴⁹. De todos modos, la situación en la que piensa el obispo dista de ser clara desde el punto de vista jurídico y, por otro lado, a la solución que propone le falta quizá coherencia con los fundamentos dogmáticos que expuso al principio. No parece, en efecto, que en el caso en examen se justifique hablar siquiera de compraventa, dado que, como se dijo en el prólogo, la esencia de este contrato consiste el consentimiento de las partes y es evidente que ha faltado el del vendedor⁵⁰. La firmeza de este punto podría haber sugerido una concepción diferente del deber (incluso moral) del comprador; a saber, no como obligación de pagar también el valor del afecto sino de devolver al vendedor la cosa retenida sin causa. No es clara la razón por la que Peña ignora este enfoque, menos aun teniendo en cuenta lo que dirá en la siguiente sección sobre el contrato viciado por miedo.

En efecto, la cuarta sección de este tratado examina si el *metus* sufrido por el indio es causa suficiente para anular y rescindir el contrato. Tal como

⁴⁷ Hablamos de un engaño que va más allá de la posibilidad que tenían los contratantes de *invicem se circumscribere* en la libre determinación del precio (Dig. 19.2.22.3, Paul. 34 *ad ed.*; cfr. Dig. 4.4.16.4, Ulp. 11 *ad ed.*); tampoco nos referimos exactamente a la *laesio enormis* (Cod. Iust. 4.44.2 y 8) sino –como dice Peña en la sección número cuatro– a la venta hecha por engaño por menos de lo que vale la cosa.

⁴⁸ Esto es lo que resulta de la propia rúbrica de la sección: “Si lo que probablemente creemos que es hurtado...”.

⁴⁹ *Itinerario*, II, 3, secc. 3, n° 1, p. 438.

⁵⁰ Desde la misma rúbrica, la terminología utilizada subraya este vicio: “se las quita contra su voluntad”, “quitando al indio”, “quien se lo quitare”, “corta el español contra la voluntad de su dueño” un árbol infructífero, “quien contra la voluntad de su dueño lleva lo ajeno”.

es planteada, la cuestión interesa al *forum conscientiae*, de ahí la advertencia de Peña en el sentido de que “las reglas que sirven para el fuero exterior no siempre aprovechan en el interior”⁵¹. Así, por ejemplo, si por miedo leve o por engaño se ha vendido una cosa por menos de lo que vale, el derecho limita la posibilidad de intentar la rescisión al supuesto de la *laesio enormis*⁵²; no porque apruebe el contrato sino con el fin de evitar el daño que podría seguirse de dicha posibilidad. Por otro lado, la gravedad del miedo⁵³ se debe juzgar en relación con el indio que ha sido atemorizado, y aquí, con cita de Solórzano Pereira incluida, juega un papel decisivo el consabido argumento de la pusilanimidad de los indios, que funda la conclusión de que las compras, ventas y donaciones hechas por miedo aunque sea leve obligan en conciencia a restituir⁵⁴.

Lo llamativo del caso es la explicación, jurídica en última instancia, que da Peña de lo anterior: el comprador recibe la cosa “contra la libre voluntad del que da” y esto equivale a hurto y rapiña “por ser *invito domino*”. En definitiva, puesto que “en el consentimiento libre consiste la esencia del contrato”, en conciencia hay obligación de “restituir y reducir la cosa a su primer estado”⁵⁵. En mi opinión, las mismas razones hubieran debido valer para el supuesto del *pretium affectionis*, pero Peña no ofrece ningún dato que justifique la solución diferente que le da. Aunque no se refiere a ello –quizá porque lo considera suficientemente resuelto por las normas del fuero exterior⁵⁶–, la *laesio enormis* permite al vendedor reclamar la devolución de la cosa ofreciendo al comprador el reembolso del precio; si el comprador no se conforma, puede abonarle la diferencia entre el precio pagado y el justo⁵⁷. Pues bien, con las palabras “restituir y reducir la cosa a su primer estado” Peña propone una salida aún más radical para el contrato del indio viciado por miedo incluso leve: ¿dónde está la diferencia con el caso del que deja de pagar el *pretium affectionis* y quita al indio la cosa contra su voluntad?

⁵¹ *Itinerario* II, 3, secc. 4, n^o 2, p. 439.

⁵² Que Peña describe muy correctamente en estos términos: “como no exceda el engaño de la mitad del justo precio”: *Itinerario* II, 3, secc. 4, n^o 2, p. 439.

⁵³ Específicamente, Peña se refiere a contratos celebrados con curas, corregidores y caciques (vid. la rúbrica), lo que tiene influencia en la valoración del miedo ejercido sobre el indio (si ha de ser grave o basta el leve) y, por consiguiente, en la obligación de restituir.

⁵⁴ *Itinerario* II, 3, secc. 4, n^o 3-6, pp. 439 y ss.

⁵⁵ *Itinerario* II, 3, secc. 4, n^o 6, pp. 440 y ss.

⁵⁶ Pero en el fuero de la conciencia el contrato sería *nulo* con obligación de restituir: *Itinerario* II, 3, secc. 4, n^o 2, p. 439.

⁵⁷ Cfr. Cod. Iust. 4.44.2 y 8.

4. En relación con el sacramento del orden, una pregunta de gran importancia en el contexto de la época es si lo pueden recibir los ilegítimos; esta cuestión se examina en la primera sección del tratado octavo del libro III, donde ante todo se explica que ilegítimos son aquellos que no nacieron de legítimo matrimonio. Los hijos ilegítimos pueden ser naturales o espurios; conforme al derecho civil, los primeros son los nacidos de *concubina domi retenta* y los segundos, según la explicación del *Itinerario*, los nacidos de padres que no pudieron contraer matrimonio entre sí en el momento de la concepción ni en el del nacimiento⁵⁸. De acuerdo, en cambio, con el derecho real y el derecho canónico, hijos naturales son los nacidos de padres que, al tiempo de nacer o de ser concebidos, pudieron unirse en matrimonio sin necesidad de dispensa⁵⁹.

En general, los ilegítimos, siendo todos irregulares e “incapaces de orden”, necesitan dispensa para ser ordenados⁶⁰. A partir de aquí se plantean dos dudas, una sobre los ilegítimos cuyo defecto es oculto y otra sobre los expósitos. La que atañe a estos últimos se resuelve con toda facilidad señalando que del hecho de que un niño sea expósito no se deduce su condición de ilegítimo⁶¹. En cuanto a la primera duda, Peña distingue el caso del hijo tenido por legítimo cuya madre le confiesa su ilegitimidad bajo juramento e *in articulo mortis* y el del que duda si es ilegítimo o no. El primero no debe tenerse por irregular salvo que le conste que su madre no pudo concebirlo de su marido⁶²; en principio, tampoco el segundo está obligado a considerarse irregular y por tanto se podría ordenar, pero Peña opta finalmente por la opinión contraria⁶³.

⁵⁸ Todo en *Itinerario* III, 8, secc. 1, n° 1, p. 215. Peña cita respectivamente Dig. 23.2.38 y Dig. 1.5.23, pero del primer texto no es posible deducir el concepto de hijo natural como el nacido de unión concubinaria; la relevancia jurídica de este concepto data de época post-clásica: vid. Cod. Iust. 5.27: *De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis iusti efficiuntur*; cfr. C. FAYER, *La familia romana, III: Concubinatio, divorzio, adulterio*, Roma, 2005, pp. 28 y ss. En cuanto a los espurios o *vulgo concepti*, el texto citado los caracteriza como aquellos *qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet*.

⁵⁹ *Nueva Recopilación*, V, 8, 9, X 4.17.6 y 1.6.20. Cfr. ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Esquema del derecho de familia indiano*, Santiago de Chile, 2003, pp. 391 y ss.

⁶⁰ *Itinerario* III, 8, secc. 1, n° 2, p. 215; en el n° 3, p. 216 se afirma que la ilegitimidad es una *infamia facti*. Vid. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 410; más por extenso LOCATELLI, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

⁶¹ *Itinerario* III, 8, secc. 1, n° 8, p. 217.

⁶² *Itinerario* III, 8, secc. 1, n° 5-6, pp. 216 y ss.

⁶³ *Itinerario* III, 8, secc. 1, n° 7, p. 217

La exposición anterior se refiere en su totalidad a los ilegítimos españoles o mestizos⁶⁴. La siguiente sección centra el interrogante en los indios: ¿se los puede ordenar sin necesidad de dispensa? Ya sólo la pregunta causa estupor, sobre todo porque, tal como es acotada de inmediato, se refiere únicamente a los indios que son hijos legítimos⁶⁵. ¿Cómo se explica esto que a primera vista puede parecer una enormidad? Según Peña, simplemente porque el segundo Concilio Limense (1567-1568) había prohibido la ordenación de los indios por la razón de estar “principiantes en los rudimentos” de la fe, pero, pasados menos de veinte años, el tercer Concilio (1582-1583) no sólo permite ya ordenarlos, sino que incluso lo recomienda⁶⁶. En definitiva, como dice el obispo, lejos de excluirlos de los órdenes “por ser indios”, el derecho los prefiere a los que no son naturales de sus diócesis⁶⁷.

Antes de cerrar este párrafo hacemos alto en un último aspecto. A semejanza de lo visto en los tratados relativos al testamento y la compraventa, en el del sacramento del orden el prólogo recoge algunos rudimentos de carácter dogmático, término que, por la materia tratada, esta vez se debe tomar en su acepción religiosa. Advertido lo cual, la exposición de la “materia y forma” de aquel sacramento no deja de evocar ciertas reminiscencias jurídicas. Concre-

⁶⁴ Cfr. *Itinerario* III, 8, secc. 1, n° 9, p. 218: “los ilegítimos, ora sean españoles o mestizos, naturales o espurios, pueden ser dispensados por los señores obispos para todos los órdenes aquí en las Indias”.

⁶⁵ *Itinerario* III, 8, secc. 2, n° 1, p. 219: “La cuestión sólo procede de los indios que son hijos legítimos”.

⁶⁶ *Itinerario* III, 8, secc. 2, n° 5, p. 221. Cfr. Conc. Lim. III act. II, cap 31: *In sacris, praesertim presbyteratus ordinibus conferendis, illud praecipue spectare debent episcopi ut operarios idoneos tantae huic Indorum messi suppeditent, siquidem ea totius episcopalis officii in hac provincia, potissima cura est ut qui ad evangelii gratiam divinitus vocantur, ministros habeant quoad fieri possit et zelo animarum praeditos et numero sufficientes. Quod si alias idonei sunt qui ordinari petunt et se ipsos doctrinae Indorum dedicare cupiunt, nullo modo propter patrimonii tenuitatem reppellendi sunt, quin potius quamdiu haec Ecclesia indigerit quaerendi et invitandi, qui moribus sunt probatis et litteratura etiam sufficiente et linguae Indicae non imperiti neque enim hos mendicare verisimile est in tanta paroeciarum multitudine et sacerdotum penuriam neque vero concilii Tridentini ulla ex parte decreta violantur cum necessario animarum saluti hac ratione consulitur quamadmodum Limensis quoque superior synodus censuit. Ad titulum ergo doctrinae Indorum quamvis nulla specialis paroecia illico designetur, quicumque revera Indis praeficiendi putantur iure ordinari poterunt* (FRANCESCO LEONARDO LISI, *El tercer concilio limense y la aculturación de los indígenas sudamericanos*, Salamanca, 1990, p. 146).

⁶⁷ *Itinerario* III, 8, secc. 2, n° 3-4, p. 220. Las secciones 3 y 4 reproducen la misma pregunta en relación con los mestizos y con los negros y esclavos.

tamente, la “materia remota” es el instrumento que entrega el obispo a aquel que se ordena: vaso, libro, cáliz, hostia, patena, etc.; la “materia próxima” es la tradición y aceptación del instrumento en cuestión y la “forma” son las palabras que pronuncia el obispo al entregar la materia remota. A la pregunta de si el que entrega y el que recibe deben tocar físicamente la materia remota, Peña responde que el contacto físico no es necesario, sino que basta “la demostración que hace el obispo de la materia que dice entrega al que se ordena y el ordenado, teniéndola presente y conociendo el uso de ella, le acepta”⁶⁸. Los conceptos de materia y forma son conocidamente de raigambre aristotélico-tomista y la terminología empleada en esta ocasión en el *Itinerario* pertenece al lenguaje de los sacramentos⁶⁹. No obstante, es tentador señalar un cierto paralelismo con la *traditio* como modo de adquisición y, en el punto concreto del contacto físico con la materia, un eco de la espiritualización de la entrega. Así, en la medida en que expresa la finalidad del acto, la forma del sacramento se podría corresponder con la *iusta causa traditionis*; la materia remota con la *res* (a modo de símbolo o signo sensible de ella) y la materia próxima con la entrega misma. Se trata, de todos modos, de una sugerencia completamente exterior cuyo atrevimiento aconseja no llevarla más allá.

5. En el libro V, tratado cuarto (misceláneo), hay una sección relativamente larga sobre los indios tamberos de la que interesa la adaptación del régimen del *receptum nautarum cauponum stabulariorum* a este tipo de establecimientos característicos sobre todo del virreinato peruano. Lo especial del *receptum* es el régimen de responsabilidad que establece, en términos tales que el *caupo* (en nuestro caso el tambero) responde por *custodia* de las cosas introducidas en el establecimiento por sus clientes; el límite de esta responsabilidad objetiva es la fuerza mayor⁷⁰. Estas mínimas precisiones intentan suplir la falta de las de Peña, que, a diferencia de lo que hace otras veces, en esta ocasión entra *in medias res* sin prólogo dogmático de ninguna clase.

¿Qué es lo que dice el obispo de los indios tamberos? Ante todo, recuerda una real cédula de 1609 que modifica el régimen de responsabilidad descrito al disponer que no se los pueda demandar por la pérdida o el hurto de las haciendas y bagajes de españoles que guardan⁷¹. Interpretando esta norma, Peña tra-

⁶⁸ *Itinerario* III, 8, pról., n° 5-6, pp. 212 y ss.; cfr. *Itinerario* III, pról, n° 6-9, pp. 16-18.

⁶⁹ Vid. JESÚS HORTAL, *Los sacramentos de la Iglesia en su dimensión canónico-pastoral*, Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 24 y ss.

⁷⁰ Vid. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, II, cit., pp. 173 y ss.

⁷¹ *Itinerario* V, 4, secc. 12, n° 4, p. 614; vid. *Recopilación de Leyes de Indias*, VI, 13, 16.

ta de acercarla a la figura del depósito para defender que la indicada exención de responsabilidad debe entenderse limitada al supuesto de no haber habido en el tambero dolo ni culpa lata⁷². Pero el razonamiento no parece muy conducente toda vez que, mientras que el depositario guarda la cosa ajena “sin que de ello se le siga provecho”, como el propio Peña recuerda⁷³, el tambero cobra por sus servicios. Se trata en efecto, ya sólo por esto, de relaciones jurídicas muy diferentes. En todo caso, lo anterior parece referirse a la responsabilidad en el fuero exterior, pues sólo de ella trata la cédula de 1609. En un segundo embate, haciéndose eco del carácter bilateral del *receptum cauponum*, Peña señala que en caso de culpa leve el tambero responde en conciencia por el hurto de la cosa de su cliente; por culpa leve: la razón es que “ninguno está obligado a poner mayor cuidado en la guarda de cosa ajena que en la propia”⁷⁴. Esto supone aplicar el criterio jurídico de la *diligentia quam quis in suis rebus adhibere solet* a una obligación de conciencia que se entiende no cancelada por la exención de responsabilidad dispuesta por la repetida cédula de 1609. Y la solución da ciertamente en el clavo porque para el fuero interno no hubiera tenido justificación recuperar la responsabilidad objetiva por *custodia* que caracteriza al *receptum*. Quedaría por aclarar, en todo caso, si aquello de que “en hallando ocasión de hurtar no la perdonan” (*supra*, en el § 3) era de aplicación también a los indios tamberos, pero, tres libros y muchas páginas después sobre tantos temas y tan diferentes, la cuestión ya no aparece en esta sección.

Sí figura en ella otro punto en el que conviene detenerse para registrar como mínimo el carácter condicional que Peña cree ver en la autorización de poner indios en los tambos; consistiría esa condición en que se les pague, conforme a la real cédula que cita al respecto, “el acogimiento y hospedaje y cosas de comer y hierba que dieran para los españoles y sus criados y cabalgaduras”. No cumpliéndose este precepto, ni por tanto la condición, opina el obispo que es preferible quitar los indios de los tambos para que no se sirvan de ellos “como si fueran esclavos”⁷⁵.

⁷² En *itinerario* V, 4, secc. 12, n° 8, p. 615, se cita a este respecto Inst. 3.14.3 y Dig. 44.7.1.5.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.* En verdad, sobre si se exige culpa leve o culpa lata Peña se expresa de forma un tanto confusa, probablemente por no haber acertado a presentar con distinción suficiente dos opiniones doctrinales divergentes; de cualquier modo, no hay duda de que su opción es la primera.

⁷⁵ *Itinerario* V, 4, secc. 12, n° 3 y 5-7, pp. 613 y ss. El texto de la real cédula, más por extenso, en SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II, 13, n° 33.

6. Uno de los productos distintivos de la dogmática jurídica son las *regulae iuris*, esas sentencias breves y lapidarias destiladas mediante análisis y síntesis que se imponen por su evidencia y a las que –a modo de amplio paraguas– se acude para cobijar hipótesis heterogéneas, orientando su solución o ayudando a explicarla⁷⁶. Aquí me limito a ofrecer un par de ejemplos bien peregrinos, por cierto, de aplicación de reglas dogmáticas por parte de Peña Montenegro.

En el tratado tercero del libro IV del *Itinerario*, la sección segunda plantea la pregunta de “si el precepto de la confesión obliga a los indios a confesarse por cuaresma, o si bastará [que lo hagan] en cualquier tiempo del año”⁷⁷; la duda se debe a la conexión con el precepto de comulgar por pascua de resurrección, cuyo cumplimiento exige confesión previa a quienes se encuentran en pecado mortal. Por la bula *Cum sicut* de Urbano VII, desde 1630 los indios gozan del privilegio de poder confesarse *extra tempora Paschae*, lo que zanja el problema en relación con aquellos que aún no son capaces de comunión: éstos cumplen el precepto simplemente con confesarse dentro del año⁷⁸. Cualquier otra dificultad –en particular si el indio que no se ha confesado en la cuaresma o en el año continúa obligado a hacerlo pasada la cuaresma o acabado el año– se supera mediante la regla o “principio del derecho” *quod obligatio ad certum tempus limitata, illo peracto cessat*. O sea, pasada la cuaresma o terminado el año la obligación ya no subsiste (en cuanto a esa cuaresma o a ese año), igual que sucede con otros preceptos como el de ayunar en los días de vigilia, oír misa en día de fiesta o rezar diariamente el sacerdote. Peña colige la citada regla de un texto canónico sobre los esponsales y de otro civil sobre los fiadores⁷⁹; Barbosa la sustenta en un tercer texto sobre

⁷⁶ No deben confundirse las *regulae iuris* con los *topoi* o *loci argumentorum*; específicamente sobre la época que nos ocupa, vid. por todos JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*, München, 2001, p. 29 y nt. 120. La *regula*, explicaba U. Zasius, “doctrinas dat generales ex legibus extractas”: vid. MAXIMILIAN HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt a. M., 1981, pp. 219 y ss.

⁷⁷ *Itinerario* IV, 3, secc. 2, rúbrica, p. 360. Para la mejor comprensión del problema, se debe tener en cuenta lo que se indica en el prólogo del tratado tercero, a saber, que “la costumbre tiene declarado que [la confesión] ha de ser en cuaresma” y que, en principio, la costumbre tiene “razón de ley”: *Itinerario* IV, 3, pról., n° 3, p. 358.

⁷⁸ *Itinerario* IV, 3, secc. 2, n° 1-2, pp. 360 y ss.

⁷⁹ *Itinerario* IV, 3, secc. 2, n° 4, p. 361: X 4.1.22, C. 8.40.26.

el legado de peculio⁸⁰. Y aquí la vemos utilizada para solventar una duda muy puntual relativa al sacramento de la confesión⁸¹.

El tema de la sección segunda del cuarto tratado (misceláneo) del libro V es la posible nulidad del matrimonio contraído por indios por el solo deseo de la cópula con la mujer e ignorando todo aquello a lo que se obligan⁸². Descolgado de la exposición sobre el matrimonio, el marco dogmático de esta sección se encuentra en el prólogo del tratado sobre aquel sacramento (el noveno del libro III). De dicho prólogo rescatamos la definición del matrimonio del cardenal Francisco de Toledo, que aúna sus dos aspectos de contrato y de sacramento: *est contractus viri et feminae legitimus, quo mutua corporum potestas traditur, gratiae spiritualis collativus*⁸³; y desde luego, íntimamente relacionada con ella, la importancia central de los “consentimientos legítimos” de los contrayentes⁸⁴.

En la referida sección se utiliza fundamentalmente la regla *ignorantis aut errantis nullus est consensus neque voluntas*, que se cita dos veces⁸⁵ y se complementa con aquella otra que dice *error libertatem et consensum auferit*⁸⁶. El desconocimiento de la sustancia del matrimonio, consistente en la “mutua e individua tradición de los cuerpos” y la indisolubilidad del vínculo, anula el contrato *iure naturae*; dado que la voluntad no se mueve hacia lo desconocido, quienes ignoran las obligaciones que nacen del contrato de ningún modo han consentido en ellas. Falta el consentimiento necesario

⁸⁰ AGOSTINHO BARBOSA, *Tractatus varii*, I: *De axiomatibus juris usufrequentioribus*, Lugduni, 1718, p. 130, axioma 219: Tempus: Dig. 33.8.14.

⁸¹ Otra aplicación en *Itinerario V*, 1, secc. 20, n° 3, p. 515, en materia de dispensa de la ilegitimidad para órdenes y beneficios: concedida por bula especial del Papa Pío V al comisario de la Santa Cruzada licencia por seis años para dispensar, no podrá hacerlo después porque *permissum ad tempus, post illum censetur omnino prohibitum*; esta vez, el apoyo se encuentra en Dig. 2.14.17.2 sobre los pactos; amplía considerablemente esta base BARBOSA, *op. cit.*, p. 107, axioma 178: Permissum.

⁸² En el desarrollo de la sección, el razonamiento se extiende al bautismo del indio adulto que lo recibe mal instruido en las obligaciones que resultan de ser cristiano. El problema del consentimiento viciado por error del que trata aquí Peña Montenegro es distinto de aquella otra cuestión de la falta de libertad matrimonial a la que se refiere ANA DE ZABALLA BEASCOECHEA, “El matrimonio indígena antes y después de Trento: del matrimonio prehispánico al matrimonio cristiano en la Nueva España” (*Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2015-10*), pp. 15 y ss.

⁸³ *Itinerario III*, 9, pról., n° 2, p. 230.

⁸⁴ *Ibid.*, n° 4, pp. 230 y ss.; cfr. MANUEL-RIMBAU MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 172 y ss.

⁸⁵ *Itinerario V*, 4, secc. 2, n° 1 y 4, pp. 587 y 588, con la cita de C. 1.18.8 y 9 en el n° 1; vid. BARBOSA, *op. cit.*, p. 70, axioma 113: Ignorantia, Ignorans.

⁸⁶ *Itinerario V*, 4, secc. 2, n° 3, p. 558, con cita de Dig. 2.1.5; vid. BARBOSA, *op. cit.*, p. 49, axioma 82: Error.

para obligarse, por lo que, no habiendo consentimiento, no hay contrato⁸⁷. En principio, la cosa es tan clara que vence el obstáculo que podría representar la regla común y propia del fuero exterior sobre la ignorancia o el error de derecho: *ignorantia iuris non praesumitur*⁸⁸. Sin embargo, distinguiendo dos géneros de obligación en el plano moral⁸⁹ y quedándose con el menos exigente de ellos, Peña se decide en favor de la validez de los matrimonios de los indios, pues, dice, “basta querer ser cristianos y pedir el matrimonio para quedar con las obligaciones que son inseparables del estado”. El indio asume las obligaciones matrimoniales sin tener conocimiento claro y concreto de su contenido; las acepta implícitamente, pero queriendo lo sustancial del sacramento en la medida en que desea este contrato “según ve que lo usan los demás”⁹⁰. No ganan en este caso las *regulae* –por lo menos, no las *regulae iuris*–, sino un argumento de orden teológico-moral que interfiere su curso y desvía la solución en el sentido indicado. En último término, el resultado del razonamiento es un nuevo “ajuste” de la dogmática jurídica a las condiciones peculiares de los indios, en este caso como gente ruda y nueva en la fe⁹¹.

7. Hemos podido ver con qué naturalidad se mezclan conceptos jurídicos y teológicos en las páginas del *Itinerario*; más precisamente, con qué espontaneidad aborda su autor las preocupaciones pastorales de los doctrineros indianos con método que combina elementos propios de la doctrina moral y religiosa de la Iglesia con otros nacidos y desarrollados en la esfera secular del derecho. En esa composición se traduce una cierta unidad de saberes y de procedimientos de análisis que constituye sin duda un rasgo característico de la cultura letrada de la época.

Más allá de esto, también se ha podido ver cómo, en más de una ocasión, el “ajuste” de las “doctrinas comunes” para sacar de ellas “aplicaciones a las cosas particulares de las Indias” –en concreto en relación con las acciones

⁸⁷ *Itinerario* V, 4, secc. 2, n° 1-4, pp. 558 y ss.

⁸⁸ *Ibid.*, n° 3, p. 588.

⁸⁹ Uno en el que “el que se obliga conoce explícita, clara y abiertamente cada cosa de por sí y en particular”; otro en el que desconoce “las cosas singulares a que se obliga”: *Itinerario* V, 4, secc. 2, n° 5, p. 588. Peña toma la distinción de TOMÁS SÁNCHEZ, *Opus morale in praecepta Decalogi sive summa casum conscientiae*, Antuerpiae, 1624, IV, 2, n° 10, p. 431.

⁹⁰ *Itinerario* V, 4, secc. 2, n° 6, p. 589.

⁹¹ Otro curioso ejemplo de utilización de las *regulae iuris* en *Itinerario* III, 6, secc. 7, pp. 193 y ss.: “Si será pecado mortal tomar tabaco antes de comulgar o celebrar”; vid. FRANCISCO CUENA BOY, “Teoría y práctica de la ley. Apuntes sobre tres juristas indianos”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 13, 2006, pp. 24 y ss.

de los naturales, con el propósito último de acreditarlas como “buenas o malas” – resulta en la proposición de una dogmática aplicable a los indios que no siempre está bien fundada ni es siempre del todo justa. Principalmente, me parece, porque se fija en los indígenas no como protagonistas sino como receptores pasivos de la acción pastoral (o jurídico-pastoral), cuando no incluso como la dificultad objetiva que esa pastoral debe vencer. Se da así, una vez más, la acostumbrada paradoja que ensombrece la relación del poder español con esos vasallos libres de la Corona que eran los indios desde tiempos ciertamente tempranos⁹². A saber, una paradoja consistente en la relegación de los naturales en la medida en que se los trata como materia bruta a transformar en su propio beneficio civil y espiritual, meta ésta que parece no alcanzarse nunca mientras por el camino se perpetúa la desigualdad favorable a los españoles. Es posible que este punto de vista estuviera lejos del alcance de un Peña Montenegro sumergido en la realidad histórica concreta en la que le había tocado vivir y en la que no pudo por menos que desenvolverse de acuerdo con su mentalidad, con la formación recibida y con la función desempeñada. De todos modos, aunque no se trata de juzgar intenciones, pienso que es útil destacar esta perspectiva crítica que sí floreció en el ánimo de algunos (pocos o poquísimos) españoles.

Volviendo a los aspectos dogmáticos, el examen de los testamentos de los indios (§ 2) nos ha mostrado una operación de integración analógica cuyas consecuencias no rebasan los límites del derecho, pero también un ejercicio interpretativo que constriñe las palabras legales a su sentido presuntamente literal con el fin inmediato de desfigurar la intención de la ley y con el mediato de establecer una consecuencia situada ya en el plano de la conciencia, fuera así pues del derecho o por encima de él. No es fácil decidir si tal ejercicio interpretativo es ejemplo de continuidad o de lo contrario entre el plano moral y el plano jurídico de la conducta; lo cierto es que en este caso el método jurídico se ordena a la extracción de un resultado que interesa al fuero interior y que, a su vez, ese resultado se expresa con terminología jurídica (obligación natural).

En el tratamiento de las compraventas en que intervienen indios (§ 3) se percibe con nitidez tanto la primacía del fuero interno como la intervención de la dogmática jurídica en el afianzamiento y la concreción de sus exigencias⁹³.

⁹² Vid. BERNARDINO BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1989, pp. 16 y ss.

⁹³ Concepto de compraventa e importancia del consentimiento, presunción de buena fe, *negotiorum gestio* y régimen de responsabilidad, *pretium affectionis*, contrato viciado por *metus*, etc.

Preside las dos primeras secciones la suspicacia hacia los vendedores indígenas, a modo de “principio general” que permite arrollar la dogmática de la compraventa en lo que atañe a la buena fe y sustituirla por otra adaptada a las necesidades espirituales de los compradores españoles. En las dos siguientes secciones impera, no sin contradicción con el enfoque anterior, la idea también general del apocamiento de los indios y la facilidad con que son engañados o amedrentados por los españoles, abriendo espacio a razonamientos y conclusiones poco convincentes en su armazón explícitamente jurídica.

Inicialmente, las cuestiones examinadas en relación con el sacramento del orden (§ 4) ponen de manifiesto un esmerado trabajo analítico dirigido a concretar el alcance material de la incapacidad de los ilegítimos y la consiguiente necesidad de dispensa, resultado que se alcanza por medio de una serie de distinciones⁹⁴. En esta ocasión los indios salen mejor librados aunque no deja de ser llamativo el hecho de que la duda que se refiere a ellos afecte a los que son hijos legítimos. Por lo demás, en la exposición de la dogmática religiosa o teológica de este sacramento no me ha parecido imposible captar el eco lejano de un razonamiento *more iuridico*.

Sin introducción dogmática previa, la sección sobre los indios tamberos (§ 5) presenta como atractivo inicial el intento de asimilar la posición del *caupo* (tambero) a la del depositario a fin de superar la exención de responsabilidad dispuesta en beneficio de aquéllos por real cédula de 1609. Dicho intento es discutible debido a la diferencia, precisamente de orden dogmático, entre la gratuidad del depósito y la onerosidad del *receptum cauponum*. Pasando del fuero exterior al de la conciencia, la aplicación del criterio de la *diligentia quam quis* a una obligación de esta última naturaleza –la del indio tambero por el hurto de la cosa de su cliente– subraya una vez más el potencial discursivo que encierra la explotación de elementos exquisitamente jurídicos e indica por otro lado, igual que otros casos ya vistos, la intensa coloración jurídica de la descripción y el análisis de la esfera de la conciencia.

Potencial y coloración perceptibles asimismo en los pocos casos examinados de utilización de *regulae iuris* (§ 6), uno en relación con el precepto de la confesión anual o en cuaresma y otro relativo a determinada hipótesis de nulidad del matrimonio de los indígenas. Este último presenta la particula-

⁹⁴ En ello podríamos ver un ejemplo de la función de reformulación del derecho propia según NINO, *Introducción*, cit., p. 326, de la dogmática jurídica y que ésta cumple, entre otras maneras, proponiendo precisiones para sus términos y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos.

ridad de conducir, con subsidio de una distinción no jurídica, sino moral, al enésimo “ajuste” de la dogmática jurídica a las “condiciones particulares de las Indias”⁹⁵.

⁹⁵ En este caso no parece cumplirse con plenitud lo que, con base en la doctrina de Zasio, apunta Herberger acerca de una de las contribuciones de las *regulae iuris* a la utilización del derecho: “Die dogmatischen Regeln dienen der Rechtssicherheit, weil sie solange verbindlich sind, wie sie nicht widerlegt wurden” (según Zasio, “regulas iuris tenaciter esse observandas, nisi in contrarium appareat specialis dispositio, esseque pro regula semper pronunciandum, nisi evidentiter constet de contrario”). En el otro, por el contrario, se observa la eficacia de otra de aquellas contribuciones: “die dogmatischen Regeln [können] auch mit Blick auf Einzelfälle den Inhalt der Rechtsordnung festlegen, wenn man sich präziser Ausdrücke bedient”. Vid. HERBERGER, *op. cit.*, p. 225.

EL ESPACIO DE LOS DERECHOS EN EL PENSAMIENTO
TARDOESCOLÁSTICO. UNA PERSPECTIVA IUSHISTORICA

THE SPACE OF THE RIGHTS IN THE LATESCHOLASTIC THOUGHT:
A PERSPECTIVE FROM LEGAL HISTORY

MECCARELLI MASSIMO
Università di Macerata (Italia)
meccarelli@unimc.it

Resumen: El pensamiento tardoescolástico se desarrolla en una fase histórica compleja en la que la universalidad de la *Respublica christiana* se ve cuestionada por dos problemas inéditos y de signo opuesto: el descubrimiento de América abre a la cristiandad un ámbito de expansión hacia un mundo nuevo; la Reforma religiosa en Europa, sin embargo, traza límites en el seno del mundo cristiano. En ese contexto, en el marco especulativo de la Escolástica tardía surge el problema de los regímenes de la tutela jurídica y se explora el nuevo horizonte de los derechos individuales. Este trabajo trata de analizar esta original construcción de los regímenes de tutela jurídica, ya para comprender el espacio jurídico que ésta configura, ya para valorar qué relevancia tiene la cuestión de los derechos en el marco de las estrategias discursivas de la Escolástica tardía en materia jurídica.

Palabras clave: derechos individuales, cohesión social, espacios jurídicos, monismo jurídico, pluralismo jurídico, segunda escolástica.

Abstract: Late-scholastic thought developed in a complex historical phase in which the universality of the *Respublica Christiana* was challenged by two novel problems of opposite sign: the discovery of America opened to Christianity a sphere of expansion towards a new world; the religious Reformation in Europe, however, drew boundaries limits within the Christian world. In the framework of the studies of the late scholastics the problem of legal-protection regimes arises, and the new horizon of individual rights is explored. This article tries to analyze this original construction of legal-protection regimes, and to understand the legal space that it configures, and to assess what relevance the issue of rights has within the framework of the discursive strategies of the late scholastics in legal topics.

Keywords: individual rights, social cohesion, legal spaces, legal monism, legal pluralism, late scholastics.

Sumario: 1. Introducción. 2. El espacio geopolítico de los derechos. 3. El espacio jurídico de los derechos. 4. Una comparación con el enfoque del iusnaturalismo. 5. La teoría de los derechos en el discurso tardo escolástico sobre el derecho.

1. Introducción

Los derechos individuales, en su historia, pueden ser considerados como el resultado de un proceso de creación de espacios jurídicos. Su aparición está relacionada al definirse de un nuevo espacio jurídico de la persona¹, y, al mismo tiempo, con la configuración de un nuevo espacio jurídico para la sociedad, el espacio jurídico estatal, en el que las pertenencias a grupos y cuerpos sociales deja de tener el valor constitucional que tenía anteriormente², y la cohesión social se funda sobre nuevos presupuestos.

Parece plausible, por lo tanto, considerar el “espacio de los derechos” como un problema histórico-jurídico. Con este ensayo³, quiero tener en cuenta dos perfiles espaciales diferentes: uno, jurídico, que se corresponde a las características del espacio que toma forma en el orden jurídico, por medio de los derechos del individuo; el otro, geopolítico, que se corresponde con el problema del espacio político para el cual están destinados los derechos del individuo. Me gustaría mostrar cómo las dos espacialidades a que me refiero, están vinculadas y cómo una permite comprender la otra.

Es un enfoque que nos permite considerar el problema “derechos” desde un ángulo diferente. No se trata de pensar, aunque sería familiar a un jurista, sobre la relación entre *los derechos y la tutela jurídica*, con el fin de verificar la efectividad que la titularidad de los derechos tiene con relación a la protección jurídica concretamente garantizada. Aquí se considera otro campo de tensión: lo que *conecta los derechos* (tanto su ejercicio como su demanda) *con la producción y la renovación de la cohesión social*.

La cuestión adquiere especial relevancia en las primeras teorías –en particular las desarrolladas en el marco la escolástica tardía- que llevan a la idea de los derechos como atributo originario del hombre, independientemente de su lugar en la sociedad.

¹ NOBERTO BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino Einaudi, 1990, pp. 57-62; JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *Sobre el “Espacio” y el “Tiempo” y el “Estado de las personas”*. *Una mirada desde la Historia del Derecho*, en MASSIMO MECCARELLI – MARIA JULIA SOLLA SASTRE (Eds.), *Spatial and Temporal Dimension for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 63-99.

² MAURIZIO FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, en Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari Laterza, 2004, pp. 7-24.

³ Quiero agradecer M. Julia Solla Sastre y Romina Zamora por las oportunidades de discutir sobre el tema y por la revisión del texto en español.

2. El espacio geopolítico de los derechos

El pensamiento tardoescolástico se desarrolló en una fase histórica compleja, en la que la universalidad de la *Respublica christiana* se ve cuestionada por dos problemas inéditos y de signo opuesto: el descubrimiento de América abría a la cristiandad un ámbito de expansión hacia un mundo nuevo; la Reforma religiosa en Europa, sin embargo, trazaba fronteras en el seno del mundo cristiano. En el primer caso nos encontramos frente al problema de cómo contribuir a la “construcción” de un Imperio; en el segundo caso el problema era cómo afrontar la “deconstrucción” o, si se quiere, favorecer la “reconstrucción” de un escenario (jurídico y político) universal para la cristiandad.

La intuición, absolutamente innovadora, sobre la posibilidad de producir protección jurídica mediante el reconocimiento de derechos al individuo como tal, está ligada al problema de imaginar un nuevo espacio político, al mismo tiempo teórico y real: un *espacio* que haga *posible* el desarrollo de formas de convivencia entre comunidades de orígenes muy diferentes, o la revisión de las formas de la cohesión social con el fin de establecer (o restablecer) una unidad espiritual.

El perfil de innovación, en este aspecto, reside en el hecho de que, por medio de la invención de los derechos, resulta posible identificar un núcleo de universalidad jurídica (se incorpora la *universalidad del derecho en los derechos*) en contextos donde faltaban las universalidades de tradición medieval: la *Respublica Christiana*, y el *ius commune*. Además, el hecho de *subjetivar* la universalidad por medio de los derechos, hacía posible crear las condiciones para extender y/o re-establecer la universalidad objetiva, portadora, según la doctrina escolástica, de un orden justo en tanto que de origen divino.

3. El espacio jurídico de los derechos

El núcleo básico de la idea –pienso, en particular en Francisco de Vitoria, aunque no sea una voz aislada–⁴, se contiene, como ya he tenido ocasión de es-

⁴ Véase, por ejemplo, FRANCISCO DE VITORIA, *De indis recenter inventis* (1538), edición crítica por L. Pereña y J.M. Perey Prendes, Madrid, CSIC, 1967, I, sect. III, n. 2, 4–9. Ver también, DOMINGO DE SOTO, *In causa pauperum deliberatio*, Salmanticae, 1545; JOSÉ DE ACOSTA, *De natura novi orbis libri duo et De promulgatione evangelii apud Barbaros sive De procuranda indorum salute*, Libri Sex, Colonia Agrippinae 1596, lib. II, c. XII e XIII; BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *Tractado comprobatorio del imperio*

cribir⁵, en el concepto de *ius communicationis*: un derecho del hombre que consiste en construir relaciones sociales, económicas, políticas y, por lo tanto, también jurídicas; un instrumento operativo a través del cual los hombres dan forma, con el tiempo, a la sociedad en la que viven.

El *Ius communicationis* es propio del hombre como tal, es un derecho cuyo fundamento es, podríamos decir, la ley natural (por medio de la teología)⁶; pero, como todo, el derecho natural pensado en clave tomista se puede apreciar sólo como dispositivo relacional encarnado en la historia, un dispositivo que opera continuamente en los órdenes sociales históricamente existentes, cambiando su estructura.

El *Ius communicationis* es diferente del *appetitus societatis* que se menciona en las doctrinas contractualistas; combinado con su gemelo *ius peregrinandi* es la causa eficiente, el presupuesto *histórico-efectivo* (y no sólo *lógico-abstracto*); es la razón de ser de los órdenes sociales y políticos. El nexo entre cohesión social-derechos, por lo tanto, no es el resultado de un pacto fundacional meramente teórico o de la salida de emergencia desde un estado de naturaleza (entendido *a priori* como teórico); más bien se debe a un proceso real, en el que la realidad social se organiza (o es reconocida), a través de un principio de justicia.

soberano y principado universal que los Reyes de Castilla y Leon tienen sobre las Indias (1553), en *Tratados de Fray Bartolomé de Las Casas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, vol. II, pp. 934-948; LUIS DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, Coloniae Agrippinae 1613, To. I, Tract. I, disp. 105.

⁵ MASSIMO MECCARELLI, “La protección jurídica como tutela de los derechos: reducciones modernas del problema de la dimensión jurídica de la justicia”, *forum historiae iuris*, 5, agosto 2014, <http://www.forhistiur.de/2014-08-meccarelli/>.

⁶ Véase, entre otros, ELKE TIEßLER-MARENDA, *Einwanderung und Asyl bei Hugo Grotius*, Berlín, Duncker & Humblot, 2002; LUIGI NUZZO, *Il linguaggio giuridico della Conquista. Strategie di controllo delle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004; ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004; MASSIMO PANEBIANCO, “*Ius communicationis totius orbis: il riproporsi dello ius gentium fra continuità e novità*”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 19-20, 2005, pp. 403-429; LUCA SCUCCIMARRA, *I confini del mondo: storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, Bologna, il Mulino, 2006; SIMONA LANGELLA, *Le fonti teologiche della dottrina del de bello in Francisco de Vitoria tra medioevo ed età moderna*, en ALDO ANDREA CASSI (a cura di), *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età moderna*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2009, pp. 25-37; ANNABELL S. BRETT, *Changes of State. Nature and the Limits of the City in Early-Modern Natural Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

Los derechos individuales se justifican desde esta perspectiva: son el *motor* de la *cohesión social*, pero al mismo tiempo, para ser tal, sus *condiciones* de viabilidad dependen de la *realidad histórica*.

Consideremos cómo se declinó la idea de *ius dominium*⁷. Para Vitoria, se trataba de un control ejercido por las facultades superiores sobre las inferiores, del alma sobre el cuerpo⁸; esto es lo que marca la diferencia entre el hombre y el animal, es una cualidad humana universal que no es afectada de *defectum fidei*⁹. El *Ius dominium* es de todos; sin embargo, no cuestiona la posible diversidad de las condiciones subjetivas (los indios son hombres, pero también los bárbaros, *habent suo modo usum rationis*, explica Vitoria)¹⁰ y que su atribución se diseñe a partir de las diferencias.

El reconocimiento respecto a los indios del *ius dominium*, por lo tanto, no necesita eliminar las diferencias; su función es otra: permitir incorporar la otredad en el orden, pero el orden se sigue construyendo a partir de las diferencias. Los teólogos escolásticos, en definitiva, desarrollaron la idea de los derechos, preservando una concepción corporativa de la sociedad. Así, si por un lado se exploraba el nuevo horizonte de los derechos individuales, por otro se continuaba con una declinación de conceptos tradicionales, como el *status y privilegium*¹¹.

El perfil del pluralismo también se encuentra en la representación, en estas doctrinas, del espacio constitucional. Para explicar la fenomenología del poder político, estos teólogos recurren, de hecho, a la figura jurídica de la *iurisdictio*¹². Esto significa que la configuración constitucional, que corresponde a la constante renovación de la relación entre los derechos y la cohesión so-

⁷ A este respecto véase SIMONA LANGELLA, “Diritti delle genti e diritti umani in Francisco de Vitoria”, *Civiltà del mediterraneo*, 8-9, 2005-2006, pp. 107-126; PIETRO COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, en MASSIMO MECCARELLI – PAOLO PALCHETTI – CARLO SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 33-35.

⁸ DE VITORIA, *op. cit.*, I, sec. I, n. 3.

⁹ DE VITORIA, *op. cit.*, I, sec. I, n. 4.

¹⁰ DE VITORIA, *op. cit.*, I, sec. I, n. 15.

¹¹ Sólo para dar un ejemplo se vea la amplitud que tiene el concepto *privilegium* en el *index rerum* del tratado de JUAN SOLORZANO PEREIRA, *De indiarum iure, sive de iusta indiarum occidentalium gubernatione*, Matriti, 1639.

¹² MASSIMO MECCARELLI, *Ein Rechtsformat für die Moderne: Lex und Iurisdictio in der spanischen Spätscholastik*, en CHRISTOPH STROHM, HEINRICH DE WALL (Hgs.), *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, pp. 299-308.

cial, es de tipo jurisdiccional, indica un conjunto de poderes, que se organizan como un complejo orden, un orden en el cual cada poder conserva su espacio de autonomía, en la medida en que formaba parte de la estructura y ocupaba la posición que le correspondía¹³. Por consiguiente, el espacio de los derechos está insertado en un espacio constitucional hecho de límites articulados, lábiles y porosos, tanto en el interior, como hacia el exterior.

4. Una comparación con el enfoque del iusnaturalismo

Comparemos la concepción del espacio jurídico, que se puede extraer de la doctrina escolástica tardía, con la del iusnaturalismo. Las diferencias son relevantes. Si típico de Vitoria era el pluralismo, aquí el espacio de los derechos es *monista*. Utilizo el término “monista” para referirme a una configuración jurídica que se organiza desde y alrededor de un único principio ordenador.

En las diversas formas de pensamiento contractualista¹⁴, los derechos individuales, que surgen de *pactum societatis*, también sirven como instrumento para dar forma a la estructura social. Los individuos que generan la sociedad abandonan el estado de naturaleza, que es un estado de igualdad primordial; el *orden se construye a partir de los derechos*¹⁵, ya que son ellos los que garantizan la continuación de una condición de igualdad y, por lo tanto, de conservación del *pactum societatis*.

Los derechos no sirven para permitir la realización de un *principio de justicia (establecer el orden justo)*; por el contrario, permiten *crear un orden como resultado de un principio de libertad*¹⁶. Además, los derechos tienden a promover un tipo único de sujeto jurídico para esta sociedad de individuos.

¹³ FIORAVANTI, *Stato*, cit., pp. 7-13 e 21-24, PIETRO COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 3-65.

¹⁴ ANTONIO MANUEL HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 307-358; MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013, pp. 493 y ss.

¹⁵ COSTA, *Dai diritti naturali*, cit., pp. 44-52.

¹⁶ Ya THOMAS HOBBS, *Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civill*, London, 1651, (texto editado por A.R. Waller, Cambridge, University Press, 1904), I, c. 14, p. 86, habla explícitamente de *right* entendido como condición de la libertad (“liberty to do, or to forbear”) y de *law* como de una *obligation* que “determineth and bindeth” una condición de la libertad.

Para continuar con el tema de la propiedad, es muy diferente la función que realiza la *property* como derecho natural, en John Locke¹⁷, en comparación con el *ius dominium* del que hemos hablado anteriormente. La propiedad, a través de su combinación con el *labour* y la *industry*, marca la frontera entre quién está incluido en la sociedad de derechos y quienes están excluidos¹⁸. Correspondientemente, y aquí atiendo a la dimensión constitucional, dejan de tener importancia los órganos sociales; es un poder unitario (*persona moralis*) lo que caracteriza el orden constitucional naciente por medio del *pactum societatis*. El principio ordenador aquí no es la *iurisdictio* que permite reconocer la pluralidad de poderes, sino el principio de la soberanía, que en cambio afirma el carácter original y absoluto, la singularidad de poder político, y evita reconocer articulaciones internas como constitucionalmente autónomas¹⁹. Las páginas en las que Rousseau nos muestra el carácter indivisible del pueblo soberano son ejemplares²⁰. En ese orden jurídico, la cohesión social se hace solamente por individuos (los ciudadanos políticamente activos). No hay poder, articulación social que pueda complicar la soberanía perfecta representada por el pueblo soberano. Es lo que se proclama en el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²¹.

Esta línea suelda en *clave monística* derechos y cohesión social, en nombre de una igualdad formal. También conecta la cuestión de la protección jurídica con el ejercicio de la soberanía estatal. La diferencia entre iusnaturalismo y tardoescolástica en este punto me parece decisiva.

Es, sin embargo, una línea que, a pesar de los grandes cambios sobre las cuestiones de derechos, en buena medida ha persistido y sigue siendo hoy la clave en que pensamos los derechos.

¹⁷ JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government* (1698). Critical edition by Peter Laslett, Cambridge 1963, libro 2, c. V, 30-42.

¹⁸ COSTA, *Dai diritti naturali*, cit., pp. 36-44.

¹⁹ MAURIZIO FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, il Mulino, Bologna, 2004, pp. 47-68; COSTA, *Civitas*, cit., pp. 66-160; MICHAEL STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania. 1. Pubblicistica dell'Impero e scienza della polizia*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 194-215; PAOLO GROSSI, "Modernità politica e ordine giuridico", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, 1998, pp. 13-39.

²⁰ JEAN J. ROUSSEAU, *Du Contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762, lib. I, c. VI-VII, lib. II, c. I-II, lib. III, c. XV.

²¹ "Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut l'exercer d'autorité qui n'en émane expressément". Art. 3 *Declaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789*.

5. La teoría de los derechos en el discurso tardo escolástico sobre el derecho

Quería comparar estos dos enfoques para poner de relieve que el origen de la historia de los derechos está lejos de ser uniforme y homogéneo. Esto sin negar los trasiegos conceptuales de la escolástica tardía en tendencias del pensamiento de la edad moderna. El hecho es que esta apropiación conceptual se ha realizado a través un cambio de paradigma en la manera de pensar los derechos: se pasó así de un marco plural a un marco monista.

Se estableció una concepción diferente de la tutela jurídica: la idea emana de *distinguir los derechos de la persona*, de unificar la condición subjetiva, pretendiendo ofrecer así una *plenitud de la previsión* de tutela. Durante la Escolástica tardía, se continuaba pensando a partir de una concepción de la protección jurídica, que se realiza para *distinguir las personas*, construir y multiplicar las condiciones subjetivas, pretendiendo ofrecer una *plenitud de efectividad* de tutela.

Se podría investigar más sobre esta originalidad de la escolástica tardía. Por ejemplo, se podría considerar un perfil “espacial”, lo que nos explicaría la imbricación del *discurso sobre los derechos en el discurso jurídico* más general que estos teólogos intentaban desarrollar.

Se trata de indagar, pues, el “espacio del derecho” en un pensamiento que no quiere ser eminentemente jurídico, para comprender mejor el “espacio de los derechos”. Por eso sería útil abrir dos campos de investigación más: uno sobre las clasificaciones de la normatividad (es. *ius divinum/humanum*, *ius civile/ius gentium*, *ius civile/ius ecclesiasticum*, ecc.); otro sobre las reglas y los procesos para instaurar y legitimar nuevos órdenes jurídicos y organizativos de las formas de gobierno.

Es un problema complejo y extenso, que, por supuesto, no se puede desarrollar aquí; pero creo que sería importante que, desde la vertiente de los estudios jurídicos, se realicen investigaciones sobre estos aspectos, digamos, *instrumentales* del derecho en relación con la teoría de los derechos del hombre. Las ideas y los conceptos sólo toman forma y se afirman en virtud de una funcionalidad respecto a elementos contextuales (jurídicos y también de otra naturaleza), que al mismo tiempo constituyen su razón de ser.

A través de la historia del derecho se pueden reconstruir los perfiles de precomprensión de los procesos de conceptualización; es decir el marco teórico de los *vínculos de sostenibilidad de los derechos*, vínculos de los que dependía (y desde un punto de vista teórico general depende) su razón de ser.

Esto casi invirtiendo una actitud historiográfica que, en materia de derechos, tiende a buscar la performatividad de la idea en el tiempo.

Me parece útil y oportuno intentar un cambio de actitud sobre esta materia, porque esto permite historicizar más la experiencia y comprender más a fondo los procesos de circulación de las ideas; pero no se trata sólo de eso. El problema es importante también para el debate actual sobre los derechos. Hoy, de hecho, vivimos una fase compleja en la que los derechos humanos y fundamentales están en crisis ²²; y en la que se debate mucho sobre la aptitud de estos como verdaderos instrumentos de protección jurídica.

Ciertamente, no estoy sosteniendo que la tardoescolástica sea buena para ofrecer soluciones o modelos para los problemas actuales. Esto sería imposible y no tiene ningún sentido siquiera imaginárselo. Sin embargo, tomar conciencia de lo que fue el espacio de los derechos en las experiencias del pensamiento originarias, adquirir mayor conocimiento del marco, las circunstancias y las condiciones en que esta teoría cobró su forma, también significa ayudar a comprender los límites de la perspectiva de sentido de algunos conceptos. Y esto me parece algo útil y oportuno tratándose, como se trata, de buscar soluciones originales para problemas inéditos.

²² Entre otros véase MECCARELLI, PALCHETTI, SOTIS, *op. cit.*, pp. 9-24 y también MASSIMO MECCARELLI (a cura di), *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2016.

INFLUENCIA PENINSULAR EN LAS CONSUETAS INDIANAS

PENINSULAR INFLUENCE OVER INDIGENOUS *CONSUETAS*

ANA MARÍA MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ
Universidad del Salvador - IIHDI (Argentina)

marsan@arnet.com.ar

Resumen: La necesidad de organizar las catedrales en América, tanto en lo referido a la constitución del Cabildo Eclesiástico –cargos, oficios y funciones– cuanto en el aspecto ritual, requirió que los obispos legislaran al respecto.

Los textos de las consuetas españolas (siglos XVI a XVIII) influyeron en la redacción de las indianas, en especial las que se redactaron acorde con lo ordenado en Trento, de uno y otro lado del Atlántico.

Dos casos sirven de ejemplo: la consuetud del Tucumán, redactada por Julián de Cortázar en 1620 para la catedral de Santiago del Estero, inspirada en la de Santo Domingo de la Calzada, y la de México (que se aplicó en toda su provincia) de 1585, en cuyas citas se remite a las consuetas de Sevilla, Granada y Santiago de Compostela, además de a concilios americanos y españoles y a autores de doctrina.

Palabras clave: consuetud, estatutos, España, Indias, catedral, cabildo eclesiástico.

Abstract: The need to organize the cathedrals in the Americas, regarding both the constitution of the ecclesiastic council –positions, trades and functions– and the ritual aspect, required the bishops to legislate in this regard.

The texts of the Spanish *consuetas* (16th to 18th centuries) influenced the drafting of the Indies, especially those outlined in agreement to what was ordered in Trento, on both sides of the Atlantic.

Two cases serve as examples: the *consuetud* of the Tucumán, drafted by Julian de Cortázar in 1620 for the Cathedral of Santiago del Estero, inspired by that of Santo Domingo de la Calzada, and the one of Mexico (applied in all its provinces) of 1585, in whose quotations the *consuetas* of Sevilla, Granada and Santiago de Compostela are referred to, apart from the American and Spanish councils, and authors of doctrine.

Keywords: *consuetud*, statutes, Spain, indigenous peoples, cathedral, ecclesiastical councils.

Sumario: Introducción. 1. El momento histórico y su contexto. 2. Diócesis indianas, catedrales indianas. 3. Las consuetas o estatutos. 4. La consuetud, estatutos o reglas para el Tucumán. 5. Estatutos mexicanos. A modo de reflexión. Bibliografía. Fuentes.

Introducción

Los textos de las consuetas españolas, escritos entre los siglos XVI y XVIII, influyeron en la redacción de sus contemporáneas indianas hasta entrado el siglo XIX¹. El hallazgo y estudio de estos textos normativos es complejo, por su dispersión y porque algunos se conservan sólo manuscritos y otros fueron publicados con bastante posterioridad a su origen, lo que lleva a rehacer el ciclo vital que siguieron hasta su impresión, con modificaciones, ora previstas, ora ocasionales. Algunos de los impresos remiten a consuetas anteriores, extraviadas, con lo que es laborioso identificar la cita de la americana en la peninsular que sirvió de fuente.

Estudiamos, en esta ocasión, las consuetas de las catedrales del Tucumán y México, elegidas por representar dos extremos del territorio americano, en las últimas décadas del siglo XVI y primeras del XVII.

1. El momento histórico y su contexto

Desde el descubrimiento de América y, especialmente, luego de las Bulas pontificias que otorgaron el Patronato regio a los monarcas españoles, se consideró legítima la posesión de los nuevos territorios, al aplicar la doctrina teocrática en un momento en que, tras la caída del Imperio romano, el Pontificado podía asegurar la unidad de Europa².

¹ Partimos de que es conocido el concepto de consuetas, llamadas también estatutos o reglas, pero lo reiteramos aquí sucintamente: cuerpo normativo que regulaba el Capítulo o Cabildo Eclesiástico, en relación a los cargos, funciones y retribuciones de quienes lo integraban, además de organizar las actividades del coro, el altar y las procesiones. ANA MARÍA MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, “Las consuetas del Obispado del Tucumán”, *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, n° 28, Valparaíso, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), 2006, pp. 493 y 494. CARLOS OVIEDO CAVADA, “Las Consuetas de las Catedrales de Chile, 1689 y 1744”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 12, Santiago de Chile, Centro de Investigaciones de Historia del Derecho, Universidad de Chile, 1986, p. 129.

² ALBERTO DE LA HERA, “El Regio Patronato Indiano y la planificación de la labor evangelizadora por Fernando el Católico”, *Congreso de Historia del Descubrimiento*, tomo IV, Madrid, Real Academia de la Historia, 1992, pp. 502 y 503. Se aplicó una tesis teológico-jurídica que trató de fundamentar en la voluntad divina el poder universal del Papa en lo temporal, confundiendo los teólogos y juristas, la potestad eclesiástica, que era algo coyuntural, con un providencialismo permanente. Cf. PAULINO CASTAÑEDA DELGADO, *La teocracia Pontificia y la conquista de América*, Vitoria, ESET, 1968, p.

El Patronato permitió al Rey organizar las diócesis al proponer los sujetos que la conformarían jerárquicamente: obispos, canónigos y párrocos, a los que el Papa luego designaba³. El Pontífice creó de modo directo –sin atender al derecho de Patronato– las tres primeras en la isla La Española (hoy Santo Domingo), mediante la Bula *Illius fulciti præcidio* (15 de noviembre de 1504): la metropolitana de Yaguata y las sufragáneas de Magua y Baynúa⁴. Con esa bula se vulneró el derecho regio otorgado que, obviamente, reclamó el monarca, basado en tres puntos: presentación de candidatos (aspecto esencial del Patronato), cobro de los diezmos y potestad para fijar el límite de las diócesis.

Con la Bula *Universalis Esclésiæ* (1508) se ratificaron los términos del Patronato real y con la *Eximiæ devotionis affectus* (1510) la percepción decimal, con obligación de utilizar esos fondos para la construcción de iglesias y atender a su respectiva dotación. Para el tercer problema, establecer el ámbito de las jurisdicciones, nunca existió una bula especial, pero el Rey, con conocimiento de la geografía americana a través de sus funcionarios y, sobre todo, de los científicos naturalistas estudiosos de ella, pudo lograr que el Papa confiara en la Corona para sugerir las delimitaciones.

El aspecto primordial fue que se mantuvo el derecho de Presentación –el monarca proponía al Pontífice los posibles candidatos para cubrir los cargos eclesiásticos y éste elegía y designaba a quien creía conveniente para desarrollar cada función–.

En el caso de los obispos el procedimiento era el siguiente:

1. Propuesta del Consejo de Indias.
2. Nombramiento real.
3. Presentación al Pontífice.
4. Real Cédula de ruego y encargo para el gobierno de la diócesis.
5. Provisión canónica en consistorio secreto.
6. Bulas pontificias.
7. Ejecutoriales.

251. Antecedentes del patronato fueron las bulas *Romanus Pontifex* (1455) e *Inter cætera* (1456), concretado con las bulas Alejandrinas (1493).

³ Bula *Eximiæ Devotionis* (1493). La figura jurídica del Patronato ya había sido aplicada en Canarias, la costa de África y el Reino de Granada.

⁴ DE LA HERA, “El Regio Patronato”, cit., p. 519.

Las fechas destacadas en este proceso para el estudio de la cronología diocesana y de cada prelado, son: la Real Cédula, donde el Rey proponía al Pontífice el candidato para recabar la provisión canónica; la Provisión canónica, que confería la investidura (de hecho, la más importante); y las Ejecutoriales, por las que el Rey en vista de las bulas ya concedidas, otorgaba la posesión del obispado⁵.

En este contexto se redactaron en Indias las consuetas o estatutos de las catedrales, con influencia directa de las españolas y destacado protagonismo de los obispos locales.

2. Diócesis indianas, catedrales indianas

Erigir las diócesis permitía delimitar los territorios con determinadas características geográficas, relacionadas a veces con las divisiones civiles. Las primeras diócesis, ya mencionadas, se transformaron por la Bula *Romanus Pontifex illius* (1511) en las de Santo Domingo -metropolitana-, Concepción de la Vega y Puerto Rico, todas sufragáneas de la arquidiócesis de Sevilla. El primer obispo en tierra de La Española, fue fray García de Padilla, franciscano observante, quien ocupó la sede Primada de América entre 1511 y 1515.

En 1546 existían veinte diócesis dependientes de la Hispalense, año en que por la Bula del Papa Pablo III *Super Universas orbis ecclesias*, fueron erigidas las arquidiócesis de Santo Domingo, México y Lima, sujetándose las demás a estas tres provincias eclesiásticas, cada una con su correspondiente catedral⁶.

Los obispos, al llegar a los nuevos destinos americanos, realizaban un considerable esfuerzo para adaptar la realidad con la que se encontraban a

⁵ CAYETANO BRUNO, "Cronología de los obispos del Río de la Plata y Tucumán (Dominación española)", en *Archivum*, tomo 5, Buenos Aires, Junta de Historia Eclesiástica Argentina, 1961, p. 165.

⁶ ALBERTO DE LA HERA, "Las primera diócesis americanas", *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, Veracruz-México, Escuela Libre de Derecho-UNAM, 1995, p. 587. En 1546 existían en las Indias españolas las siguientes diócesis: Santo Domingo, Concepción de la Vega -con el mismo obispo de Santo Domingo-, San Juan de Puerto Rico, Abadía *nullius* de Jamaica -con el mismo obispo de Santiago de Cuba- (1515), Santiago de Cuba (1518), Panamá (1519), Puebla de los Ángeles (1525), México (1530), Santa Ana de Coro -Venezuela- (1531), León -Nicaragua- (1534), Santa Marta -Colombia- (1534), Cartagena de Indias (1534), Santiago de Guatemala (1534), Antequera u Oaxaca (1535), Michoacán (1536), Cuzco (1537), Comayagua -Honduras- (1539), Chiapas (1539), Lima o Ciudad de Los Reyes (1541) y Quito (1545).

la normativa canónica y a la costumbre ancestral de la Iglesia, a la que se sumaban los usos del lugar donde residirían. Por un lado, debían constituir el Cabildo Eclesiástico –con sus cargos, oficios y funciones–, y, por otro, atender el aspecto ritual del ámbito catedralicio, ya que las nuevas sedes estaban desprovistas, no sólo de un lugar físico acorde al rango de un templo de esa jerarquía, sino también del aparato legal y litúrgico necesario para su funcionamiento y, por supuesto, de los canónigos y oficiales necesarios para las funciones de Coro y Altar.

El escenario de algunas zonas fue complicado por dos causas: la pobreza del territorio que, por la escasa retribución que se podía obtener, no motivaba a que se presentaran postulantes a los concursos de los cargos capitulares estipulados en las cédulas de erección, y la extensión de las jurisdicciones, que dificultaba el conocimiento y la atención particular del obispo, como lo requería la legislación canónica, especialmente luego de Trento⁷. Este Concilio había especificado la obligación del obispo en cuanto a la visita pastoral, apenas arribados a la sede y luego regularmente, con el objeto de administrar sacramentos –en especial el matrimonio y la confirmación– y conocer la realidad del territorio a su cargo. Esta tarea les llevaba años de dificultosas travesías, tiempo que dejaba a la ciudad cabecera de la diócesis sin su asistencia personal, a lo cual se sumaban los períodos de sede vacante que se producían entre la finalización de un mandato y la asunción del sucesor⁸. El Cabildo era en esos casos de esencial importancia porque ejercía la jurisdicción en ausencia del Prelado. En algunas ocasiones se designaba Provisor para la sede vacante⁹.

⁷ *Concilio de Trento*, Sess. XXIV, cap. III, pedía a los obispos la visita anual de la diócesis y, si no era posible por la extensión, que por lo menos lo hicieran en su mayor parte, de modo que por sí o por sus visitadores, cada dos años se hiciese. La realidad no les permitió ni cumplir con esta licencia, pues demoraban más de dos años en recorrer parcialmente sus inconmensurables extensiones.

⁸ *Concilio de Trento*, Sess. XXIV, cap. III: *Cómo han de hacer los Obispos la visita*. MÓNICA P. MARTINI, “Perfil jurídico de la visita pastoral. Aportes a su aplicación dentro del actual territorio argentino, *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, tomo II, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, p. 267.

⁹ Para el caso de la diócesis del Tucumán, consultar NELSON C. DELLAFERRERA, “Los provisores de Córdoba”, *Cuadernos de Historia*, n° 6, Córdoba, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas “Roberto I. Peña”-Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1996, pp. 69-119.

Oportunamente estudiamos y publicamos las fuentes a las que clásicamente recurrieron las consuetas y destacamos, dentro del derecho canónico universal, el *Concilio de Trento*, en especial la Sess. XXIV, capítulo XII, del *Decreto sobre la Reforma*, titulado “Cuales deban ser los que se promuevan a las dignidades y canonicatos de las iglesias catedrales; y qué deban hacer los promovidos”, que establecía los oficios y obligaciones de quienes componían el Capítulo catedralicio, como también los requisitos para poder integrarlo y las cuestiones de disciplina, además de ser el capítulo que ordenaba que los sínodos provinciales redactaran las consuetas de acuerdo a sus peculiaridades¹⁰.

En cuanto a la legislación real, se citaban las Leyes de Indias, en los puntos relacionados con el ejercicio del Patronato regio, en especial en las consuetas originales de los siglos XVII y XVIII, a lo que se sumaban los Padres de la Iglesia y autores de doctrina como Solórzano y Covarrubias, entre otros¹¹.

Las fuentes particulares que se indican en las consuetas, corresponden al derecho canónico indiano local, es decir los Concilios Provinciales y Sínodos Diocesanos propios de cada lugar¹². Estas reuniones no fueron uniformes para todos los ámbitos geográficos, ni en su regularidad ni en su contenido, por lo matizado de cada territorio. Las distancias y características de accesibilidad de las diferentes ciudades que convocaban a un concilio o a un sínodo, determinó que no se pudiera cumplir con la periodicidad ordenada en

¹⁰ MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, “Las consuetas del obispado”, cit., p. 495. ANA MARÍA MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, “Fuentes de Archivo para el estudio del Derecho Canónico Indiano Local”, *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, n° 30, Valparaíso, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), 2008, p. 492. En ese capítulo se citan como antecedentes, la constitución de Alejandro III promulgada en el Concilio de Letrán, *Cum in cunctis*, referida a las condiciones necesarias para ser dignidad, y el decreto de Bonifacio VIII, *Consuetudinem*, que aludía a la asistencia a las horas canónicas.

¹¹ *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, lib. I, tít. VI: “Del Patronazgo Real de las Indias”; tít. XI “De las dignidades y prebendados de las iglesias metropolitanas y catedrales de la Indias”, ley 8 y ss. Por esta ley, tanto los prelados como virreyes, presidentes y gobernadores debían avisar qué número de prebendados servían en las iglesias, cuántos faltaban y por qué causa, como también los que habían muerto, para que el rey proveyera lo más conveniente, según las normas dadas por Felipe II, en la *Ordenanza del Patronazgo*, en Madrid el 15 de junio de 1574 y Felipe IV, también en Madrid, el 26 de agosto de 1625.

¹² *Concilio de Trento*, Sess. XXIV, cap. II: estableció que los sínodos fueran anuales y los concilios cada tres años, “con el fin de arreglar las costumbres, corregir los excesos., ajustar las controversias, y otros puntos permitidos por los sagrados cánones”.

Trento¹³. A ellos se suman en las referencias otros concilios locales españoles, como los de Toledo y Compostela, y los de Milán¹⁴.

Un documento fundante era el Decreto de Ejecución de la Erección de los obispados, porque en ellos se detallaba el modo de constituir el Cabildo de su catedral. En muchos casos, mientras no se redactaban las consuetas o estatutos propios, esos decretos fueron los que permitieron regular sobre las prebendas y los otros oficios, adjudicarles las funciones que les correspondían y penarlos por las faltas que podían cometer¹⁵. Es el caso de la catedral de Cuzco que se rigió por él entre 1537 y 1783 -dos siglos y medio-, momento éste en que recién el Obispo Juan Manuel de Moscoso y Peralta, redactó su consuetas, luego del Concilio Provincial que se había celebrado en la Plata en 1774. Conviene recordar que aquel Concilio dio, como uno de sus frutos, una *Regla Consueta* (1778), de la que derivaron las adaptaciones que realizó el obispo Moscoso en su *Regla consuetas o Instituciones eclesiásticas de la Santa Iglesia Cathedral del Cuzco en el Perú*, como también la de Ángel Mariano Moscoso de 1802 para la diócesis del Tucumán con sede en Córdoba. En este caso la denominó “Restricciones”, practicadas al texto primitivo por él y su Cabildo Eclesiástico¹⁶.

Existió, pues, una cadena de productos legislativos que se iniciaba con el Decreto de Erección de una diócesis y, una vez provista, continuaba con los sínodos y/o concilios en los cuales se solían redactar las consuetas y los

¹³ Para conocer este aspecto ver la nómina publicada en NELSON C. DELLAFERREIRA y MÓNICA P. MARTINI, *Temática de las constituciones sinodales indianas (s. XVI-XVIII)*. Arquidiócesis de la Plata, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2002, p. 13. La lista incluye los celebrados en América entre 1534 y 1795, y muestra la irregularidad enunciada, pp.15 a 18.

¹⁴ *Concilio de Milán I a V*, por ejemplo, en los Estatutos dados para México en el *IIIº Concilio Mexicano* celebrado en 1585.

¹⁵ El Decreto para la Santa Iglesia del Tucumán, en JOSÉ MARÍA ARANCIBIA y NELSON C. DELLAFERREIRA, *Los sínodos del antiguo Tucumán*, Buenos Aires, teología, 1979, pp. 273-287; el de la iglesia catedral de México en *Estatutos ordenados por el Santo Concilio III provincial Mexicano*, México Tip. Vicente G. Torres, 1859, pp. VIII-XLI.

¹⁶ Un ejemplar de la primera se encuentra en la Biblioteca Arzobispal de Granada y puede consultarse en línea en la John Carter Brown Library, mientras que la segunda se halla en el ARCHIVO DEL ARZOBISPADO DE CÓRDOBA (en adelante AAC), *Cabildo Eclesiástico. Estatutos*. Carpeta 1. Cf. ANA MARÍA MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, “Las consuetas de las catedrales de Santiago del Estero y Córdoba en los siglos XVII y XVIII”, en *Actas y Estudios del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, tomo II, San Juan de Puerto Rico, 2003, *passim*.

aranceles eclesiásticos¹⁷. Esencial para llegar al final de ese proceso, era la visita del obispo a la jurisdicción –ya mencionada–, porque en ella se palpaba la realidad en aspectos eclesiásticos y sociales, lo que desembocaba en las convocatorias a las reuniones diocesanas o provinciales. A estas acciones se agregaba la visita a la propia catedral, que siempre daba resultados observables para mejorar su funcionamiento como tal.

Las disposiciones correctivas de los sínodos, adaptaban a un ámbito local las líneas generales trazadas en los concilios provinciales en relación a los problemas concretos que se conocían por la experiencia directa del obispo o sus delegados, además de los testigos sinodales¹⁸.

Todos estos mecanismos ayudaron a consolidar la Iglesia en América y, en especial, a marcar las conductas, tanto de la jerarquía eclesiástica y los miembros de las órdenes regulares, como de los fieles en general, con relación a su cotidiana vida espiritual y social.

3. Las consuetas o estatutos

Las dignidades de las iglesias catedrales tenían por finalidad conservar y aumentar la disciplina eclesiástica, al servir de ejemplo y apoyo a la tarea de los obispos.

Las consuetas se redactaron como resultado de una instancia conciliar –v.gr. Concilio de la Plata de 1778, que dio origen a la consuetas de Juan Manuel de Moscoso y Peralta (Cuzco, 1783) y Ángel Mariano Moscoso Pérez de

¹⁷ Sobre Aranceles, que en ocasiones fueron compuestos con las consuetas, Cf. ANA MARÍA MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, “Aranceles eclesiásticos en el Alto Perú. Norma jurídica y vida cotidiana”, *Anuario Boliviano de Historia del Derecho*, vol. I, N° 1, Sucre, Sociedad Boliviana de Historia del Derecho, 2013, pp. 205-232; “El arancel eclesiástico en Cuyo”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 36 [2008], Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 2009, pp. 181-227; “Conflictos en torno a la aplicación del Arancel Eclesiástico en Córdoba del Tucumán”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 26, [1998]. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1999, pp. 277-295 y “El arancel eclesiástico en el Obispado del Tucumán”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 25, [1997] Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1998, pp. 391-410.

¹⁸ Los testigos sinodales eran los curas párrocos y los visitadores, quienes debían “inquirir cosas dignas y útiles necesarias de corregir y enmendarse y reformarse”, con obligación de presentar todo ello en los sínodos. MÓNICA P. MARTINI, “Los sínodos de Toribio de Mogrovejo (1582-1604). Entre la legislación conciliar y la realidad indiana”, *Actas y Estudios del IX Congreso Internacional del Instituto de Historia del Derecho Indiano*, tomo 2, Madrid, CSIC, p. 470. DELLAFERRERA y MARTINI, *Temática de las constituciones*, cit., p. 13.

Oblitas (Tucumán, 1802)–; Sinodal, como la de Toribio de Mogrovejo de 1593, luego del Sínodo de Lima de 1592; o visita pastoral y de la catedral, como sucedió con el tercer obispo del Tucumán, Julián de Cortázar (1620)¹⁹.

En ocasiones se copiaban las reglas antiguas en el texto de un sínodo posterior, como sucedió en las sinodales de Bartolomé Lobo Guerrero (Lima, 1613), donde se incluyó la Consueta dada por su antecesor Mogrovejo²⁰. Cabe acotar, además, que también se hicieron copias de las consuetas limeñas sin que mediara ninguna reunión especial, como las de 1669 y 1779 en castellano y las impresas en latín de 1673 y 1775, en la que se basó el estudio de Mario Grignani²¹.

Existió, como es claro, una vía correctiva que funcionó en dos direcciones para la producción de estos textos normativos; una, la de realizar la visita a la jurisdicción o a la catedral y sus libros, para detectar las falencias y legislar posteriormente para evitarlas, y otra, la de conocer los Concilios y Sínodos vigentes para poder modificar *in situ* aquello que encontraban enmendable²².

Los aspectos principales que movieron a la redacción de las consuetas, fueron:

1. Necesidad de organizar cada sede, basándose en la erección del obispado y consuetas antecedentes, especialmente españolas en los primeros años de la instalación de la Iglesia en América y luego las indianas en general, y las propias de cada lugar, cuando existían.
2. Requerimientos de disciplina interna, referidos a las obligaciones y derechos de Coro y Altar de quienes constituían el Cabildo catedralicio.
3. Exigencias de un ceremonial general y particular, conforme al ciclo litúrgico y a las fiestas propias de cada jurisdicción, pues se consideraba que el rito excitaba el espíritu y ello conducía a la contemplación de las cosas divinas, como también su transgresión u olvido desencadenaba sucesos adversos en la comunidad²³. Un punto de esta organización era la adjudicación de sermones que se fijaban en la tabla de la sacristía.

¹⁹ Existen otros ejemplos para toda América.

²⁰ MARIO GRIGNANI, *La Regla Consueta de Santo Toribio de Mogrovejo y la primera organización de la Iglesia americana*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2009, p. 237.

²¹ *Ibidem*, p. 157.

²² EMILIO LISSON CHAVES (dir.), *Colección de documentos para la Historia de la Iglesia en el Perú*, vol. 3 n° 13, Sevilla, 1945, punto 7: “Forma e instrucción de visitar que el Santo Concilio Provincial manda guarda a todos los visitadores ahora sean obispos, ahora los que por comisión van a visitar siendo legítimamente impedidos, Los Reyes, 7 de agosto de 1583”.

²³ *Estatutos ordenados por el Santo Concilio III provincial Mexicano*, p. IV. En página XLII comienzan los estatutos, luego de incluir el Decreto de Erección.

4. Consolidar la figura del Prelado, ante los eclesiásticos, religiosos y el pueblo en general.
5. Otorgar jerarquía a la nueva sede y sostenerla a través del tiempo.

4. La consuetud, estatutos o reglas para el Tucumán

El primer obispo del Tucumán, Francisco de Victoria erigió canónicamente la diócesis desde el Monasterio de Nuestra Señora de los Ángeles de Sevilla en 1578, y en ese documento indicó cómo debía organizarse su catedral²⁴. El minucioso texto no oculta su inspiración en los estatutos y costumbres de la catedral Hispalense. Concedor de su ritual y del *Libro de la Regla Vieja*, por la que se guiaba esa corporación –escrita en latín– y el *Libro blanco*²⁵, en dos oportunidades refiere a la costumbre y estilo de la sede sevillana, en los puntos 26 y 28, al determinar el modo de realizar los oficios²⁶ y la frecuencia de las misas que se habían de decir diariamente o en ocasiones extraordinarias²⁷.

²⁴ Por la Bula de Pío V, *Super specula* del 14 de mayo de 1570, había sido erigida la diócesis del Tucumán. ARCHIVO GENERAL DE INDIAS (en adelante AGI), *Buenos Aires*, leg. 603. ERNESTO MUÑOZ MORALEDA, *Francisco de Victoria. Primer Obispo y promotor del Tucumán*, Buenos Aires, Junta de Historia Eclesiástica Argentina, 1998, p. 17.

²⁵ JUAN RUIZ JIMÉNEZ, “The *Libro de la Regla Vieja* of the Cathedral of Seville as a Musicological Source”, en KATHLEEN NELSON, *Cathedral, City and Cloister: Essays on Manuscripts, Music and Art In Old and New Worlds*, Ottawa, The Institute of Mediaeval Music, 2011, p. 250. Tiene la *Regla Vieja* 43 estatutos sobre el funcionamiento del Coro, que ordenó el Cardenal Pedro González de Mendoza. DIEGO BELMONTE FERNÁNDEZ, “Borradores, originales, copias y recopilaciones: los libros de estatutos del cabildo catedralicio sevillano”, *Historia. Instituciones. Documentos*, n.º 41, Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2014, pp. 45 y 65. Hubo un desordenado conjunto de reglas para la catedral hispalense, hasta la caída del Antiguo Régimen. *Estatutos y constituciones de la Santa Iglesia de Sevilla* que se compendiaron en 1608 y se imprimieron en 1610 y 1657 y *Regla del Coro y Cabildo de la Iglesia Metropolitana de Sevilla y Memoria de las procesiones y manuales que son a cargo de los señores Deán y Cabildo de ella*, 1658. Esta impresión remite en los márgenes al *Libro blanco*.

²⁶ Punto 26: “Ordenamos asimismo que el oficio diurno al igual que el nocturno, tanto en la Misa como en las Horas, se haga y se diga siempre según la costumbre de la Iglesia de Sevilla y en el canto se adopte siempre el uso de la Iglesia de Sevilla”. ARANCIBIA y DELLAFERRERA, *op.cit.*, p. 283.

²⁷ Punto 28: “la segunda misa de la fiesta o feria [al comienzo de este artículo ya ha especificado cuando se dirá misa solemne y cuando las cotidianas, primeros viernes, sábado en honor de la Virgen, etc.] que ocurriere se celebrará a la hora de tercia, según el estilo de la Iglesia de Sevilla [...]”. ARANCIBIA y DELLAFERRERA, *op. cit.*, p. 285.

En el punto 32, al referirse a quiénes debían cubrir los cargos vacantes y cómo debían merecerlos, remite a la costumbre establecida en Palencia, una diócesis de tradición litúrgica romana desde el siglo XI²⁸.

La primera consuetud especialment redactada para la catedral de Santiago del Estero como cabeza del obispado del Tucumán, se debe a su tercer obispo, Julián de Cortázar quien lo asumió luego de haber sido Canónigo Magistral en la catedral de Santo Domingo de la Calzada, diócesis de Calahorra y la Calzada (La Rioja española) en el Camino de Santiago²⁹.

El Cabildo Eclesiástico de Santiago del Estero –compuesto en aquel momento sólo por el Deán y el Tesorero, por la escasez de las rentas que ya mencionamos– envió en 1618 una carta al Rey, donde ensalzaba el proceder de Cortázar en relación a la reformatión de costumbres de sus súbditos, destacando que determinó que se cantaran las Horas Canónicas en la iglesia, lo que hasta entonces nunca se había hecho ya que, al ser poco el beneficio que podía recibir era difícil exigir esa obligación, por lo cual la iglesia no parecía una catedral³⁰. Este testimonio da cuenta de que, antes de redactar los estatutos, Cortázar ya había puesto algún orden entre los pocos integrantes del Coro. Tras realizar la visita de la diócesis –pasando, entre otras ciudades y villas, por Córdoba, La Rioja, Londres, Talavera, Tucumán, Santiago del Estero, Salta y Jujuy–, redactó los capítulos para el monasterio de Santa Catalina de Sena de Córdoba (1619) y los estatutos catedralicios (1620), en conformidad con lo que disponía el concilio tridentino.

Los estatutos o consuetud estuvieron inspirados en los de la iglesia catedral de Santo Domingo de la Calzada, según él mismo lo afirmó, sobre todo en cuanto al orden de los sermones, dando razón de las ceremonias que se debían guardar, en el Coro y en el Altar³¹. Los firmó en Córdoba a 13 de mayo de

²⁸ Se refiere a los “hijos patrimoniales” de los habitantes que llegaron a la provincia de Tucumán desde España o en el futuro fueren a habitarla, pero no los hijos anteriores a la llegada de los cristianos, promovidos por examen previo y aprobación, “según la forma que hasta hoy se ha observado en el episcopado e iglesia palentinos [...]”. JUAN PABLO RUBIO, OSB, “La penetración de la tradición litúrgica catalano-narbonense en el obispado de Palencia en el siglo XI”, *Miscel·lània Litúrgica Catalana*, n° 18, Barcelona, Instituto de Estudios Catalanes, 2010, *passim*. El *Breviarium Palentino* de 1565 muestra esa clara matriz de la liturgia romana.

²⁹ AGI, *Charcas*, leg. 137. Cortázar fue obispo del Tucumán entre 1617 y 1626. ROBERTO LEVILLIER, *Papeles eclesiásticos del Tucumán*, vol. I, Ed. Pueyo, Madrid, 1935, p. 198 y ss.

³⁰ *Ibidem*, pp. 153 y 155.

³¹ *Ibidem*, pp. 184 y 185. AGI, *Charcas*, leg. 137, s/f.

1620 y debió enviarlos al Rey para su aprobación, sin poder adjuntar ningún antecedente sobre el tema –como el monarca se lo había solicitado–, por no encontrar en el archivo que sus antecesores hubieran redactado otras reglas o estatutos durante su desempeño. En efecto, Victoria utilizó durante su mandato el Decreto de Erección y Trejo aplicó lo dicho en el *IIº Sínodo del Tucumán* convocado por él en 1606, donde repetía y recordaba lo ordenado en la erección del obispado³².

Cortázar declaró ante el Rey, que le había avisado oportunamente sobre la falta de estatutos para la catedral santiagueña, y que ninguno de los escritos que remitió al Consejo de Indias contrariaba el Real patronato, confesándose como un fiel vasallo.

El 1º de febrero de 1621, no aprobada aún la consuetud por el Consejo de Indias como era menester para su vigencia, el Cabildo Eclesiástico alababa el orden en el culto de la catedral y cómo se cantaban las Horas Canónicas, con Maestro de capilla y Pertiguero. En menos de un año se habían realizado algunos de los nombramientos necesarios para poner en funcionamiento el mecanismo legal, y ritual, que exigía la tarea de los canónigos y demás oficiales³³. Paralelamente a estas declaraciones, Cortázar reclamaba al monarca que proveyera las prebendas, porque estaban vacas las de Chantre y Maestre escuela³⁴. A veces, cuando los cargos estaban provistos, se producían cambios, por enfermedad, fallecimiento o traslado a otra sede, quedando vacos los cargos³⁵.

La consuetud de Cortázar es concreta. Determina las prebendas, canónjías, raciones (completas y medias) y los oficios, y se detiene en lo que corresponde al desempeño de cada cargo, jerarquía, tiempo de vacaciones, de licencia por enfermedad y las multas por incumplimiento de lo ordenado³⁶.

³² ARANCIBIA y DELLAFERRERA, *op. cit.*, pp. 177-213.

³³ Interesa destacar que ciudades del obispado, como la Nueva Rioja, Talavera de Madrid y Salta, enviaban cartas al rey encomiando las virtudes del obispo Cortázar, apoyando su gestión, constantemente atacada por el gobernador Vera y Zárate. Cf. LEVILLIER, *op.cit.*, vol. I, pp. 188-193.

³⁴ Para ellos proponía a Juan de Medina, hijo y nieto de conquistadores, cura y vicario y doctrinante que había sido de la Rioja durante muchos años, clérigo ejemplar y de mucha virtud, y a Juan Serrano, doctrinante y, en ese momento, cura y vicario de San Miguel de Tucumán, quien fuera visitador del obispado en tiempo de su antecesor. LEVILLIER, *op.cit.*, vol. I, pp. 196 y 197.

³⁵ Valga de ejemplo el del tesorero Francisco Salcedo, que fue enviado en 1613 como canónigo a la catedral de la Plata, promoción que significaba un mejor destino dentro del mapa eclesiástico americano. AAC, *Actas del Cabildo Eclesiástico*, p. 229.

³⁶ ANA MARÍA MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, “La pena en las consuetas indianas: los

La situación general de la diócesis requirió que se redactaran unos estatutos que se adaptaran a la realidad de la zona, ya que habían pasado 40 años desde el Decreto de Erección que, por teórico y lejano, mostraba una organización imposible de implementar en Santiago del Estero³⁷. Acorde con la realidad, el punto 53 preveía que, si el Cabildo lo requiría, podría enviar a algún prebendado a realizar trámites a Chuquisaca, donde estaba el metropolitano y la Real Audiencia, sin dejar de cobrar los frutos y distribuciones cotidianas³⁸.

Sin duda, el cúmulo de actuaciones que recaían sobre el monarca, sumado a la celeridad de los cambios que se producían en las sedes episcopales en relación a la distancia y al prolongado trámite administrativo que debía cumplirse, hizo que fuera muy difícil que todos los cargos estuvieran provistos como lo establecía la norma. Esa falta de prebendados y la pobreza en que vivían cuando se los nombraba, impidió el normal funcionamiento de la catedral del Tucumán durante el siglo XVII, con la consiguiente irregularidad en las sesiones de cabildo que se refleja en la espaciada cronología y escaso contenido de las Actas. El resultado de ello, junto a otros motivos, abrió el cauce para el traslado de la sede episcopal en 1699 a la ciudad de Córdoba³⁹.

Cortázar no convocó a Sínodo durante su mandato, a pesar de que hacía catorce años que no se celebraba uno en el Tucumán, aunque estuvo en su mente realizarlo. Se vio obligado a diferirlo, por dos motivos: primero, porque quería terminar la visita pastoral y, segundo, porque -como le expresó al rey- quería hacerlo cuando Su Majestad enviara otro gobernador que se mostrara más afecto a los ministros de la iglesia. El obispo había tenido serias

concilios y la redacción de esas normas”, en *Revista de Historia del Derecho*, n° 45, Buenos Aires, IIHD, 2013, pp. 141-175. Disponible en: <http://www.scielo.org.ar/pdf/rhd/n45/n45a05.pdf>

³⁷ De acuerdo a las leyes del Patronato, las iglesias catedrales de Indias tenían que tener cuatro prebendados para que el Oficio divino se administrara con puntualidad y cuidado. A falta de ellos el obispo podía nombrar beneficiados que cumplieran esa función señalándole una renta, hasta que el Rey proveyera dichos cargos.

³⁸ AGI, *Charcas*, leg. 137, s/f.

³⁹ *Ibidem*, leg. 390. En el expediente se hace referencia al estado calamitoso de la iglesia y a los inconvenientes generales de la sede arzobispal. El traslado se hizo el 24 de junio de 1699. Quedaron en Santiago del Estero dos curas con muy corta congrua, por haberles quitado los dos novenos reales, aunque por acuerdo del Consejo de Indias el 22 de noviembre de 1700 se mandó al gobernador del Tucumán que, en cuanto a los novenos, se guardase la erección de la Iglesia en la distribución de los diezmos y que se informase la costa que se percibiese de ellos.

controversias con Juan Alonso de Vera y Zárate, quien se vanagloriaba –según expresaba Cortázar– de perseguir a los prelados e intentar mostrarse con autoridad sobre ellos, al punto que había colocado un sitial para su uso dentro de la catedral, en lugar de la alfombra y cojín que utilizaron sus antecesores⁴⁰.

Era necesario brindar una mayor estabilidad a la organización de la Iglesia en la diócesis para lograr un ordenamiento pastoral acorde con el lugar y el tiempo que se vivía, por más que se tuvieran presentes las disposiciones anteriores en la materia. Este tipo de normativa, consuetudinaria, ayudaba a lograr la armonía y continuidad que se buscaba, especialmente para mantener el orden en los períodos de vacancia.

Los estatutos no fueron decisión personal de Cortázar, sino que consultó con Fernando Franco de Ribadeneyra, su Arcediano, y don Rodrigo Melgarejo, el Tesorero.

Más allá de la influencia que menciona el propio Julián de Cortázar, de la consuetudina dominicana en la del Tucumán, contrastados los textos, son de diferente redacción, orden de los temas y contenido, ya que Cortázar hizo especial hincapié en la disciplina dentro del Coro, lo que lo diferencia también del Decreto de Erección⁴¹. La tucumana consta de 60 puntos, mientras que la de Santo Domingo tiene 153, ya que para cada cargo se extiende en varios puntos sobre sus obligaciones. Además, adjudica de diferente modo los siales de los Prebendados en el Coro, porque en Santo Domingo asistían los Arcedianos de Calahorra y de Bilbao, además del de la Calzada, en razón de la jurisdicción episcopal⁴². En la americana, en cambio, tenía ubicación en el

⁴⁰ LEVILLIER, *op. cit.*, vol. I, p. 196.

⁴¹ El Decreto redactado por Victoria (1578) consta de 33 puntos, mientras la consuetudina de Cortázar (1620) de 60 ítems.

⁴² ARCHIVO CATEDRALICIO DE SANTO DOMINGO DE LA CALZADA (La Rioja, España) (en adelante ACS DgCa), s/c. Hemos utilizado dos copias manuscritas consultadas en dicho Archivo por gentileza de su encargado en el año 2004. *Estatutos de 1595 y Estatutos que se han de guardar en esta Sancta Iglesia Cathedral ordenados por su señoría el señor don Pedro Manso, obispo de esta sancta Iglesia en conformidad de todo el Cabildo enmendados y escogidos en el años de 1595*. El primero es una copia realizada por un mismo amanuense durante todo el texto, mientras la otra tiene por lo menos tres tipos de grafía, que cambia de un folio a otro siguiendo correctamente el sentido del texto. De la página 1 a la 38, se mantiene un tipo de letra bastarda española; de la 39 a la 58 la escritura es más caligráfica; de la 59 a la mitad de la 159 vuelve a ser bastarda con alguna influencia procesal tardía. Todo el manuscrito contiene abundantes anotaciones marginales. En la página 161 comienza la Tabla de Contenidos y en la 169 el Índice alfabético de los Estatutos. Ambos ejemplares son iguales aunque no idénticos, con escasas variaciones, como por ejemplo que los estatutos número 122 al 125 inclusive, se omitieron en la primera copia

Coro el Chantre, a la derecha del Obispo, entre el Deán y el Tesorero, mientras en la de Santo Domingo no se le determina un lugar. Ambos cumplían con la organización y dirección del canto llano⁴³.

A falta de Canónigo Magistral, la distribución de los sermones de tabla para el calendario litúrgico, hecha por Cortázar, respetó la antigüedad de las órdenes religiosas que estaban asentadas en la ciudad, disponiendo los domingos de Adviento para los conventos de Santo Domingo, San Francisco, Nuestra Señora de la Merced y la Compañía de Jesús. Cuando en ellos no hubiera predicador para cumplir lo indicado, el Prelado podía encomendarlo a quien le pareciera. Tenía que predicarse en determinadas fiestas y días, que coinciden con los de Santo Domingo de la Calzada, con excepción del cambio del santo patrono y la eliminación para el Tucumán del domingo infraoctavo de Pascua de Resurrección y la octava “del Sacramento”, entre el domingo de Trinidad y la festividad de San Pedro y San Pablo⁴⁴. Se advertía, también, que por la poca gente que había en Santiago del Estero no se predicara en otro lugar cuando se hiciera en la catedral, con el fin de asegurar suficiente auditorio para la “decencia del predicador”.

El obispo Victoria había reducido las dignidades y canongías ordenadas por Trento y Cortázar las disminuyó aún más, ante la imposibilidad de cubrir las.

El Maestre escuela tenía que ser graduado de bachiller en cánones, en teología o, por lo menos, en artes, en alguna Universidad de España, conforme a lo establecido en la erección de la catedral, aspecto que no contemplaba la de la Calzada.

Como las catedrales cumplieron con la función formativa de los clérigos –basada en la tradición de las escuelas catedralicias medievales–, el Maestre escuela tenía, además, que enseñar gramática, tanto a los clérigos como a

mencionada, por corresponder “al Capellán de nuestro Padre Santo Domingo”. Para obtener un texto completo, tuvimos que recurrir a ambos manuscritos, pues el primero está en mal estado de conservación, con un extremo muy deteriorado. Agradezco al Dr. Silvano G.A. Benito Moya los datos proporcionados sobre el análisis paleográfico.

⁴³ La música en las catedrales constituyeron un eje fundamental de la liturgia. Cf. ANDRÉS EICHMANN OEHLI, “Acoustic Systems in the Cathedral of La Plata: An Approach from de *Consuetas*”, en ASTRID WINDUS y EBERHARD CRAILSHEIM (editors), *Image – Object – Performance: Mediality and Communication in Early Modern Contact Zones of Latin America and the Philippines*, Universität Hamburg, editorial Waxmann, Münster, 2013, *passim*.

⁴⁴ ACSDgCa, *Estatutos de 1795*, Estatuto 13, f. 4 v. Los sermones estaban, en este caso, a cargo del Canónigo Magistral.

quienes servían en la iglesia, y también a cualquier diocesano que quisieran acudir a su lección⁴⁵.

Una de las funciones principales de las catedrales fue la enseñanza y la implementación de la liturgia, las que estuvieron plasmadas en las consuetas, lo que se conoció como “escuelas invisibles”⁴⁶. En la actividad del Coro, convergía la tarea del Maestro escuela con la del organista, el Chantre (Santiago del Estero) o Sochantre y Capellanes (Santo Domingo de la Calzada), que enseñaban el canto llano a colegiales, seminaristas, clérigos y canónigos.

Fueron tan importantes las consuetas mandadas a redactar por el Concilio de Trento que cuando alguna dignidad o prebendado pedía posesión de su cargo, tenía que jurar sobre ella, guardarla y observarla, sin alegar ignorancia⁴⁷. Por ello se leía cada año en el primer Cabildo y se guardaba una copia en el archivo, mientras otra quedaba en poder del Secretario del mismo. En los casos en que se imprimía se entregaba un ejemplar a cada cabildante para que recordara sus obligaciones.

Las consuetas posteriores a la de Cortázar, que en algún caso fueron sólo adiciones (Juan de Sarricolea en 1728) o capítulos (José Antonio Gutiérrez de Ceballos en 1732), agregados a la ya vigente, hicieron alusión en especial a las prebendas para determinar cuáles quedaban efectivas en razón de la cortedad de las rentas, tantas veces reclamada⁴⁸.

5. Estatutos mexicanos

Las *Reglas consuetas de la Catedral de México* (1585), fueron resultado de una instancia conciliar y, por ende, redactadas por el obispo junto a los padres conciliares, apoyados en destacados teólogos y juristas⁴⁹.

⁴⁵ AGI, *Charcas*, leg. 137, s/f. Punto 4.

⁴⁶ SUSANA GUIJARRO GONZÁLEZ, “La enseñanza en las catedrales hispanas”, en ANÍSIO MIGUEL DE SOUSA SARAIVA y MARIA DO ROSÁRIO BARBOSA MORUJÃO, *O Clero Secular Medieval e as suas Catedrais. Novas Perspectivas e Abordagens*, Lisboa, Centro de Estudos de História Religiosa, Universidade Católica Portuguesa, 2014, p. 413.

⁴⁷ Punto 58 de la consuetas de Cortázar. AGI, *Charcas*, leg. 137.

⁴⁸ AAC, *Actas del Cabildo Eclesiástico*, tomo I, f. 234 r. y ss. y AGI, *Charcas*, leg. 372; AAC, *Actas del Cabildo Eclesiástico*, tomo II, p. 11.

⁴⁹ MARÍA DEL PILAR LÓPEZ CANO (Coord.), *Concilios provinciales mexicanos. Época colonial*, MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ LÓPEZ-CANO, ELISA ITZEL GARCÍA BERUMEN y MARCELA ROCÍO GARCÍA HERNÁNDEZ, “Estudio introductorio. Tercer concilio provincial mexicano (1585)”, México, UNAM, 2004, p. 4.

No fueron, por tanto, inspiración aislada del obispo novohispano, Pedro Moya de Contreras, quien había convocado y presidido el *III^o Concilio Provincial Mexicano*, sino que en ellas volcaron los asistentes, conocimientos previos y la experiencia de sus respectivas diócesis⁵⁰. Las firmaron, además de Moya, Fray Juan de Medina Rincón, O.S.A., de Michoacán; Fray Gregorio de Montalvo y Olivera, O.P., de Yucatán; Fray Bartolomé de Ledesma, O.P. de Antequera (Oaxaca); Gómez Fernández de Córdoba y Santillán O.S.H., de Guatemala; Diego de Romano y Govea de Tlaxcala (Puebla) y Domingo de Alzola O.P. de Nueva Galicia (Jalisco)⁵¹.

En razón de esta participación, las *Reglas* no solo se aplicaron en la catedral de la capital de la Nueva España, sino que también las adoptaron las sedes de los obispos que habían estado presentes en aquel concilio y aún se extendieron, posteriormente, a otras diócesis⁵². Recibieron la aprobación de la Santa Sede en 1589 (Sixto V por la Bula *Romanum pontificem*, del 28 de octubre) y la del Rey Felipe II en 1591, logrando su impresión en latín en 1622 por obra del obispo Juan Pérez de la Serna, con no pocos inconvenientes para ajustar el escrito castellano a la versión latina⁵³.

⁵⁰ Moya de Contreras era, además de Obispo de México, Virrey de la Nueva España y Presidente de su Audiencia. En 1589 fue nombrado Presidente del Consejo de Indias. Los Estatutos tienen fecha de 17 de octubre de 1585 y él fue Virrey hasta el día antes de su firma.

⁵¹ Entre los padres sinodales convocados se encontraba Fray Pedro de Feria O.P., obispo de Chiapas, quien por un accidente no pudo arribar a su destino, y envió un procurador, junto a los obispos de Manila Domingo de Salazar O.P. y el de Verapaz (Guatemala), Antonio de Hervías O.P., que no asistieron, el primero en razón de la distancia y el segundo por tener previsto un viaje a la metrópoli. LUIS MARTÍNEZ FERRER, *Decretos del concilio tercero provincial mexicano (1585)*, Edición histórico crítica y estudio preliminar por..., México, El Colegio de Michoacán, Universidad Pontificia de la Santa Cruz, 2009; "Hacia una edición crítica de los decretos del Tercer Concilio de México (1585)", en FERNANDO NAVARRO ANTOLÍN (coord.), *Orbis incognitus: avisos y legajos del Nuevo Mundo: homenaje al profesor Luis Navarro García*, vol. 2, Huelva, Universidad de Huelva, 2007, p. 103 y "Otras recepciones de Trento en América (1585-1628)", en JOSEP IGNASI SARANYANA (dir), *Teología en América Latina. Desde los orígenes a la Guerra de Sucesión (1493-1715)*, vol. I, Madrid-Frankfurt, Iberoamericana-Vervuert, 1999, p. 181.

⁵² El antecesor de Moya, Alonso de Montúfar ya había advertido que, por la escasez de prebendados en las catedrales de la Nueva España, eran necesarias unas reglas que cortaran los abusos y la corruptela de la residencia. *Concilio III provincial mexicano...*, p. CXLII. Este obispo había redactado unas Ordenanzas del Coro de la catedral en 1570.

⁵³ JESÚS VIDAL GIL, "La revisión y aprobación romana de los Estatutos del Cabildo de la Catedral elaborados en el Tercer Concilio Provincial Mexicano (1585) y su aceptación en la edición príncipe de 1622", en *Estudios de Historia Novohispana*, vol. 53, México, Instituto de Investigaciones Históricas, 2015, p. 64. La versión latina fue obra del P. Juan de la Serna.

Las *Reglas mexicanas* contienen citas de las consuetas de Sevilla (Hispalense), Granada y Compostela, además de los concilios de Milán, Compostela, Toledo, del II^o de Lima y, por supuesto, Trento, junto a unos pocos autores como Diego de Covarrubias, Juan Trullo y Martín de Azpilcueta⁵⁴.

Ledesma, por ejemplo, había participado como teólogo en el III^o Concilio *Limense* (1582-1583), llamado el “Trento hispanoamericano”, estableciéndose un lazo entre Perú y Nueva España en materia legislativa y de costumbres⁵⁵.

Las resoluciones del III^o Concilio *Mexicano* se hicieron extensivas a Filipinas en 1626 y pervivieron en Guatemala aún después de su independencia de la provincia eclesiástica de México en 1742. Estuvieron vigentes en la catedral mexicana por más de 180 años, hasta que se celebró al IV^o Concilio *Mexicano* en 1771, convocado por el obispo Francisco Antonio de Lorenzana, pero estos textos nunca tuvieron aprobación pontificia. En conclusión, los estatutos se aplicaron en la arquidiócesis de México hasta 1896 y hasta 1918 en otros obispados mexicanos.

Diego de Romano y Govea, el obispo de Tlaxcala, había sido Provisor y gobernador de la diócesis de Granada. Intuimos que por él pudieron introducirse los contenidos de las resoluciones del Concilio y Sínodo que se habían celebrado en aquella ciudad en 1565 y 1572, durante el obispado de Pedro Guerrero, que enfrentó un serio problema con los moriscos –neo conversos, como los indios–, cuya consuetud se conserva y es citada reiteradamente en los estatutos mexicanos⁵⁶. El jesuita Juan de la Plaza llevó a América las ideas

⁵⁴ El estudio de Sebastián Terráneo sobre el III Concilio Provincial Mexicano y los Estatutos de su catedral, ha detectado 24 citas de la consuetud hispalense, 22 de la compostelana y 15 de la granadina, números en los que no coincidimos, sin que las diferencias sean sustanciales. Más allá del número interesa el contenido de los capítulos a los que remite. SEBASTIÁN TERRÁNEO, “El llamado ‘III Concilio Provincial Mexicano’ y los ‘Estatutos de la Santa Iglesia de México’ o ‘Reglas consuetas de la catedral de México’”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXIII, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica, 2011, p. 617.

⁵⁵ ENRIQUE DUSSEL, *Historia general de la iglesia en América Latina*, Tomo I: Introducción general a la historia de la iglesia en América Latina, Salamanca, Ediciones Sígueme CEHILA, 1983, p. 492. RUBÉN VARGAS UGARTE, *Concilios limenses 1551-1572*, tomo III, Lima, s/d, 1954, pp. 62, 63 y 95. Ledesma destacó como conventual del cenobio de San Esteban de Salamanca, y había arribado a Nueva España con el Virrey Martín Enríquez y Fray Luis López de San Agustín, desempeñándose un breve tiempo en la Universidad de San Marcos de Lima luego, por su prestigio, alcanzó la mitra de Oaxaca.

⁵⁶ Cabe recordar que la catedral de Granada fue erigida en 1492, con el obispo Pedro de Mendoza, momento en que comenzó la recristianización del territorio. *Colección de cánones y de todos los concilios de la iglesia española*, traducida al castellano por JUAN TEJADA Y RAMIRO, Parte Segunda: Concilios del siglo XV en adelante, Tomo V, Ma-

evangelizadoras que se habían discutido en el Concilio de Granada de 1565, donde había participado activamente, como lo hizo en el *III Mexicano*, que consolidó la recepción de Trento en la América septentrional⁵⁷.

Hubo una enorme actividad conciliar desencadenada, luego de Trento, para adaptar las resoluciones de la Iglesia universal a las iglesias particulares. Los seis concilios de Milán, convocados por San Carlos Borromeo, junto a los once sínodos que celebró, son muestra clara de cómo se instrumentó Trento, siendo ellos mismos un ejemplo para América, ya que fueron citados repetidamente en la consuetud mexicana. Estas citas son lógicas pues todas las consuetas, tanto del Viejo como del Nuevo Mundo, no podía contradecir las “buenas” costumbres aprobadas por la Iglesia en cuanto no contradijeran la cédula de erección, los sagrados cánones, el Concilio de Trento y las constituciones del Sínodo provincial⁵⁸.

La cadena de textos normativos muestra que unos se basaban en otros anteriores –locales o peninsulares–, adaptándose en cada caso al lugar en el cual se producían, con el fin de dotar a cada catedral del sustrato jurídico que se requería para su desarrollo.

La razón de estas influencias, expresadas en los documentos americanos –México, Puebla, Santa Fe de Bogotá, Lima, Cuzco, la Plata, Santiago de Chile, Tucumán– puede deberse a varios factores. Entre ellos, uno, era la costumbre de remitir a través de la cita a documentos similares ya aprobados,

drid, Imprenta de Don Pedro Montero, 1855, pp. 361-400. El texto conciliar de 1565 está extraviado pero se conservan documentos referidos a él. Se hicieron dos ediciones de las constituciones de 1572. Hemos consultado las *Constituciones sinodales del Arzobispado de Granada hechas por el Ilmo. Rvmo. Señor Don Pedro Guerrero*, Madrid, Imprenta de Sancha, 1805, a expensas del obispo de entonces, Juan Manuel de Moscoso y Peralta. Corresponden al sínodo que celebró Guerrero en 1572. Su texto contiene las disposiciones referidas al Coro y Altar, aunque no constituyen un cuerpo separado. El manuscrito de la consuetud que se conserva en la Biblioteca Nacional de España, es el resultado de esa reunión conciliar: *Consuetud de la santa iglesia de Granada. Buenas y loables costumbres y ceremonias que se guardan en la Sancta iglesia de Granada y en el Coro della.*, BIBLIOTECA NACIONAL DE ESPAÑA, Mss. 6265.

⁵⁷ De la Plaza fue el redactor de los catecismos del *III Concilio Mexicano*. MARTÍNEZ FERRER, “Otras recepciones”, *cit.*, pp. 192 y ss. y JOSEP IGNASI SARANYANA y CARMEN JOSÉ ALEJOS-GRAU, “La primera recepción de Trento en América (1565-1582)”, ambos trabajos en JOSEP IGNASI SARANYANA (dir), *Teología en América Latina. Desde los orígenes a la Guerra de Sucesión (1493-1715)*, vol. I, Madrid-Frankfurt, Iberoamericana-Vervuert, 1999, p. 132.

⁵⁸ *Estatutos ordenados por el Santo Concilio III provincial Mexicano*, Primera parte, cap. I, § II, p. XLIII.

con el fin de darle viso de autoridad al nuevo texto, y otro, la trayectoria del obispo designado, es decir, los destinos previos donde se había desempeñado, ya que en ellos había adquirido la práctica personal que le servía de inspiración y/o corrección para la redacción de la nueva consuetud.

Contrastadas las referencias con los textos de las consuetas citadas encontramos concordancias y grandes diferencias debidas a los periplos de los textos peninsulares y los momentos de su fijación, tanto manuscrita como impresa. Sin embargo, aunque no coincidan los capítulos o folios mencionados en los estatutos mexicanos con los de Sevilla, Granada o Compostela, los temas tratados en uno y otro lugar son los mismos.

Entendemos que las citas de la Consuetud Hispalense corresponden, en su foliación y capítulos, al llamado *Libro blanco*.

En cuanto a la de Granada, corresponde a los textos que hemos trabajado, es decir al ejemplar impreso que se conserva en la Real Academia de la Historia y al manuscrito de él que se encuentra en la Biblioteca Nacional de Madrid. Un ejemplo, cuando se refiere a las funciones del Presidente del Coro que el Concilio mexicano lo trata en el capítulo XV de la Primera Parte, corresponde a los folios 17 y 18 del manuscrito y a los capítulos (que así se citan) 27 y 28 del impreso.

Hemos carecido de suerte, en cambio, al buscar las citas en la Consuetud Compostelana, ya que el manuscrito de 1578 consta sólo de 37 constituciones, en las que concentra toda la legislación necesaria⁵⁹.

Importa destacar que en varios pasajes de los Estatutos mexicanos se hace referencia a lo dispuesto en el propio Concilio que les dio origen.

Los estatutos mexicanos están impregnados de las consuetas peninsulares, las que argumentan la norma.

A modo de reflexión

Aunque las diferentes consuetas indianas y españolas legislaron para lugares particulares, hubo un criterio común sobre cómo debían gobernarse los

⁵⁹ La Consuetud de Santiago de Compostela de 1578 fue el resultado de lo ordenado en el Concilio Provincial celebrado en Salamanca, presidido por el Cardenal Gaspar Zúñiga, antecesor de Francisco Blanco en el arzobispado compostelano. Para ello confiesan que “juntaron” los Estatutos y Constituciones que ya había y podían servir “para estos tiempos” y añadieron lo que consideraron necesario, conforme todo al Santo Concilio de Trento. Reducido todo a un volumen sería fácil que cada ministro tuviera un ejemplar. pp. 1 y 2.

Cabildos eclesiásticos y regularse la tarea de Coro y Altar en las catedrales, derivado en especial del Concilio de Trento que ordenó que se redactaran esos cuerpos normativos.

Los estatutos mexicanos, al referirse a las capas negras con que debían revestirse los Prebendados en el Coro, afirman que era una laudable costumbre de ese “Arzobispado y Provincia”, que mantenía lo que estaba vigente en las “iglesias metropolitanas y principales de los reinos de Castilla”, lo cual evidencia la naturaleza de su origen⁶⁰.

En esta ocasión analizamos dos ejemplos, que deberán sumarse a otros estudios para alcanzar la visión completa de cómo influyeron los textos peninsulares en la redacción de las consuetas indianas.

Como era importante no ignorar su contenido para asegurar el buen funcionamiento catedralicio, generalmente se repite en los artículos finales de ellas, que debían ser leídas públicamente. En el caso mexicano se estipulaba que se haría en el segundo Cabildo después del principio de cada año, castigándose al Presidente con una multa si así no lo cumpliera y en el del Tucumán se expresa en el punto 57:

Ordenamos y estatuímos que todos estos nuestros estatutos se lean en el capítulo al principio del año que es desde San Juan, con mucha puntualidad para que los capitulares y los demás ministros de la iglesia lo sepan y estén advertidos de lo que deben hacer y cumplir conforme a su oficio⁶¹.

Textos manuscritos o impresos –peninsulares e indianos–, memoria y experiencia de los canónigos, fueron las fuentes imprescindibles para gestar estos peculiares documentos del derecho canónico indiano.

⁶⁰ *Estatutos ordenados por el Santo Concilio III provincial Mexicano*, p. LXVII.

⁶¹ *Ibidem*, p. XCIX. Punto 57 de la consuetud de Cortázar. AGI, *Charcas*, leg. 137.

EL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN LA OBRA
DEL PADRE DOMINGO MURIEL, S.J.

THE CONCEPT OF PROPERTY IN THE WORK
OF THE FATHER DOMINGO MURIEL, S.J.

SERGIO RODOLFO NÚÑEZ Y RUIZ-DÍAZ
Facultad de Derecho - U.B.A. (Argentina)
snunnezyruizdiaz@derecho.uba.ar

Resumen: En la presente investigación sobre el concepto de propiedad encontramos tres marcos teóricos: a) El primero, surge como consecuencia de la elaboración de dicho concepto por los juristas medievales, b) El segundo, corresponde a los conceptos propios de la “Escuela de Salamanca”, y su trasplante al mundo jurídico americano; y c) Los pensadores Ilustrados del siglo XVIII, que dan una nueva visión del tema en estudio.

Uno de los juristas olvidados fue el Padre Domingo Muriel, (S.I., 1718-1795), quien entre 1749 a 1766 se desempeñó como docente en la Universidad de Córdoba del Tucumán. Analizó las doctrinas vigentes respecto del derecho de propiedad y, en particular, en los pueblos guaraníes. Centrando ésta ponencia en la obra del Padre Muriel: *Elementos de Derecho Natural y de Gentes*; elaborada en fecha posterior al extrañamiento de tierras americanas, y publicada póstumamente por sus discípulos en Italia hacia 1797.

Palabras clave: propiedad, Derecho Común, Escuela de Salamanca, jesuitas, guaraníes, juristas del siglo XVIII.

Abstract: Current research on the concept of property displays three theoretical frameworks: a) the first arises as a consequence of the development of this concept by medieval jurists: b) the second corresponds to the concepts of the ‘School of Salamanca’, and its transplantation to the American legal world; and (c) the third can be traced to the thinkers of the 18th century illustrated, who gave a new view on the subject under study.

One of the forgotten jurists is father Domingo Muriel, (S.I., 1718-1795), who between 1749-1766 served as professor at the University of Córdoba del Tucumán, and analyzed the existing doctrines regarding the right to property and, in particular, among the Guaraní peoples focus is on the work of father Muriels: *Elementos de Derecho Natural y de Gentes*; written after the estrangement of American lands and published posthumously by his disciples in Italy in 1797.

Keywords: property, common law, the School of Salamanca, Jesuits, Guaraní, jurists of the 18th century.

Sumario: 1. Introducción: vida del padre Muriel. 2. El contexto histórico: Los cambios de la nueva Dinastía reinante. 3. El contexto académico: la vigencia de la Escolástica Española.

4. La obra del Padre Domingo Muriel: *Rudimenta Juris Naturae et Gentium*. 5. El derecho de propiedad: la situación en los Reinos de Indias. 6. El derecho de propiedad en la obra del Padre Muriel. 7. Conclusiones.

1. Introducción: vida del padre Muriel

Domingo Muriel, nació en la Villa de Tamames, Reino de León, hacia el año 1718, en una familia de pequeños propietarios rurales que ya contaban con algún pariente clérigo, situación habitual a principios de la centuria. A los 8 años ingresó en el Seminario Menor de la Compañía de Jesús en Valladolid, donde continuaría su formación eclesiástica y universitaria. A los 25 años se ordenó Sacerdote para luego desempeñarse como docente en el Colegio de San Ambrosio de Valladolid, estando a cargo de la enseñanza de Lógica cuando en 1748 fuera destinado a la Provincia jesuítica del Paraguay.

A su llegada, en 1749, a la ciudad de Córdoba, capital de los dominios jesuíticos, enseñó filosofía en la universidad (1749-1751), fue vicerrector del colegio (1752), profesor de moral en la universidad (1753-1756), rector del convictorio de Montserrat (1757), socio del provincial Alonso Fernández (1758-1760) y del visitador Nicolás Contucci (1760-1762).

En 1758, realizó una visita a la provincia en nombre del P. Fernández. Destacando que la provincia Jesuítica del Paraguay, en ese tiempo, abarcaba las actuales repúblicas de Argentina, Paraguay, Uruguay, noreste de Bolivia y actual Oeste del Brasil.

Habiendo sido designado maestro de novicios por el período 1762-1769, fue electo procurador para representar a la Provincia en Roma y Madrid en 1764, junto con el Padre José de Robles. Siendo su punto de partida el Puerto de Santa María (Cádiz) zarpó hacia el Paraguay con cuarenta jesuitas. El 3 de abril de 1767 recibieron la notificación de la expulsión decretada por Carlos III. Transcurridos tres años y medio de detención en Cádiz, se les envió (octubre 1768) a la ciudad de Faenza, dependiente de la República de Venecia. En el exilio en 1770 sus compañeros lo eligieron como último provincial antes de la supresión de la Orden en 1773.

Como clérigo regular, se dedicó hasta su muerte a la tarea de traductor y escritor. Ya en la prisión del Puerto de Santa María, había efectuado la traducción castellana de *Le Fondements de le vie spirituelle, tirés du livre de Imitación de Jesús-Christ* de Jean Turín, y en Italia la latina de: *Histoire du Paraguay* de Pierre Francois de Charlevoix, a la que añadió cuatro libros y

enriqueció con aclaraciones; además escribió: *Fasti Novis Orbis*, una recopilación de las disposiciones pontificias sobre América y la obra que se reseña: *Rudimenta iuris naturae et gentium*, impresa en Venecia a pocos años de su muerte en 1797¹.

2. El contexto histórico: Los cambios de la nueva Dinastía reinante

Domingo Muriel vivirá durante su vida los cambios que se implementarán en la Península Ibérica bajo el reinado de los Borbones.

En efecto, Felipe V, heredero de la corona y nieto de Luis XIV de Francia, profundizará el centralismo de la figura del rey, propio de las corrientes filosóficas imperantes y propiciadoras del denominado “despotismo ilustrado”.

Cabe destacar que desde antes del tiempo de los Reyes Católicos los monarcas –tanto de Castilla como de Aragón– habían tratado de someter a su voluntad con dispar resultado el vasto conjunto de fueros, privilegios estamentales y sociales propios de aquéllos reinos.

Este lejano hecho de la modernidad, impondrá un status quo en el avance del poder real en Castilla y Aragón, que si bien verá incrementada la figura del monarca, especialmente durante Felipe II, los mismos no avanzarán con medidas que ataquen o desestabilicen la estructura de fueros y libertades subsistentes del período bajomedieval. Contribuirán a ello las figuras de Felipe IV y Carlos II, ambos en un siglo letárgico, el XVII, que verá sucumbir el antiguo poderío de la primera monarquía moderna europea.

La figura del monarca heredada y mantenida durante los siglos XVI y XVII, será la del “Rey Juez”; a decir en palabras de Faustino Martínez Martínez:

El rey, como máxima instancia secular, no es un rey legislador, que haga leyes en cuanto que disposiciones generales (ausentes en los primeros siglos medievales). Es, sobre todo, un rey juez, un rey que juzga, cuya forma prototípica de expresión es la sentencia, entendida no como aplicación de leyes previas o de un Derecho anterior, sino como pronunciamiento de la Justicia para cada caso concreto².

¹ FURLONG, Guillermo, *Vida del Padre Domingo Muriel, S.J.*, Buenos Aires, Editorial Peuser, 1947, p. 257.

² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, “Ecos cronísticos del Rey-Juez medieval”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2010, Vol. Extraordinario 303-356, p. 319. [recuperado de: revistas.ucm.es/index.php/CUHD/article/viewFile/.../1877].

La llegada de la nueva dinastía borbónica propició importantes cambios en la estructura del Estado; habiendo sido introducidos esencialmente durante el reinado de Felipe V (1700-1746); e impulsado por la experiencia propia vivida en la corte de su abuelo. Las ideas del racionalismo jurídico que trae el nuevo y joven soberano, vigentes desde fines de la anterior centuria en Francia, y cristalizadas en la monarquía absoluta, encontrarán firmes adeptos en la sociedad española.

Asimismo, sus sucesores: Fernando VI (1746-1759), Carlos III (1716-1788) y su nieto Carlos IV (1788-1808), continuarán el cambio de la monarquía hispana, haciendo efectivas las premisas de la llamada Ilustración.

En efecto, la unidad de la Nación a través de los decretos de Nueva Planta de 1714 (que abolieron el sistema de Fueros Aragoneses, entre otras medidas de carácter administrativo); el resurgimiento de la economía, y por ende de la burguesía, hará que la intelectualidad se vea influenciada por las nuevas ideas predominantes en el resto del continente³³.

Las constantes del período que caracterizarán el siglo XVIII en materia jurídica serán:

El estudio e introducción del Derecho Natural Racionalista, como nuevo derecho Universal: la crisis del Derecho Común dejó una vacante ocupada por la nueva corriente iusfilosófica. Lentamente fueron conocidas en los claustros universitarios las ideas de Hugo Groccio (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1655-1728); Christian Wolff (1676-1754), Johannes Heinecio (1681-1741), Gaetano Filangieri (1752-1788), Césare Beccaria (1738-1794) quienes entre otros contribuyeron a una nueva visión del Derecho, alejada de la teología y filosofía escolásticas tradicionales⁴⁴.

La expansión de la ley como fuente del derecho: como consecuencia de la creencia en la capacidad transformadora de la misma, permitió que la ley fuera el instrumento destinado a hacer realidad los presupuestos de la ilustración. En efecto, se impone lentamente durante el siglo XVIII, la idea que las leyes razonablemente creadas por el legislador, permitirán la mejora de la sociedad, tanto en lo general como en lo particular⁵⁵.

Progresivo rechazo al Derecho Romano: el derecho real chocaba con el romano, que era el que dominaba la enseñanza y modelaba la mente de los

³ GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, 7ª Edición, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1977, p. 105.

⁴ GARCÍA GALLO, Alfonso, *op. cit.* pp. 109 y s.s.

⁵ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor; *La ley en América Hispana*; Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, pp. 53-54.

juristas. Estos acostumbran interpretar las leyes reales en relación con las romanas, método empleado sistemáticamente. Se trató de reformular la enseñanza del derecho, prosperando el método de enseñanza conjunta del Derecho Romano con el real. Quienes se abstendían de utilizar el derecho romano presentaron las leyes patrias envueltas en doctrina escolástica, aún ocultas con ideas del humanismo y racionalismo. El antirromanismo de los ilustrados se concilió con el romanismo práctico de los tradicionalistas.

Esta corriente encontraba fundamento en la idea generalizada de la Ilustración del surgimiento de un “derecho popular”, al exigir a las leyes una sencillez y claridad tales que pudieran ser comprendidas por todos sin necesidad de los juristas⁶.

La reducción del Derecho Canónico al ámbito eclesiástico, fue una tendencia que se acentuó con el regalismo borbónico. Las ideas de la Ilustración estaban en contra de la fusión entre Iglesia y Estado, propia del teocentrismo medieval/renacentista; por lo que la constante prédica al respecto de filósofos como el Padre Benito Feijóo (1674-1764), o Gaspar de Jovellanos (1774-1811), llevarán a la existencia de una Iglesia española predominantemente nacional, dependiente de la voluntad de sus monarcas, y con escasos vínculos con Roma. Siendo el hecho culminante la expulsión de los jesuitas del año 1767⁷.

El Derecho Canónico se transformó lentamente en exclusivo del Clero, y éste estaba fuertemente unido a los designios y voluntad de la Corona.

3. El contexto académico: la vigencia de la Escolástica Española

Domingo Muriel realizará sus estudios en la Universidad de Valladolid, habiendo ingresado muy joven en el Noviciado de la Compañía de dicha ciudad. En 1748, siendo profesor de lógica en el colegio San Ambrosio de Valladolid, fue destinado a la provincia del Paraguay.

Si bien es un hijo de su siglo en cuanto al contacto con las ideas de la Ilustración, recordando el antiguo privilegio que permite a los jesuitas tomar

⁶ RODRIGUEZ ENNES, Luis, “La ruptura del monopolio de la enseñanza del Derecho Romano en las Universidades Españolas del siglo XVIII”, *XLIX Congreso Internacional de la Société Internationale des Droits de l'Antiquité en New Orleans*, Estados Unidos, 17 al 21 de septiembre de 1995, pp. 354/355. [Recuperado de: local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/1996/16.Rodriguez%20Ennes.pdf].

⁷ HARING, Clarence, *El Imperio Hispánico en América*, Solar/Hachette, Buenos Aires, 1966, pp. 188-189.

contacto con todas las obras literarias, su formación estará signada por la Escuela del *Mos Gallicus* o versión humanista del Derecho Común.

El llamado por los historiadores españoles “Derecho Español Clásico”, surgido al calor de las aulas de Salamanca y Coimbra, se caracterizará por: un predominio de la actividad forense sobre la docente, quebrándose el equilibrio logrado por la antigua escuela de los comentaristas entre ambas actividades. Esto llevó al surgimiento de tratados o prácticas procesales, obras sin pretensiones científicas dedicadas a instruir a escribanos y abogados, procuradores y litigantes en los procesos.

Se destacarán las de los juristas italianos Tiberio Deciano (1509-1582) y Próspero Farinacci (1544-1618); y en España Juan de Hevia y Bolaños (1570-1623), con su *Curia Filípica y Laberinto de comercio terrestre y naval*, obra de gran prestigio en su época, hasta el punto de constituir, esta última, el único tratado de derecho mercantil español hasta principios del siglo XIX⁸.

Hay un predominio y abuso del argumento de autoridad: la ciencia medieval estaba basada en el mismo y consagrado por la teología, pero sin depender exclusivamente de él, siendo el mejor ejemplo de ello la *Summa Teológica* de Santo Tomás de Aquino; en la que la autoridad es equilibrada con la razón. Si bien para los glosadores la autoridad residía en la obra de Justiniano, y para los comentaristas en la *communis opinio doctorum*.

El *mos italicus* tardío dejó a un lado los argumentos de razón a partir de la cita exagerada de opiniones. La multiplicidad y diversidad de las opiniones llevó a una crisis del método de la *comunis opinio*, por lo que para evitar la oposición de mayor número de pareceres contrarios, se exagerara la cita de autoridades, en lugar de prestarle atención al razonamiento.

Las obras jurídicas se convirtieron en una abrumadora cadena de citas, fatigosas para el entendimiento y desprovistas de originalidad; apartándose

⁸ L. ALESSANDRO DANI, *Il Cinquecento e il Seicento*, in Alessandro Dani, Maria Rosa Di Simone, Giovanni Diurni, Marco Fioravanti, Martino Semeraro, “*Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*”, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 39-40, ISBN 9788834829974.

La obra de Tiberio Deciano *Trattato di Diritto criminale (Tractatus criminalis)* fue la primera obra que rompió con la estructura de sistema de Prácticas propias de los comentaristas. Considerada como un intento de tratado científico pero apoyado en la práctica procesal forense del cinquecento, enunciando una serie de principios generales aplicados a diversos “delitos generales” de los cuales emanan todos los demás “*generalia delictorum*”. Y la de Farinacci “*Praxis et theorica criminalis*”, compendio de jurisprudencia en lo penal, marcarán la estructura de las obras procesales de la época.

así de las enseñanzas de Cujacius (Jacobo Cujas 1522-1891) o Donello (Hughes Donneau 1527-1591), iniciadores de la escuela del Mos Gallicus.

Comienza la escuela del Mos Gallicus con Andrea Alciato (1492-1550, quien propondrá que la regla de interpretación no debe supeditarse a la autoridad de otros sino proceder con el propio y sano juicio; continuado por Cujacio, que propone una investigación del derecho romano clásico bajo el método histórico filológico y concluyendo con Donneau.

Todos ellos no consideraron al Derecho Romano como vigente sino que lo tenían en cuenta solo en aquellos casos en que su equidad estuviera comprobada, criticando que se tomara a la opinión de los juristas como Bártolo y Baldo, como argumento de autoridad⁹.

A principios del siglo XVIII, aún con el predominio de la escuela del Mos Gallicus, el panorama jurídico hispano se caracteriza por una fuerte crítica a dicho método. En efecto, a la abundancia de citas a los doctores, se propondrá una jurisprudencia que o bien los limite o los suprima definitivamente.

4. La obra del Padre Domingo Muriel: *Rudimenta Juris Naturae et Gentium*

Solía decir el Padre Muriel según su discípulo el Padre Miranda que “el hombre que entierra los talentos de que le ha dotado el Cielo para servir a sus semejantes, no es fiel siervo de Dios”¹⁰.

Por lo que en su exilio europeo publicará dos obras sometidas a la censura de la Inquisición, ambas en Venecia: *Fasti Novi Orbis et Ordinationum Apostolicarum ad Indias Pertinentium Breviarium cum Admonitionibus*; impresa en 1776 que es un compilación de toda la legislación canónica Indiana vigente a mediados del siglo XVIII; y posteriormente un tomo infolio *Historia Paraguajensis, petri Francisi de Charlevoix, ex Gallio Latina, cum animadversionibus et supplemento*, corrección y ampliación de la “Historia del Paraguay”, del jesuita Francisco de Charlevoix de fines de la pasada centuria¹¹.

⁹ CARPINTERO, Francisco, *Mos Italicus, Mos Gallicus y el Humanismo racionalista*, Veroeffentlichungen des Max Planck-Instituts fur Europaische Rechtsgechichte, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1977, pp. 109-171.

¹⁰ CABRERA, Pablo, “Noticias bio-bibliográficas acerca del P. Domingo Muriel, en *Revistas Universidad Nacional de Córdoba*, Año 2, Número 3, Mayo de 1915.

¹¹ CABRERA, *op. cit.*, pp. 436 y 438.

La obra que nos ocupa tuvo una primera presentación ante el Santo Oficio de Faenza hacia 1780, el cual se tituló: *Ius Naturale et Gentium apud Indos Meridionales attentuam*, la cual trata de ser aprobada por el Provisor del Santo Oficio que no dará curso a su publicación, aun dejando constancia que no atentaba contra la fe ni a la moral.

Por fin y sin censura eclesiástica, fue impresa la obra a nombre de Ciriaco Morelli (italianización de su apellido), y bajo el título *Rudimenta Juris Naturae et Gentium*, en el año 1791 y con el visto bueno del Revisor Público de Venecia. La traducción utilizada es la realizada por el Dr. Luciano Abeille, y corresponde al III Tomo en la publicación denominada: *Biblioteca Centenaria*, impresa por la Universidad de La Plata, en Buenos Aires el año 1911¹².

La edición original –en latín– consta de dos volúmenes, dedicado el primero al Derecho Natural, en once capítulos y el segundo al Derecho de Gentes en diez capítulos. El Libro I, trata de: I.- Naturaleza y elementos constitutivos del derecho natural. ¿Está promulgado por la revelación?; II.- Naturaleza de los actos humanos. ¿Con la opinión probable existe la conciencia recta?; III.- Regla de los actos humanos y verdaderos principios de derecho natural. ¿Cuál es la regla primera de la moral?; IV.- Oficios del hombre para con Dios. ¿Se debe el culto externo a Dios por derecho natural?; V.- Deberes del hombre para consigo ¿Es contrario al derecho natural el nutrirse con carne humana?; VI.- Deberes absolutos y perfectos para con los demás, y especialmente que no deben perjudicar a nadie. ¿Obliga el juramento sacado por la fuerza?; VII.- Deberes imperfectos hacia los demás. ¿Es contrario al derecho natural el derecho canónico?; VIII.- Deberes hipotéticos para con los demás y principalmente del origen de la adquisición del dominio. ¿Qué derecho hay en el Tupambaé guaraní?; IX.- De la adquisición derivada del dominio. ¿Es natural o civil el derecho hereditario?; X.- Derechos y oficios que se derivan del dominio. ¿Qué derecho encierra la prescripción?; XI.- Comercio de las cosas constituidas en dominio. ¿Qué derecho existe en el comercio paraguayo?

Por su parte el Libro II destinado al derecho de Gentes contendrá: I.- Estado natural y social del hombre. ¿Es miserable o feliz el estado de los indios meridionales?; II.- Deberes de la sociedad conyugal. ¿Es indisoluble el matrimonio de los paganos infieles?; III.- Deberes que hay que cumplir con la sociedad de los padres y los hijos. ¿Es permitido a los padres vender a sus

¹² MURIEL, Domingo (Dit. Ciriaco Morelli), *Elementos de Derecho Natural y de Gentes*, Universidad de La Plata, Biblioteca Centenaria, Imprenta de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1911.

hijos?; IV.- De los deberes que hay que cumplir en la sociedad del amo y de los servidores. ¿Es conforme al derecho la compra de esclavos?; V.- De la sociedad compuesta llamada familia y de los deberes que en ella debe cumplirse ¿Quién tiene la dirección en esta sociedad?; VI.- Origen, forma, esencia y propiedades de la sociedad civil. ¿Proviene ella de la naturaleza?; VII.- Del poder supremo y de los modos de adquirirlos. ¿Con qué derecho fue cedido a España el Imperio Peruano?; VIII.- De los derechos inmanentes a la majestad y de la justicia que encierran. ¿Puede obligarse a los súbditos a que pasen de un sitio a otro en el interior del Imperio?; IX.-Derechos transitorios de la Majestad. ¿Los pecados de la naturaleza constituyen una justa causa de guerra?; X.- Deberes de los ciudadanos. ¿Qué derecho rige en las provincias desmembradas?¹³.

Cabe destacar que el método utilizado por Muriel, es el del *Mos Gallicus*, en cuanto a la cantidad de citas utilizadas, y a la utilización del antiguo método escolástico: *lectio*, *quaestatio* y *disputatio* propio del de la tradición aristotélico-tomista. Asimismo, propondrá numerosos ejemplos y concordancias con el Derecho Romano, la historia y las literaturas clásicas latinas y griegas¹⁴.

Este método es utilizado durante toda la obra para refutar y cuestionar el pensamiento de los autores racionalistas como Heinecio, Grocio o Pufendorf; sin observarse una preocupación por parte del autor de ordenar sistemáticamente los temas a tratar. No surge todavía de la misma un concepto de sistema en la acepción del racionalismo o la Ilustración.

Según Víctor Tau Anzoátegui, el hecho que define el cambio del casuismo al sistema racionalista es la adopción de éste último concepto, con el sentido actual. La definición de sistema alude al: “Conjunto de elementos que se reclaman recíprocamente y se sostienen o sustentan unos a otros mediante un conjunto de tensiones operantes”¹⁵.

La época en que el Padre Muriel escribió sus *Rudimenta Iuris*, corresponde a la etapa previa a la adopción del concepto en el sentido actual, habiéndose consolidado recién durante el siglo XIX la idea de sistema como característico del racionalismo y propio del derecho de la modernidad¹⁶.

¹³ MURIEL, Domingo, *op. cit.* pp. 438-439.

¹⁴ CARPINTERO, *op. cit.* p. 125.

¹⁵ MARÍAS, Julián, *La estructura social*, Madrid, 1972, p. 119.

¹⁶ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor; “Casuismo y sistema”, en *Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1992, pp. 160-161.

5. El derecho de propiedad: la situación en los Reinos de Indias

Al momento en que el Padre Muriel imparte sus clases de filosofía en la Universidad de Córdoba y comienza a recopilar las fuentes de su posterior obra jurídica y filosófica, –mediados del siglo XVIII–, todavía sigue vigente la diversa normativa que trata al respecto.

La Bula Inter Caetera de Alejandro VI, pondrá en cabeza del monarca castellano la soberanía sobre las Indias Occidentales:

...con la autoridad de Dios Omnipotente que detentamos en la tierra que fue concedida al bienaventurado Pedro como Vicario de Jesucristo, a tenor de las presentes, os donamos concedemos asignamos perpetuamente, a vosotros y a vuestros herederos y sucesores en los reinos de Castilla y León, toda y cada una de las islas tierras predichas y desconocidas que hasta el momento han sido halladas por vuestros enviados y las que se encontrasen en el futuro...¹⁷.

En virtud de ello, hacia 1680 al momento de la Recopilación, la normativa vigente se puede dividir en dos grandes grupos: la determinada para los españoles y criollos y la establecida para los indígenas.

Respecto de los primeros, el reparto de casas, solares, tierras, caballerías y peonías, estará legislado por el Libro IV, Título XII, *De la venta, composición y repartimiento de tierras y aguas*; especificándose en las Leyes II y III las condiciones para acceder a ello, teniendo en cuenta que: “... que a los indios se les dejen sus tierras heredadas y pastos, de forma que no les falte lo necesario y tengan todo el alivio y descanso posible (Conf. Ley v) ...”¹⁸.

Establece los modos en que se efectuaran los repartimientos, con el parecer del Cabildo y asistencia del procurador del lugar (Conf. Leyes 5^a y 6^a)¹⁹.

La Ley 12, establece respecto de los españoles, que no se pueda dar estancias de ganado ni sementeras en lugares cercanos a los pueblos de indios²⁰.

¹⁷ GARCÍA GALLO, Alfonso, Tomo II, Colección de Documentos.

¹⁸ *Recopilación de las Leyes de las Indias*, Libro IV, Madrid, 1983, edición Facsímil de la de 1680.

¹⁹ *Ibidem*. Cit. 18. Real Cedula en Barcelona a 4 de abril de 1533 –Ley 5^a–; y Real Cédula en Toledo en 16 de junio de 1523 Ley 6^a.

²⁰ *Ibidem*. Cit. 18. Don Carlos en Valladolid a 14 de marzo de 1553.

Respecto de las encomiendas, nos recuerda José María Mariluz Urquijo que el derecho de los encomenderos se limitaban a

Disponer del servicio personal del indígena pero no de su tierra y para evitar alguna caprichosa asimilación con el régimen señorial que pudiera dar pie al derecho de mañería se cuidaba de especificar que el encomendero no heredaba la tierra del encomendado muerto sin sucesión sino que ésta pasaba al pueblo del que el indio fuese originario²¹.

Respecto de los aborígenes regirá el Libro VI, en cuanto, *Que a los indios reducidos no se quiten las tierras que antes hubieran tenido* (Ley 9), y que *A los indios se les dexen tierras* (Ley 18)²².

Dicha premisa regirá inclusive si los mismos han sido trasladados a reducciones y pueblos de indios, ya que el Título III del Libro VI establecerá que: *A los indios que fueran reducidos no se les quiten las tierras que antes hubieren tenido* (Ley 9); y *Que cerca de las Reducciones no haya estancias de ganado* (Ley 20)²³.

La doctrina que protege la propiedad de los naturales, parte de la obra de Francisco de Vitoria, en cuanto en sus Relecciones Teológicas de 1539 establecerá en su capítulo I, 10, entre otros postulados: *Que los bárbaros ni por el pecado de infidelidad ni por otros pecados mortales se hallan impedidos de ser verdaderos dueños o señores, tanto pública como privadamente, y que por ése título no pueden los cristianos apoderarse de sus bienes*²⁴.

Al respecto nos refiere José María Mariluz Urquijo que: “la práctica va a limitar el reconocimiento de la propiedad indígena a aquellos lugares en donde una población en donde una población sedentaria hubiese practicado un tipo de explotación económica similar al del hombre civilizado”²⁵.

²¹ MARILUZ URQUIJO, José María, *El Régimen de la tierra en el Derecho Indiano*; 2ª Edición, Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 26.

²² *Ibidem*. Cit. 18. Don Felipe II; en Toledo, 19 de febrero de 1560 (Ley 9ª); y Don Felipe IV en Madrid a 16 de marzo de 1642 (Ley 18).

²³ *Ibidem*. Cit. 18. Don Felipe II; en Toledo, 19 de febrero de 1560; y Don Felipe III a 10 Octubre 1618.

²⁴ VITORIA, Francisco de, “*Relectio de Indis o Libertad de los Indios*”, Edición crítica bilingüe por L. Pereña y J.M. Pérez Prendes, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967. p. 25.

²⁵ URQUIJO, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

6. El derecho de propiedad en la obra del Padre Muriel

Muriel no será ajeno a las corrientes jurídicas y filosóficas del siglo XVIII. En efecto, el mismo abordará la problemática de la propiedad teniendo en cuenta autores contemporáneos.

El mismo se encuentra desarrollado en los Títulos VIII a X: *VIII.- Deberes hipotéticos para con los demás y principalmente del origen de la adquisición del dominio. ¿Qué derecho hay en el Tupambaé guaraní?; IX.- De la adquisición derivada del dominio. ¿Es natural o civil el derecho hereditario?; X.- Derechos y oficios que se derivan del dominio. ¿Qué derecho encierra la prescripción?*²⁶

El Padre Muriel efectúa su análisis del tema de la propiedad basándose en Heinecio (Johann Gottlieb Heineken 1681-1741), en cuanto que es considerado como la facultad de excluir a los demás del uso de una cosa, y definiendo entre comunión negativa y positiva de las mismas²⁷.

Recordemos que dicho jurista efectuó su: *Comentario académico forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano*; a principios del siglo XVIII, y como discípulo de Christian Thomasius (1655-1728), forma parte del denominado Humanismo Racionalista, por lo que de allí recibe las acerbos críticas de Muriel²⁸.

En lo que respecta a la adquisición del dominio, como condición para ejercer la propiedad, surge del título 2º, del Libro II de las Institutas, y que es recogido por Vinnio y Heinecio conforme se consignó anteriormente²⁹.

No entraremos en detalles respecto al concepto de propiedad romano, tan sólo decir en palabras de Mariana Sconda que:

Es el señorío jurídico más amplio que tiene el hombre sobre la cosa, garantizado por el derecho objetivo mediante la exclusión de toda injerencia extraña, en donde el propietario puede utilizar libremente la cosa y disponer como mejor le plazca, aunque existan diversas limitaciones y restric-

²⁶ MURIEL, *op. cit.*, pp. 126 y 144.

²⁷ HEINECCIO, J. Gottlieb; *Comentario académico forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano*; Imprenta de José Torner, Barcelona, 1846, pp. 224/225 y s.s.

²⁸ FRANZ WIAECKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 291.

²⁹ Cuerpo del Derecho Civil Romano, Edic. facsímil de la de 1889, Krieger, Hermann y Osenbrügger, con comentarios de Ildefonso García del Corral; Valladolid, 1988, VI Tomos, Tomo I, pp. 30 y s.s.

ciones, el dueño es considerado como quien ejerce un poder pleno sobre la cosa³⁰.

En cuanto a la propiedad primitiva, Grocio la considera una propiedad en común, de libre ocupación por los particulares, cuyo abuso condujo, por intermedio del contrato social, a la particular históricamente existente.

Según éste lineamiento, los modos positivos y negativos de la adquisición del dominio, los analizará bajo la óptica de Grocio, estableciendo la diferencia entre modos originarios de adquirir y modos derivativos a la cesión y división de la transmisión del mismo³¹.

Posteriormente y respecto a la propiedad de los indígenas, Muriel establecerá que los mismos la poseen con carácter comunitario, dando como ejemplos europeos el caso de los labradores de las tierras de Tamames en Salamanca, y el régimen de comunidad de bienes de los campesinos de Lorena en Francia, como ejemplos de propiedad comunitaria³².

Y define específicamente los conceptos de Tupambaé y Abambaé propios de los guaraníes. Consigna que el primer vocablo significa en lengua indígena *la posesión de Dios*, y se refiere a todos los bienes de uso común de determinada comunidad.

Por otra parte, el Abambaé refiere a la *posesión del hombre*, es decir el fundo o parte de la tierra que cada uno cultiva y explota para sí, independientemente de la comunidad, quedando en cabeza de los padres de familia. Nos consigna que ésa era la costumbre propia de los pueblos guaraníes, que continuaron inclusive durante las misiones dirigidas por la Compañía de Jesús y todavía vigente bajo la órbita del Clero Secular al ser éstos expatriados en 1767³³.

El abambaé, o *posesión del hombre*; estaba en cabeza de los caciques o “señores naturales” de los guaraníes. En efecto, ya en el siglo XVI se estableció una división nominal entre los guaraníes: “*vasallos*” y “*nobles*”, *estando exceptuado los últimos de los trabajos comunales, el mitazgo, los servicios personales y el trabajo como jornaleros*³⁴.

³⁰ SCONDA, Mariana; “Principio de la inviolabilidad de la propiedad. Antecedentes romanos y su recepción en la legislación argentina”, *Revista de Derecho Privado*, N° 24, enero-julio 2013, pp. 43-50.

³¹ MURIEL, *op. cit.* p. 128. y WIAECKER, *op.cit.*, pp. 250-251.

³² MURIEL, *op. cit.*, pp. 129-128.

³³ MURIEL, *op. cit.*, p. 138 y BUSANICHE, José Luis, *Historia Argentina*, Buenos Aires, Solar/Hachette, 1969, pp. 240-241.

³⁴ WILDE, Guillermo, “*Religión y Poder en las misiones guaraníes*”; SB Editorial, 2ª Edición; Buenos Aires, 2016, p. 67.

Los caciques en la práctica serán equiparados a los señores castellanos, estableciéndose en el Título VII de la Recopilación de Leyes de Indias, el régimen aplicable a los mismos³⁵.

En virtud de ello nos refiere Wilde que:

Los jesuitas trataron de conservarles sus privilegios para mantenerlos dentro de las reducciones: se los nombraba corregidores y cabildantes, se los llamaba Don, se los eximia del tributo y se evitaba castigarlos públicamente, disponiéndose por Cédula del 12 de marzo de 1697 equiparados a los hidalgos de Castilla, disposición confirmada en 1725 y 1766³⁶.

Al mismo tiempo explica Muriel que:

Se acostumbra a los padres de familia –caciques– a elegir, dentro del terreno común pero no en perjuicio de la comunidad, o los campos que deben cultivar o bien se les habitúa a darles mayor extensión. Más aún, el magistrado y el curador incitan y ayudan a cada cual a que aumente su abambaé cultivando mayor superficie de terreno. ... Si el dueño quiere poner en seguridad los frutos de su abambaé los lleva al granero público donde se depositan en bolsas que llevan el nombre del propietario y los retira a medida de las necesidades de la familia si estos no bastan hasta la nueva cosecha se saca entonces del suplemento común o sea de los frutos del tupambaé³⁷.

Respecto del *tupambaé*, definida como *la posesión de Dios*, Muriel nos dirá que es el:

Producto predial del ganado vacuno y lanar y los frutos agrarios. Pero como la condición de los guaraníes en poder de quienes está, es casi la de los niños o niños grandes, se les considera como menores. Por lo tanto cada indio sin

³⁵ Recopilación de las Leyes de las Indias; Libro VI; Título VII, Ley 1.- “Algunos naturales de las Indias eran en tiempo de su infidelidad Caciques, y Señores de Pueblos, y porque después de su conversión a nuestra Santa Fe Católica, es justo que conserven sus derechos, y el haber venido a nuestra obediencia no los haga de peor condición, mandamos a nuestras Reales Audiencias que si estos caciques o principales descendientes de los primeros pretendieren suceder en aquél género de señorío, o cacicazgo, y sobre esto pidieren justicia, se la hagan, llamadas y oídas las partes a quien tocare, con toda brevedad”. Don Felipe II en Valladolid en febrero de 1557.

³⁶ WILDE, *Op. Cit.*, p. 68.

³⁷ MURIEL, *Op. Cit.*, p. 138.

autorización previa del magistrado pedáneo y el magistrado indio sin previo consentimiento de los tutores y curadores no pueden administrar el fundo ni vender sus producciones. De donde el dominio de la propiedad lo tiene cada comunidad de tal manera que el magistrado es administrador, el doctrinero director y consejero³⁸.

No hay una posesión concreta del Tupambaé, sino que es la posesión misma de la comunidad, debiendo trabajar cada individuo para poder tener acceso a los frutos de la propiedad común.

Los frutos obtenidos de las cosechas eran depositados en almacenes públicos, cuya vigilancia estaba a cargo de sujetos nombrados por los caciques de la comunidad, que llevaban registro de todo lo recibido.

Una vez por mes éstos encargados u oficiales, entregaban a los jefes de barrio o caciques la cantidad de granos necesaria, para todas las familias de su jurisdicción; según las necesidades de cada grupo familiar. El mismo sistema se hacía con el reparto de carne, sólo que todos los días en lugar de una vez por mes³⁹.

Toda esta organización fue aprobada por el derecho civil y real, y en particular confirmada por sentencia de diciembre de 1743 por Felipe V en cuanto expresó:

No es mi real ánimo se haga novedad en el expresado manejo de bienes, sino antes bien, que se continúe lo practicado hasta ahora desde la primera reducción de estos indios, con cuyo consentimiento y con tanto beneficio de ellos se han manejado los bienes de la comunidad, sirviendo los curas doctrineros sólo de directores...⁴⁰

Muriel identifica al tupá-mbaé como *posesión de Dios*, o común, “porque aunque sus frutos están destinados a las necesidades de los indigentes, es tan grande la piedad religiosa que lo más importante para ellos es el culto a Dios y el esplendor de sus templos”. Brindando una detallada descripción de varios de ellos y la importancia del culto religioso en las misiones guaraníes⁴¹.

³⁸ MURIEL, *Op. Cit.*, p. 137.

³⁹ SUÁREZ, S. “Organización social de las Misiones Jesuíticas”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Tomo XIX, Buenos Aires, 1918, pp. 210-211.

⁴⁰ MURIEL, *Op. Cit.*, p. 138. En concordancia con la recordada ley 4, tít. I, del Libro II de la Recopilación de Leyes de Indias que establece los principios generales de aplicación de la costumbre indígena.

⁴¹ MURIEL, *Op. Cit.*, pp. 138 y 139.

Asimismo, otros autores definen el *tupá-mbaé* como un régimen de trabajo colectivo, basado en la rotación de turnos en las tierras comunitarias, para la obtención de productos de subsistencia y excedentes para su comercialización (yerba mate, cueros, carnes etc.)⁴².

Los misioneros controlaban y supervisaban todas las actividades de la propiedad comunitaria, justificando Muriel dicha circunstancia en la miseria de los indios⁴³.

7. Conclusión

La presente obra nos permite un acercamiento al pensamiento del mundo universitario de mediados del siglo XVIII, etapa de transición de la Escolástica a la Modernidad.

Lo realmente novedoso en la obra de Muriel, es que si bien mantiene el método escolástico aristotélico, y el sistema de citas propios de su formación; es llamativo ver cómo utiliza conceptos que corresponden a los nuevos filósofos racionalistas como y Heinecio y Grocio. Si bien mantiene una postura crítica de los mismos, por ser de confesiones distintas, no menos cierto es que toda la estructura de la obra en lo que respecta al derecho de propiedad lo realiza siguiendo esas directivas.

Podría haber utilizado las enseñanzas de Luis de Molina o del mismo Santo Tomás al momento de dar las explicaciones y fundamentos respecto a la posesión y la adquisición del dominio, pero se basará concretamente en autores contemporáneos y exponentes de las nuevas ideas del racionalismo.

Lejos está de la escolástica medieval, salvo lo metodológico, y se acerca progresivamente a las ideas de la Ilustración predominantes en su siglo.

Aunque como fuera observado anteriormente, no se cumplen las premisas o pautas que oportunamente refiriera Víctor Tau Anzoátegui a fin de consolidar un cambio del sistema de casos al sistemático del racionalismo.

Por otra parte, nos demuestra que las ideas y las corrientes Ilustradas eran conocidas profundamente por toda la sociedad y muy en especial por los operadores jurídicos del derecho como lo eran los clérigos en dicha centuria.

⁴² WILDE, *Op. Cit.* pp. 138 y 139.

⁴³ MURIEL, *Op. Cit.*, pp. 139 y 140. DUVE, THOMAS. "La condición jurídica del indio y su consideración como miserabilis en el Derecho Indiano." Extracto del volumen *Un giudice e due leggi*, Giuffrè Editore, 2004, p. 33.

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

THE POLICY OF CONGREGATION OF INDIGENOUS VILLAGES AND
DEPOPULATION PROCESSES IN 16th-CENTURY. NEW GALICIA

JOSÉ ENCISO CONTRERAS

Poder Judicial del Estado de Zacatecas (México)

pepenciso@yahoo.com

Resumen: Este trabajo es exploratorio de algunos aspectos de la política de congregaciones practicada por la Corona española en la extensa gobernación de la Nueva Galicia en el siglo de la conquista, así como del estatuto ideológico y jurídico en que se basó aquel proceso. Nuestra intención es encontrar líneas teóricas y empíricas que permitan comprender aquella política y relacionarla con otros fenómenos que le fueron coetáneos, principalmente el de la grave despoblación que se suscitó en toda la Nueva Galicia —la que ha sido caracterizada como una verdadera tragedia demográfica que afectó a los indios—, y con el deterioro cultural de las comunidades autóctonas.

Palabras clave: Nueva Galicia, siglo XVI, congregaciones, pueblos de indios, despoblación, epidemias.

Abstract: This work explores some aspects of the congregations policy practiced by the Spanish crown in New Galicia in the 16th century and the legal norms on which that process was based. My intention is to find theoretical and empirical lines for understanding that policy and relate it to other contemporary phenomena, mainly the serious depopulation that occurred throughout New Galicia. The true demographic tragedy that befell the indigenous peoples and the cultural decline of indigenous communities.

Keywords: New Galicia, 16th century, congregations, indigenous villages, depopulation, epidemics.

Sumario: 1. Introducción. 2. Población originaria de la Nueva Galicia. 3. Política de congregaciones. 4. Congregar la Nueva Galicia. 5. Chiametla: la fallida empresa del oidor Pedro de Morones en 1560. 6. Teocaltiche: empeños del oidor Santiago del Riego en 1576. 7. Problemas y resistencias culturales. 8. Congregaciones y despoblación indígena de la Nueva Galicia.

1. Introducción

Peter Gerhard calcula que de los aproximadamente 855,000 indígenas que vivían hacia 1519 en el extenso territorio que más tarde sería la Nueva Galicia, sólo se contabilizaban 84,400 en 1600¹. Ya sabemos que las enfermedades y padecimientos introducidos por los europeos se encuentran entre las principales causas del colapso demográfico, pero en una merma poblacional de estas dimensiones los cambios de hábitos y el trastorno de sus ritmos de vida y reproducción social y, en suma, la imposición de patrones culturales extraños –en el sentido más amplio de la significación del término– no pudieron ser ajenos a aquella gran mortandad. La hipótesis de trabajo que estamos buscando a partir de este texto sería que la congregación de los pueblos de indios de la Nueva Galicia –con la consecuente imposición de nuevos esquemas y ritmos de vida y extrema explotación del trabajo que acarrió–, contribuyó a la grave merma poblacional de las comunidades indígenas de la jurisdicción.

2. Población originaria de la Nueva Galicia

En tiempos inmediatamente anteriores a la conquista del territorio que más tarde sería la gobernación de la Nueva Galicia, la zona estuvo habitada por abigarrada confluencia de grupos étnicos y lingüísticos², acerca de los cuales sabemos que al momento del contacto los “aborígenes en el oeste eran agricultores sedentarios; en el este, cazadores y recolectores nómadas. A éstos los españoles aplicaron el término azteca de *chichimecas*”, quienes se caracterizaron por una intensa resistencia bélica a la presencia europea que llegó a obstaculizar tanto los procesos de población como los de minería, ganadería y agricultura, así

¹ PETER GERHARD, *La frontera norte de la Nueva España*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 39.

² GERHARD, *op. cit.*, p. 56. Se han registrado multitud de lenguas de aquella época, como el zacateco, el tepehuán, el huichol, el cora, el totorame, el tepecano, el tecuexe, el coca, el náhuatl, el sayulteco, el guachichil, el tarasco, el guamare y el tecoxquin, entre otros. Por los datos encontrados por Dávila Garibi sabemos que tras los cruentos años de la conquista la mayoría de las lenguas vivas fueron reduciendo su influencia o desapareciendo totalmente, como resultado de la imposición del castellano y colateralmente del náhuatl –a la sazón las lenguas francas en el área– por parte de las autoridades civiles y religiosas, así como por las intensas migraciones de grupos naoas, que solían acompañar los desplazamientos de expansión de los europeos. JOSÉ IGNACIO DÁVILA GARIBI, *El problema de la clasificación de la lengua coca*, México, Librería San Ignacio, 1943, p. 7.

como el comercio y comunicaciones en el área³. Semejante diversidad ofrece serias dificultades al momento de clasificar las numerosas naciones en que se expresaba. Hay común acuerdo en diferenciar a los grupos nómadas respecto de los agricultores, pero esta apreciación general no basta, pues existen constancias de cómo inclusive entre los propios grupos sedentarios, se manifestaban señaladas diferencias, desniveles y hasta cierta animadversión y rivalidades en lo que tocaba a su nivel de desarrollo cultural y vida política⁴. Las naciones que ocuparon las fértiles tierras bajas y las mesetas, despreciaban y recelaban de los belicosos grupos de las serranías con los que llegaban a sostener violentos conflictos. Las virulentas reacciones bélicas iniciales a los procesos de conquista –simbolizadas en la Guerra del Mixtón en Juchipila– dilataron y obstaculizaron la subordinación de los naturales al régimen colonial y han sido explicadas con base en la pluralidad étnica a que venimos haciendo referencia⁵.

Por lo que respecta a su organización política, al momento del contacto apenas unos pocos grupos de sedentarios vivían organizados en señoríos como los de Aztatlan y Centicpaque, en la costa sur del Pacífico, y Poncitlán en la tierra adentro. En el resto de las áreas sedentarias los grupos se concentraban en profusos y pequeños núcleos poblacionales dispersos y autónomos relativamente asentados en territorios más o menos fijos. Se advierte también entre ellos la existencia de redes de intercambio mercantil de relevancia que los enlazaban de alguna forma, aunque poco comparables con las complejas estructuras comerciales encontradas por los conquistadores en el Valle de México y su área de influencia económica y política⁶. Por otro lado, el modelo de sedentarismo prevaleciente en la mentalidad española de ese tiempo no embonaba del todo con los esquemas de asentamiento de los naturales, los que todavía les resultaban bastante extraños y desparramados, fenómeno éste que se presentó prácticamente en todas las Indias⁷.

³ WOODROW BORAH, *Tendencias de precios de bienes de tributo real en la Nueva Galicia, 1557-1598*, Zapopan, El Colegio de Jalisco-El Colegio de Michoacán, 1994, p. 29.

⁴ GERHARD, *op. cit.*, p. 57-58. Según los propios testimonios de indígenas sedentarios del primer cuarto del siglo XVI, “los de Etzatlán y Ahuacatlán, en 1525 describían a sus vecinos del norte (¿Coanos?), como Teules chichimecas, que son como bestias, mientras que los coras de Guaynamota eran considerados como burdos salvajes por los coras de Nayarit”.

⁵ ENRIQUE FLORESCANO, “La conquista y la transformación de la memoria indígena”, en HERACLIO BONILLA (compilador), *Los conquistados, 1492 y la población indígena de las Américas*, Bogotá, Tercer Mundo, 1992, p. 78.

⁶ GERHARD, *op. cit.*, p. 58.

⁷ ERNESTO DE LA TORRE VILLAR, *Las congregaciones de los pueblos de México. Fase terminal: aprobaciones y rectificaciones*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 7 y 9.

3. Política de congregaciones

La reorganización de la población indígena neogallega para reducirla en poblaciones al estilo europeo a partir del siglo XVI, implicó un proceso más lento y tortuoso que el suscitado en la vecina Nueva España, por las condiciones derivadas del precario dominio español sobre el territorio conquistado⁸. Antes del contacto muchos pueblos autóctonos aglutinaban gran número de moradores aunque viviendo bajo sus propios esquemas culturales, urbanísticos –por llamarlos de alguna manera– y políticos. La estrategia de congregaciones fue impulsada desde el temprano periodo insular de ocupación del territorio indiano, acarreando consecuencias nefastas en las poblaciones locales al grado de su casi total exterminio. De aquel estrepitoso fracaso antillano –explicable por la preponderancia que se dio a los intereses de los conquistadores y del Estado, haciendo caso omiso de las características de las sociedades autóctonas– era de esperarse que los españoles trataran de acumular experiencia para ulteriores jornadas de congregación. En la Nueva España, sin embargo, durante la administración del virrey Antonio de Mendoza no parecen haberse aprovechado los precedentes en este sentido, pues siguieron atendándose criterios pragmáticos de relocalización de los indios de acuerdo más a consideraciones de carácter geográfico y de interés político y económico, que a las condiciones propias de los indígenas⁹, y pese a todo ya en la década de 1550 todos los pueblos nahuas contaban con la totalidad de sus funcionarios nombrados con denominación española¹⁰. Por lo que toca al virreinato

⁸ Cfr. JOSÉ ENCISO CONTRERAS, *Cedulario de Oficio de la Audiencia de la Nueva Galicia (1554-1680)*, tomo I (1554-1584), Zacatecas, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, p. 9 y ss.

⁹ DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 8 y 9. Don Ernesto atribuye este fracaso a que la política de congregación de naturales no tomaba en cuenta la diversidad de la población en las islas, ya que por inexperiencia o por intereses particulares se hacía caso omiso a las características de las sociedades nativas, relativas a migración, organización política, lenguas, actividad económica, cultural, tamaño de las poblaciones, natalidad, fecundidad y crecimiento natural, entre otros factores.

¹⁰ JAMES LOCKHART, *Los nahuas después de la conquista. Historia social de la población indígena del México central, siglos XVI-XVIII*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 57. Sin embargo, el autor realiza un análisis sobre este asunto que puede convencernos de que las instituciones capitulares de origen europeo introducidas en el mundo indígena, no fueron en los hechos meras réplicas, sino que adoptaron matices peculiares con influencias de las tradiciones políticas de los pueblos, fenómeno que se advierte incluso a nivel de las diversas regiones estudiadas en este trabajo. Empero, el modelo y la nomenclatura castellana de funcionarios y órganos imperó durante todo el periodo colonial.

del Perú es pertinente anotar que se debió al gobierno de Francisco de Toledo –de 1569 a 1581– la obra más importante en lo que toca a la implantación de las municipalidades de indios; la congregación que emprendió afectó la vida de un millón y medio de indígenas, siendo más intenso el proceso en la parte sur del actual territorio peruano¹¹.

Fue precisamente a los objetivos de la evangelización, cobro de tributos y de la reducción de los indios en poblaciones definidas y organizadas políticamente al estilo hispano, hacia donde se encaminaron los esfuerzos de las autoridades reales en la Nueva Galicia, con miras a establecer un estilo de asentamientos que permitiera además el control militar de los naturales, implantar entre ellos una economía monetaria y prevenir el descontrol que implicaban los patrones autóctonos de distribución. Una vez que los indígenas fueran debidamente asentados y convertidos totalmente en sedentarios, se facilitaría el dominio sobre la población y su plena integración a la sociedad colonial. No menos importancia tenía para el sistema la funcionalidad económica que representaba la política de congregaciones, pues con ella se pretendía garantizar además del abasto de alimentos necesario para el sustento la sociedad colonial¹², un sistema que permitiera la apropiación del excedente de las comunidades y, desde luego, de sus tierras, como se estaba logrando con relativa fortuna en Nueva España.

Desde un principio los franciscanos desempeñaron importante papel en este sentido, pues llegaron a destacarse por sus esfuerzos que, aunque modestos, estaban encaminados a las reducciones de pueblos de indios en la Nueva España. Por ejemplo, fray Juan de Alameda concentró alrededor de 40,000 indígenas en Huejotzingo en las cercanías de Puebla, para lo cual “abrió ca-

¹¹ “Provisión para que los corregidores de los Charcas concluyan la tarea encomendada a los concentradores de caseríos”. Arequipa, 1 de septiembre de 1575. En MARÍA JUSTINA SARABIA VIEJO, *Francisco de Toledo. Disposiciones gubernativas para el virreinato del Perú, 1575-1580*, tomo II, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano Americanos-Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla, 1989, p.85 y ss. En Huarochi se reportó la creación de 39 nuevos pueblos, en Condesuyo se instalaron 47, y en Moquegua y Arica 22, por citar algunos casos. Los informes revelan que uno solo de estos poblados podía reunir los habitantes de 266 asentamientos tradicionales indígenas, otrora dispersos. Asimismo, en la provincia de Charcas el virrey Toledo utilizó a los corregidores de naturales para culminar la labor de reducción de los indios a poblaciones, mediante una provisión de 1575.

¹² MARGARITA MENEGUS BORNEMANN, *Del señorío indígena a la república de indios. El caso de Toluca, 1500-1600*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1991, p. 171. Entre los principales objetivos del rey mediante su política de congregaciones, Menegus encontró la ordenación de la propiedad de la tierra con el fin de propiciar la prosperidad de los españoles, la monetarización de las economías regionales y, desde luego, la imposición de la autoridad real.

lles, dilató plazas, señaló ejidos y construyó convento”. En la Nueva Galicia también se registraron intentos franciscanos tempranos, como el del mártir fray Juan de Padilla que reunió indios de la comarca de Jalisco para concentrarlos en Zapotlán hacia 1533. Caso similar fue el de fray Miguel de Bolonia, quien procuró asentar 12,000 indios en Juchipila una vez solucionada la crisis del Mixtón, donde instauró igualmente iglesia, convento y hasta un hospital¹³. En los procesos de reducción del septentrión novohispano otras órdenes también desarrollaron labores eficaces como dominicos, agustinos y jesuitas. Mas insistimos en que estos casos fueron realmente aislados e impulsados más por el voluntarismo de las necesidades del trabajo de evangelización que por una política de alcances generales.

Aunque la Corona aceptó respetar ciertas costumbres de los tiempos de la gentilidad, ordenó temprana y repetidamente la reducción de los naturales a pueblos y la creación en ellos de repúblicas municipales al estilo español, principio que fue reiterado en las Leyes Nuevas de 1542¹⁴. Desde 1530 tanto los antiguos señoríos como las regiones de pueblos sedentarios comenzaron a ser organizados por las autoridades al margen las tradicionales jerarquías y de los modos de vida prehispánicos, y comenzó la recepción del modelo municipal español. Se reposicionaba en el entramado social colonial al mundo indígena en los sentidos territorial y étnico; se les aislaba jurídicamente además porque cada república de indios quedó como independiente de las otras, con su propia autoridad, jurisdicción, término territorial y, desde luego, se les subordinaba a la república de españoles de la que finalmente era tributaria¹⁵.

De los resultados de una visita a la Nueva Galicia realizada hacia 1544 por el oidor de México Lorenzo de Tejada, se desprende que se habían puesto en marcha jornadas de congregación que condujeron a la reducción de los indios para ayudar a revertir el ambiente de inestabilidad generado por las rebeliones; se aprecia, cómo no, que hubo iniciativas encaminadas a la tasación de aquéllos para agilizar el pago de tributos. Tejada reportó haber realizado la tasación de entre 60 y 70 pueblos¹⁶, prácticamente todos con el antecedente

¹³ LEÓN LOPETEGUI, S. I. y FÉLIX ZUBILLAGA, S. I., *Historia de la Iglesia en la América española. Desde el descubrimiento hasta comienzos del siglo XIX. México. América Central. Antillas*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1965, p. 396.

¹⁴ BORAH, *El juzgado general de indios en la Nueva España*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 46.

¹⁵ FLORESCANO, *op. cit.*, p. 68.

¹⁶ “Carta al rey del licenciado Tejada, oidor de la Audiencia de México haciendo relación de todo lo que había proveído en la visita hecha a la Nueva Galicia, para tomar residencia

de estar bajo el régimen de encomienda. Informó además haber quitado encomiendas de acuerdo a los criterios establecidos muy recientemente por las Leyes Nuevas, y ordenado la formalización de villas de españoles.

Poco más tarde, convocada por el visitador Francisco Tello, la reunión de obispos de 1546 celebrada en la ciudad de México hizo notable aportación a la política de congregaciones en toda la Nueva España, que serviría de base al proceder de la Corona durante prácticamente todo el resto del siglo XVI. El problema de los indios fue la materia clave de la reunión, así que obviamente también el asunto de las reducciones. La cuestión no era para menos porque asistieron a ella personalidades de la talla de Juan de Zumárraga, Vasco de Quiroga y Bartolomé de las Casas, entre otros prelados y representantes de las órdenes religiosas. La reunión fue áspera por momentos en la medida que se cernía sobre ella el espíritu de las Leyes Nuevas, cuya aplicación era de los principales cometidos de Tello. Habiendo sido muy influenciada por las Casas, el modelo de congregación de pueblos que allí se dibujó tímidamente debe entenderse como un mecanismo para la evangelización de los naturales y su defensa ante la rapacidad de los encomenderos¹⁷, pero en los hechos la empresa arrojaría resultados adversos para la vida de los naturales. Las consideraciones de aquella reunión en torno a la política de reducción y congregación fueron las siguientes:

La causa más principal porque se ha hecho esta congregación, y lo que todos más deseamos y oramos a Dios con todo afecto, es que estos indios sean bien instruidos y enseñados en las cosas de nuestra santa fe católica y en las humanas y políticas. Y porque para ser verdaderamente cristianos y políticos, como hombres razonables que son, es necesario estar congregados y reducidos en pueblos, y no vivan derramados y dispersos por las sierras y montes, por lo cual son privados de todo beneficio espiritual y temporal sin poder tener socorro de ningún bien, su majestad debería mandar con toda instancia a sus audiencias y gobernadores que entre las cosas que tratan de gobernación tengan por muy principal ésta, que se congreguen los indios como ellos más cómodamente vieren que conviene, con acuerdo de perso-

al gobernador Francisco Vázquez de Coronado, y a los capitanes, oficiales y justicias de dicha provincia". México, 24 de marzo de 1545. En FERNANDO DEL PASO Y TRONCOSO, *Epistolario de Nueva España, 1505-1818*, tomo IV, México, Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, 1939, p. 185 y ss.

¹⁷ FORTINO HIPÓLITO VERA, *Apuntamientos históricos de los concilios provinciales mexicanos y privilegios de América. Estudios previos al Primer Concilio Provincial de Antequera*, México, Tipografía Guadalupana de Reyes Velasco, 1893, p. 6-8.

nas de experiencia. Y para que esto haya efecto, y ellos sean provocados a congregarse, su majestad sea servido de hacerles merced de los tributos y servicios de buena parte de ellos, y a los encomenderos mande lo mismo por el tiempo que estuvieren ocupados en congregarse y poner en orden sus pueblos y repúblicas, pues no se podrá hacer sin dificultad y mucho trabajo y costa suya¹⁸.

La trascendencia concedida por la Corona al texto citado fue tal, que sin modificarle prácticamente una sola letra se mantuvo sobrecartado en las instrucciones dadas a varios virreyes entre 1568 y 1596¹⁹, año en que recibió sus indicaciones el Conde de Monterrey²⁰, quien tocó el problema en los advertimientos generales que dejó a su sucesor –precisamente en el primer punto del documento–, donde informaba que en la Nueva España el proceso de reducciones estaba prácticamente terminado, “y está tan adelante como vuestra señoría sabe”²¹.

4. Congregar la Nueva Galicia

A poco de su instalación en Compostela en 1548, la Audiencia de Nueva Galicia procedió más en forma al establecimiento del sistema institucional y po-

¹⁸ “Instrucción a Luis de Velasco, Valladolid, 16 de abril de 1550”, en LEWIS HANKE, *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria. México*, tomo I, Madrid, Atlas, 1976, p. 142-143. Finalizaba la propuesta: “Y pues todo es enderezado para servicio de Nuestro Señor y salvación y conservación de estas gentes, y que se consiga el fin que su majestad pretende, la congregación suplica lo mande proveer con brevedad porque se tiene por cierto que de ello saldrá muy gran fruto, así en la cristiandad como en la policía humana de los indios, y se podrá tener más cierta cuenta en el patrimonio de Jesucristo, y aun el servicio y provecho temporal de su majestad”.

¹⁹ “Instrucción a Martín Enríquez, Aranjuez, 7 de junio de 1568”, en DE LA TORRE, *Instrucciones y memorias de los virreyes novohispanos*, tomo I, México, Porrúa, 1991, p. 172, 203-204 y 221. También véanse allí mismo los documentos homólogos dirigidos a Martín Enríquez de Almanza, dadas en Aranjuez, el 7 de junio de 1568; al Conde de la Coruña, dadas en Badajoz, el 3 de junio de 1580 y al Marqués de Villamanrique, dadas en Zaragoza, el 1º de marzo de 1585.

²⁰ Ya no aparece el capítulo acostumbrado en las instrucciones al virrey Conde de Monterrey. *Vid.* “Instrucción al Conde de Monterrey, Aranjuez, 20 de marzo de 1596”, en DE LA TORRE, *Instrucciones y memorias...*, p. 245 y ss.

²¹ “Advertimientos generales tocantes al gobierno de la Nueva España que el virrey Conde de Monterrey dejó al Marqués de Montesclaros, Acapulco, 28 de marzo de 1604”, en DE LA TORRE, *Instrucciones y memorias...*, p. 263-264.

lítico con miras a la imposición de la autoridad real en su distrito, lo que a su vez contemplaba la sujeción de los pueblos de indios a autoridades locales españolas. Se comenzó con el nombramiento de cierto tipo de autoridades judiciales y de gobierno que tendrían vigencia en los distritos existentes en toda la enorme jurisdicción durante el periodo de los Austrias y hasta muy avanzado el de los Borbones. Con el título de alcaldes mayores se designaron jueces europeos de primera instancia en los llamados pueblos y villas de españoles y, paralelamente, con el título de corregidores fueron nombrados individuos españoles para que administraran justicia en las reducciones de naturales²². Estos datos no implican que la reducción de los indios a la *vida en policía* promovida en lo general a nivel indiano, no fuera atendida con atinencia por las autoridades neogallegas, pero insistimos en que la práctica de promover las congregaciones, entre otras cosas acicateada por la permanente y belicosa resistencia de los bravos chichimecas, se dio de manera mucho más accidentada que en la vecina Nueva España.

Como era de esperarse los esfuerzos iniciales de la audiencia toparon con fuertes obstáculos. Los oficiales reales de Compostela se quejaban en 1549 de que los indios comarcanos, supuestamente ya reducidos, eran muy inquietos y de que “no están tan pacíficos; y a cuatro y a seis leguas de esta ciudad hay indios de guerra que saltan y hacen mal a los de paz...”²³. Desde esos tempranos tiempos se advertía la resistencia de los indios a permanecer reducidos en pueblos y también cómo, una vez que aparentemente habían aceptado congregarse, en muchas ocasiones tendían a regresar a su antiguo estilo de vida. Los descubrimientos de minas en el altiplano, con la consabida presencia de los españoles y sus aliados en tierras remotas, parecían excitar la resistencia de sedentarios y nómadas de los llanos y serranías. De ello daban cuenta los miembros del cabildo de Compostela, en tono de manifiesta preocupación por el escaso dominio del territorio y las consecuencias de inestabilidad generadas por los indios insumisos.

²² ENCISO, *Zacatecas en el siglo XVI. Derecho y sociedad colonial*, Zacatecas, Ayuntamiento de Zacatecas-Instituto Zacatecano de Cultura-Universidad de Alicante, 2000, p. 99. “El corregidor era la máxima autoridad gubernativa y judicial de un pueblo de indios, por lo que se le encargaba el cumplimiento de la legalidad que, en materia de evangelización y conservación de los naturales, dimanaba de la legislación indiana”.

²³ Archivo General de Indias de Sevilla. Sección Audiencia de Guadalajara no. 51. “Nueva Galicia a su majestad, de los oficiales reales”. Compostela, 20 de diciembre de 1549 (En adelante este archivo será referido por las siglas AGI, seguido del título de la sección, número de legajo, ramo o documento, en su caso).

desde la provincia de Pánuco corre una cordillera de sierras por la cumbre de los llanos de los chichimecas y minas de los Zacatecas, ciudad de Guadalajara y Compostela, y hasta pasar de Culiacán a la tira nueva que son más de doscientas leguas, en la cual serranía hay gentes muy bestiales, desnudos, que parecen apartarse de la razón humana. Y así los unos matan y comen a los otros, y su crueldad fue principio del levantamiento de esta provincia y de las demás alteraciones y peligros que cada día se ofrecen a este nuevo reino, porque salen por diversas partes a las gentes y pueblos que están de paz, y los queman, roban, matan y comen sin dejar cosa viva ni piedra enhiesta. Y como es gente fiera, belicosa, y están en tan áspera serranía y en la parte más fragosa de todas las Indias, divididos, sin pueblo ni policía, más como venados y fieras por los montes, nunca se les ha hecho guerra ni han sido conquistados ni sujetos, ni castigados de los delitos que cometen, porque aunque algunas veces les hemos entrado luego se huyen como animales a lo más áspero del monte y se dividen y apartan donde no los podemos entrar a *piernacaballo*...²⁴.

La situación era ciertamente alarmante por lo que los ediles sugerían la aplicación de mano dura para obligar a los naturales a que “hechos esclavos o naborías por fuerza, salgan a poblar a lo llano”.

En la primera visita de los oidores neogallegos, efectuada a comienzos de la década de 1550 al territorio asignado a su flamante jurisdicción, pareció hacerse cierto hincapié en la materia. Los iniciales intentos de congregación ya oficiales de esa época se deben al controvertido oidor Lorenzo Lebrón de Quiñones en su visita a las provincias australes de Colima y Zacatula, donde dispuso que los naturales habitantes de las montañas debían ser reducidos a hacer vida en aldeas y compelidos a trabajos de agricultura. Entendía que la resistencia de los indios a aceptar el estilo de vida español, por lo que se refiere a su organización

²⁴ AGI, Guadalajara 51. “Carta de la justicia y regimiento de la ciudad de Compostela”. Compostela, 1º de noviembre de 1549. “...por lo cual, vista la imposibilidad, faltando amigos de los naturales que lo hagan, hemos procurado todos nosotros, y el obispo y religiosos, de los atraer de paz con algunas amonestaciones y buenas obras y nunca han venido ni quieren venir, antes, después de ser llegada la audiencia, y visto que no se les hace fuerza mayor posibilidad para contra ellos, han perdido el respeto y de hecho salen a robar y saltar los caminos, y matar y comer las gentes y destruir los pueblos. Por lo cual a vuestra majestad suplicamos sea servido no permita tan gran maldad y pecado sino mandar sean castigados, así por lo tocante al servicio de nuestro señor y salvación de sus ánimas como al servicio de vuestra majestad, y seguridad y sosiego de este reino en Nueva España. Y si fuere necesario para ello, que de allá se dé favor y ayuda de naturales que, siéndoles amonestado y requerido no quisieren salir, sean castigados con mano armada y hechos esclavos o naborías por fuerza, y que salgan a poblar a lo llano...”.

política, se apoyaba en sus antiguas tradiciones culturales, en concreto en la influencia ancestral de los jefes y caciques, así que dispuso que en los pueblos de naturales se eligieran autoridades a la usanza europea para nulificar aquel influjo²⁵. Los trabajos de Lebrón y sus colegas no bastaban, así que el rey tuvo que recriminar la insuficiencia de las medidas congregacionistas todavía en 1568, cuando ordenaba redoblar los esfuerzos con el fin de que “los dichos indios se recojan a vivir en pueblos políticamente, para que se puedan comunicar mejor los unos con los otros y tengan manera de vivir...”²⁶. Parece que hacia 1570 algo se había avanzado, los pueblos de naturales, cabeceras de partido, lugares habituales donde la audiencia nombraba un corregidor de indios, alcanzaban la cifra de cuarenta localidades, la mayor parte de ellas situada en la provincia de Guadalajara –definitiva capital del reino– donde se proveían periódicamente quince corregidores cuyos salarios en su mayor parte se obtenía de los propios tributos. Las cabeceras del entorno tapatío eran dieciséis²⁷, mientras que en la provincia de Compostela se nombraban jueces de indios en diez cabeceras²⁸. Para la provincia de Culiacán se nombraban en 16 localidades²⁹. En la de La Purificación se designaban en Piloto y Maloto, Opono, Zapotlán y Cintla. Además se destinaban tres tenientazgos de corregidor en los pueblos de Tlaxomulco, Cuizeo y Tlaltenango³⁰. Vale la pena remarcar que estamos hablando exclusivamente del número de cabeceras de partido, las cuales, como su nombre lo indica, encabezaban una región delimitada en la que se ubicaban los llamados pueblos sujetos, es decir, comunidades menores sufragáneas.

²⁵ JOHN HORACE PARRY, *The Audiencia of New Galicia in the Sixteenth Century*, Westport, Greenwood Press, 1985, p. 68 y 71.

²⁶ AGI, Guadalajara 230, libro 1, folio 195v. *Para que los indios vivan en pueblos y congregados*. El Escorial, 4 de noviembre de 1568.

²⁷ RAFAEL DIEGO FERNÁNDEZ SOTELO, *La primigenia audiencia de la Nueva Galicia, 1548-1572*, Zamora, Michoacán, El Colegio de Michoacán-Instituto Cultural Ignacio Dávila Garibi-Cámara Nacional de Comercio de Guadalajara, 1994, p. 173-176. Las cabeceras eran Analco, Tlaxomulco, Tonalá, San Pedro Tlaquepaque, Atemaxaque, Coyutlán y Zalatitlán, Amatlán, Atequila, Nochistlanejo, Mezquituta y Moyahua, Camotlán y Cuzcatitlán, Mezticacán, Cuizeo, Poncitlán, Copala y Quilitlán y, finalmente, Mochitietique y Ostotiepaque.

²⁸ *Loc. cit.* Las diez cabeceras residían en Aguacatlán, Xala, Suchipila, Centiquipac, Acatipa y Pontoque, Ixtapa y Xalxocotlán, Santiago Temichoque y Cotunjos, Santiago Iztapa, San Miguel Otepezintla y Acaponeta y Quibitoque.

²⁹ *Loc. cit.* Estas cabeceras fueron Tacolimbo, Nabito y Abito, Bayla, Tecurimeto, Ahilarito, Deguainuchiles, Ysgüabito, el Pescadero y Toperitos, Cogota, Chilobito, Vizcaíno, Tacuberito y los Pescadores, Ayone, Chostias, Quatometo y Nabolato.

³⁰ *Loc. cit.*

Las llamadas *Averiguaciones* del oidor Contreras y Guevara también proporcionan información valiosa para conocer el grado de avance del proceso. Clasificó los pueblos distinguiendo aquellos que pagaban tributo directamente a la Corona, y los que lo hacían a su encomendero, y contabilizó el número global de tributarios censados.

Tipo de pueblo	No.	%	Tributarios	%
En cabeza del rey	61	48.8	13,840	54.3
Encomienda	64	51.2	11,670	45.7
Total	125		25,510	

Cuadro 1. Tributarios de la Nueva Galicia en 1570, de encomienda y realengo.

Fuente: AGI, Guadalajara 5, ramo 12. Averiguaciones hechas por el ilustre licenciado Contreras y Guevara, oidor alcalde mayor del audiencia real del Nuevo Reino de Galicia, y el más antiguo, sobre lo tocante a la visita del real Consejo de Indias.1570

Estas cifras son bastante conservadoras porque muchos de los pueblos enumerados incluían a sus sufragáneos, de manera que los números debían ser mayores que los consignados.

5. Chiametla: la fallida empresa del oidor Pedro de Morones en 1560

Las congregaciones de indios no tenían por qué realizarse al margen de la de creación de villas de españoles, esta es la idea que se aprecia en las instrucciones recibidas en 1560³¹ por el oidor Pedro de Morones para la población de la región de Chiametla, zona ubicada entre Aztatlan y Culiacán, por entonces aún escasamente controlada. En el documento se le ordenaba la creación tanto de unas como de otras mediante un bien definido método, que es el que nos interesa conocer. Se trataba en los hechos de una auténtica jornada de conquista, pues el rey autorizaba que hasta la quinta parte de los españoles encomenderos de las villas y ciudades ya establecidas en la Nueva Galicia, pudieran acompañar a Morones en su periplo sin que perdieran los derechos sobre sus indios encomendados³². Sin embargo la notoria ineficiencia y rapa-

³¹ AGI, Guadalajara 230, libro 1, fo. 38 y ss. “Instrucción para la población de Chiametla”, Toledo, 11 de febrero de 1560.

³² AGI, Guadalajara 230, libro 1, fo. 43. “De oficio al doctor Morones sobre la población de Chiametla”, Toledo, 11 de febrero de 1560. Lo anterior se corrobora con otra cédula

cidad que distinguieron a Morones lo privaban de la necesaria popularidad tan requerida para una tarea de tales proporciones, lo cual se agravaba por la negativa para disponer de recursos de la hacienda real. Y lo que era más complicado, por un lado los indios de Chiametla estaban en abierta rebelión en contra de los españoles y por el otro, la muerte sorprendió a don Pedro a finales de 1563 o principios del año siguiente³³, por lo que la expedición no se llevó a cabo. De cualquier forma, en la instrucción de Morones que estamos analizando se contienen las ideas básicas de la Corona en materia de congregaciones de indios en la Nueva Galicia, como veremos.

Habría el oidor de marchar a la expedición encabezando un contingente de pobladores españoles e indios que debía incluir un grupo estratégico, el de los religiosos. Se elegiría lugar propicio para la construcción de una villa española conforme a los requerimientos de la época, repartiendo solares a los nuevos vecinos y procurando en todo momento no afectar las posesiones de los indios de la zona. Las casas por construir debían tener en cuenta la defensa de la villa en caso de eventuales hostilidades de los naturales, con los que habría de utilizar cierta estrategia que buscara su eficaz asimilación a los valores hispanos:

Proveeréis que los que así poblaren procuren paz y amistad con los indios que en aquella tierra moraren, haciéndolos buenas obras, procurando que de su voluntad habiten en pueblos cerca de ellos, defendiéndolos y ayudándolos a defender de los que les quisieren hacer (*testado ilegible*) algún daño, reduciéndolos a buena policía, procurando de apartarlos de vicios y malos usos, procurando por medio de religiosos y otras buenas personas de reducirlos y convertirlos a nuestra santa fe católica y religión cristiana, voluntariamente³⁴.

La persuasión estaba en la base de la estrategia de reducción y congregación, mas en caso de resistencia generalizada de los indios se recurriría al clásico requerimiento en el que:

se les ha de dar a entender que no quieren allí poblar para les hacer mal ni daño, ni tomarles sus haciendas, sino para formar amistad con ellos y en-

complementaria a la instrucción en que se advertía a Morones que la iniciativa pobladora no debería costar al real erario ni un maravedí partido por la mitad, lo que proporcionaba un giro de empresa privada a aquella jornada, muy al estilo de las clásicas conquistas.

³³ PARRY, *op. cit.*, p.80, 86 y 88.

³⁴ AGI, Guadalajara 230, libro 1, fo. 38 y ss. "Instrucción para la población de Chiametla", Toledo, 11 de febrero de 1560.

señarles a vivir políticamente y conocer a dios, y a mostrarles la ley de Jesucristo por la cual se salvarán. Y hecha esta diligencia y amonestación, la cual se les ha de hacer tres veces por la distancia de tiempo que os pareciere, tomando parecer con los religiosos que se lo digan y declaren, y si no obstante lo dicho no quisieren consentir la población, los pobladores procurarán hacerla, defendiéndose de los dichos naturales sin hacer más daño que aquel que fuere menester para su defensa y hacer la dicha población³⁵.

Pasado este traguito amargo se procedería a la operación cicatriz, es decir, contentar a los indios ofendidos, buscar su amistad para comenzar a inculcarles la doctrina católica y promover el reconocimiento del rey de España como soberano de la tierra; conseguido lo cual, “a lo que te truje”, se procedería a tasar los tributos que deberían pagar los pueblos congregados. Se dispuso por la Corona que del monto de los tributos se concedería la cantidad que se considerara pertinente para asignársela por un lapso de tres vidas a los que hubiesen acompañado al oidor Morones. De los mismos tributos se reservaría la porción suficiente para el sostenimiento de justicias y demás funcionarios reales, así como de los religiosos y curas que hubiere menester; lo restante se reservaría para el real erario.

Como hemos visto, el proceso de reducción pese a que en teoría se basaba principalmente en métodos persuasivos, no admitía resistencia de ningún tipo, pues cuando se encontrara oposición por parte de algunos indios, se ordenaba fueran “castigados y oprimidos”; llegado el caso que los insumisos fueran señores de los naturales, serían despojados de su autoridad. Los “afortunados” indios que se avinieran a la reducción serían compensados con diez años de exención en el pago de tributos. Los españoles y los llamados indios amigos que los acompañaban en la expedición, una vez instalados y dedicados a la agricultura y la ganadería, procurarían tener comercio con los pueblos reducidos. Insistimos en que el papel de los religiosos se consideraba fundamental para el adoctrinamiento y consecuente pacificación de los indios, a los cuales, si estuvieren asentados dispersamente o “divididos”, se prescribía “procuren de juntarlos en pueblos para que moren juntos, porque mejor puedan ser adoctrinados”³⁶.

Los diez años que siguieron a las ordenanzas de Morones poco o nada tuvieron de destacable en la materia, hasta que en 1570 un Juan de la Peña,

³⁵ AGI, Guadalupe 230, libro 1, fo. 38 y ss. “Instrucción para la población de Chiametla”, Toledo, 11 de febrero de 1560.

³⁶ *Loc. Cit.*

procurador del ayuntamiento de Guadalajara, presentó al rey un panorama desalentador de las congregaciones. Los indios mantenían su división y dispersión poblacional, por lo que ni vivían en policía ni avanzaba su conversión, “porque como estaban divididos por los montes y desiertos no podían los religiosos visitarlos ni acudir a todas partes”. El relato hace alusión a un aspecto poco mencionado hasta ahora, es decir, las actitudes de resistencia de los naturales al proceso de congregación: “y también se iban huyendo los dichos indios porque no se entienda su vida y costumbres”; esta actitud era interpretada por los españoles como estrategia para “salir a saltar y robar y matar por los caminos a los españoles e indios que están de paz...”. Según Peña la tendencia de los indios era regresar a los desiertos, montes y serranías, normalmente a las zonas altas para retomar sus antiguos patrones de asentamiento y apartarse lo más posible de la vida de los cristianos. Se obtiene adicionalmente que en más ocasiones de las que podemos conjeturar, los indios que se daban por congregados continuaban con la tendencia a regresar a su antiguo modo de vida. En respuesta, el Consejo de Indias insistía en sus propósitos ordenando a la audiencia proveyera que: “los indios de esa provincia que andan por los montes se recojan a vivir en pueblos políticamente, y tengan sus repúblicas para que se puedan comunicar mejor los unos con los otros, y tengan manera y orden de vivir, y se pueda hacer más fruto en su doctrina y conversión...”³⁷.

6. Teocaltiche: empeños del oidor Santiago del Riego en 1576

Una de las escasas iniciativas que hemos localizado por parte de los oidores de la Nueva Galicia para organizar la vida interna de las repúblicas de indios recién congregadas, fue producto de visitas a la jurisdicción. Hablamos de las ordenanzas de Santiago del Riego, quien desarrolló extensa visita por el septentrión neogallego en la década de 1570, en la cual incluyó los importantes reales de minas de la órbita de Zacatecas, y los pueblos de indios del entorno de Teocaltiche y Nochistlán³⁸. No hay constancia de la aprobación de estas

³⁷ AGI, Guadalajara 230, libro 1, fo. 217-217v. “Para que los indios de la Nueva Galicia se junten en pueblos y vivan en policía”, El Carpío, 26 de mayo de 1570.

³⁸ AGI, Guadalajara 5, ramo 18, no 6. “Ordenanzas del licenciado Santiago del Riego para los pueblos de indios de Nueva Galicia”. Teocaltiche, 22 de octubre de 1576. Estas ordenanzas también pueden verse en ENCISO, *Ordenanzas de Zacatecas del siglo XVI y otros documentos normativos neogallegos*, Zacatecas, CONACULTA-Universidad Autónoma de Zacatecas-Ayuntamiento de Zacatecas, 1998.

ordenanzas por parte de la audiencia ni de su aplicación en los hechos, pero dan valor al documento los planteamientos que en él se contienen sobre la materia y que seguramente estaban presentes en mayor o menor grado en la mentalidad jurídica y política de virreyes, oidores y jueces de la época. Veamos. En aquellos pueblos donde no hubiera antecedente alguno de organización municipal, dispuso don Santiago que fueran *tequitlatos* los encargados de hacer las respectivas designaciones³⁹. Otro de los cargos tradicionales existentes en prácticamente todos los pueblos fueron los indios gobernadores, personajes prominentes dentro de la comunidad, autoridades tradicionales que fueron ratificadas por los españoles. Unos y otros actuaban en los pueblos de la Nueva Galicia. Adicionalmente, al igual que sus homólogos españoles los cabildos de indios se elegirían cada primero de enero⁴⁰.

Además de la implantación y consolidación de instituciones municipales el documento muestra la intención de normalizar la cultura tradicional de los indígenas. Los pueblos a los que fueron dirigidas las ordenanzas, Teocaltiche y Nochistlán, contaban con considerable población desde tiempos prehispánicos y ya llevaban algún tiempo viviendo bajo las directrices de los españoles, elegían regidores y alguaciles, así como un gobernador indio. O sea que en el texto se da cuenta del grado de recepción de las instituciones y cultura españolas al paso de varias décadas de su conquista; por esta razón el documento de del Riego merecería estudio por separado, pero por ahora nos de contentaremos con exponerlo de manera sucinta.

Hablemos de las tradicionales uniones conyugales de los indios, por ejemplo, las que no cabían en el esquema de vida cristiano que se les estaba imponiendo *ex novo*. A tal grado persistía la poligamia que además de los religiosos y autoridades civiles españolas, eran los propios gobiernos locales indígenas —más papistas que el Papa—, los que actuaban contra esas prácticas, imponiendo severas penas monetarias a los amancebados, aplicándolas a la construcción de la iglesia. Las sanciones fueron “suavizadas” por el oidor, conmu-

³⁹ CHARLES GIBSON, *Los aztecas bajo el dominio español, 1519-1810*, México, Siglo Veintiuno, 1989, p. 84. . Los tequitlatos, como su título náhuatl lo indica, eran cargos de origen prehispánico dedicados al cobro de tributos, función que siguieron ejerciendo en las comunidades de Nueva España y Nueva Galicia, con algunas variantes.

⁴⁰ “Ordenanzas del licenciado Santiago del Riego para los pueblos de indios de Nueva Galicia”. Teocaltiche, octubre de 1576. En ENCISO, *Ordenanzas...*, p. 137-138. Para los cargos municipales se seleccionarían personas, “que sean los más hábiles y suficientes que en el pueblo se hallaren, buenos cristianos y de buena vida y fama, que no hayan sido alcaldes ni regidores el año antes, y hecha la elección la envíen al ilustrísimo señor presidente y gobernador de este reino para que se les confirme”.

tando la gravosa pena pecuniaria por la de cien azotes en público, que serían dolorosos, molestos y lo que ustedes gusten y manden, pero que en nada afectaban el patrimonio de los supliciados, los que sólo pagarían un tomín los varones y medio las mujeres. Poligamia y adulterio, especialmente el de las mujeres, al parecer también fueron conductas frecuentes, o parte de los antiguos usos de los naturales, y parecía ser dolor de cabeza para quienes impulsaban un estilo católico de vida. Se establecieron regulaciones para el combate de tales transgresiones, condicionando el castigo de la adúltera a la simple querrela del ofendido; cuando ésta se presentare los transgresores serían merecedores de “castigo liviano” siempre que hubiese debida constancia del delito.

Penas corporales ejecutadas en público y la cárcel serían, en el proyecto de del Riego, los mecanismos de control de la vida del pueblo, pero eso sí, recomendaba moderar los abusos que se habían presentado por parte de los alguaciles indios, consistentes en imponer castigos y penas desproporcionadas en relación con la gravedad de los delitos, por lo que pudiera inferirse de esta cuestión la mayor severidad de las penas en estas sociedades en la época prehispánica. También se restringieron las aprehensiones y el tiempo de permanencia en la cárcel que se venían acostumbrando. La misma instrucción se dio en materia de imposición de la pena de muerte, casos que se ventilarían ante el alcalde mayor español de la jurisdicción o ante la propia audiencia⁴¹. La costumbre consistente en la relativa libertad de movilidad individual de los indios, parte de su ancestral actividad agrícola, lógicamente quedó proscribida. Les quedaba vedado dejar el pueblo para vivir en “quebradas o montes”, o mudarse de un pueblo a otro o de barrio a otro, con propósito de evadir tributos “y andarse holgazanes”. También se disponía el dotar de parcelas a los vecinos que no las tuvieran o que mostraran capacidad de labrar más

⁴¹ AGI, Guadalajara 5, ramo 18, no 6. “Ordenanzas del licenciado Santiago del Riego para los pueblos de indios de Nueva Galicia”. Teocaltiche, 22 de octubre de 1576. Adicionalmente, los cobros de los tributos no debían hacerse de casa en casa sino que se persuadiría a los indios para que los llevaran voluntariamente por su turno a la morada del gobernador indígena, el que a su vez quedaba obligado a tener debida cuenta escrita de ellos, para lo que se elaboraría un padrón. Se prohibió igualmente organizar cooperaciones o “derramas” con cualquier propósito entre la población, ni siquiera para adornos de la iglesia, que parece ser lo que se venía estilando. Especial prohibición se hacía para los indios que abandonaban por más de quince días la población para trabajar en los reales de minas sin el permiso del gobernador y alcaldes, quienes llevarían una lista con los nombres, estado civil y destino de los que así se ausentaran. El alcalde mayor o corregidor del partido, quedaba igualmente obligado de elaborar un padrón de los vecinos, anotando los que fuesen casados, viudos y mozos solteros, tributarios vecinos del pueblo y sus sujetos.

superficie de la que ya usufructuaban⁴²; todos los moradores debían sembrar forzosamente cuatro almudes de maíz en cada ciclo agrícola, y hasta seis si tuvieren hijos que ayudaran al cultivo. Se instituyó además la sementera común, cuyo maíz sería reservado al pago de tributos y el resto para un fondo de reserva de la comunidad cuya administración estaría a cargo de autoridades civiles y eclesiásticas.

La inicial traza urbana al estilo hispano dada inicialmente para las poblaciones ya congregadas no se mantenía tal cual al paso del tiempo. El desarrollo de viviendas y predios de los moradores no siempre daba continuidad al dibujo original porque costaba trabajo a los indios adaptarse a la vida en una mancha urbana compacta y a trazar viviendas que respetaran el concepto de calle o plaza al estilo hispano. Por ejemplo, frecuentemente en Teocaltiche y Nochistlán se plantaban árboles en medio de la calle, cosa que se advierte en las ordenanzas relativas al cultivo de plantas y frutales de la tierra y de Castilla, lo que estaba permitido siempre y cuando se hicieran las huertas ordenadamente, fuera de la traza del pueblo, “a distancia conveniente”, no entre las casas y calles donde estorbaran a la unidad urbanística. Igualmente se proscribió con insistencia la elaboración de bebidas embriagantes de maguey, maíz o tunas, y encima se prohibieron las borracheras⁴³.

7. Problemas y resistencias culturales

Los problemas del proceso de congregación no deben imputarse totalmente a desidia de las autoridades. Había dificultades de todo tipo pues como se sabe aquella política implicaba el cuidado de varios aspectos, como “el problema de la libertad de los indios, el dominio que tenían los naturales sobre las tie-

⁴² *Loc. Cit.* Por su parte, las autoridades indígenas, gobernador y regidores, estaban obligados a vigilar que la venta del maíz de los agricultores indios se hiciera a precios justos, sobre todo cuando los compradores fuesen españoles, frecuentemente mercaderes abusivos, quedando prohibido a los indios aceptar dinero, mantas o demás géneros por adelantado. Otras disposiciones reflejaban aspectos de la vida económica de los pueblos, por ejemplo, los indios que tuvieran sus tierras ociosas por más de dos años continuos podrían perderlas para que fueran reasignadas temporalmente a otros. Los vecinos tendrían la obligación de mantener los caminos aledaños en buen estado, actividad a desarrollar durante octubre y noviembre de cada año.

⁴³ *Loc. Cit.* También hubo normas para que los huérfanos fueran puestos bajo el cuidado de sus parientes o en su caso de los vecinos del pueblo, al igual que las tierras que por sucesión pertenecieran a los menores, cuyo producto sería invertido en su crianza.

rras, la conveniencia de separar a las dos repúblicas y el carácter del gobierno indígena”⁴⁴; pero más allá de eso se trataba, como ya se ha visto, de la imposición a las comunidades aborígenes de la cultura europea en todos los órdenes posibles, desde los dogmas de la nueva religión, ritmos productivos, estilos de vida y hasta la propia lengua de Castilla, en lo posible. Así que la congregación de los pueblos indígenas neogallegos fue empresa que se prolongó en el tiempo, pues entre 1598 y 1599 el oidor don Pedro Altamirano aún desarrollaba tareas de reducción en la parte austral del reino. En aquella época las poblaciones indígenas del sur –concretamente las de Etzatlán, Tenamaxtlán, Ávalos y Tuspa– permanecían demasiado dispersas todavía a los ojos de las autoridades coloniales y del mismo virrey Gaspar de Zúñiga y Acevedo, razón por la que fueron objeto de continuadas visitas mediante las que se pudieran averiguar las circunstancias prevalecientes en la amplia región. Adicionalmente la población del área estaba ya notablemente reducida, pues estas comunidades ya habían sido objeto de anteriores intentos de congregación desde la década de 1540⁴⁵, al parecer todos fallidos, así que ahora se notaban ciertos avances en las técnicas de reducción, porque se obtuvo información sobre el clima, número de habitantes, ranchos y pueblos, sus lenguas y rasgos económicos con la finalidad de operar con más eficacia. Este aspecto es significativo a la hora de evaluar las dificultades para que los modelos políticos hispanos fueran adoptados por parte de los indios, quienes ocasionalmente oponían serias resistencias. Ya hemos revisado la insistencia de Santiago del Riego en combatir la subsistencia de ancestrales prácticas poligámicas de los indios, lo que era muestra palpable de renuencia a los cambios⁴⁶. Esta actitud se estaba presentando prácticamente en todas las Indias y de muy diversas maneras, a veces bastante organizada, como ocurría en el Perú⁴⁷.

⁴⁴ MENEGUS, *op. cit.*, p. 163.

⁴⁵ THOMAS HILLERKUSS, *Documentalia del sur de Jalisco (Siglo XVI)*, Zapopan, El Colegio de Jalisco-Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1994, p. 431 y ss.

⁴⁶ ENCISO, *Ordenanzas...*, p. 138. Véanse las ordenanzas 3^a y 4^a.

⁴⁷ En el Perú la resistencia de los indígenas para abandonar sus antiguas formas de vida fue manifiesta, pues en ocasiones llegaban a destruir las nuevas trazas urbanas cuadrículadas que les habían sido impuestas, y se cuenta con el dato de que varios grupos de indios organizados, ofrecieron fallidamente al virrey Toledo 800,000 pesos a cambio de suspender su gran empresa de reducciones. Como resultado de este esfuerzo, en los nuevos pueblos se construyeron al estilo español iglesias con escuelas, tambos o posadas para los viandantes, casas para los alcaldes y alguaciles indios, cárceles, y recintos para los cabildos. Muchos de estos nuevos pueblos fracasaron, en algunos casos a causa de la resistencia de los indios, encomenderos y curacas, pero en lo general el proyecto prosperó

Otro factor en contra de la reducción de los indios debe encontrarse en la muerte masiva de naturales por causa de recurrentes epidemias que llegaron a ser tan severas en muchos casos que seguramente propiciaron la desaparición de comunidades enteras. La despoblación por esta causa fue tan drástica que paradójicamente fueron muy pocos los sobrevivientes a los que fue más fácil reducir. Es difícil obtener una visión concluyente a propósito del resultado de las políticas de congregación, aunque son evidentes las notorias diferencias que se advirtieron en las regiones neogallegas y las reacciones que presentaron los diversos grupos étnicos hacia quienes estaban dirigidos tales empeños. Sin embargo, haciendo las debidas ponderaciones sobre su punto de vista y los objetivos de su informe, en opinión del obispo de Guadalajara, don Alonso de la Mota y Escobar, a principios del siglo XVII se habían obtenido avances considerables en los pueblos de indios, aunque se advierten manifiestos rasgos de decadencia de las sociedades indígenas en su nuevo estilo de vida. En cuanto a las viviendas de los indios, el obispo refiere que por lo general eran míseros tugurios de paja, aunque las había también a la manera de jacales de palos y barro. Las mejores estaban fabricadas con adobe y techumbre a base de vigas. “Los aposentos son pocos y estrechos, que la mayor parte no excede de cuatro a seis piezas”⁴⁸.

8. Congregaciones y despoblación indígena de la Nueva Galicia

Decíamos que el proceso de congregación y la consecuente hispanización de la población indígena en la Nueva Galicia se dio al parejo de su grave deterioro demográfico. Por lo que toca a las estimaciones acerca de la población en el periodo colonial en el septentrión de la Nueva España, no podemos dejar de decir que ha sido asunto controversial. Gerhard asume que al momento del contacto la Frontera Septentrional estaba habitada por 2,555,000 indí-

desvaneciendo poco a poco el recuerdo que las comunidades conservaban de las antiguas tradiciones administrativas de los incas. JOHN HEMING, *La conquista de los incas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 478-479.

⁴⁸ ALONSO DE LA MOTA Y ESCOBAR, *Descripción geográfica de los reinos de Nueva Galicia, Nueva Vizcaya y Nuevo León*, México, Pedro Robredo, 1940, p. 33. “...tienen poblaciones fundadas con orden de calles iguales en anchura. Tienen sus iglesias fabricadas a su costa y por obra de sus manos, de ellas cantería, de ellas de adobe, y las tienen bien adornadas de imágenes, plata y paramentos de altar, según su posibilidad, todo cumplidamente”.

genas⁴⁹, y que fue a partir del trato con los europeos que la población autóctona comenzó a mostrar crisis tendentes pronunciadamente a la baja, cuyos efectos serían irreversibles en el mediano plazo, y en relación inversamente proporcional al aumento de los grupos de pobladores blancos y de castas, es decir, con la paulatina imposición de nuevos patrones culturales. En lo que atañe exclusivamente a la población de la Nueva Galicia en tiempos coloniales, el citado autor propone el siguiente cuadro:

Año	indios	%	otros	%	subtotal
1519	855,000	100	---	0	855,000
1530	220,000	98.4	3,700	1.6	223,700
1600	83,000	98.3	1,400	1,7	84,400
1630	69,000	52.9	61,500	47.1	130,500
1700	73,000	40.0	105,000	60.0	178,000
1750	90,000	34.9	168,000	65.1	258,000
1800	193,000	40.8	280,000	59.2	473,000
1821	260,000	42.6	350,000	57.4	610,000

Cuadro 2. Población de la Nueva Galicia. Proporción entre indios y otras grupos (1519-1821).

Fuente: PETER GERHARD, *La frontera norte de la Nueva España*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 39.

No existen en las fuentes consultadas coincidencias palmarias en las estimaciones sobre la población indígena entre los siglos XVI y XVII, sólo encontramos convergencia en relación a las tendencias generales que ésta mostró en el paso de un siglo a otro. Woodrow Borah, por ejemplo, ha reflexionado en torno a la dinámica demográfica del periodo y sus cálculos son aun más sombríos que los de Gerhard; señala que la mortandad de los indígenas alcanzó niveles de verdadero cataclismo, pues llegaron a reducirse a sólo 18,500 personas a mediados del siglo XVII.

⁴⁹ GERHARD, *op. cit.*, p. 38 y 39. En este gran espacio el autor incluye los territorios de Nueva Galicia, Nueva Vizcaya, Sinaloa y Sonora; Baja y Alta Californias; Nuevo México, Coahuila, Texas, Nuevo León, Nuevo Santander y la llamada Frontera Norte.

Año	Población
1548	169,422
1570	66,000
1600	29,000
1650	18,500

Cuadro 3. Población indígena de la Nueva Galicia (1548-1650).

Fuente: WOODROW BORAH, *Tendencias de precios de bienes de tributo real en la Nueva Galicia, 1557-1598*, Zapopan, El Colegio de Jalisco-El Colegio de Michoacán, 1994, p. 31.

La reducción de la población indígena se debió a causas asociadas a la propia conquista, así como a las enfermedades recurrentes suscitadas en el lapso, como fue el caso del tifo –*cocoliztli*– que se calcula ocasionó 400,000 muertes en Nueva Galicia y Sinaloa tan sólo entre 1545 y 1548⁵⁰. En otras palabras, tal y como estaba sucediendo en la Nueva España, la conquista neogallega significó el desplome de la población indígena. Otros factores que también determinaron este fenómeno estaban vinculados a la guerra y a la desmedida explotación del trabajo, y no deben descartarse los nocivos efectos que arrojaron la guerra del Mixtón y la cruenta represión que le sobrevino, la que terminó masivamente con gran parte de la población desde el norte del río Santiago hasta el sur nayarita y suroeste de Zacatecas. Otro factor que ha sido objeto de poca atención es la movilización masiva de “indios amigos” y sus familias en las campañas de conquista, pacificación y población de territorios cuyo efecto debe ser correctamente dimensionado⁵¹.

Hasta las villas de españoles, especialmente aquellas que no se dedicaban a la minería, sufrieron los duros embates de las enfermedades que abatían a sus moradores, especialmente a los indios apostados en barrios, en contacto permanente con los portadores. Todo indica que la proximidad física con los españoles, y la que se daba entre los propios naturales obligados a permanecer congregados, generaron condiciones más que propicias para la propagación de las infecciones. Los descubrimientos de ricos yacimientos en Nueva Galicia, a partir del segundo tercio del siglo contribuyeron al aumento de la población

⁵⁰ Ídem, p. 41.

⁵¹ Como un ejemplo de esto que se dice deben revisarse los documentos relativos a las diversas expediciones de la época. Vid. “Traslado de las nuevas que vinieron de la ciudad de Cibola, que es en la Tierra Nueva” (1531), en RICHARD FLINT y SHIRLEY CUSHING FLINT. *Documents of the Coronado Expedition, 1539-1542*. Dallas, Southern Methodist University Press, 2005, p. 294.

extraña, a la formación de hacinadas concentraciones urbanas y, desde luego a la diseminación del temible cocoliste entre 1545 y 1548, periodo de arranque de la explotación de las minas de Zacatecas⁵². La particular historia de las regiones neogallegas muestra similares tendencias. La región de Colima –ubicada entre Motines, la Bahía de Navidad y el volcán de Colima– estaba habitada por 140,000 indígenas al momento del contacto, y la despoblación posterior la redujo a los 17,000 tributarios que fueron censados en 1548, fenómeno debido principalmente a la esclavitud, al exterminio y a las epidemias⁵³.

Hacen falta estudios más localizados y no se tiene de momento un panorama completo al respecto, mas las tendencias son claras⁵⁴. Ocurrió en Aguascalientes que hacia 1584 sólo habitaban 16 soldados de presidio, señal de que la fundación inicial de la villa en 1575 realmente fue fallida, por la misma circunstancia demográfica. Al año siguiente la tremenda plaga del *cocoliztli* hizo pasar “a mejor vida” a muchos de los indios “traídos para servir a los estancieros”. Jesús Gómez Serrano estima que las epidemias fueron devastadoras al grado de despoblar prácticamente la región a finales del siglo XVI y principios de la siguiente centuria, que “la villa de Aguascalientes parece haber estado al borde de la extinción”⁵⁵.

Otra causa aun menos explorada de la catástrofe residió en el profundo trastocamiento de los ritmos de reproducción social de las poblaciones de la Nueva Galicia que vino aparejado a las congregaciones de los pueblos. Aún son escasos los trabajos en que se hayan estudiado con profundidad los efectos que sufrieron en ese sentido las comunidades indígenas neogallegas congregadas. Es de esperarse que la reducción a una forma de vida “a la española” ocasionara graves trastornos en los naturales no sólo desde el punto de

⁵² NOBLE DAVID COOK, *La conquista biológica. Las enfermedades en el Nuevo Mundo*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 2005, p. 116.

⁵³ ROSA MARGARITA NETTEL ROSS, *El paraíso desolado: despoblación y medios de recuperación de Colima en la época colonial*, Colima, Archivo Histórico del Municipio de Colima, 1993, p. 5 y ss.

⁵⁴ Tampoco se vislumbra a corto plazo la posibilidad de llegar a unificar opiniones, ni siquiera los criterios para desarrollar las investigaciones del fenómeno de la despoblación por enfermedades. Cfr. GÜNTER VOLLMER, “Enfermedad y muerte en el México colonial o el intento de cuantificar las epidemias”, en JOSÉ DE JESÚS HERNÁNDEZ PALOMO (coordinador), *Enfermedad y muerte en América y Andalucía (siglos XVI-XX)*, Sevilla, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2004, p. 55 y ss.

⁵⁵ JESÚS GÓMEZ SERRANO, *La guerra chichimeca, la fundación de Aguascalientes y el exterminio de la población aborigen (1548-1620). Un ensayo de reinterpretación*, Guadalajara, Jalisco: El Colegio de Jalisco-Ayuntamiento de Aguascalientes, 2001, p. 83-85.

vista cultural sino también por el hecho de que viviendo juntos, unas familias al lado de las otras, se facilitaba en extremo la rápida y letal diseminación de las epidemias, así como el control militar y político de la población, pero muy especialmente su reclutamiento para el trabajo forzado o para la exacción de los tributos. Las epidemias solían estacionarse en los pueblos más poblados, como ocurrió en Tecomán y Alima, en la provincia de Colima, hacia 1556, cuando se les catalogaba como “pueblos enfermos”⁵⁶. En suma, estas políticas sirvieron para el sometimiento de los indios a la dinámica económica, en la que les tocaba la peor parte, enfermarse para morir, y proveer de alimentos y fuerza de trabajo a la sociedad colonial.

También se trataba de congregar para mejor expoliar. La voracidad de los colonos españoles y de la propia Corona para obtener los productos excedentes de la población indígena debe ser considerada como factor del profundo daño de esta última durante el periodo de estudio. Ya hemos hablado de la temprana visita efectuada por el oidor Lebrón de Quiñones en la primavera de 1551 a las provincias de Colima y Zacatula, incluyendo Zapotlán, Tuspa y Tamazula y sus sujetos, lo que no dijimos es que informó haber encontrado mucha inconformidad entre los indios, e incluso litigios en contra de los españoles que se aprovechaban de su trabajo sin ningún título⁵⁷. Con similar anticipación los franciscanos criticaban la depredación que los sistemas de trabajo ocasionaban entre los indios⁵⁸. La mencionada visita arroja datos ilustrativos de la depredación que las encomiendas ocasionaban en las comunidades. Al igual que en muchas partes de la Nueva España⁵⁹, en la Nueva Galicia las tasas de tributación a los encomenderos eran exorbitantes y abusivas, así en ropa u otros géneros como el trabajo, al tiempo que los habitantes de los pueblos iban siendo cada vez menos. Los propios clérigos utilizaban sus servicios de manera gratuita para obtener comida, leña y pastura para su ganado. Las visitas a la provincia las hacían ostentosos funcionarios acompañados de nutridos grupos de gorriones y criados que gozaban con grandes

⁵⁶ NETTEL, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁷ PARRY, *op. cit.*, p. 68-69.

⁵⁸ ÁGUEDA JIMÉNEZ PELAYO, “El servicio personal y de repartimientos indígenas en Nueva Galicia, siglos XVI y XVII”, en *Cinco siglos de historia de México, memorias de la reunión de historiadores mexicanos y norteamericanos*, San Diego, California, 18-20 de octubre de 1990. México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora-University of California, p. 197.

⁵⁹ WALTER VINTON SCHOLLES, “The Diego Ramirez Visita” en *University of Missouri Studies* V 20, No. 4., Columbia, University of Missouri, 1946, p. 49 y ss.

banquetes a cargo de los naturales, quienes salían a recibir la comitiva “con trompetas y chirimías, como si fuera el obispo que entraba en el pueblo y los salían a recibir con cruces altas haciendo hacer por los caminos ramadas donde descansasen y a merendar...”⁶⁰.

La profesora Nettel sostiene que la principal causa de la despoblación temprana de la provincia de Colima fue que “los conquistadores que efectuaron el sometimiento de los territorios del occidente mexicano venían ávidos de oro y poder y no se detuvieron para exterminar y explotar a los nativos de las tierras que iban conquistando”⁶¹. Como auténtico cataclismo ha sido descrita la conquista que cayó pesadamente sobre las sociedades indígenas, la que implicó hasta la destrucción de sus dioses y por ende la desarticulación absoluta de su cultura, de su manera de entender el tiempo y sus ciclos, de su ubicación en el cosmos⁶².

El estudio sobre un periodo de diez años posteriores a 1571, acerca del sistema de trabajo de repartimiento en las Salinas de Santa María, instaurado específicamente sobre los pueblos de indios del valle de Tlaltenango —región tempranamente congregada a partir del fin de la guerra del Mixtón— revela letales efectos demográficos y culturales en la zona. La obtención de la saltierra en provecho de la Corona, que se utilizaba para el beneficio de la plata por azogue, fue el objetivo de la puesta en práctica de aquel ominoso sistema de trabajo forzoso en el área suroeste del actual estado Zacatecas⁶³. Se trataba de un régimen de servicio personal obligatorio cuya mecánica de funcionamiento precisaba que los indios vivieran congregados.

⁶⁰ SILVIO ZAVALA, *El servicio personal de indios en la Nueva España, 1550-1555*, tomo II, México, El Colegio de México-El Colegio Nacional, 1985, p. 296-297.

⁶¹ La autora refiere que ante las condiciones tan inhumanas de existencia de aquellos pueblos, los indígenas recurrieron en muchas ocasiones al aborto para evitar que sus vástagos tuvieran el mismo ingrato destino. NETTEL ROSS, *op. cit.*, p. 8.

⁶² FLORESCANO, *op. cit.*, p. 68. “Tras la caída de los dioses y el desquiciamiento del orden cósmico, vino la destrucción del orden humano, la trasmutación violenta de los señores de la tierra en servidores de los conquistadores, y la alteración de sus costumbres, tradiciones y formas de vida”.

⁶³ GIBSON, *op. cit.*, p. 229. Como se recordará, el repartimiento “fue un sistema de trabajo racionado, rotativo, supuestamente de interés público o para utilidad pública que afectaba tanto a los indígenas de encomienda como a los que no entraban dentro de ésta, y que beneficiaba a una clase de patrones mucho más amplia de lo que había sido posible bajo la encomienda”. Un máximo de 4% de la comunidad de cada pueblo reducido era compelido a prestar este trabajo semanalmente a cambio de una gratificación económica, normalmente raquílica, y para colmo, aunque el propósito de la Corona era que este sistema sustituyera al régimen de la encomienda, en los hechos ambos se traslaparon.

El ritmo de explotación al que fue sometida la fuerza de trabajo de aquellos pueblos logró trastocar sensiblemente la vida comunal y su capacidad de reproducción en el valle de Tlaltenango. Algo similar ocurría en el vecino Cañón de Juchipila, así como en Teocaltiche y Nochistlán, acelerando de esta manera el deterioro poblacional⁶⁴. Sólo para el valle de Tlaltenango el menoscabo fue extraordinario, de 16,000 personas en 1530 se redujeron a sólo 8,000 en 1570⁶⁵. Ni siquiera con la concesión de las salinas de Nueva Galicia a particulares, alrededor de 1609, el sistema de repartimientos fue suspendido totalmente, y su vigencia depredadora se prolongó por lo menos hasta mediados del siglo XVIII⁶⁶. Entre 1670 y 1751 –cuando los procesos de congregación estaban consolidados, entre otras cosas porque era más sencillo congregarse a los pocos indios que quedaban que a los muchos que eran al principio de la colonización–, la audiencia todavía estaba consignando 18,716 indios –cantidad bastante considerable tomando en cuenta el tamaño de la población de ese momento– para trabajos de naturaleza agrícola, principalmente las cosechas de maíz y trigo, así como para la ejecución de obras relacionadas con esa actividad como reparación de presas, construcción de acequias e incluso edificación de casas, corrales y obras similares, aunque en ocasiones también se asignaron trabajadores para laboreo de minas⁶⁷.

En contrapartida, la conquista y ulteriores procesos de población, principalmente los desatados por los grandes descubrimientos mineros durante el siglo XVI, atrajeron nuevos sectores de habitantes a la Nueva Galicia. Grupos de españoles, de indios fuereños y de negros llegaron a la zona. “Constituyeron un elemento lentamente creciente de la población y también dieron lugar, al procrear hijos de distintas razas con o sin matrimonio, a nuevos grupos

⁶⁴ ENCISO, “Trabajadores indios del valle de Tlaltenango (Zacatecas) en las Salinas Viejas de Santa María”, en *Estudios de historia novohispana*, no. 18, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 31-67.

⁶⁵ Ídem, p. 35.

⁶⁶ MOISÉS GONZÁLEZ NAVARRO, *Repartimientos de indios en Nueva Galicia*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1977, p. 11. Si bien se destaca que el ritmo de las consignaciones comenzó a declinar en lo tocante el número de indios repartidos, sencillamente porque ya no los había como antaño, y no por la súbita concientización de las autoridades españolas.

⁶⁷ Ídem, p. 13. Los beneficiarios de estas consignaciones fueron exclusivamente españoles. Los análisis de González Navarro muestran que del sector clerical, los más beneficiados por este sistema de explotación en el siglo XVII fueron los jesuitas, quienes aprovecharon 23.4% de los indios asignados por la audiencia, para las tareas que ellos buenamente consideraron pertinentes durante el periodo.

de sangre mezclada, porque por lo general adoptaban la cultura y la lengua españolas”⁶⁸. Según Parry, en las ya referidas averiguaciones del licenciado Contreras y Guevara de 1570, se informaba que en todo el reino de la Nueva Galicia vivían un total de 1,500 españoles con casa fundada. Cincuenta y cinco de ellos eran encomenderos o detentaban parcialmente una encomienda. El resto se desempeñaban como estancieros, mineros, mercaderes, oficiales y demás giros. Además se daba cuenta de la existencia de un total de 20,000 indios jefes de familia pacificados y asentados⁶⁹. Analizando detenidamente el documento, las cuentas mandadas elaborar por el oidor Contreras en relación a los indios tributarios arrojó un total de 25,510 jefes de familia, con exclusión de la provincia de Culiacán. Conservadoramente y teniendo en cuenta un número base hipotético de cuatro integrantes por cada familia indígena de la época, la población aborigen de la Nueva Galicia podría alcanzar en ese tiempo algo más de 100,000 almas. El estimado no desmiente la tendencia general de caída de la población indígena, sino que brinda testimonio de su descenso. Conviene agregar que la presencia de creciente población hispana y de castas, comenzó a configurar el nuevo rostro de la sociedad colonial en el occidente de la Nueva España.

Puede concluirse preliminarmente que fue así como surgió el sistema social primigenio de Nueva Galicia, en el cual los nuevos grupos raciales hispanos y sus descendientes vivirían del trabajo, tributo y explotación de los indígenas. Por su parte las poblaciones urbanas, sin precedentes en la región en los tiempos prehispánicos, se convirtieron en los nuevos espacios dominantes de la geografía económica y demográfica del nuevo reino, hablamos de centros productores o consumidores de bienes y servicios, principalmente Guadalajara y Zacatecas, que a la larga subordinaron las costumbres, tiempos de vida y dinámica social de la población indígena dispersa en el medio rural⁷⁰. La prevalencia de los centros urbanos no sólo se manifestó en los dos

⁶⁸ BORAH, *Tendencias de precios...*, p. 31.

⁶⁹ PARRY, *op. cit.*, p. 121.

⁷⁰ BORAH, *Tendencias de precios...*, p. 31-32. “Las dos ciudades principales, Guadalajara y Zacatecas, contenían la mayor parte de la población no india, y crecieron en forma bastante sostenida a lo largo de la segunda mitad del siglo XVI. Para 1570 Guadalajara tenía quizá 50 vecinos españoles jefes de familia. Con las mujeres, los niños, los parientes, esclavos y criados, la ciudad tenía unas 400 o 500 personas. Para 1602 tenía aproximadamente 160 vecinos que con sus familias quizá hayan representado entre 1,400 y 1,800 personas. Zacatecas, fundada (...) en un páramo alto y seco, atraía constantemente población, y por los primeros años del siglo XVII, como informa el obispo Mota y Escobar, tenía quizá 300 vecinos, 60 o 70 hijos de españoles nacidos en la ciudad, 800 esclavos,

casos señalados, pues en menor medida este fenómeno también se replicó en las órbitas de otras villas y ciudades del reino, como Tepic, Compostela y La Purificación⁷¹, así como Sombrerete y Jerez, en el norte.

La visita del obispo de la Mota y Escobar, efectuada a principios del siglo xvii por el interior del extenso territorio asignado a su diócesis, aunque no exenta de problemas al momento de contrastar los datos por él obtenidos⁷², constituye fuente de gran valor para observar el estado que guardaba la ocupación del territorio septentrional y la distribución de la población rural congregada y la urbana, en aquella época:

Región	Pueblos de indios	Ciudades, villas, reales de minas
Provincia de Guadalajara	15	5
Poniente y norte	59	5
Septentrión	40	20
Total	114	30

Cuadro 4. Pueblos de indios tributarios, ciudades, villas y reales de minas del obispado de la Nueva Galicia, 1602-1605, según la visita del obispo Alonso de la Mota y escobar.

Fuente: Datos obtenidos a partir de la información contenida en ALONSO DE LA MOTA Y ESCOBAR, *Descripción geográfica de los reinos de Nueva Galicia, Nueva Vizcaya y Nuevo León*, México: Pedro Robredo, 1940.

diez o doce portugueses e italianos (probablemente se subestime en gran medida el número de extranjeros), y quizá 1,500 trabajadores indios, atraídos por los salarios que se podían ganar en las minas. Con sus mujeres, hijos y otros allegados, posiblemente hayan alcanzado un total de 5,000 en una zona que antes sólo había estado habitada por unos cuantos chichimecas trashumantes. Zacatecas y sus minas eran, pues, una excepción a la regla general de descenso de la población india en el siglo xvi, ya que atraían trabajadores nativos de otras áreas, especialmente las zonas tarascas y nahuas, al sur y al oriente. El resto de la población no india de la Nueva Galicia en la segunda mitad del siglo xvi vivía en pequeños asentamientos, alrededor de minas dispersas a lo largo y ancho del distrito, y en estancias”.

⁷¹ BORAH, “Inflation in Nueva Galicia, 1557-1598: Auctions on Tribute Maize”, en *La ciudad y el campo en la historia de México. Memoria de la VII Reunión de Historiadores Mexicanos y Norteamericanos*, tomo 1, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 71.

⁷² Vid. JOAQUÍN RAMÍREZ CABAÑAS, en su “Introducción” a DE LA MOTA Y ESCOBAR, *op. cit.*, p. 15 y 16.

La relación inversamente proporcional existente entre la población indígena, en permanente descenso, y la europea y de castas, en aumento, fue señaladamente manifiesta en las ciudades. Fueron Guadalajara y Zacatecas las que, siguiendo la información del obispo de la Mota, reunían ya en los albores del siglo xvii a la mayor parte de la población blanca. Ambas localidades concentraban 77.51% de la población europea, consolidándose así el esquema de predominio de las ciudades coloniales comenzado con la colonización española. En estas dos ciudades vivía 15.11% de la población indígena de la jurisdicción, pero tan sólo en Zacatecas habitaba 14.53% de ella, ocupada directamente en la actividad minera o en labores periféricas.

Otro fenómeno que se advierte en los datos de la visita del obispo es la creciente importancia poblacional de los sectores no indígenas, la cual concuerda con la tendencia iniciada desde el siglo precedente, en que llegó a rebasar la quinta parte de la población total.

Sector	Población	%
Españoles	791	5.99
Criollos	570	4.31
Mulatos	220	1.66
Esclavos	1,300	9.84
Indios	10,321	78.17

Cuadro 5. Sectores de la población neogallega a principios del siglo xvii, según la visita del obispo de la Mota y Escobar.

Fuente: ALONSO DE LA MOTA Y ESCOBAR, *Descripción geográfica de los reinos de Nueva Galicia, Nueva Vizcaya y Nuevo León*, México, Pedro Robredo, 1940.

Es conveniente recapitular en el hecho de que la información proveniente tanto de las averiguaciones de Contreras y Guevara, como de la visita del obispo de la Mota, concuerda en lo que se refiere a las tendencias generales del comportamiento de la población autóctona, manifiestamente a la baja durante el periodo estudiado. Esta tendencia lograría revertirse modestamente hasta bien entrado el siglo xvii, como lo muestra el siguiente cuadro:

Año	indios	%	otros	%	subtotal
1519	855,000	100	---	0	855,000
1530	220,000	98.4	3,700	1.6	223,700
1570	102,000 ¹	---	--	1,7	84,400
1600	83,000	98.3	1,400	1,7	84,400
1602	10,321 ²	78.1	2,881	21.8	13,102
1630	69,000	52.9	61,500	47.1	130,500

1. Cifra proveniente de las Averiguaciones de Contreras y Guevara. Se ha obtenido del número de jefes de familia tributarios 25,510.

2. Cifras del obispo de la Mota y Escobar.

Cuadro 6. Población indígena de nueva galicia 1519-1630.

Fuentes: PETER GERHARD, La frontera norte de la Nueva España, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 39. AGI, Guadalajara 5, ramo 12. Averiguaciones hechas por el ilustre licenciado Contreras y Guevara... ALONSO DE LA MOTA Y ESCOBAR, Descripción geográfica de los reinos de Nueva Galicia, Nueva Vizcaya y Nuevo León, México, Pedro Robredo, 1940.

LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL INDIO A TRAVÉS DE LOS INFORMES
DE LOS VIRREYES NOVOHISPANOS EN EL SIGLO XVI

THE LEGAL STATUS OF INDIANS IN THE REPORTS OF THE
VICEROYS OF NEW SPAIN IN THE 16th CENTURY

BEATRIZ BADORREY MARTÍN

UNED (España)

bbadorrey@der.uned.es

Resumen: Todos los virreyes, al iniciar su mandato, recibían del monarca unas instrucciones que contenían los principios generales de su gestión, y también normas muy precisas que debían guiar su acción. Por su parte, los virreyes, al concluir su servicio, debían enviar directamente al rey un informe, advertimiento, memorial o relación del estado en que quedaba el reino donde hubiesen gobernado. Estos documentos constituyen una fuente única para conocer con detalle la administración de los virreinos, porque muestran las grandes líneas políticas de la Corona, frente a la realidad cotidiana del virreinato. Las abundantes referencias verídicas recogidas en las memorias constituyen, en muchos aspectos, un espejo fiel de la concreción de unas ideas, una política y unas normas aplicadas por unos funcionarios reales en un mundo muy alejado de la Corte, donde aquellas se pergeñaban.

El presente trabajo pretende servirse de esas fuentes para estudiar la condición jurídica del indio americano en el virreinato de Nueva España durante el siglo XVI. Especialmente, tres grandes temas: el régimen tributario de los indios, el trabajo indígena y la esclavitud de los naturales

Palabras clave: virreyes novohispanos, indios, tributos, encomiendas, repartimientos, servicios personales.

Abstract: All viceroys, at the end of their mandates, were obliged to send a report (*advertimiento, memorial* or *relación*) directly to the king on the state of the kingdom they had ruled. These documents are a unique source of detailed information on the administration of the viceroyalties, since they show daily realities and are rich in first-hand accounts. In many respects, these reports are an accurate reflection of how ideas, policy and norms were concretely applied by royal officials in a world far from the royal court, where all three originated.

This work makes use of the above sources to study the legal status of American Indians in the Viceroyalty of New Spain during the 16th century. The author has focused on three major issues: the tax regime applicable to Indians, indigenous labor, and the slavery of natives.

Keywords: viceroys of New Spain, indians, taxes, *encomiendas, repartimientos*, personal services.

Sumario: 1. Introducción. 2. El virreinato novohispano: las instrucciones y memorias de los virreyes. 3. El régimen tributario de los indios. 4. El trabajo indígena: encomiendas, repartimientos y servicios personales. 5. La esclavitud de los naturales. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Todos los virreyes, al iniciar su mandato, recibían del monarca unas amplias instrucciones que debían guiar su gestión. En un principio contenían principios generales muy valiosos, esto es, las grandes líneas de pensamiento y de acción de la Corona. Ernesto de la Torre Villar destaca que las que cubren hasta el marqués de Villamanrique, en 1585, “son amplias, claras, bien ajustadas, contienen los sanos principios de defender a los indios, catequizarlos, instruirlos, cuidar de su conservación y progreso, principios que rigieron la política de Carlos V”. Las siguientes, muestran una organización formal más rigurosa y son más casuísticas, elemento característico de toda la administración de Felipe II¹.

Por su parte los virreyes, al concluir su servicio, debían enviar directamente al rey un informe, *advertimiento*, *memorial* o *relación* del estado en que quedaba el reino donde hubiesen gobernado. Como observa Hanke, fue una peculiaridad de España, pues ningún otro poder europeo de entonces requirió tales informes. Por ello, estos documentos constituyen una fuente única para conocer la historia de la administración colonial de la América hispana². Pero es que, además, la documentación virreinal constituye una fuente de gran utilidad para analizar con detalle la administración de los virreinos, porque muestran la realidad cotidiana y contienen abundantes referencias verídicas. En tal sentido, el citado autor señala: “No existe mejor fuente para apreciar con realismo y en profundidad lo que verdaderamente ocurrió en América durante el dominio de la Casa de Austria”³. En la misma línea, De la Torre Villar apunta que estas *relaciones*, *memorias*, *advertimientos* o *informes generales* de los virreyes muestran en qué medida los virreyes aplicaron las normas dictadas por los monarcas españoles para sus posesiones indianas. Y concluye:

¹ *Instrucciones y Memorias de los virreyes novohispanos*, Estudio preliminar, coordinación, bibliografía y notas de ERNESTO DE LA TORRE VILLAR, t. I, ed. Porrúa, México, 1991, XLIX-LI.

² LEWIS HANKE, *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria: México*, I, BAE, 273, Madrid, 1976, p. 12.

³ *Ibidem*, p. 14.

Son la concreción de la política estatal, el fruto madurado por la conducta de los funcionarios, de una política gubernativa, de una idea de gobierno, de una filosofía política, jurídica, social y económica aplicada al imperio americano⁴.

El presente trabajo pretende servirse de esas fuentes y algunas otras, como las cartas de los virreyes a los monarcas, para estudiar la condición jurídica del indio americano en el virreinato de Nueva España durante el siglo XVI. Es verdad que existen ausencias, porque algunos virreyes fallecieron en el cargo sin haber redactado el correspondiente informe y otros fueron súbitamente destituidos, por lo cual tampoco dejaron tal memoria. Sin olvidar que algunas de estas fuentes se han perdido o se hallan escondidas en los archivos españoles y mexicanos⁵. Con todo, los testimonios que se conservan son suficientes para hacernos una idea bastante exacta de cómo fue el gobierno de los virreyes novohispanos en el siglo XVI⁶.

2. El virreinato novohispano: instrucciones y memorias de los virreyes

Cuando, el 19 de febrero de 1519, Hernán Cortés y su pequeño ejército de españoles desembarcó en las playas de México no podía imaginar que ante él se extendía un inmenso imperio cuya población, aunque todavía hoy resulta difícil estimar, pudo oscilar entre los cinco y los diez millones de habitantes⁷. Un testigo presencial, el soldado de infantería Bernal Díaz del Castillo describió así el primer contacto con los naturales de aquellas tierras:

⁴ *Instrucciones y Memorias*, t. I, XVI.

⁵ *Ibidem*, XVII.

⁶ Hay varias ediciones de estos documentos, generalmente intercalados con otras fuentes. Desde la obra de JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ Y DE OROZCO Y BERRA, *Instrucciones que los Virreyes (sic) de Nueva España dejaron a sus sucesores. Añádense algunas que los mismos trajeron de la Corte y otros documentos semejantes a las instrucciones*, México, Imprenta Imperial, 1867; hasta el más reciente y ya citado trabajo de HANKE, *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*. Nosotros seguiremos la también citada edición coordinada por Ernesto de la Torre Villar, publicada en México en 1991.

⁷ Sobre la población del antiguo México vid. HUGH THOMAS, *La conquista de México*, 2ª ed., Barcelona 1994, pp. 667-672.

pasado veinte y un días que salimos de la isla de Cuba, vimos tierra, de que nos alegramos mucho, y dimos muchas gracias á Dios por ello; la cual tierra jamás se habia descubierta, ni habia noticia della hasta entonces; y desde los navíos vimos un gran pueblo, que al parecer estaria en la costa obra de dos leguas, y viendo que era gran población y no habiamos visto en la isla de Cuba pueblo tan grande, le pusimos por nombre el Gran-Cairo. Y acordamos que con el un navío de menos porte se acercasen lo que mas pudiesen á la costa, á ver qué tierra era, y á ver si habia fondo para que pudiesemos anclar junto á la costa; y una mañana, que fueron 4 de marzo, vimos venir cinco canoas grandes llenas de indios naturales de aquella población, y venian á remo y vela⁸.

Ese inmenso territorio fue, en principio, gobernado por el propio Cortés, que recibió los títulos de gobernador y capitán general hasta que, los excesos del trieno 1524 a 1527, aconsejaron la introducción de un sistema de gobierno colegiado. Así, el 29 de noviembre de 1527, se creó la Primera Audiencia integrada por un presidente, Nuño Beltrán de Guzmán, y cuatro oidores: Juan Ortiz de Matienzo, Diego Delgadillo, Diego Maldonado y Alonso de Parada. Sus desaciertos obligaron a deponer a sus componentes, que fueron reemplazados por otros cinco funcionarios –Sebastián Ramírez de Fuenleal, Juan Salmerón, Alonso de Maldonado, Francisco Ceynos y Vasco de Quiroga-, que constituyeron la denominada Segunda Audiencia. Aunque el nuevo órgano colegiado gobernó con acierto y prudencia desde 1530 a 1535, ya en 1529 Carlos V ordenó a los Consejos de Castilla y de Indias que estudiaran la posibilidad de sustituir este sistema de gobierno, por otro personal, dependiente directamente de la Corona. Los Consejos aceptaron que el virreinato era la mejor solución y, el 17 de abril de 1535, el emperador dictó una provisión nombrando a Antonio de Mendoza virrey y gobernador de Nueva España. Por otras dos disposiciones de ese mismo día le designó presidente de la Audiencia y capitán general. También se le encomendó el cuidado de los bienes materiales y económicos del monarca, así como la misión de velar por la conversión y adoctrinamiento de los indios. En consecuencia, desde el principio los virreyes novohispanos acapararon cinco funciones esenciales: gobernador, presidente de la Audiencia, capitán general, superintendente o encargado de la real hacienda y vicepatrono⁹. Además de Mendoza, goberna-

⁸ *Verdadera Historia de los sucesos de la conquista de la Nueva-España*, BAE 26, Madrid, 1947, p. 2.

⁹ *Instrucciones y Memorias, t. I, XXVIII-XXXII*.

ron Nueva España en el siglo XVI Luis de Velasco I, Gastón de Peralta, Martín Enríquez de Almanza, Álvaro Manrique de Zúñiga, Luis de Velasco II y el conde de Monterrey.

El 14 de noviembre de 1535 tomó posesión de su cargo el primer virrey de México, Antonio de Mendoza¹⁰. Al ser el primero no contó con una relación escrita de su antecesor que le sirviera de guía para el difícil gobierno de aquellos territorios, si bien pudo enriquecerse con los sabios consejos del obispo de Santo Domingo, Sebastián Ramírez de Fuenleal, que acababa de completar su periodo como presidente de la Audiencia de Nueva España y, durante varios meses, informó a Mendoza acerca de los principales problemas americanos. Fue un gran tutor para un gran alumno, pues para Hanke “no hubo en México un gobernante más capaz durante el reinado de la Casa de Austria”¹¹.

De otra parte, como todos los funcionarios destacados en Indias, antes de partir hacia su destino, Mendoza recibió unas instrucciones que contenían las normas y pautas dadas por el rey o su Consejo para servirle como guía de gobierno y mando. Cuatro fueron las instrucciones dadas al primer virrey de Nueva España. En la primera, fechada el mismo día de su nombramiento, se deslindan claramente las funciones de gobierno, que ejercería él, de las judiciales, reservadas a la Audiencia y desempeñadas por los oidores. Además, se le ordena que actúe en todo de acuerdo con lo dispuesto en ella y en otra instrucción que, como señala De la Torre Villar, probablemente es la segunda. Ésta fue dada también el 17 de abril y ha sido denominada “secreta” porque en ella se otorga a Mendoza un amplio y discrecional poder para gobernar, en casos excepcionales¹². Unos días después, el 25 de abril de 1535, se expedieron unas terceras instrucciones. Como observa Pérez Bustamante, este docu-

¹⁰ Hijo de Íñigo López de Mendoza, segundo conde de Tendilla, y de Francisca Pacheco, Antonio de Mendoza nació hacia 1493 en Granada, donde se habían trasladado sus padres después de la conquista. Desde muy joven estuvo en la corte de la reina Juana y del rey Fernando. A la muerte de este monarca pasó a Flandes, para comunicar la triste noticia y prestar vasallaje al príncipe Carlos, con quien volvió en 1517. Participó en la guerra de las Comunidades y acompañó al emperador en todas sus expediciones. Nombrado embajador en Hungría, se unió a Carlos V cuando, en 1532, pasó a Alemania para luchar contra los turcos. Pero, más dotado para las tareas de gobierno que para las empresas bélicas, el 17 de abril de 1535 fue nombrado virrey y presidente de la Audiencia de Nueva España. Tras arreglar sus asuntos particulares, en el mes de julio partió hacia su nuevo destino (CIRIACO PEREZ BUSTAMANTE, *Don Antonio de Mendoza. Primer virrey de la Nueva España (1535-1550)*, Santiago, 1928, pp. 4-10).

¹¹ HANKE, *op. cit.*, I, p. 18.

¹² Vid. ambas en *Instrucciones y Memorias*, t. I, pp. 80-81 y 90-91.

mento destaca por diversos motivos: primero, por haber sido redactado como índice de gobierno para la persona que iba a inaugurar el sistema; segundo, por exhibir con diafanidad los aciertos, yerros y limitaciones de información de la burocracia metropolitana, así como su pensamiento con respecto a la administración de las comarcas recién dominadas; y, tercero, por su amplitud conceptual ya que, en los 27 capítulos de que consta, trata las cuestiones esenciales del gobierno colonial¹³. Las cuartas instrucciones son de 14 de julio de 1535 y contienen 17 artículos referidos, en su mayoría, a aspectos relacionados con la conversión y adoctrinamiento de los indios, a la labor de los eclesiásticos y a la explotación de la tierra y aprovechamiento de sus recursos¹⁴.

Entre los temas tratados en estos documentos destaca la política indígena, que fue uno de los aspectos a los que la Corona y Mendoza prestaron mayor atención. A lo largo de las instrucciones se abordan cuestiones jurídicas esenciales como el régimen tributario de los indios, el trabajo de los naturales o la preocupación de los monarcas por la esclavitud de los indios. Estos puntos nos van a servir para sistematizar el trabajo, pues las mismas instrucciones se entregaron, con ligeras variaciones, al resto de los virreyes novohispanos a lo largo del siglo XVI, y fueron la base de las memorias redactadas por estos altos funcionarios al finalizar su mandato.

3. El régimen tributario de los indios

Uno de los primeros temas que figuran en la documentación virreinal es el del tributo indígena, institución que, como apunta Ots Capdequí, representó el más ambicioso intento de la Corona española para dar al “problema del indio” una solución típicamente estatal¹⁵.

Sin duda, en una España endeudada por las grandes empresas bélicas, el tributo indígena, que constituía un pilar importante de la hacienda real, era un tema dominante. Ya en las instrucciones de 25 de abril de 1535 se dedican varios apartados a esta cuestión. Así, en el capítulo segundo se establece la obligación del virrey de visitar, personalmente o mediante personas de su confianza, la ciudad de México y el resto de las ciudades, villas y poblaciones

¹³ PÉREZ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴ *Instrucciones y Memorias*, t. I, LXII.

¹⁵ JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, “El indio en el Nuevo Reino de Granada, durante la etapa histórica final de la dominación española”, *Revista de Indias*, nº 67, enero-marzo, Madrid, 1957, pp. 11-57; la ref. en p. 18.

de la provincia para informarse sobre la calidad de dichos pueblos, número de vecinos naturales y de moradores españoles, tributos que los indios pagaban al rey o a los encomenderos, así como sobre las posibilidades de incrementar esas contribuciones¹⁶. En el capítulo tercero se propone sustituir el engorroso pago de impuestos en especie por el cobro en metálico. Por ello, se ordena a Mendoza que procure conmutar los tributos que los indios pagaban en maíz, mantas y “otras cosas de la tierra”, en oro o plata, de tal manera que a ellos no les resultase más gravoso y redundara en beneficio y provecho de la Corona, al asentarlos directamente con ellos sin necesidad de sacar a subasta esas especies, con la consiguiente merma en el monto total¹⁷. En el capítulo cuarto se plantea la introducción en aquellas tierras de un impuesto indirecto: la alcabala. Hasta entonces, con el fin de atraer población, sus habitantes habían estado exentos del pago de dicho tributo. Pero los agobios del erario público forzaban a establecer que, en adelante, tanto los naturales como los moradores de aquella provincia, mercaderes y tratantes pagaran la alcabala y otros servicios moderados, tal y como se hacía en Castilla, para contribuir al sostenimiento de la defensa del reino. En consecuencia, tras analizar la situación, el virrey debía enviar su parecer acerca “de lo que se debe y podrá hacer sin daño de la población y seguridad de dicha tierra”¹⁸.

El capítulo quinto establece que los indios, especialmente aquellos que no tenían posibilidades, podían sustituir el pago en oro de los tributos a que estaban obligados por la prestación de servicios personales. Esta contribución se haría de tres formas: en los pueblos encabezados las comunidades indias enviarían, por repartimiento, a algunos de sus miembros a las minas de oro o plata y, además, los mantendrían a su costa, entregando el beneficio obtenido al virrey; aquellos pueblos que no pudieran soportar tales gastos, se limitarían a enviar gente a las minas, encargándose otros pueblos de su mantenimiento; por último, algunas comunidades se limitarían a mantener al grupo de esclavos enviados a las minas. De todo ello debía hablar el virrey

¹⁶ Esta obligación del virrey de visitar la tierra para informarse sobre los tributos que pagaban los indios, si las tasaciones eran moderadas o excesivas, o si estaban tasados los servicios personales, se repite en todas las instrucciones posteriores. Por ejemplo, en las de Luis de Velasco (ítem 9), en las de Gastón de Peralta (ítem 13), en las de Martín Enríquez (ítem 13), conde de la Coruña (ítem 13), marqués de Villamanrique (ítem 13) y conde de Monterrey (ítem 18) (*Instrucciones y Memorias*, t. I, pp. 81-82, 128, 151, 165, 196, 214 y 252).

¹⁷ *Ibidem*, p. 82.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 82-83.

con otras autoridades o personas informadas, para tomar las disposiciones convenientes, “por manera que se haga lo más a voluntad de los indios y más sin apremio y más provecho de nuestra hacienda que se pueda”. En el capítulo siguiente, por entender que los indios “de su natural condición son holgazanes”, se extiende la orden anterior a todas las provincias. Entienden que con esta medida desaparecerían los inconvenientes derivados de la ociosidad y la hacienda real se acrecentaría con la regalía del quinto. Eso sí, se aconseja hacerlo “con toda modestia y templanza”¹⁹.

El capítulo doce se refiere a la agobiante cuestión de la duplicidad de impuestos, especialmente a los tributos –reales y personales– que los indios comunes pagaban a los caciques. Esto redundaba en perjuicio de los impuestos de la Corona, por lo cual se recomienda al virrey que se informe sobre todo ello y estudie el modo de aminorarlo²⁰. Finalmente, en el capítulo diecisiete se ordena al virrey que se informe acerca de los diezmos eclesiásticos que deben pagar los indios. Y, en caso de que la cuantía excediera de lo necesario para el sustento de las iglesias y del clero, ordena:

señalaréis para nos y nuestra corona de Castilla la cuota que os pareciere que se nos debe reservar, para disponer de ella como nuestra merced y voluntad fuere, pues los diezmos nos pertenecen por concesión apostólica²¹.

Aunque Mendoza se esforzó por cumplir lo dispuesto en las instrucciones, no siempre fue posible ni conveniente. Podemos conocer la valoración que el primer virrey hizo de los distintos temas, y su efectiva puesta en marcha, comparando las instrucciones con la relación que dejó a su sucesor, Luis de Velasco, al término de su gobierno. Es quizá en esta cuestión del tributo indígena,

¹⁹ “... porque además del gran provecho que se sigue de ocuparlos como por los inconvenientes grandes que nacen de su ociosidad, nuestra hacienda será acrecentada con los quintos que de lo que así sacaren nos pagarán, y con que teniendo y estando ricos, nos podrán mejor hacer otros servicios...” (*Ibidem*, p. 83).

²⁰ “Y por cuanto somos informados que en cada uno de los pueblos o en los más de ellos, hay un cacique indio que ellos tienen por principal y reconocen como a su señor, el cual lleva de los tales naturales además de los tributos que a nos pagan otros servicios y tributos, así reales como personales, sin que tengan título ni derecho para llevarlo; y a causa de lo mucho que los caciques llevan a la gente común están muy pobres y no pueden pagar a nos el servicio que sería razón; os informaréis de la verdad de ello y de todo lo que acerca de esto pasa, y de la orden que se podría dar para disminuir lo que así les llevan los caciques, y que redundase en nuestro servicio y acrecentamiento de nuestra hacienda. Y la relación de ellos, con vuestro parecer, nos enviaréis” (*Ibidem*, p. 85).

²¹ *Ibidem*, p. 87.

donde el virrey se aleja más a menudo de las pautas marcadas por la Corona y propone nuevas alternativas. Por ejemplo, observa Mendoza que los indios que habitaban en tierras frías eran más recios y sanos que los de las tierras calientes, por ello tenían ventaja en los tributos personales; por el contrario, en los tributos reales los indios de tierra caliente podían dar más que cuatro de tierra fría, porque allí se cultivaba cacao, algodón y otros muchos géneros de frutas y semillas, con las que podían pagar fácilmente los tributos. Además, consideraba perjudicial la ordenanza real que mandaba que los indios pagasen los tributos con lo que obtenían en sus tierras porque, en su opinión:

es causa que los tributos de ropa se vayan quitando, diciendo que no cogen algodón para hacerla, siendo más gente y más recia para tejerla, y donde se hacía la mayor cantidad; y ahora carga el trabajo del sembrar el algodón y hacer la ropa sobre la gente más flaca, que es la de tierra caliente²².

Respecto al problema de los impuestos que los indios comunes o macheuales pagaban a los caciques o principales, señala que, tal y como se le ordenó, había intentado tasar y moderar el desorden que había. De manera que, en muchos pueblos, se asentaba en un libro lo que se les debía dar, “y aquello que lleven y no más”. No obstante, le parecía conveniente que esas moderaciones se hicieran solo cuando los indios estuvieran disconformes y se quejaran de los caciques y principales porque, en caso contrario:

en lugar de remediarlos quedan mas agraviados de lo que estaban antes, y por esto conviene que aunque algunos religiosos y otras personas pidan que se hagan estas tasaciones, se dilate hasta que haya coyuntura, que es la que tengo dicha, o cuando algún cacique se muere antes que hagan elección y que se le da el título de gobernador, se junten los pueblos y ordenen lo que se le ha de dar al que fuere gobernador, y con esto libremente tasan lo que es moderado²³.

En las instrucciones posteriores se mantiene la preocupación por los tributos de los indios, con importantes novedades introducidas por las Leyes Nuevas, especialmente en lo concerniente al pago en servicios personales. Así en el capítulo 9 de las instrucciones dadas al virrey Luis de Velasco, el 14 de abril de 1550, se establece la obligación del virrey de visitar la tierra para informarse si cada pueblo tenía tasación de tributos, si se excedía de ella, si

²² *Ibidem*, p. 102.

²³ *Ibidem*, p. 109.

las tasaciones eran excesivas, si estaban tasados en servicios personales y si recibían otros daños y agravios. Y las mismas prevenciones se repiten, literalmente, en las instrucciones posteriores²⁴.

Por su parte, algunos virreyes dejaron a sus sucesores algunas consideraciones muy interesantes sobre su experiencia en esta materia, como el peso específico que tenían en aquella tierra las rentas variables o el pago en especies. Respecto a aquellas, el marqués de Villamanrique se refiere a la alcabala. Destaca el virrey que en Nueva España la Corona sólo tenía rentas variables porque todas ellas se componía de quintos, tributos, almojarifazgos, y ninguna era cierta, “porque crece y mengua”, salvo el arrendamiento de naipes. Por ello, en un principio pensó que las alcabalas se debían encabezar, pero “después acá, considerando el estado de las cosas, me ha parecido lo contrario”. La fidelidad con que se cobraba entonces, gracias a la labor de buenos administradores, hacía que esa renta fuese en aumento en las grandes ciudades como México, Los Ángeles, Oaxaca, Valladolid, Acapulco, Veracruz y Zacatecas, por lo cual no aconsejaba que se arrendase ni encabezase, sino que se cobrase con fidelidad como se estaba haciendo. Respecto a los pueblos de indios, consideraba que era mejor que se arrendasen, “porque como en todos ellos de necesidad se administra por mano de los alcaldes mayores, y no pueden ser todos ellos de la suficiencia necesaria para este ministerio, viénesse a perder mucha cantidad de ella que cesaría con arrendarse”²⁵.

En cuanto a los siempre complejos tributos en especie, ya hemos visto que muy pronto la hacienda real prefirió que los indios pagasen sus tributos en moneda, pues los bienes en especie eran muy difíciles de valorar²⁶. Sin embargo, la realidad económica obligó, y en ocasiones aconsejó, a admitir excepciones, lo que dio lugar a notables abusos y perturbaciones de tipo fiscal. El conde de Monterrey en su memoria, de 28 de marzo de 1604, muestra un ejemplo. El conde advierte a su sucesor, el marqués de Montesclaros, sobre las consecuencias que había provocado una ordenanza del virrey Velasco que sustituía un real, de los ocho que debían pagar los indios que vivían en el contorno de 20 le-

²⁴ V. gr. en las de Gastón de Peralta (ítem 13), en las de Martín Enríquez (ítem 13) conde de la Coruña (ítem) marqués de Villamanrique (ítem 13), y conde de Monterrey (ítem 18) (*Ibidem*, pp. 128, 151, 165, 196, 214 y 252).

²⁵ *Ibidem*, p. 231.

²⁶ Ya en las Instrucciones de 25 de abril de 1535 se planteó la necesidad de hacer una casa de moneda, pues su escasez hacía que los indios no tuvieran con que pagar los tributos y servicios, y lo hacían con “mantas y otras cosas de que no se puede sacar su valor” (*Ibidem*, pp. 83-84).

guas de México, por una gallina. El objetivo de la medida era que los indios se dedicasen a criar aves, que las tuviesen en abundancia, a buenos precios y que, con ello, resultasen beneficiados²⁷. Sin embargo, pese a la buena intención de la ordenanza, los abusos en el cobro fueron constantes por parte de algunas personas de oficios, las gallinas que sobraban no se llevaban las plazas y no se distribuían debidamente para la venta; además, en ocasiones, los sacadores o rescatadores de las gallinas de algunos partidos no las cobraban en especie sino en dinero, y no a un real sino a dos o más. Por todo ello, el marqués decidió revocar la ordenanza de su antecesor y reducir la situación a su primer estado, es decir, volver a tributar un real en lugar de una gallina²⁸. Esta providencia, confirmada mediante real cédula de 24 de noviembre de 1601, venía a ratificar los graves perjuicios del pago de tributos en especie.

4. El trabajo indígena: encomiendas, repartimientos y servicios personales

Otro gran tema dentro de la documentación virreinal es el derecho de obligaciones de los naturales, especialmente el problema de la utilización del indio como elemento de trabajo. La aceptación de una inclinación natural de los indios a holgar, “de que se les sigue harto daño”, obligaba a tomar ciertas prevenciones que aparecen recogidas en todas las instrucciones dadas a lo largo del siglo XVI:

proveeréis en todas las provincias de esa Nueva España que los indios que fueren oficiales entiendan y se ocupen de sus oficios; y los que fueren labradores que cultiven y labren la tierra y hagan sementeras de maíz y de trigo, dándoles tierras en que labren sin perjuicio de tercero; y los mercaderes que entiendan en sus tratos y mercaderías.

A los indios desocupados se les daría orden “de que se alquilen para trabajar en labores del campo y obras de ciudad”. Eso sí, a cambio de un jornal que se pagaría a los propios indios que trabajaran y no a sus principales ni a otra persona, “y que el trabajo sea moderado, y que sepan los que excedieren en esto que han de ser gravemente castigados”²⁹.

²⁷ *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias: Tributos*, t. XIII, Madrid, 1996, p. 248.

²⁸ *Instrucciones y Memorias*, t. I, p. 267.

²⁹ *Ibidem*, pp. 129-130, 166, 197 y 214-215.

Ahora bien, como apunta José Antonio Escudero, compaginar la libertad de los indios con el trabajo obligatorio fue un arduo problema. Por ello, desde comienzos del siglo XVI y a fin de que no hubiera apariencias de servidumbre, se ensayó la introducción de un salario fijado por el gobernador, o el trabajo de los indios en la *encomienda* de un español³⁰. Surgió así una de las instituciones más características de la acción de España en América y, como otras muchas, nació en las Antillas. Las dudas de los primeros colonos acerca de la capacidad de los indios para asimilar libremente la civilización hispánica y cristiana, junto a los deseos de enriquecerse rápidamente para retirarse a España, les llevaron a ensayar un sistema de repartimiento de indios o encomiendas³¹. Como señala Silvio Zavala, su finalidad era llenar las necesidades de mano de obra de las empresas agrícolas y mineras de los colonos y de la Corona. Y, desde el punto de vista jurídico se caracterizaba por ser un sistema de trabajo forzoso, sin contrato de asalariado³². Para Ots Capdequí, si el tributo fue la solución estatal al problema del indio, las encomiendas implicaron una solución transaccional entre el Estado y los intereses privados de los conquistadores³³.

En las primeras instrucciones, de 25 de abril de 1535, ya se trata la cuestión de las encomiendas. Concretamente, el capítulo décimo refleja perfectamente el espíritu de esta institución, que era conciliar los derechos reconocidos a los indios con los intereses de los conquistadores:

... por cuanto nuestra voluntad ha siempre sido y es de gratificar honesta y moderadamente a los que nos han servido en la conquista y pacificación de la tierra, y hacer merced a las personas que han ido y de nuevo fueren a poblar y permanecer en ella.

Por ello, se solicita al virrey información sobre los repartimientos y encomiendas ya realizados, y los que se deberían hacer en el resto de la provincia a los nuevos conquistadores y pobladores, así como el modo en que se debía hacer esa merced “en feudo o en otro título cual más convenga y por nos

³⁰ JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ, “La condición jurídica de los Indios”, *Estudios de Historia del Derecho*, BOE, Madrid, 2016, págs. 429-432; la ref. en p. 432.

³¹ Sobre el resultado de esos primeros ensayos vid. la obra de LEWIS HANKE, *Los primeros experimentos sociales en América*, versión española de Manuel Jiménez Quílez, Madrid, 1946.

³² SILVIO ZAVALA, *La encomienda indiana*, 2ª edición revisada y aumentada, México, 1973, p. 14.

³³ OTS CAPDEQUÍ, “El indio en el Nuevo Reino de Granada”, p. 18.

fuere declarado, y ellos lo tengan con jurisdicción en primera instancia con los modos y condiciones que serán puestos”. Y como sobre este tema había habido pareceres encontrados, le encargaba que los viera todos, que hablara sobre ello con preladados, religiosos y otras personas honradas, y que enviara el parecer de todos, juntamente con el suyo, para alcanzar un consenso y proveer lo más conveniente³⁴.

Es bien sabido que la encomienda surgió estrechamente vinculada a los repartimientos de indios que se hacían para la prestación de servicios personales, y que imperó en los primeros tiempos de la conquista. Pero los graves excesos cometidos por parte de los encomenderos que, en muchos casos, convirtieron esta prestación de servicios en una verdadera servidumbre, motivaron muy pronto serias denuncias y condenas por parte de los legisladores españoles. En 1542 se inició un proceso de revisión de la institución, que habría de prolongarse en el tiempo³⁵. Todavía una real cédula de 27 de marzo de 1582 señalaba los malos tratos que recibían los naturales de Nueva España de sus encomenderos, que les trataban “peor que a esclavos”, pues algunos eran muertos a azotes, sus mujeres reventadas con las pesadas cargas, y sus hijos obligados a trabajar en granjerías, “aviendo madres que en pariendo mataban sus hijos, diciendo lo hacían por librarles de los trabajos que padecían”. Y, puesto que todo ello había desencadenado graves perjuicios y “muy grande odio al nombre cristiano, teniendo a los españoles por engañadores, sin creerles lo que enseñaban”, se recordaba que debía cumplirse lo proveído o lo que, en adelante, se proveyese en beneficio de los indios, “dando aviso de lo que no se hacía, y convenía para su remedio sobre lo cual les encargaba las conciencias”³⁶.

Como vemos, las disposiciones sobre encomiendas no supusieron el fin de los abusos y tampoco terminaron con las obligaciones laborales de los indios. En las instrucciones figuran otras prestaciones como la colaboración en la construcción de obras públicas, iglesias y monasterios, tanto en los pueblos encabezados como en los de encomienda. Es verdad que, para evitar posibles excesos, se ordenaba que se hiciera “sin vejación ni agravio de los naturales”. En las de Mendoza se pedía al virrey un informe detallado de sus actuaciones, así como su parecer sobre el modo en el que debía proceder la Corona. Pero, una vez más, la letra de la ley fue superada por la realidad. Mendoza encontró

³⁴ *Instrucciones y Memorias*, I, pp. 84-85.

³⁵ Vid. la voz *Encomiendas* en el *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, t. V, Madrid, 1989, pp. 319 y ss.

³⁶ *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias: Indios*, t. VII, Madrid, 1990, pp. 269-270.

tantas dificultades para obtener la información que escribió: “hánme traido memoriales tan largos que me pareció ser necesario consultarlo con S.M. y entretanto dar algún socorro”³⁷. Mucho más decidido a corregir los abusos, el marqués de Villamanrique, en los *Advertimientos* que dio a su sucesor el virrey Luis de Velasco, en 1590, señala que cuando se encontró con necesidades precisas de dar algunos indios para las obras públicas, monasterios y otras necesidades, “ordené que cuando se hubiesen de dar, fuese por tiempo limitado y con cargo de que les diesen un real de jornal cada día y de comer a cada uno”³⁸.

Otro servicio que figura, reiteradamente, en la documentación virreinal es el de los indios tamemes. Una real cédula de 13 de septiembre de 1533 establecía que, conocidos los beneficios que conllevaba para el comercio de Nueva España el servicio de los “llamados tamemes”, mandaba el rey a aquella Audiencia que consintiese a dichos indios ejercitarse voluntariamente en aquel oficio,

con tal que la carga que llevasen para su mantenimiento, no excediese de dos arrobas, tassando, y moderando el precio, según la calidad de la tierra, formando arancel que se fixasse en las puertas del ayuntamiento de todas las ciudades, y villas, y prohibiendo bajo de graves penas la contravención de esta orden³⁹.

En las instrucciones de abril de 1535 se encarga a Mendoza un informe sobre su cumplimiento. El virrey debía informar sobre la manera que se tenía “en el cargar de los indios que llaman tamemes y veréis las provisiones y ordenanzas que de ello están dadas”. También debía avisar sobre los excesos que se cometían y la manera de mejorar esta prestación. En su Memoria, el virrey señala que sobre esta materia cualquier novedad debía introducirse paulatinamente, “porque la experiencia tiene mostrado el gran daño que se recibe de hacerse lo contrario”. En todo caso, recomendaba aderezar los caminos para quitar, paulatinamente, los tamemes⁴⁰. Por su parte, el virrey Luis de Velasco, en carta dirigida a Felipe II desde México, el 7 de febrero de 1554, describe la realidad del servicio y las dificultades que conllevaría su supresión:

De que se cumpla lo que V.M. tiene mandado sobre que españoles no carguen indios, se tiene gran vigilancia y cuidado; pero como entre ellos se

³⁷ *Instrucciones y Memorias*, t. I, pp. 87 y 105-106.

³⁸ *Ibidem*, p. 232.

³⁹ *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias: Indios*, t. VII, pp. 235-236

⁴⁰ *Instrucciones y Memorias*, t. I, pp. 88, 103 y 106.

permite cargarse, acaece alquilarse unos a otros y llevar cargas de españoles, o porque tienen compañía con ellos en las mercaderías, o porque los pagan a los principales, y ellos van con las cargas, y juran que no son suyas siendo de españoles, y esto no se puede averiguar ni evitar... Los que más se cargan es para traer a esta ciudad los tributos de la Real Hacienda, de doce a quince leguas, a poder de los oficiales, pagándosele; y esto se hace, como tengo dicho, contra mi voto y parecer. También se cargan algunos indios para traer provisión de solo trigo y maíz a esta ciudad, pagándosele, porque con bestias ni carreteros es imposible proveerse más que leña y carbón, y esto se hace con gran dificultad y con excesivo coste⁴¹.

Así pues, pese a los numerosos testimonios sobre los agravios y abusos que se cometían, cuya consecuencia era “la prisa con que se van acabando los indios de esta tierra”, la realidad mostraba que no era fácil prescindir de la mano de obra indígena. Quizá, las mayores dificultades se encontraban en el servicio personal de “minas y panes”. El virrey Martín Enríquez señala en sus memorias que:

el mayor sustento de esta tierra sale de las minas y labores, cuyo beneficio no se sabe hacer sino con indios; y aunque antes de la pestilencia se acudía descansadamente a todo por los muchos que había, prometo a V. S. que después acá se hace con mucho trabajo.

Para solucionarlo había recomendado que se trajeran negros, y el monarca así lo había ordenado. Con ello, se pretendía evitar daños y abusos contra los pocos indios que quedaban⁴².

En términos similares se expresa el marqués de Villamanrique. En sus memorias, de 14 de febrero de 1590, parte del mismo análisis:

Y viendo que el mayor es el del servicio personal de minas y panes, procuré dar algún remedio en ella que fuese conveniente. Y como este caso tiene de suyo tanta contradicción, no se pudo dar en todo como yo lo deseaba, porque si quitaba los repartimientos de todo punto, veía evidentemente que cesaba el beneficio de las minas, que es el nervio principal de donde se compone toda la riqueza de esta tierra; y también, quitando el de los panes cesaba la agricultura.

⁴¹ GENARO GARCÍA, *Documentos inéditos del siglo XVI para la historia de México*, México, 1914, p. 197.

⁴² *Instrucciones y Memorias*, t. I, p. 180.

Así pues, decidió mantener los repartimientos de las minas y se limitó a hacer unas nuevas ordenanzas, “proveyendo so graves penas no los metiesen en ellas ni los hiciesen trabajar más que de sol a sol, no les cargasen de metales en sus mantas; y a los que he hallado que han contravenido se han castigado”. Tampoco quitó los repartimientos de los panes pero, conociendo que los indios solo eran necesarios en la temporada de desyerba y de cosecha, y que el resto del año los labradores los ocupaban en trabajos más excesivos de sus granjerías, ordenó que cada pueblo de indios diese solo diez semanas al año para el desyerbo y cosecha, con lo cual lo indios podrían vivir más descansados y relevados del cotidiano trabajo de este repartimiento, y los labradores tendrían cubiertas sus principales necesidades. En cuanto al trabajo en las minas apunta:

... para venir en relevar el trabajo de los que van a las minas, escribí a su majestad fuese servido mandar enviar aquí tres mil negros de Guinea para que se repartiesen entre los mineros por la forma que el azogue, y se fuese cobrando por ellos por el cuarto de lo que marcasen.

Concluye este punto destacando que el monarca le había escrito para comunicarle que “quedaba viendo y considerando este arbitrio”. Para el virrey era la solución óptima, pues con él “se quita de todo punto el trabajo a los indios”⁴³.

Ahora bien, pese a tan firmes propósitos y a las repetidas declaraciones de la ley, las fuentes históricas coloniales registran numerosos testimonios que permiten asegurar que las aspiraciones de las minorías gobernantes no lograron vencer las apremiantes exigencias de la realidad. Los beneficios que producía el trabajo en las minas incentivaron tanto la codicia de los colonizadores que no vacilaron en emplear incluso a las mujeres indias en tan penosas tareas. Ello, señala Ots Capdequí, a pesar de las constantes prohibiciones legales. Precisamente, para evitar posibles responsabilidades, no dudaron en simular el consentimiento que las mujeres prestaban, bien coaccionadas por los propietarios o arrendatarios de las minas, o apremiadas por la miseria⁴⁴.

El trabajo en los obrajes también fue objeto de atención destacada en la documentación virreinal. El marqués de Villamanrique se ocupa del tema

⁴³ *Ibidem*, pp. 231-233.

⁴⁴ JOSÉ MARÍA OTS Y CAPDEQUÍ, “El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en nuestra legislación de Indias”, *AHDE*, 7, 1930, pp. 311-380; la ref. en p. 341.

afirmando que en los muchos obrajes de paños, jerga y sayales trabajaban un buen número de indios, unos presos por sentencias judiciales y otros, la mayoría, que entraban libres a servir por un mes. Pero, una vez allí, los dueños los “cebaban” con zapatos, sombreros, medias y otras cosas, que les cargaban a precios excesivos, de manera que nunca se acababa la deuda y morían con ella “presos en los obrajes, al cabo de veinte años o más; y teniéndolos en esta cárcel perpetua, se hacen otros mil malos tratamientos, haciéndolos trabajar de noche y de día”. Aunque él había enviado a visitadores y se habían castigado algunos delitos y excesos, el remedio no había sido suficiente. Por eso, había ordenado que se cerraran todos los obrajes, se saldaran las cuentas con los indios y no se abrieran más sin licencia suya. Posteriormente, mandó pregonar que quienes quisieran abrir un obraje debían acudir a pedirle licencia, declarando donde lo querían tener. Su intención era que sólo hubiera obrajes en México, Los Ángeles, Valladolid y Oaxaca, “por el gran daño que se sigue de que haya obrajes en pueblos de indios”. Para mayor garantía, cuando recibía una solicitud, encargaba que se averiguase si el nuevo titular era persona honrada, qué cantidad tenía, y dónde lo quería poner. También dispuso que se dieran al obrajero ordenanzas de lo que debía guardar, advirtiéndole que en el obraje no podía haber puerta cerrada, ni cárcel, ni indio en prisión, más que los condenados por la Audiencia, y que debía disponer de aposentos distintos para hombres y mujeres. Por último, todos los indios que entraran libremente a servir en los obrajes tenían que hacer asiento ante el corregidor del tal lugar por meses, “el cual tuviese un libro correspondiente con el de los obrajeros, y las pagas se hiciesen verdaderamente en presencia del juez y del escribano, y otras cosas enderezadas a este fin de la libertad de los indios”⁴⁵. Por su parte, el conde de Monterrey recomendaba en sus *Advertimientos* al marqués de Montesclaros -28 de marzo de 1604- que en lo tocante a obrajes pusiera en cada ciudad unos jueces particulares que fuesen veedores y contadores, “persona particular que cuidase de la ejecución de las ordenanzas con una visita continua y que consistiese más en prevenir agravios que en castigarlos, haciendo sangre y usando de rigor”. En caso contrario, concluía que era muy difícil controlar este servicio “que está muy sujeto a fraudes”⁴⁶.

⁴⁵ *Instrucciones y Memorias*, t. I, p. 237.

⁴⁶ Él había nombrado para México a Pedro de Armenta, antiguo contador de las alcabalas que había servido como oficial real, y le tuvo muchos años en ese ejercicio “casi forzado por la mucha y general satisfacción que se tiene de su rectitud y limpieza” (*Ibidem*, pp. 266-267).

Como vemos, no fue fácil acabar con el problema de los excesos en el trabajo de los indios. Y ello a pesar de las múltiples disposiciones promulgadas a lo largo del siglo. El citado Martín Enríquez ordenó, el 20 de noviembre de 1575, que cesaran los abusos a los que estaban sometidos los indios Oceloama, de la provincia de Pánuco, “que aunque estando a once leguas de *Tampico* son compelidos por la fuerza e vecinos e españoles a la dicha villa a que vayan allá a hacer casas e *limpiar las calles* e que lleven indias a las molenderías y otros servicios personales prohibidos”⁴⁷. En las instrucciones dadas al conde de Monterrey, el 20 de marzo de 1596, todavía se reitera que, pese a lo que se había proveído, había muchas quejas sobre los malos tratos a los que eran sometidos los indios, demasiado “agraviados y trabajados en los servicios personales y otras cosas. Lo cual es causa de que se vayan consumiendo y acabando, de manera que si no se remediase como conviene buenamente no quedaría ninguno”. Por eso, le encargaban que recopilara la normativa vigente y la hiciera cumplir de manera precisa e inviolable, mientras se daba la orden más conveniente “acerca de la moderación de los servicios personales, buen tratamiento y gratificación de los trabajos de los dichos indios”⁴⁸. Pero, una vez más, la realidad se imponía a la ley. En sus memorias, de 28 de marzo de 1604, el conde de Monterrey señala que, ante las necesidades de la real hacienda, “dí a las minas de nuevo algún más servicio de indios donde pude”⁴⁹.

5. La esclavitud de los naturales

Estrechamente vinculado al trabajo indígena, en la documentación virreinal se trata otro gran problema: la esclavitud de los naturales. En este aspecto, las primeras disposiciones resultan un tanto contradictorias, pues mientras que algunas reconocen la condición de esclavos de algunos indios, en otras se exhorta a no abusar de ellos. Así, en el capítulo trece de las primeras instrucciones de 17 de abril de 1535, al referirse a la explotación de las minas, se reconoce la conveniencia de disponer de esclavos negros o:

⁴⁷ JOAQUÍN MEADE, *Documentos inéditos para la historia de Tampico. Siglos XVI y XVII*, México, 1939, pp. 20-21.

⁴⁸ *Instrucciones y Memorias*, t. I, p. 252.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 288.

los indios que justamente son habidos y tenidos por esclavos”, para su óptima explotación⁵⁰. Igualmente, en el capítulo veintiuno se solicita al virrey información sobre el modo de hacer esclavos a los indios naturales de aquellas tierras, tanto por parte de los caciques como por los gobernadores y capitanes “en la guerra que en nuestro nombre se hace⁵¹.”

Desde luego, el tema de la esclavitud de los indios fue uno de los más cuestionados y, quizá, el que más pesó en la conciencia de los monarcas. Por ello, con frecuencia, se solicita a los virreyes detallada información sobre la condición jurídica de los naturales, antes y después de la llegada de los españoles. Parece que entre los indios se practicó la esclavitud, tanto en las islas como en el continente. A este respecto, José Antonio Saco destaca que Colón, al pasar por la Guadalupe y San Martín, recogió en sus naves algunas mujeres y muchachos esclavizados por los caribes, de cuyo poder habían huido, y los llevó a La Española. También en el Darién, que fue la primera colonia fundada en el continente, los españoles vieron como los padres vendían a sus hijos y como ciertas tribus esclavizaban a sus prisioneros de guerra, que eran marcados por sus amos bien con una señal en la frente, aplicada con un instrumento encendido, bien arrancándoles un diente o, en fin, con una pintura que les teñía el cuerpo de por vida. Y algunos españoles participaron de estos esclavos. Por ejemplo, Vasco Núñez de Balboa y su compañero Rodríguez Colmenares recibieron setenta del hijo del primogénito del señor de Comorge. Igualmente, tras la derrota de Tabasco, los caciques de Nueva España regalaron a Cortés veinte esclavas para ganarse su amistad, una de ellas fue la llamada Marina⁵².

Sin embargo, como observa Silvio Zavala, tanto en las Antillas como en Nueva España, la actividad esclavista no se debió únicamente a intereses particulares, sino que más bien fue una prolongación de la práctica europea que

⁵⁰ “Y porque esto es cosa muy importante y de que, si se acertase, podríamos ser muy servidos, os encargamos y mandamos que, platicado en nuestros oidores y oficiales de la Nueva España y otras personas que de ello tengan noticia y amén nuestro servicio, lo proveáis como viereis que más conviene para el efecto. Y si viereis que para mejor cumplirse, convendría que de estos reinos, o de otras partes, se os envíe alguna cantidad de esclavos, nos avisaréis de ello, particularmente del número y calidad de ellos, y de lo que hubiereis comenzado a efectuar en este caso, para que yo lo mande proveer con brevedad, como convenga a nuestro servicio y al buen recaudo de nuestra hacienda” (*Ibidem*, p. 86).

⁵¹ *Ibidem*, p. 88.

⁵² JOSÉ ANTONIO SACO, *Historia de la esclavitud*, Madrid, 1974, pp. 231-232.

permitía el cautiverio como consecuencia habitual de la acción bélica⁵³. Así cuando, en enero de 1494, Colón dirigió un memorial a los Reyes Católicos desde la Isabela, proponiendo enviar esclavos caribes a Castilla, de cuyas ventas se beneficiaría la Corona, la reina Isabel no aceptó su propuesta. Por el contrario, cuando a finales de ese año el Almirante envió a Sevilla 500 indios prisioneros de guerra, los Reyes Católicos expedieron una real cédula en la que se lee: “parecemos que se podrán vencer allá mejor en esa Andalucía que en otra parte, debéoslo facer vender como mejor os pareciere”⁵⁴. Es decir, desde el principio hubo dudas sobre la licitud de la venta de esclavos indios. En busca de una solución justa, los reyes consultaron a teólogos y juristas acerca de la libertad de esos primeros indígenas enviados por Colón a España, y el resultado fue el conocido pregón de Granada, en el cual se ordenaba la devolución de todos los indios, “salvo los primeros introducidos, habidos en buena guerra”⁵⁵. Así pues, los indios fueron considerados hombres libres, salvo los vencidos en guerra justa.

Esta fue la actitud que se siguió en la primera época de la invasión y conquista del continente. Son numerosos los documentos legales que lo confirman. Por ejemplo, en las instrucciones de Carlos V a Cortés, de 26 de junio de 1523, se ordena que cuando los españoles requirieran a los indios obediencia política, les debían hacer comprender las ventajas derivadas de ello “e el mal daño e muertes de hombres que les vendrá de la guerra *especialmente que los que se tomaren en ella vivos han de ser esclavos*”⁵⁶. Y, si como hemos visto, en capítulo 21 de las citadas instrucciones de Mendoza se solicitaba al virrey información sobre la forma de hacer esclavos en la guerra, en el capítulo 24 se vuelve a tratar esta cuestión, señalando:

Otrosí, por quanto acerca de la conquista y hacer la guerra a los indios, en los casos de derecho permitidos, están por nos dadas muchas y diversas provisiones e instrucciones de la forma y orden que acerca de esto, y de cautivar por esclavos los indios de la guerra, han de guardar; yo os encargo y mando que veais todo lo que acerca de esto está proveído, ordenado y mandado, como cosa muy importante al servicio de Dios y nuestro, y que deseamos mucho acertar. Y por descargo de nuestra real conciencia acerca de ello, me enviéis relación verdadera de lo que en esto pasa, y de lo que os parece, y conviene que en ello se provea para reducir los naturales de aquella provincia a nuestra santa fe y ponerlos en nuestro señorío y

⁵³ ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935, p. 240.

⁵⁴ SACO, *op. cit.*, pp. 237-238.

⁵⁵ ZAVALA, *Las instituciones*, p. 238.

⁵⁶ *Ibidem*, 241.

obediencia, por manera que cesen las muertes y robos y otras cosas indebidas que se han hecho en la conquista y en cautivar y haber por esclavos dichos indios⁵⁷.

Parece, pues, que Carlos V también tenía serias dudas sobre la justicia de la esclavitud de los indios, por lo cual solicitaba a Mendoza información de primera mano acerca de lo que allí estaba ocurriendo. Y es que la codicia de algunos conquistadores había provocado numerosos abusos. Las instrucciones reales no se cumplían y muchos indios que, legalmente, no debían ser comprendidos dentro del derecho de cautiverio fueron esclavizados y herrados mediante engaños. La Corona había iniciado una interesante legislación dirigida a restringir el derecho de cautiverio y evitar sus excesos⁵⁸. Por ejemplo, en una cédula de 20 de noviembre de 1528, Carlos V reconoció tener noticias de que en la Nueva España muchos cautivos “injustamente, y para tenerlos, y venderlos como esclavos los herraban de una señal en el rostro” y así se enajenaban muchos libres; por eso, mandó a la Audiencia que, en adelante, cualquier persona que los poseyera con justo título, debía manifestarlos con la justificación de su cautiverio, para que se anotase en el registro del escribano ante quien la presentaran, y no los pudieran marcar los dueños sin licencia de él. En caso contrario, perderían la mitad de los bienes y el esclavo. Y en otra cédula del mismo día ordenó que la Audiencia de Nueva España revisara todas las provisiones, cédulas y licencias dadas para hacer guerras contra los indios, con efecto de cautiverio, anulando las indebidas y manteniendo las justas. Pero como la avaricia de los pobladores no cesaba y, aun estando en paz, cautivaban a los indios, el rey tomó una medida mucho más radical: por cédula de 2 de agosto de 1530 prohibió el cautiverio de los indios tanto por rescate, como con motivo de guerra “aunque fuese en tiempo de guerra justa”⁵⁹. Como era de esperar, esta decisión fue muy mal acogida por los soldados indianos, que iniciaron gestiones cerca del monarca para que revocara dicha disposición. De nuevo, la actitud siempre vacilante de la Corona se inclinó a favor de los colonos y, el 20 de febrero de 1534, Carlos V derogó la prohibición, autorizando de nuevo el cautiverio por guerra justa y el rescate de indios esclavos bajo ciertas reglas. Entre otras, eximió del cautiverio a las mujeres y a los niños indios⁶⁰.

⁵⁷ *Instrucciones y memorias*, t. I, pp. 88-89.

⁵⁸ ZAVALA, *Las instituciones*, pp. 248-249.

⁵⁹ *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias: Indios*, t. VII, pp. 230-233.

⁶⁰ ZAVALA, *Las instituciones*, pp. 252-254.

En las Leyes Nuevas de 1542 la Corona volvió a acercarse a la posición prohibitiva de la esclavitud, al establecer:

ordenamos y mandamos que de aquí adelante, por ninguna causa de guerra ni otra alguna, aunque sea so título de rebelión, ni por rescate ni otra manera, no se pueda hacer esclavo indio alguno y queremos que sean tratados como vasallos nuestros de la corona de Castilla, como son⁶¹.

Y, tras algunas oscilaciones⁶², esta fue la posición recogida en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680⁶³. Para Zavala:

La esclavitud legal de los naturales de América con sus dos notas jurídicas peculiares de negar al sujeto esclavizado el carácter de persona jurídica capaz de poseer bienes patrimoniales, y facilitar su venta como cosa, fue de las primeras instituciones opresoras que la Corona eliminó de las relación hispano-india⁶⁴.

Ahora bien, pese ese triunfo jurídico, como en otras materias, la realidad social y económica se impuso, dando lugar a innumerables abusos y excepciones, por lo cual fue preciso reiterar las declaraciones de libertad. La documentación virreinal muestra la preocupación de la Corona por la esclavitud de los indios, que se manifiesta en todas las instrucciones dadas a los virreyes novohispanos a lo largo del siglo XVI, así como la realidad indiana, vista a través de las memorias de estos altos funcionarios, que ofrecen numerosos ejemplos de los abusos cometidos.

En la ampliación de la Instrucción a Mendoza, de 14 de julio de 1536, se insta al virrey a cuidar, muy especialmente, el buen trato de indios por parte de todas las gentes que fueran a aquellas tierras, y a guardar con ellos todas las ordenanzas y provisiones dadas en su favor, castigando públicamente a los

⁶¹ *Ibidem*, p. 255.

⁶² V. gr., solicitada declaración de la Audiencia de México, sobre el modo de proceder con los indios injustamente esclavizados nacidos de padres libres, una real cédula de 14 de enero de 1549 aclaró que no bastaba el título de venta del poseedor o la certeza del yerro. Además, las indias de cualquier edad y los varones que cuando se tomaron no tenían los 14 años, ya fuera por vía de guerra o de delito, incluido el de rebelión, no debían ser esclavos; y tampoco los demás cuyos dueños no probasen legítimamente haberlos habido en guerra justa, “guardando en ella las diligencias, y la forma dada por su S. M.” (*Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias: Indios*, t. VII, p. 253).

⁶³ Vid. la ley 1, del tít. 2 del libro VI: *Que los indios sean libres, y no sujetos á servidumbre*.

⁶⁴ ZAVALA, *Las instituciones*, p. 257.

infractores. Y como entonces aún existía la esclavitud por guerras, se ordena al virrey:

Y asimismo tendreis mucho cuidado que en el hacer y herrar esclavos, así por guerra como por rescate, no exceda de la orden que les diereis, conforme a la comisión que de ello os tenemos hecha; sobre lo cual os encargamos mucho la conciencia porque es uno de los principales artículos en que queríamos tener muy segura y saneada la nuestra en sus partes⁶⁵.

Mendoza en su memoria reconoce que ha hecho ordenanzas para el buen tratamiento y doctrina de los indios que trabajaban en la minas, “así libres como esclavos”, y recomienda a su sucesor –Luis de Velasco– que mande se hagan guardar, pues aunque el rey había suprimido los servicios personales y los indios “como personas libres pueden hacer de sí lo que les pareciere”, convenía mantenerlas para evitar y castigar los abusos⁶⁶. En el capítulo 12 de la instrucción al citado virrey, de 16 de abril de 1550, se reconoce que había noticias sobre los muchos daños y agravios recibidos por los indios, “así libres como esclavos” que trabajaban en las minas de plata de Nueva España. Por eso, se manda al virrey que visite personalmente las minas, u ordene que las visite un oidor, y se informe “si hay algunos indios tenidos por esclavos que en la verdad sean libres”. Si así fuera, debía hacer justicia y ponerlos en libertad. El mismo capítulo se repite en las instrucciones de Gastón de Peralta, Martín Enríquez, el conde de La Coruña y el marqués de Villamarique⁶⁷. Este último, en su memoria, denuncia el caso del gobernador del Nuevo Reino de León, Luis de Carvajal de la Cueva, que tenía por costumbre hacer incursiones en tierras situadas “debajo del norte al río Bravo y al de Palmas, adonde jamás los indios habían visto españoles ni cometido delito, y como quien iba de caza de liebres o venados, sacaban cada vez ochocientos o mil de ellos y los traían a vender a México”. El virrey ordenó que todos los indios debían quedar libres y que, en adelante, no se pudiesen vender indios chichimecas por esclavos, y así fue confirmado por el rey en carta de 18 de febrero de 1588. Respecto al citado gobernador, había ordenado que no saliese de la Audiencia sin licencia suya, pero Carvajal huyó, volvió a aquella tierra y siguió capturando indios y cometiendo todo tipo de delitos. Es más, algunos de sus capitanes y tenientes continuaron su labor, sacando indios “mansos” para venderlos en Mazapil,

⁶⁵ *Instrucciones y Memorias*, t. I, pp. 94-95.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 99.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 129, 151, 164-165, 196 y 213.

Saltillo, Sombrerete y toda aquella tierra. Por todo ello recomendaba a su sucesor, Luis de Velasco: “proveerá en el castigo de los unos y de los otros y remedio de estos grandes excesos lo que más convinieren”⁶⁸.

Así pues, aunque a finales del siglo XVI en el virreinato de Nueva España el problema de la esclavitud de los naturales debía estar resuelto, la realidad era que aún se cometían graves abusos y se vendían indios como esclavos.

6. Conclusiones

1. La definición de la condición jurídica del indio presenta variables notables en función del tiempo y del lugar. El siglo XVI en Nueva España ofrece un interés especial, porque se van a concretar las grandes líneas políticas de la Corona al respecto.
2. En esos primeros momentos de la colonización se enfrentaron dos posturas claramente diferenciadas: los que se manifestaban a favor de la libertad absoluta de los naturales, y los partidarios de la servidumbre. El triunfo teórico de los primeros, chocó con la realidad indiana. De manera que, aunque pronto se suprimieron instituciones como la esclavitud o los servicios personales, los abusos fueron constantes.
3. La documentación virreinal recoge esa dualidad. Por un lado, los monarcas, concededores de esos excesos y violaciones, se creyeron en el deber de reiterar la legislación protectora de los indios. Así lo hicieron, repetidamente, en las instrucciones dadas a los virreyes novohispanos a lo largo del siglo XVI. Por otra parte, los virreyes, en sus cartas y memorias, ponen de manifiesto la realidad cotidiana.
4. En materia fiscal, frente al intento de introducir un nuevo tributo en especie, de encabezar las alcabalas o de moderar los impuestos que pagaban los indios comunes a sus caciques, se recomienda prudencia. La sustitución de un real, de los ocho que debían pagar los indios de México, por una gallina había provocado graves perturbaciones fiscales; la renta de la alcabala estaba creciendo en las grandes ciudades gracias a la labor de buenos administradores, por eso solo se recomendaba su arrendamiento en los pueblos de indios, donde no los había; y respecto a las tasaciones de los tributos de los macehuales

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 235-236.

solo convenía hacerlas previa queja de los indios o cuando hubiera disensiones entre ellos.

5. En cuanto a la utilización de indio como elemento de trabajo indígena, aunque todas las instrucciones establecen que el trabajo debía ser moderado y siempre a cambio de un jornal, los testimonios de los virreyes ponen de manifiesto los graves excesos cometidos. Por ejemplo, no fue fácil mejorar o sustituir el servicio de los indios tameses, imprescindibles en algunos lugares. Pese a todo, la mejora de los caminos y algunas ordenanzas sirvieron para mejorar su situación. Quizá las mayores dificultades se encontraron en el servicio personal de “minas y panes”, donde los graves abusos estaban acabando con la población indígena. Pese a ello, no se podía prescindir de esa mano de obra. La llegada de esclavos negros para las tareas más duras, nuevas ordenanzas regulando las horas y los días de trabajo, así como duras penas contra los infractores, fueron los remedios propuestos por los virreyes para mitigar la difícil situación.
6. Por último, la documentación virreinal muestra la preocupación de la Corona por la esclavitud de los indios, que se reitera en todas las instrucciones. Los virreyes, por su parte, denunciaron algunos casos como el del gobernador del Nuevo Reino de León, Luis de Carvajal de la Cueva, que hacía incursiones en territorio de los indios chichimecas, para venderlos como esclavos en México. Así pues, aunque a finales del siglo XVI el problema de la esclavitud de los naturales debía estar resuelto en el virreinato de Nueva España, la realidad era que aún se cometían graves abusos y se vendían indios como esclavos.

PRODUZIR PROVAS OU INTERPRETAR O DIREITO? USOS DA
HISTÓRIA NA DEFINIÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS
NO BRASIL

PRODUCING EVIDENCE OR INTERPRETING THE LAW? USES OF
HISTORY IN THE DEFINITION OF INDIGENOUS TERRITORIAL
RIGHTS IN BRAZIL

SAMUEL BARBOSA

Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito (Brasil)

samuel.barbosa@usp.br

Resumen: La definición de los derechos territoriales indígenas es una cuestión todavía abierta en Brasil. La Constitución de 1988 vigente reconoce derechos originarios sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios. Esto significa que cualquier propiedad sea declarada nula si un área es reconocida por el gobierno federal como tradicionalmente ocupadas por los indios. Tanto en el ámbito administrativo, y en los tribunales, la opinión de expertos (historiadores, antropólogos, geógrafos) se producen y son discutidos. A menudo, los jueces deben interpretar la legislación y la evidencia que data del siglo XIX e incluso antes. El objetivo de este trabajo es discutir los usos de la historia en estos procesos. Mi contribución es distinguir el uso de la historia para la prueba de los hechos y el uso de la historia para redefinir el significado de los derechos.

Palabras clave: indígenas, Brasil, procesos, historia, constitución, prueba.

Abstract: The definition of indigenous territorial rights is still an open question in Brazil. The current 1988 constitution recognizes indigenous rights over lands traditionally occupied by indigenous peoples. This means that any property is declared null if an area is recognized by the federal government as traditionally occupied by the indigenous peoples. Both in the administrative arena, and in the courts, the opinions of experts (historians, anthropologists, geographers) are produced and are discussed. Often, judges must interpret legislation and evidence dating from the 19th century and even earlier. The purpose of this paper is to discuss the uses of history in these processes. My contribution is to distinguish the use of history for the proof of facts and the use of history to redefine the meaning of rights.

Keywords: Indians, Brazil, procedure, history, constitution, evidence.

Sumario: 1. Introdução. 2. Premissas constitucionais. 3. História como prova. 4. História para interpretar o direito.

1. Introdução

A definição dos direitos territoriais indígenas é um problema ainda em aberto no Brasil¹. Existem diversas disputas judiciais em curso tanto para áreas em processo de demarcação quanto para terras já demarcadas. Nas esferas administrativa e judicial, são produzidos pareceres de especialistas (historiadores, antropólogos, geógrafos, juristas e outros) e, frequentemente, os juízes devem interpretar legislações e evidências que remontam ao século XIX, senão antes. Minha contribuição será distinguir em termos formais e esquemáticos dois usos da história nas disputas para definição dos direitos territoriais indígenas: ou história para provar fatos passados ou história para interpretar o sentido da constituição. Essa temática se subsume à questão mais geral e complexa de teoria da história do direito que é a contribuição da pesquisa histórica para a construção de conceitos jurídicos. Em outras palavras, a pergunta mais geral é saber em que medida o trabalho sobre passado ou a representação narrativa sobre o passado é constitutiva do sentido do direito no presente.

2. Premissas constitucionais

As disputas atuais sobre a definição dos direitos territoriais dos indígenas partem da Constituição de Federal em vigor, promulgada em 1988, após a redemocratização do Brasil. A Constituinte de 1987/88 contou com a grande participação de movimentos sociais, inclusive dos movimentos indígena². Pela primeira vez, uma Constituição dedicou um capítulo específico à temática indígena³. Vejamos algumas passagens do texto aprovado:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tra-

¹ DALMO DALLARI, “Os direitos humanos e os índios no Brasil”, in ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR; CLÁUDIA PERRONE MOISÉS (Org.), *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, São Paulo, Edusp, 2003.

² Para um balanço mais geral sobre o funcionamento da Constituinte, ver ADRIANO PILATTI, *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. Para a questão indígena especificamente, ver ROSANE FREIRE LACERDA, *Os Povos Indígenas e a Constituinte*, Brasília, CIMI, 2008; e FREDERICO MARÉS DE SOUZA, *O Renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, Juruá, 2001.

³ MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, *Direitos dos índios*, São Paulo, Brasiliense, 1987.

dicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

A primeira parte do caput do art. 231 vem sendo interpretada pela dogmática constitucional como uma mudança de paradigma⁴. Antes da Constituição, vigorava uma perspectiva assimilacionista, para a qual a condição indígena era considerada como transitória, passageira, que desapareceria com a modernização do país e com a incorporação do índio à cultura nacional⁵. A nova perspectiva, ao contrário, reconhece que uma forma de vida tradicional tem direito ao futuro, não é uma condição transitória. Dentro desse marco, os direitos territoriais são entendidos como uma condição para a continuidade dessa forma de vida ao permitir a reprodução física e cultural dos índios. Na formulação de Márcio Santili:

A mudança profunda que a Constituição de 1988 introduziu foi o reconhecimento de direitos permanentes aos índios. Ela abandona a tradição assimilacionista e encampa a ideia –a realidade dos fatos– de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro⁶.

O parágrafo §1º e os seguintes dispõem sobre as terras indígenas “tradicionalmente ocupadas”, um dos quatro tipos de terras indígenas admitidos no direito brasileiro. Além das terras de ocupação tradicional, a legislação define as seguintes modalidades: reservas indígenas (terras doadas para a União ou adquiridas por ela que se destinam à posse dos índios), as terras dominiais (te-

⁴ JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, in JULIANA SANTILI (coord.), *Os direitos indígenas e a constituição*, Porto Alegre: Fabris, 1993. LUIZ FERNANDO VILLARES, *Direitos e povos indígenas*, Curitiba, Juruá, 2009. GILMAR FERREIRA MENDES, *O domínio da União sobre as terras indígenas: o parque nacional do Xingu*, Brasília, Ministério Público Federal, 1988.

⁵ ANTONIO CARLOS DE SOUZA LIMA, *Um Grande Cerco de Paz: Poder Tutelar, Indianidade e Formação do Estado no Brasil*, Petrópolis, Vozes, 1995. JOÃO PACHECO DE OLIVEIRA, “Sem a tutela, uma nova moldura de nação”, in RUBEN OLIVEN; GILDO BRANDÃO; MARCELO RIDENTI (orgs.), *Constituição de 1988 na vida brasileira*, São Paulo, ANPOCS, 2008, p. 251-275.

⁶ MARCIO SANTILI, *Os brasileiros e os índios*, São Paulo, Senac, 2000, p. 29.

rras de propriedade dos índios, adquiridas nos termos da legislação civil) e as terras interditadas (áreas com restrição de ingresso e trânsito de terceiros para proteção de índios isolados). Para nossa discussão, interessa a modalidade das terras de ocupação tradicional.

Uma definição mínima seria a de terras de propriedade da União, demarcadas em processo administrativo, com usufruto permanente e exclusivo dos índios para garantia do seu modo de vida tradicional. O texto constitucional fixa os critérios para identificação dessas áreas, incumbência do governo federal. Se uma área é homologada pelo Estado brasileiro como de ocupação tradicional indígena, todos os títulos de propriedade são declarados nulos e extintos; há indenização apenas para as benfeitorias derivadas de ocupações de boa-fé (art. 231, §6º). É de se presumir as acirradas disputas na esfera administrativa e judicial. As disputas, não raro violentas, são particularmente sensíveis nas regiões com atividades do agronegócio no interior do país⁷.

O processo administrativo de demarcação a cargo da União é regulado pelo Decreto 1.775/96 e outras normas infralegais, com destaque para a Portaria/FUNAI nº 14/96.

A primeira fase do processo administrativo demarcatório é a constituição pelo órgão do Governo Federal de assistência ao índio (atual FUNAI) de um grupo técnico especializado, coordenado por antropólogo, com a finalidade de produzir “estudos complementares de natureza etnohistórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação” (D.1775 art. 2º, §1º). Este grupo de trabalho produzirá um relatório de identificação e delimitação, cujas rubricas são minuciosamente definidas pela Portaria 14. Por exemplo:

Informações gerais sobre o(s) grupos(s) indígena(s) envolvido(s), tais como, filiação cultural e linguística, eventuais migrações, censo demográfico, distribuição espacial da população e identificação dos critérios determinantes desta distribuição;

Pesquisa sobre o histórico de ocupação de terra indígena de acordo com a memória do grupo étnico envolvido;

Descrição dos aspectos cosmológicos do grupo, das áreas de usos rituais, cemitérios, lugares sagrados, sítios arqueológicos, etc., explicitando a relação de tais áreas com a situação atual e como se objetiva essa relação no caso concreto.

⁷ BRUNO MARTINS MORAIS, *Do corpo ao pó: crônicas da territorialidade Kaiowá e Guarani nas adjacências da morte*, (Dissertação de Mestrado em Antropologia Social), São Paulo, Universidade de São Paulo, 2016.

A terra indígena resulta do encontro entre os dispositivos do Estado brasileiro (há um processo administrativo minucioso) e o saber dos povos indígenas, mediado pelo trabalho dos antropólogos e historiadores. O relatório deve ser aprovado por um órgão especializado do Estado (FUNAI), depois pelo Ministro da Justiça e por fim pelo Presidente da República. Durante esse processo há o contraditório administrativo com a eventual produção de novos laudos e relatórios. A Justiça pode ser acionada para suspender e anular o processo demarcatório. Depois de demarcadas, também pode haver contestação judicial.

3. História como prova

Gostaria na sequência de diferenciar dois usos da história nessas controvérsias. No primeiro uso, a pesquisa de etnohistória é chamada para participar da produção de provas. Responde a perguntas como: qual é o grupo indígena? Qual o histórico de ocupação da área? Qual a extensão da área necessária para a reprodução física e cultural do grupo? Os índios ocupavam a área na data da Constituição? Quando os índios foram esbulhados das suas terras?

O trabalho dos especialistas (antropólogos, historiadores, geógrafos) produzem relatórios e laudos durante o processo administrativo e o judicial para a prova de fatos, fazendo uso de documentação primária (cartorial, narrativas de viagens, comunicação entre os índios e os órgãos do Estado), uso de história oral, relatos etnográficos e outro⁸. Esses estudos retrabalham as informações disponíveis sobre a ocupação de indígenas na área. O objetivo não é provar a chamada “imemorialidade” da ocupação, mas a “tradicionalidade” da ocupação.

Um aspecto a ser salientado é que os grupos de trabalho não poderiam preparar a tempo os relatórios se já não houvessem sólidas pesquisas etno-

⁸ ILKA BOAVENTURA LEITE (org.), *Laudos Periciais Antropológicos em debate*, Florianópolis, NUER/ABA, 2005. ORLANDO SAMPAIO SILVA; LÍDIA LUZ; CECÍLIA MARIA HELM (org.), *A Perícia Antropológica em Processos Judiciais*, Florianópolis, Ed.UFSC, 1994. JOÃO PACHECO, “O Antropólogo como perito: entre o indianismo e o indigenismo”, in BENOIT DE L’ESTOILLE, FEDERIDO NEIBURG, LYGIA SIGAUD (orgs), *Antropologia, Impérios e Estados Nacionais*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2002, p.253-277. ARMANDO GUEVARA GIL; A. VERGARA; R. VERGARA (eds.), *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*, Lima, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho, 2015.

gráficas e etnohistóricas produzidas pela Universidade. Não vou explorar aqui a reflexão mais recente dos antropólogos sobre as limitações inerentes a esse tipo de trabalho requisitado pelo Estado. Há estudos refletindo sobre a função mediadora dos especialistas entre os povos indígenas e as demandas burocráticas do Estado⁹. Para os fins desse trabalho, o importante é assentar a função de prova que é desempenhada por esses estudos. Em outras palavras, a pesquisa universitária, que tem motivações próprias, é reapropriada na feitura dos relatórios e laudos que funcionam como prova de fatos sobre os povos indígenas.

Esse uso da história como prova de fatos faz parte de uma concepção mais geral de divisão de trabalho nos litígios judiciais. Dois brocardos jurídicos exprimem essa concepção.

“Da mihi factum, dabo tibi ius”. Os fatos precisam ser alegados e provados pelas partes, então o juiz diz o direito. Esse brocardo exprime uma divisão que distingue entre a dúvida sobre os fatos e a dúvida sobre o direito. A participação da etnohistória ficaria circunscrita às dúvidas sobre fatos. Já as dúvidas sobre o sentido do direito ficariam a cargo do juiz, segundo a lógica própria ao campo jurídico. Isso, aliás, é o que exprime o brocardo “Iura novit curia”. O juiz sabe qual o direito válido que não precisa ser provado. Em outras palavras, os peritos aptos a provar os fatos não participam da interpretação do direito.

Relatórios administrativos de identificação e delimitação e laudos periciais, valorados à luz do direito probatório do Código de Processo Civil – é essa a filtragem judicial do saber etnohistórico.

Vejamos um exemplo. O principal leading-case sobre direitos territoriais indígenas após a Constituição é a decisão de 2009 do Supremo Tribunal Federal favorável à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol¹⁰. Os juízes da Suprema Corte brasileira definiram um critério a ser observação nessa demarcação que ficou conhecido como “marco temporal”. Para reconhecimento de uma Terra Indígena, deve ser provada a ocupação tradicional na data da

⁹ Ver artigos de JOÃO PACHECO (org.), *Indigenismo e Territorialização: Poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Contra Capa, 1998. Ver ainda as indicações da nota anterior.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Petição 3.388 Roraima*, Brasília, 2009. ERICA MAGAMI YAMADA; LUIZ FERNANDO VILLARES, “Julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio”, *Revista DireitoGV*, 6, 1, 2010, p.143-157. JULIA TRUJILO MIRAS (org.), *Makunaíma grita: terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil*, Rio de Janeiro, Azougue, 2009.

promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988¹¹. Ao introduzir esse critério, o STF pretendeu “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referencia temporal de ocupação de área indígena”¹².

A distinção tradicional entre questões de fato e questões de direito é um princípio orientador da argumentação. Com efeito, Carlos Ayres Britto, relator do caso, afirmou que

Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

*A data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro*¹³.

A passagem exprime o esforço para resolver uma questão de direito ao *determinar* a regra aplicável: o reconhecimento do direito sobre terras tradicionalmente ocupadas na data da promulgação da Constituição. A questão de fato, passível de *prova*, passa a ser a verificação da ocupação nessa data. Em outras palavras, o chamado “marco temporal” é um esforço para reduzir a indeterminação do direito ao fixar o sentido da Constituição, deixando em aberto apenas as questões de fato.

Esse argumento formula assim a divisão de trabalho de trabalho aludida acima. Às partes incumbem a produção das provas, ao juiz imparcial compete dizer o direito aplicável.

Outro juiz, o ministro Menezes Direito, também se orienta pela distinção fato/norma:

Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988

*... A ocupação é, portanto, um fato a ser verificado*¹⁴.

¹¹ O critério valia para o caso em julgamento mas vem sendo aplicado também para outros casos pelo STF e por tribunais inferiores, apesar do questionamento de juristas, antropólogos e ativistas. Veja-se o parecer preparado pelo jurista José Afonso da Silva para questionar a tese do marco temporal (<https://goo.gl/CyPu3E>).

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Petição*, p. 295.

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Petição*, p. 295-296. (Grifo meu)

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Petição*, p. 378. (Grifo meu)

É importante salientar também que o acórdão da Raposa Serra do Sol formulou uma limitação à tese do marco temporal. São os chamados casos de “renitente esbulho”:

ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa¹⁵.

A data da promulgação da Constituição de 1988 tem, portanto, dois usos. Serve para fixar a data da verificação da ocupação – o marco temporal propriamente dito. E serve para definir o “renitente esbulho”, que vem a ser a continuidade dos efeitos do esbulho a ser verificado em 5 de outubro de 1988. A aplicação da regra do marco temporal não pode ser separada da hipótese de esbulho. Não é difícil perceber que exigir a ocupação na data da Constituição sem a discussão da ocorrência de esbulho seria uma legitimação retroativa do uso da violência, esvaziando o sentido da Constituição.

Em 2014, uma área demarcada (a terra indígena de ocupação tradicional “Limão Verde” do povo Terena) foi anulada pelo Supremo Tribunal Federal por decisão da 2ª Turma. A questão central dizia respeito à ocorrência ou não de esbulho renitente. O tribunal aproveitou a oportunidade para dar uma definição de esbulho renitente:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada¹⁶.

Seria preciso provar a existência de resistência de fato ou ação possessória na data da promulgação da Constituição de 1988. No caso Limão Verde, os relatórios e laudos periciais provaram o esbulho na década de 1950, mas esbulho, na construção do tribunal, recebeu a qualificação de “renitente”, não

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Petição*, p. 235-236.

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Acórdão do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462 Mato Grosso do Sul*, Brasília, 2014, p. ementa n. 3.

é “desocupação forçada ocorrida no passado”. Do ponto de vista dos juízes, não teria ficado provado a resistência ou ajuizamento de ação possessória¹⁷. Essa construção do conceito de esbulho é mais um exemplo do trabalho já aludido de determinar o sentido da Constituição. A “situação de efetivo conflito possessório” precisa ser *provada* na data da Constituição. A lógica da separação entre questões de fato e questões de direito reaparece aqui. Há, pois, uma dimensão fática do esbulho que é passível de prova e há uma dimensão hermenêutica que é fixada pelo tribunal sem referência à autocompreensão dos indígenas sobre o que significa resistência (“Iura novit curia”).

4. História para interpretar o direito

Gostaria de sugerir na sequência uma outra interpretação para o uso da história que vem sendo mobilizado cada maior frequência pelos índios, ativistas e acadêmicos. Sustento que, para além da função de prova, a pesquisa da história é usada para participar da definição do sentido do direito, usos da história não apenas para questões de fato, mas também para questões de direito.

O melhor exemplo e mais recente é combinação entre marco temporal e esbulho renitente que já começamos a discutir. Se se provar que os índios perderam a área (sofreram esbulho) mas continuaram a resistência em 1988, então eles têm direito à área. Mas o que é resistência indígena? Aqui entra o trabalho de pesquisa para mostrar os diferentes tipos de resistência que variam para cada povo¹⁸. Não é apenas a resistência física e violenta. Índios que permanecem próximos à área, realizando pequenos furtos, coleta e pesca nas áreas esbulhadas podem configurar uma forma de resistência. Índios que se tornam empregados de fazendeiros para permanecerem na terra e realizar seus ritos, também é uma forma de resistência. Há uma miríade de formas de resistência quase invisíveis, “the weapons of the weak”, como chama James

¹⁷ O tribunal considerou que a existência de ação ajuizada na data da Constituição seria uma prova de esbulho renitente, mas não levou em conta que antes da Constituição os índios não possuíam legitimização processual para ingressar com ações judiciais, ficavam na dependência do apoio de órgãos do Estado. O tribunal não considerou como prova relevante o fato dos índios terem reportado por correspondência situações de esbulho aos órgãos do Estado em diversas ocasiões antes de 1988.

¹⁸ JOHN MONTEIRO, “Armas e armadilhas: história e resistência dos índios”, in ADAUTO NOVAES (org.), *A outra margem do Ocidente*, São Paulo, Cia das Letras, 1999, p. 237-256.

Scott¹⁹. O conceito de esbulho de terras indígenas não pode ser uma construção monológica da dogmática do direito civil. Retração voluntária (desistência de resistir ao esbulho) ou o abandono da terra não podem ser presumidos nem constatados exclusivamente segundo critérios do direito civil. Para cada povo indígena, segundo seus usos e costumes, são praticadas formas de resistência cotidianas que não se subsumem às hipóteses aludidas na ementa do Limão Verde.

Em outras palavras, a compreensão mais alargada do que significa resistência tem consequências na definição do que significa esbulho renitente e na definição do que é ocupação. Não é uma questão de prova de fatos apenas, mas de disputa sobre a melhor interpretação da Constituição.

Nas disputas atuais no Brasil parece estar em curso uma mobilização do saber etnohistórico e antropológico com maior radicalidade e com consequências ainda imprevisas. O que está em jogo não é a prova de fatos, mas qual a extensão dos direitos positivados na Constituição.

Um importante antropólogo francês que trabalha com os Ianomâmi, Bruce Albert cunhou a expressão “pesquisa implicada”²⁰. O índio já foi pensado como objeto da pesquisa antropológica, como população administrada e tutelada pelo Estado. Uma mutação importante foi a passagem do índio como objeto, para o índio como sujeito que negocia com o Estado, que colabora com o antropólogo. Isso altera o modo de fazer etnografia, da clássica observação participante para o que Albert chamou de participação observante, cujo acento está colocado na colaboração entre antropólogo e índios, sem o privilégio epistêmico para o observador. Da agência do índio, dessa colaboração entre o índio e o antropólogo se produz a pesquisa implicada²¹. Sai de cena o índio como objeto de políticas do Estado, destinatário tutelado e sem voz da legislação, e aparece um sujeito de direito que politiza o debate, luta por direitos, faz passeatas e retomadas, se organiza em associações. Os conflitos para demarcar terras esbulhadas, para ampliar terras já demarcadas, para afirmação

¹⁹ JAMES SCOTT, *Weapons of the week: everyday forms of peasant resistance*, New Haven, Yale University Press, 1985. DEBORAH DUPRAT, *Memorial no Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo, 803.462, Mato Grosso do Sul*, Brasília, Ministério Público Federal, 2015.

²⁰ BRUCE ALBERT, “‘Ethnographic Situation’ and Ethnic Movements: Notes on post-Malinowskian fieldwork”, *Critique of Anthropology*, v. 17, n° 1, 1997, p. 53-65.

²¹ DANIELLE BASTOS LOPES, “O Direito dos Índios no Brasil: a trajetória dos grupos indígenas nas Constituições do País”, *Espaço Ameríndio*, v. 8, n° 1, Porto Alegre, 2014, p. 83-108.

do modo de vida indígena com direito ao futuro são lastreados pelo saber antropológico e etnohistórico das pesquisas implicadas²².

Faz parte dessa constelação, o trabalho da Comissão Nacional da Verdade instituída em 2012 pelo Estado brasileiro para apurar as graves violações de Direitos Humanos entre 1946 e 1988 que trouxe um capítulo específico sobre povos indígenas. A Comissão catalisou a formação de rede de pesquisadores e ativistas que produziu relatórios, a descoberta de novos documentos da história recente que documentam os diversos esbulhos de terras indígenas com iniciativa ou chancela do Estado²³. O trabalho da Comissão deu um impulso para o trabalho sobre a memória recente cujos efeitos ainda não são plenamente compreendidos e têm efeitos imprevistos.

Pensando em termos da distinção fato/norma, o uso da história como prova ocupa um dos lados e a atuação do núcleo dos profissionais do direito (com destaque para os juízes) ocupa o outro. Em outras palavras, o saber etnohistórico, articulado por antropólogos e historiadores, é valorado pelo direito processual como prova. Ao passo que o saber jurídico especializado, articulado pelos profissionais do direito, dá a interpretação correta da Constituição e do direito como um todo.

Essa concepção, que tem um apelo muito forte entre juristas e também antropólogos, não põe em evidência as outras relações entre saber jurídico e saber etnohistórico. Armou-se uma constelação que desenha outra ecologia dos saberes e questiona o monopólio da interpretação do direito pelos profissionais. A pesquisa implicada, construída entre índios e antropólogos, é carregada normatividade e também participa da definição do sentido do direito. Como nosso caso sugeria, a definição de esbulho renitente não é um conceito que pode ser construído com autonomia pela dogmática sem consideração das formas tradicionais de resistência. O uso da história é enfocado

²² MARCELE GARCIA GUERRA, *Aukê e Briga de Papel: 'Ensina o mehin como o kupen faz!'*, (Tese de Doutorado em Antropologia Social), São Paulo, Universidade de São Paulo, 2015.

²³ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, *Relatório*, 3 vol., Brasília, CNV, 2014 (<http://www.cnv.gov.br/>). A principal descoberta documental foi o Relatório Figueiredo (www.documentosrevelados.com.br), feita por Marcelo Zelic, no Museu do Índio em 2012. Produzido em 1967 pelo procurador Jader de Figueiredo Correia, a pedido do então ministro do Interior, Albuquerque Lima, para investigar irregularidades e crimes aos índios praticados pelo então órgão de proteção e assistência. Um exemplo de relatório regional, IAN PACKER, *Violações dos direitos humanos e territoriais dos Guarani no Oeste do Paraná (1946-1988): subsídios para a Comissão Nacional da Verdade*, São Paulo, Centro de Trabalho Indigenista, 2013 (<https://goo.gl/jwYMho>).

normalmente como produção de prova administrativa e judicial. Meu ponto principal é que esse não é o único uso, nem é o mais importante para compreender as disputa atuais. A pesquisa histórica também é usada para definir a extensão dos direitos, para defender a passagem de um paradigma da assimilação ao paradigma da diversidade, para defender do direito ao futuro das formas de vida tradicionais.

TIERRAS DE INDIOS Y CONFLICTOS DE PROPIEDAD EN CÓRDOBA
A FINALES DEL SIGLO XIX

INDIAN LANDS AND CONFLICTS OF PROPERTY RIGHTS IN CÓRDOBA
AT THE END OF 19th CENTURY

PAMELA ALEJANDRA CACCIAVILLANI

*Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte - Facultad de
Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)*

cacciavillani@rg.mpg.de / pamecacha@hotmail.com

Resumen: El objetivo de este trabajo es explorar la dimensión técnico-legal de los conflictos en torno a las tierras de indios y propiedad acaecidos en Córdoba a finales del siglo XIX.

Si bien los principales conflictos surgieron a partir de la entrada en vigencia de las leyes 854 y 1002, entre los años 1881 y 1885, en años anteriores diferentes disposiciones sobre el tema fueron dictadas.

Un aspecto en común que tuvieron estos instrumentos jurídicos, fue la importancia asignada a la mensura y la división de los terrenos ocupados por las comunidades indígenas, actividades que fueron encomendadas a técnicos expertos, “los agrimensores”.

La finalidad de esta investigación, consiste en remarcar que en el trasfondo de todo conflicto sobre propiedad se encuentran en juego no sólo concepciones jurídicas, acerca de lo que se entiende por derecho de propiedad, sino también aspectos y técnicas que permiten materializar un concepto dogmático.

Palabras clave: agrimensura, derecho de propiedad, pueblos de indios, comunidades indígenas, San Marcos, conflictos

Abstract: The aim of this article is to explore the technical and legal dimensions of property rights conflicts of ‘Indian towns’ in Córdoba at the end of 19th century.

While it is true that the main conflict about this topic occurred due to the laws 854 and 1002 during the years 1881 and 1885, in previous years many legal dispositions related to this theme had been passed.

These regulations have one aspect in common, which was the importance they have attached to the measure and divisions of lands occupied by indigenous people, and that they commissioned technical experts, ‘the land surveyors’, to carry out these activities.

The investigation aims to highlight that, in every land-rights conflict there is a background in which not only legal conceptions about property, but also technical aspects, play a very important role. These technical aspects allow us, furthermore, to materialize conceptions and institutions of the legal dogmatic.

Keywords: land surveying, property rights, indigenous towns, indigenous communities, San Marcos, conflicts.

Sumario: 1. Introducción. 2. Córdoba a finales del siglo XIX. 3. Derecho y Agrimensura. 4. Un cambio significativo de pueblos de indios a comunidades indígenas. 5. Caso de estudio: mensura administrativa de San Marcos. 6. Conclusiones

1. Introducción

El objetivo de este trabajo es explorar la dimensión técnico-legal de los conflictos en torno a las tierras de indios y propiedad acaecidos en Córdoba a finales del siglo XIX.

Si bien los principales conflictos surgieron a partir de la entrada en vigencia de las leyes 854 y 1002, entre los años 1881 y 1885, en años anteriores diferentes disposiciones sobre el tema fueron dictadas.

Un aspecto en común que tuvieron estos instrumentos jurídicos, fue la importancia asignada a la mensura y la división de los terrenos ocupados por las comunidades indígenas, actividades que fueron encomendadas a técnicos expertos, “los agrimensores”.

La finalidad de esta investigación, consiste en remarcar que en el trasfondo de todo conflicto sobre propiedad se encuentran en juego no sólo concepciones jurídicas, acerca de lo que se entiende por derecho de propiedad, sino también aspectos y técnicas que permiten materializar un concepto dogmático.

Siguiendo las ideas de Lucía Duque Muñoz¹, podemos apreciar la coexistencia de diferentes formas de representación del territorio. Por un lado, nos topamos con representaciones del territorio que remiten a un espacio reconocido a través de la vivencia y la percepción de los sentidos mediante su recorrido. Mientras que por otro lado, nos enfrentamos con representaciones que se forman a partir de una perspectiva abstracta, basada en herramientas e instrumentos matemáticos.

Estas formas de representar y concebir el territorio se encuentran íntimamente vinculadas con las concepciones sobre el derecho de propiedad, que en definitiva deben erigirse sobre el terreno.

Para apreciar la convivencia de diferentes concepciones del territorio y tipologías de propiedad, abordaremos el conflicto que significó la aplicación

¹ LUCIA DUQUE MUNOZ, “Geografía y cartografía en la etapa fundacional del Estado colombiano: entre la utopía liberal y las herencias coloniales (1819-1830)”, *Independencia: Historia Diversa*, Bernardo Tovar Zabranó (edit.), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012, pp. 432.

de la ley 854 en la comunidad indígena de San Marcos. Este estudio, será abordado a partir de un enfoque interdisciplinario basado en la relación entre la agrimensura y el derecho.

2. Córdoba a finales del siglo XIX

A finales del siglo XIX la propiedad de las comunidades indígenas dejó cierta impronta en la agenda del gobierno cordobés. Tanto en la apertura de las sesiones legislativas², como en la legislación y en los diferentes decretos del Poder Ejecutivo puede apreciarse el interés gubernamental sobre las tierras ocupadas por las comunidades de las antiguas reducciones indígenas situadas en: Soto, San Marcos, Cosquín, Pichanas, y Quilino³. A esta enumeración debe añadirse la comunidad indígena del Pueblo de la Toma.

Si bien, anteriormente el gobierno provincial había puesto sus ojos en las comunidades indígenas⁴, por diversos motivos las acciones tendientes a desmantelar esta forma de relacionamiento y administración del territorio no pudieron ser implementadas.

² En el año 1881 el gobernador de la provincia de Córdoba Miguel Ángel Juárez Celmán abrió las sesiones legislativas con un mensaje en el que junto a otros asuntos planteaba “*Pronto tendré ocasión de presentar un proyecto para abolición de todas las comunidades indígenas de la provincia. Como sabéis existen cerca de 40 comunidades y aparecen en nuestro territorio como cuarenta estanques donde se ha refugiado la vida primitiva con su inercia característica, para no participar de la corriente y del movimiento que agita a la actividad humana estimulada por el sentimiento de la propiedad individual*”. El fragmento del Mensaje citado ha sido obtenido de ANA INÉS FERREYRA, *Mensajes de los gobernadores de Córdoba a la legislatura*, Numero VIII, tomo III 1871-1885, Córdoba, Centro de Estudios Históricos, 1997, p. 50.

³ Tanto el considerando como el cuerpo del decreto del 10 de febrero de 1859, en *La tierra y el mundo agrario a través de su legislación. La provincia de Córdoba en el siglo XIX*, Presentación ANA INES FERREYRA Selección y Recopilación CAROLINA BRUSSA, VICTORIA CÁNOVAS, CAROLINA PROSDÓCIMO Centro de Estudios Históricos Carlos S. A. Segretti Córdoba, 2001, pp41-44.

⁴ El decreto del 16 de marzo de 1837, autorizó al poder ejecutivo provincial para proceder a la venta de los territorios de los antiguos pueblos de indios de Quilino, San Antonio de Nonsacate, San Marcos, Pichanas, Cosquín y Toma. FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, cit., pp.17-18. La Ley del 28 de septiembre de 1858 facultó al Poder Ejecutivo a dividir terrenos de las reducciones de indígenas, FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, cit., p. 37. Esta disposición fue reglamentada mediante el decreto que mandó a practicar las divisiones de los terrenos de las reducciones indígenas del 10 de febrero de 1859, FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, cit., p. 41-44.

Será, recién a partir de la década del 80 que el gobierno provincial comenzará a dar los primeros pasos en esta dirección. Dentro de las medidas implementadas se destaca la sanción de dos leyes: la ley N 854⁵ y la ley N 1002⁶.

Estas leyes deben ser interpretadas en un contexto político-económico y jurídico más amplio del cual emerge un proyecto, creado a través de un sinnúmero de instrumentos jurídicos, que tienen por finalidad generar cambios significativos sobre la extensión territorial de la provincia y los derechos de propiedad vigentes en ella. Este proyecto se llevó a cabo mediante dos acciones, por un lado definir la composición territorial de la provincia de Córdoba⁷

⁵ El 27 de diciembre del 1881 se sancionó la ley por la que se estableció medir las tierras ocupadas por las comunidades indígenas. El fin inmediato de esta disposición era transformar a los miembros de todas las comunidades indígenas de la provincia de Córdoba, en sujetos propietarios, que respondieran al modelo de propiedad liberal. La primera acción fue intentar tomar una noción real de cuál era la extensión territorial que se encontraba retenida en estas "manos muertas". De allí, que el Art.1 de la ley autorizó al Poder Ejecutivo a mensurar las tierras ocupadas por la comunidades en todo el territorio de la provincia. En cada uno de los grupos debía formarse una comisión, la cual estaría integrada por dos de sus miembros y el vocal del departamento. Esta comisión sería la encargada de confeccionar un padrón en el cual deberían inscribirse todos los miembros de la comunidad. Este padrón estaba sujeto a un régimen de publicidad, el cual exigía su publicación en un diario de la capital por 30 días.

El plazo contemplado en el art.15 era un plazo de caducidad, puesto que una vez vencido, los comuneros perdían todo derecho de reclamo. Las contiendas que se suscitaren en relación a la inclusión de los padrones solo podían ser tramitadas por vía administrativa, a cargo de la comisión sindical o de la municipal. Una vez efectuada la medición del territorio en el que se asentaban las comunidades, y cuantificado el elemento humano se procedía a diseñar una villa. El planeamiento urbano del asentamiento consistía en manzanas (de cien metros por costado, separadas por calles de quince), las cuales debían ser divididas en solares. En relación con los solares, cada miembro de la comunidad, que previamente hubiese sido registrado en el padrón, sería beneficiado con la adjudicación de un solar. Esta adquisición era gratuita como también la extensión de los títulos de propiedad en papel común. Esta tarea sería llevada a cabo por el Departamento Topográfico. Practicada la adjudicación de un solar a cada miembro de la comunidad, designada la villa, el resto del terreno sería, en lo posible, dividido en lotes rurales de un mismo valor y sometido a remate. Es importante mencionar que este remate sería realizado a la mayor postura, sin tasación previa, utilizando como elemento de referencia el plano en el que figuraban todos los lotes designados por su número de orden. FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, cit., pp. 147-149.

⁶ Ley del 28 de octubre de 1885, sobre división de las comunidades indígenas, autorizaba al Poder Ejecutivo a expropiar por razones de autoridad pública, los terrenos ocupados por las comunidades. FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, cit., pp. 163-164.

⁷ Para ubicar al lector es importante mencionar que en el año 1862 el gobierno nacional sancionó la ley N28. El Art. 1 estipulaba: Todos los territorios existentes fuera de los límites, ó posesión de las Provincias, son nacionales, aunque hubiesen sido enajenados por los Gobiernos Provinciales desde el 1º de Marzo de 1853. Este artículo generó, en los

y por el otro redefinir los tipos de relaciones de dominio que se establecen sobre él⁸.

Para poder abordar cómo se fueron gestando en la práctica diferentes concepciones de propiedad y cómo se plasmaron en el territorio, el auxilio de un saber técnico específico es necesario. Este saber es la agrimensura.

Tanto para tomar razón de la extensión de las antiguas formas de dominio de los pueblos de indios, como para dividirlos, y dar lugar así al nacimiento de parcelas de propiedad privada la agrimensura, el agrimensor y el derecho desempeñaron un rol preponderante.

Esta ciencia, la agrimensura⁹, adquirió un protagonismo indiscutible no solo en la problemática sobre la disolución de la propiedad comunal indígena, sino también en toda acción gubernamental, en todo discurso, en todo debate legislativo, relacionado con la determinación del territorio provincial o con la redefinición del derecho de propiedad sobre los inmuebles. El gran protagonismo que alcanzó este saber puede apreciarse a través de la sanción de diferentes instrumentos jurídicos y de la erección de instituciones en las que

espacios provinciales, un agitado proceso de reconocimiento de posesiones y actividades tendientes a determinar la extensión del territorio. El principal objetivo del gobierno fue preservar su integridad territorial. Consecuentemente, las últimas décadas del siglo XIX pueden ser caracterizadas, en materia interprovincial, por una latente conflictividad sobre límites en la cual intervinieron una serie de sujetos como los peritos agrimensores y árbitros, e instituciones del ramo administrativo (Departamento Topográfico) y judicial.

⁸ Con la entrada en vigencia del Código Civil, en el año 1871, un nuevo sistema de propiedad entró en vigencia en Argentina. Si combinamos, por un lado la regulación sobre Derechos Reales establecida por el Código, y por otro lado la creación de un registro de la propiedad provincial, con efectos constitutivos de derechos, nos topamos con una redefinición de los derechos de propiedad. En esta redefinición las subsistentes formas de propiedad indianas, caracterizadas por su lenta o escasa circulación, falta de precisión en sus límites y carentes muchas veces de titulación, entraron en colisión con un modelo de propiedad y una política territorial que pretendía conocer exhaustivamente el territorio, para luego dividirlo, limitarlo, registrarlo, venderlo y someterlo a un régimen tributario.

⁹ Para profundizar ver: ANA SOFÍA MAIZON, “Construyendo el territorio: contexto institucional prácticas y dinámicas de la Agrimensura en la provincia de Córdoba, Argentina, Fines del siglo XIX”, *Revista Brasileira de História da Ciência*, v. 6, n° 1, Río de Janeiro, SBHC, 2013, pp. 89-105. GUSTAVO S. BARTABURU, *Maestros de la Agrimensura*, Córdoba, Editorial de la Provincia de Córdoba, 2013, pp. 20-31. CARLOS A. PAGE, “Formación y desarrollo de las reparticiones oficiales de agrimensura, ingeniería y arquitectura. Profesionales con actuación en Córdoba 1820-1900”, *Revista de la Junta Provincial de Historia* n° 22, 2005, Córdoba Junta Provincial de Historia, 2005, pp. 141-160. ANA INÉS FERREYRA, “La organización de la propiedad en la provincia de Córdoba: de la etapa de las autonomías provinciales al estado nacional. Argentina, siglo XIX”, *América Latina en la Historia Económica*, México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Morapp, 2011, pp. 177-207.

la agrimensura jugaba un rol preponderante. A continuación se citan algunos ejemplos de este tipo de medidas:

- Creación del Departamento Topográfico: el 24 de diciembre del año 1862, los representantes de la provincia sancionaron una ley cuyo objetivo fue autorizar al Poder Ejecutivo para crear un Departamento Topográfico. Entre sus funciones se destacaron: el levantamiento de un mapa catastral general de la provincial con designación de los terrenos de propiedad pública, cumplir con las obligaciones impuestas por la ley del 3 de octubre de 1862¹⁰, examinar a los que pretendieran ejercer el oficio de agrimensores, brindar a estos profesionales las instrucciones para las operaciones de deslinde, archivar los planos de mensura, y proveer de informes, sobre asuntos de su competencia, a los jueces y demás autoridades administrativas.
- El 4 de agosto de 1863, mediante un decreto del Poder Ejecutivo fueron aprobadas las instrucciones dadas a los agrimensores¹¹ por el Departamento Topográfico. En la misma fecha, fue aprobado el acuerdo establecido por este departamento en el que determinaba los exámenes y pruebas de idoneidad que debían satisfacer quienes quisiera ejercer la profesión.
- Al año siguiente, específicamente el 25 de noviembre se sancionó la llamada ley de mensuras¹².
- Cuatro años más tarde, en 1868, se sancionó la ley que ordenó llevar un registro de propiedades raíces¹³.

¹⁰ La ley de tierras de 1862, entre sus diversas disposiciones estableció que no podía venderse algún terreno que no esté previamente deslindado, amojonado, y trazado en planos topográficos. FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, cit., pp. 52-55.

¹¹ El objetivo de estas instrucciones, fue guiar a los agrimensores a los fines de obtener mensuras uniformes y practicadas de una manera que ofrecieran la mayor seguridad a la propiedad territorial. Su extensión es notable, abarca 65 artículos que tratan diferentes aspectos que van desde los requisitos de las instrucciones para casos particulares hasta la determinación del punto de arranque y remoción de mojones.

¹² Por medio de esta ley se reguló el procedimiento que debía aplicarse cada vez que la comisión topográfica fuera a verificar una mensura ordenada por el Poder Ejecutivo. Entre los requisitos que debían satisfacerse se encontraban: la citación de colindantes y la exhibición de títulos. Para el caso de falta de concurrencia, se estableció una pena de multa y en ciertos casos la consideración de esos terrenos como tierras fiscales. Para el caso de mensuras particulares, en las que se descubriera un sobrante fiscal, el agrimensor debía medirlo y dar noticia al Departamento Topográfico. FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, cit., pp. 61-69.

¹³ Con relación a esta temática fueron dictadas diferentes disposiciones, en las que pre-

- Años más tarde, en 1876 se creó la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, institución que desempeñó un papel preponderante en la formación de agrimensores¹⁴.

3. Derecho y Agrimensura

Para poder comprender el importante rol que jugó la agrimensura en los conflictos sobre propiedad debemos entender cuál es la relación que existe entre el derecho y esta disciplina. Así pues, se tomarán como referencia las principales ideas desarrolladas por el agrimensor y doctor en jurisprudencia Juan Segundo Fernández¹⁵. Su discurso, titulado Relaciones del Derecho

dominaba un interés fiscal, como por ejemplo el decreto del 8 de febrero de 1855. A diferencia de lo expresado, la ley del 15 de noviembre de 1869, dispuso la apertura de un registro de títulos de propiedad particular dentro del Departamento Topográfico. Este registro se diferencia del regulado en disposiciones anteriores ya que de la inscripción en él de títulos de propiedad, como de su omisión, surgían efectos jurídicos relativos a la constitución del derecho real de dominio. FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, cit., pp.110-112.

¹⁴ LUIS A. TOGNETTI, “La expansión de las profesiones y la implementación de la agrimensura y la ingeniería civil en la Universidad Nacional de Córdoba a fines del siglo XIX, *Revista Saber y Tiempo*, Buenos Aires, Universidad de San Martín, 2012, pp. 41-65.

¹⁵ Hijo de Juan José Fernández y Petrona Gutiérrez, Juan Segundo Fernández nació en la ciudad de Buenos Aires en el año 1834. En el año 1852 ingresó, junto con Antonio E. Malaver, en el Departamento Topográfico de Buenos Aires en carácter de delineador de la ciudad. Dos años más tarde, ambos jóvenes presentaban su examen ante la comisión *ad hoc* del departamento para obtener el grado de agrimensores públicos. En 1857 fue designado, junto a Malaver, como vocal del Departamento Topográfico. Ambos participaron en el dictado de las Instrucciones Generales para Agrimensores del año 1861 y del Reglamento. Para ese entonces, el uno y el otro estaban cursando sus estudios en la Facultad de Derecho y en el año 1863 ambos obtuvieron el título de doctores en Jurisprudencia. La tesis de Fernández, titulada “Del modo como se determina y limita entre nosotros una propiedad territorial”, fue reconocida por el futuro codificador Dalmacio Vélez Sarsfield en una carta que le envió a Fernández.

Con relación al ejercicio de la profesión, se advierte que durante los años 1862-1868 Juan Segundo realizó varias mensuras judiciales en distintos partidos de la provincia de Buenos Aires.

Sus pasos por la política se iniciaron en el año 1868, cuando el gobernador provisorio Emilio Castro lo designó como Ministro de Gobierno de la Provincia, cargo que desempeñó solo por un año. Fue diputado provincial por la provincia de Buenos Aires, Fiscal de Estado/ de Gobierno, Diputado Nacional y por último Asesor de Gobierno del vice gobernador Dr. José María Moreno. Este último cargo no pudo ser desempeñado por él ya que la provincia de Buenos Aires fue intervenida. Luego de este suceso Fernández se retiró de la vida política y murió el 21 de abril de 1912 a la edad de 78 años.

con la Agrimensura, es una fuente imprescindible para este tema. Fernández plantea que:

Si examinamos (...) el acto en sí mismo, la operación en su conjunto, por la que una propiedad es separada de las demás por medio de señales visibles, notaremos fácilmente que el Derecho y la Agrimensura, se estrechan en una relación tan íntima que vienen a formar un todo complejo¹⁶.

Para poder comprender esta relación, explica el agrimensor, es fundamental comprender que la operación de deslinde y amojonamiento es una traducción material de un título de propiedad por medio de la geometría: son las matemáticas aplicadas al derecho. Los títulos de propiedad encierran un problema mixto matemático-legal, cuya resolución está confinada únicamente al agrimensor.

Vale preguntarnos entonces por las tareas desempeñadas por este profesional, y si bien la cuestión matemática se encuentra en las disposiciones del título, tareas como: la comparación de los hechos existentes con la expresión del título, la deliberación sobre si estos responden o no con las descripciones contenidas en él, o si estos resultan ser un reflejo del título, forman parte de la labor cotidiana de los agrimensores. Estos aspectos, sumados a la evaluación de los hechos posesorios y su interpretación a la luz del derecho y de los intereses de los terceros colindantes, son aspectos reflexionados y confiados pura y exclusivamente a este conecedor.

De allí que en todo conflicto por límites, en cada procedimiento de interpretación y examen de discordancias entre las descripciones contenidas en el título y los hechos posesorios, se pregunta Fernández “¿No es cierto que en éstos casos son las matemáticas los ojos por los que ve el Derecho, y el instrumento obligado que convierte sus decisiones en hechos prácticos?”¹⁷. Partiendo de esta idea, abordaremos mediante el binomio agrimensura-derecho los conflictos que surgieron a partir de la mensura de los territorios de San Marcos.

Entre sus publicaciones podemos mencionar: “Mensuras Colectivas de las Propiedades Rurales” publicada en *La Revista de Buenos Aires Historia Americana, Literatura y Derecho*, Tomo XIII, año 1867. En la misma revista, en el año 1868, publicó: “Las cuestiones entre particulares y las municipalidades de campaña en materia de delineaciones, cuando son dadas con arreglo a una traza aprobada por el gobierno son de competencia del Poder Administrativo”.

¹⁶ JUAN SEGUNDO FERNANDEZ, *Relaciones del derecho con la agrimensura, Mensuras colectivas de las propiedades rurales*, La Plata, Biblioteca del Agrimensor Edición del consejo profesional de la agrimensura de Buenos Aires, 1996, pp. 12-13.

¹⁷ FERNANDEZ, *op.cit.*, p. 16.

4. Un cambio significativo: de pueblo de indios a comunidades indígenas

Quizás la raíz o la principal causa de la conflictividad, en torno a las tierras de las comunidades indígenas, surgió a partir de la omisión de la categoría jurídica pueblos de indios en el articulado de las leyes 854 y 1002. Las disposiciones que fueron dictadas con anterioridad, relativas a la materia, contenían en su texto la referencia a “antiguos pueblos de indios”¹⁸ o bien a “las antiguas reducciones de los indígenas”¹⁹.

Resulta interesante, ahondar e indagar acerca de los potenciales motivos que llevaron a omitir²⁰ la categoría pueblos de indios o reducciones indígenas e incorporar el término comunidades indígenas en los textos legislativos de finales del siglo XIX.

Una fuente primordial para llevar a cabo esta indagación son las actas de sesiones, tanto de la Cámara de Senadores como de la Cámara de Diputados de la provincia de Córdoba, ya que mediante su análisis podemos obtener datos e información del proceso de formación y sanción de leyes. Del análisis de estos documentos, se desprende un debate en torno a la categoría de comunidades indígenas durante la sesión extraordinaria de la Cámara de Diputados celebrada el día 22 de diciembre de 1881. En el momento de llevarse a cabo la discusión particular del proyecto, específicamente el debate en torno al artículo 1²¹, el diputado Moyano manifestó que “deseaba saber lo que la C²² comprendía con el nombre de comunidades indígenas por ser este punto importante, pues que habiendo comunidades cuyos habitantes no eran

¹⁸ Decreto 16 de marzo de 1837, FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, cit. pp. 17-18.

¹⁹ Ley de 28 de septiembre de 1858, FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, p. 37.

²⁰ Una omisión diferente, pero relativa a esta materia puede apreciarse en el texto del Código Civil. Este importantísimo cuerpo legislativo en el cual se sistematizó toda la materia civil, no contempló en sus disposiciones relativas a la persona y a la capacidad de hecho/ derecho, ningún tipo de referencia a la situación del indio. En materia de derechos reales, si bien reguló disposiciones relativas a formas tradicionales, como ser derechos de enfiteusis, de superficie, no existieron referencias en código a las formas de dominio que ejercieron los pueblos de indios.

²¹ Artículo 1 Autorízase al poder ejecutivo para hacer mensurar por medio del Departamento Topográfico las tierras ocupadas por las comunidades de indígenas en todo el territorio de la provincia.

²² Se refiere a la Comisión de Legislación, comité encargado de examinar. dictaminar sobre todo proyecto o asunto relativo a la Legislación civil, criminal, correccional, mercantil y de administración de justicia.

indígenas, podía el Ejecutivo dividir las sin razón ni fundamento”²³. A lo que el señor diputado Villanueva, agregó:

Que era cierto que de la mayor parte de las comunidades existentes no eran indígenas sus habitantes; pero que en todas la propiedad estaba indivisa y en cierta manera gobernados sus individuos por una especie de cacique; siendo este régimen y no la raza de los habitantes lo que daba el carácter de indígena a la comunidad²⁴.

Si bien, el primer diputado insistió en que deberían designarse en la ley las comunidades a que ella se refería para evitar abusos, el Sr. Ministro y Villanueva aseguraron la claridad del texto.

Del debate del 22 de diciembre, se desprende que el móvil del gobierno era erradicar una forma de administración del territorio y una forma de mando sobre los integrantes de la comunidad. Teniendo en cuenta que el principal obstáculo que representaban las comunidades indígenas para el gobierno no era una cuestión relativa a la raza de sus habitantes, sino la forma en que estos espacios eran administrados, tanto en lo territorial como en las relaciones de gobierno intra-miembros, una indagación acerca de la denotación de ciertos derechos que la categoría pueblos de indios encierra podría resultar esclarecedora.

La temática de pueblos de indios, ha sido trabajada por un número relevante de autores, tanto en el ámbito local como fuera de él, para este caso haremos especialmente referencia a las reflexiones de Castro Olañeta Isabel, quien expresa que la categoría pueblo de indios hace referencia a un sistema de organización y reducción de indígenas cuyos principales atributos eran: por un lado, el derecho de usufructo de tierras comunales, las cuales quedaban excluidas del mercado de tierras y cuyo dominio eminente permanecía en manos de la corona española, y por otro lado, un sistema de autoridades integrado por un curaca y un cabildo indígena, y hasta entradas las décadas del siglo XIX la obligación del pago de un tributo²⁵.

Para el caso en estudio, el derecho de usufructo de tierras que denota esta categoría puede ser una pista que nos permita entender las motivaciones que subyacen al cambio de categoría.

²³ Acta de sesiones de la Cámara de Diputados, año 1881, Tomo X, foja 364, ARCHIVO HISTÓRICO DE LA LEGISLATURA DE CÓRDOBA.

²⁴ Acta de sesiones de la Cámara de Diputados, año 1881, cit.

²⁵ ISABEL CASTRO OLAÑETA, “Pueblos de indios en el espacio del Tucumán colonial”, en Marta de López Sara y Nidia Areces (coord.), *Historia regional. Estudios de casos y reflexiones teóricas*, Salta, EDUNSA, 2006, pp. 37-49.

Estas mudanzas y / o cambios en el discurso²⁶, le permitieron al gobierno llevar la discusión a través de una categoría, “la comunidad indígena”, que si bien ponía de manifiesto una forma de administración de la propiedad indivisa no denotaba ningún tipo de derecho a usufructo de tierras para los sus integrantes en el lenguaje jurídico cordobés de finales del siglo XIX.

Podríamos decir, que la primera ruptura entre las diferentes formas de concebir el territorio operó en un plano lingüístico, pero con efectos performativos ya que despojó a los indígenas de la categoría jurídica “pueblo de indios”, la cual denotaba un derecho a usufructuar tierras, y simultáneamente con una tradición argumentativa en la defensa de sus derechos utilizada durante el período colonial.

5. Caso de estudio: mensura administrativa de San Marcos²⁷

La mensura administrativa²⁸ prescripta por la ley fue encomendada al agrimensor Vivanco, quien el 27 de diciembre de 1892 dio por finalizadas las ope-

²⁶ Un interesante análisis sobre las repercusiones que implican los cambios en el discurso puede encontrarse en la propuesta de MARGARITA GARRIDO, “Palabras que nos cambiaron lenguaje y poder en la independencia”. Disponible online en: <http://www.la-blaa.org/palabras-que-nos-cambiaron/intro.html>.

²⁷ Sonita Tell e Isabel Castro Olañeta remarcaron la complejidad de la historia del pueblo de San Marcos, ya que en este caso se produjo un entrecruzamiento con los registros de encomienda y estancias. Se caracteriza, además, por el asentamiento compulsivo de indios de encomienda en tierras de estancia que eran propiedad de su encomendero. A comienzos del siglo XVII, Pedro Arballo de Bustamante recibió dos mercedes, la primera de ellas en el año 1605 era sobre los llamados indios de Quilpo y la segunda, en 1607, sobre tierras. En estas últimas, Bustamante fundó la estancia de San Marcos, la cual fue vendida primero a Bartolomé de Olmos y de Aguilera, y luego a Alonso Luján de Medina, quien terminó siendo propietario de tierras y encomendero de los indios. Para el año 1704, la encomienda se encontraba bajo el poder de Jacinto Luján de Medina, fue a partir de entonces que el pueblo pasó a ser denominado San Jacinto denominación que perduró hasta finales del período colonial. En 1820 el pueblo es reconocido bajo el nombre de San Marcos, nombre con el que es designado durante el siglo XIX. SONIA TELL e ISABEL CASTRO OLAÑETA, “El registro y la historia de los pueblos de indios de Córdoba entre los siglos XVI y XIX”, *Revista del Museo de Antropología* 4, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2011, pp. 235-248.

²⁸ El plan de desmantelamiento de la propiedad de la comunidad de San Marcos tuvo su punta pie inicial en el decreto del gobernador Echenique de fecha 18 de abril de 1888. Entre sus disposiciones se destacaron: proceder a la mensura y división de la comunidad, el nombramiento de los señores José Carballo y Félix de la Reyna quienes formarían la comisión empadronadora y llevarían adelante el remate de las tierras, se designó al vocal del

raciones de diligencia, mensura, deslinde y amojonamiento²⁹. Si bien la disposiciones de la ley 854 ya generaban un conflicto para la comunidad, ya que perderían el acceso a sus pastos comunes, hay otros detalles que deben ser considerados.

- 1) La pérdida del auto de demarcación original, lo que significó que una mensura realizada en el año 1805 fuera utilizada como título originario. Además de esta mensura fueron tomados en cuentas diferentes convenios que la comunidad había celebrado con algunos colindantes.
- 2) La mensura utilizada no se correspondía con la extensión territorial poseída por la comunidad.
- 3) El resultado final de la operación determinó que la superficie encerrada por la mensura actual mayor que la originada por el título primitivo. El terreno quedó dividido, según el informe de geodesia de 1893, en 72 lotes.

¿Por qué detenernos en esta fuente? ¿Por qué centrarnos en el estudio de una mensura administrativa?

Para comprender la importancia de esta fuente, el concepto de mensura elaborado por los agrimensores José Belaga y Benito M. Vicioso resulta más que útil.

La operación de agrimensura se compone a partir de un conjunto de actos tendientes a investigar, identificar, medir ubicar, representar, y documentar las cosas inmuebles y sus límites conforme con las causas jurídicas que los originan, y a relacionarlos con los signos de la posesión (...) la determinación, la demarcación y representación de los límites jurídicos emanados de las causas jurídicas aplicadas o de la extensión territorial del “animus posesorio” y su vinculación a los hechos físicos existentes sólo puede hacerse a través de un acto de mensura (...) ³⁰.

Departamento Topográfico, don Aureliano Bordeau para presidir la comisión y practicar las operaciones de mensura y división de la comunidad. FERREYRA, *La tierra y el mundo agrario*, cit., pp. 184-185. El 7 de junio del mismo año fue aceptada la renuncia del vocal a su cargo de Presidente de comisión, designándose a tales fines a Belisario Caraffa. No obstante, del análisis de la mensura administrativa de 1892 se desprende que el autor de la misma fue el agrimensor Vivanco.

²⁹ Expediente de mensura administrativa, año 1892, departamento de Geodesia, ARCHIVO HISTÓRICO DIRECCIÓN GENERAL DE CATASTRO DE CÓRDOBA.

³⁰ JOSÉ BELAGA, BENITO M. VICIOSO, *La Mensura*, La Plata, Edición del consejo profesional de la agrimensura de la provincia de Buenos Aires, 1996, pp. 11.

Esta fuente nos permite trabajar con dos actos jurídicos, el auto de demarcación y la mensura administrativa, que representan momentos claves para comprender diferentes lógicas de conocimiento y organización territorial, y concomitante de derechos de propiedad, ya que ambos actos son piezas fundamentales para la constitución de un tipo de propiedad específica. Así, el auto de demarcación es la pieza fundadora de una propiedad comunal que es traducida en términos territoriales mediante procedimientos en los que predomina la percepción mediante los sentidos, como por ejemplo: la vista de ojos.

Por su parte, la mensura administrativa representa la extinción de este tipo de propiedad y la erección de un nuevo tipo la propiedad privada, cuya forma de representación se basa en la necesidad de delimitación precisa y exhaustiva.

El auto de demarcación debe ser interpretado dentro de un contexto que podríamos llamar agrimensura colonial, caracterizado por una escasez de profesionales, imprecisión en las unidades e instrumentos de medidas, onerosidad de la tarea, lo cual llevó a que tanto los particulares como la corona fuesen poco adeptos a la exigencia de las mensuras previas a la transmisión de derechos sobre inmuebles, efectuándose estas mediante la modalidad ad corpus³¹. Esta tipología de agrimensura, la colonial, solo puede ser comprendida en un contexto jurídico en el que tanto el concepto de propiedad como las formas de aprovechamiento y usufructo de la tierra tenían como epicentro a las facultades que emanaban de la cosa, objeto del derecho, y no las prerrogativas del titular del derecho.

Por su parte, Juan Segundo Fernández en su tesis³², explicó que durante el periodo denominado derecho patrio, existió una falta y una necesidad de regulación sobre aspectos relativos al ordenamiento territorial. No existía una legislación específica, y en la práctica los profesionales se encontraban a merced de los usos locales, expresaba el agrimensor.

Este enmarañado panorama nos invita a llevar nuestra mirada inevitablemente hacia la práctica y usos locales. Para remontarnos a la demarcación originaria de San Marcos, haremos una referencia a datos del trabajo de Sonia Tell sobre los conflictos de tierras en esta comunidad³³.

³¹ Sobre agrimensura colonial ver: MIGUEL AGUILAR ROBLEDO, "Contested terrain: the rise and decline of surveying in New Spain, 1500-1800", *Journal of Latin American Geography*, vol 8, n° 2, University of Texas Press, 2009, pp. 23-47.

³² JUAN SEGUNDO FERNANDEZ, *Del modo como se limita entre nosotros una propiedad*, La Plata Biblioteca del Agrimensor, Edición del consejo profesional de la agrimensura de Buenos Aires, 1996.

³³ SONIA TELL, "Conflicto por tierras en los "pueblos de indios" de Córdoba" El pueblo

La demarcación de San Marcos, se desarrolló dentro del marco normativo establecido por la Recopilación de Leyes de las Indias, específicamente según lo regulado en el libro sexto, título tercero, allí nos topamos con diferentes leyes que regulan aspectos De las Reducciones y Pueblos de Indios. Para el caso en estudio, son relevantes también las disposiciones contenidas en las Ordenanzas de Alfaro ya que con motivo de una visita al lugar realizada por el oidor Martínez Luján de Vargas, se constató una contravención a lo estipulado en ellas. Razón por la cual se dictó una sentencia que ordenaba la asignación de tierras con agua suficiente.

En el año 1694, se ejecutó la sentencia con la consecuente demarcación y el amojonamiento de las tierras de reducción. La tarea fue desarrollada el capitán Manuel de Ceballos Neto y Estrada. Del auto de designación del juez comisionado se desprenden las instrucciones que debían seguir la demarcación y la asignación de tierras, entre ellas figuraban:

- Señalamiento de tierras fructíferas y con aguas suficiente de calidad
- Ubicación de la reducción en la parte más distante de la casa del encomendero
- La extensión de la tierra de reducción a asignar debía calcularse en función del número de indios.

El derecho de usufructo y las condiciones de acceso que denotaba la categoría pueblos de indios, sus respectivas mensuras y las demarcaciones formaron un “patrón especial” que se caracterizó por la finalidad de la categoría y por las condiciones que debía satisfacer, como por ejemplo el acceso a agua y la calidad de las tierras.

Para cumplir esta finalidad se siguieron los patrones de la época, la referencia a diversos accidentes naturales (ríos, árboles) y caminos “(...) conformándose un patrón de medición de los campos, partiendo de los ríos, arroyos y cañadas por razones obvias de acceso al agua que conformaran un tipo de catastro peculiar (...)”³⁴.

de San Marcos entre fines del siglo XVII y principios del siglo XIX, *Andes Antropología e Historia*, v. 23, n° 1, Salta ene./jun, CEPIHA-UNSA, 2012, pp. 71-103.

³⁴ JUAN CARLOS GARAVAGLIA, “¿Cómo se mide la tierra? Las Mensuras en el Río de la Plata, siglos XVII –XIX”, *Mensurar la tierra, controlar el territorio: América Latina siglos XVIII-XIX*, Ed. Juan Carlos Garavaglia, Pierre Gautrau, Rosario, Pro Historia ediciones, State Building in Latin America, 2011, pp. 34

Teniendo en cuenta que el auto de demarcación³⁵ tomó como punto de partida un algarrobo que estaba a orillas de un río, y que fue hecha a rumbos medios, algo propio de la época, podemos decir que la operación no difirió de los métodos usuales. Solamente uno de los requisitos exigidos por el oidor no fue satisfecho, este fue la entrega de la escritura, no obstante los indios se quedaron con un testimonio del acta de demarcación. Los indios se valieron de este documento en reiteradas ocasiones para defender sus derechos, incluso hasta parte del siglo XIX.

A diferencia de lo acontecido en el periodo colonial, la construcción del territorio a partir de la época de la independencia, lenta y paulatinamente, se caracterizará por la presencia de una voluntad estatal. Juan Pro Ruiz, considera esta voluntad como un orden estatal “(...) un orden que se impone en nombre del Estado, con concepciones y parámetros homogéneos dictados desde el Estado (...) un orden que tiende a homogeneizar el territorio en el marco de unas fronteras, transformándolo en un territorio nacional”³⁶. Si bien estas referencias no fueron elaboradas específicamente para el caso cordobés, creemos que siempre que sean contextualizadas, en el complejo contexto federal del caso de estudio, pueden resultar útiles para comprender algunos aspectos sobre la homogeneización de concepciones sobre el territorio.

Siguiendo estas ideas, en el espacio provincial a finales del siglo XIX el gobierno de la provincia de Córdoba enarbó la bandera de un saber territorial y, consecuentemente, un territorio construido a partir del entrecruzamiento de dispositivos jurídicos nacionales y provinciales. Pero, para poder materializar este modelo de propiedad fue necesario el desarrollo de un conocimiento técnico y especializado, organizado a partir de una institución gubernamental, el Departamento Topográfico, y ejercido por profesionales habilitados los agrimensores.

Teniendo en cuenta, por lado la importancia de la casuística en el Derecho Indiano y por el otro el gran papel desempeñado por los usos locales

³⁵ Fue posible acceder a su contenido gracias al Anexo incorporado por SONIA TELL, *Conflicto por tierras*, cit., pp.101-103. En este anexo se encuentran disponibles una copia del pliego presentado por los indios, AGN, IX31-7-8. Copia incluida en este expediente judicial, y una copia del auto original conservado en el Archivo y Biblioteca Nacional de Bolivia ABNB, EC-1694-15, copia de los autos originales obrados por Manuel de Ceballos Neto y Estrada, por escribano público y de cabildo Luis Izquierdo de Guadalupe, con fecha 30 de abril de 1694, Córdoba.

³⁶ JUAN PRO RUIZ, “Mensura, catastro y construcción estatal”, *Mensurar la tierra, controlar el territorio: América Latina siglos XVIII-XIX*, Ed. Juan Carlos Garavaglia, Pierre Gautrau, Rosario: Pro Historia ediciones, State Building in Latin America, 2011, pp. 19.

durante la etapa del derecho patrio, creemos que estas formas de construcción del saber deben ser matizadas a través del estudio de casos concretos que permitan tomar conciencia de la efectividad real que las nuevas disposiciones jurídicas y técnicas adquirieron. De allí la importancia de analizar fuentes, como el expediente de mensura administrativa de la comunidad de San Marcos, que contienen una genealogía documental que devela las diferentes concepciones, tanto técnicas como jurídicas, acerca del derecho de dominio.

6. Conclusiones

El objetivo principal de esta presentación es abordar la dimensión técnico-legal de los conflictos de propiedad en tierras de indios en Córdoba a finales del siglo XIX. Si bien existen diferentes perspectivas de análisis para abordar este aspecto, centrar la mirada en la forma en que la propiedad fue construida a partir de la traducción de los títulos en el espacio es un aspecto relevante, ya que cada título encierra un problema matemático-jurídico que debe ser traducido para poder materializarse en el territorio.

Por otro lado, es importante destacar que la relación entre derecho y agrimensura no ha sido objeto de una reflexión histórico jurídica por parte de la historiografía local. En este escenario, el diálogo con el Derecho Indiano es necesario para poder comprender las diferentes formas de propiedad y sus consecuentes materializaciones. Los pueblos de indios y su derecho de usufructo a tierras, demandaron una forma de traducción y materialización muy diferente de la requerida por la concepción de propiedad contemplada en los artículos de la ley 854. En el caso de San Marco, pueden verse diferencias, en los métodos utilizados para materializar los espacios, entre el acto de demarcación de 1694 y la mensura administrativa de 1892.

En el primer caso, nos topamos con un lenguaje descriptivo en el que el método empleado “reconocimiento y vista de ojos”, consiste en una exploración de un espacio mediante la vista. El empleo de este método demanda de una capacidad de describir, por parte de quien lo practica, lo que está reconociendo. Si tenemos en cuenta, lo que se está reconociendo tierras para reducción, estas deben satisfacer ciertas condiciones: ser fértiles y cómodas. De allí que podamos decir que este lenguaje descriptivo-informativo tiene una finalidad específica.

Diferente es el caso de la mensura de 1892, donde hay pocas referencias a las características del espacio físico y el lenguaje empleado se torna, en gran

parte, matemático y geométrico (referencias a polígonos, expresión de las distancias mediante grados y minutos). Es importante advertir que esta idea, junto con la referencia a los rumbos verdaderos son formas de representación universales del territorio.

Otro aspecto significativo es el objeto utilizado para amojonar, la presencia de cruces nos remite a la relación que el espacio de los pueblos de indios tenía con la religión católica. Además de ser un espacio para vivir, el pueblo de indios era un espacio para desarrollar la vida espiritual. Este tipo de referencias desaparecen en los últimos años del siglo XIX, sirviendo como mojones simples trozos de quebracho.

Lógico es el cambio de las unidades de medida, como así también los instrumentos a utilizar. La necesidad de un conocimiento exhaustivo del territorio puede verse a partir del esfuerzo realizado, por parte del estado provincial de adoptar aquellos instrumentos y procedimientos que le brindaran una mayor certeza.

En líneas generales, podemos decir que tanto la forma de concebir el territorio, la propiedad y las técnicas empleadas para su determinación a finales del siglo XIX en Córdoba estuvieron empapadas de los postulados de un saber que pretendía homogeneizar el territorio, implantar un nuevo sistema de medición y concebir el espacio mediante parámetros universales susceptibles de ser comprendidos no solo desde una perspectiva local sino también global.

Si bien asistimos a una institucionalización de este saber, mediante la creación de un departamento topográfico y la profesionalización de la agrimensura, en la difícil tarea encomendada al agrimensor Vivanco el diálogo con la comunidad indígena fue imprescindible para resolver los problemas que surgían de la falta de correspondencia entre el título y la posesión efectiva de los comuneros de San Marcos.

Esto nos advierte de la complejidad que encierran las operaciones de mensura, y especialmente de aquellas que se realizan dentro de procesos de transición entre formas de propiedad y concepciones del territorio que responden a diversos paradigmas, como es el caso de la mensura administrativa de San Marcos.

Si bien podemos decir que existen avances hacia una concepción abstracta y homogénea del espacio, estos conviven con formas y prácticas diversas. El primer obstáculo con el que se topó el gobierno fue la falta de conservación del título de propiedad de los indígenas, lo que produjo que se tuviera como tal a una mensura practicada en el año 1805. Tener esta mensura como

base significó, en parte, que las formas coloniales de concebir el espacio fueran consideradas durante el proceso de división.

Por otra parte, la ley 854 al establecer la comisión sindical indígena, creó un espacio de participación de la comunidad en el proceso de división de la tierra, figura que les permitió poner al agrimensor en contacto con una forma de concebir el territorio relacionado con las experiencias de vida de los miembros de la comunidad.

A partir de este caso, las últimas décadas del siglo XIX en Córdoba pueden ser vistas como un complejo proceso de construcción de un nuevo saber territorial y un nuevo modelo de propiedad que se enfrenta y dialoga con las formas y lógicas coloniales.

Lograr un espacio homogéneo, construido de manera objetiva y que responda a parámetros universales de representación demandará, no sólo de una propiedad privada sino de una fragmentación del territorio que permita controlarlo y organizarlo, acciones que dependen en gran parte de la construcción de un catastro³⁷.

³⁷ DAVID HARVEY, *La condición de la posmodernidad. Investigación sobre los orígenes del cambio cultural*, 2ª edición. Buenos Aires, Amorrortu, 2012. pp.282.

PROPIEDAD COMUNITARIA DE LOS HUARPES: ¿REALIDAD
HISTÓRICA O CONSTRUCCIÓN IDEOLÓGICA?

COMMUNAL PROPERTY OF THE HUARPES: HISTORICAL REALITY
OR IDEOLOGICAL CONSTRUCTION?

PATRICIO JAVIER LÓPEZ DÍAZ-VALENTÍN

Universidad de Mendoza-Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)

lopezpatricio@yahoo.com.ar

Resumen: En la República Argentina a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 con el reconocimiento de la “posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” los pueblos indígenas argentinos por medio del art. 75 inc. 17 C.N. se plantea en el horizonte ius-historiográfico la necesidad de analizar en cada etnia americana en particular –en nuestro caso las que habitaron el territorio argentino– si efectivamente tuvieron propiedad comunitaria.

Esta necesidad deviene a partir de las conclusiones efectuadas por distintos investigadores de las cuales se infiere que no ha habido homogeneidad en los distintos pueblos americanos en relación a la propiedad de las tierras. Resaltan además que los términos procedentes del derecho romano como “propiedad”, “posesión”, “usufructo” no serían apropiados para reflejar la compenetración entre las estructuras político sociales y la trama de derechos y obligaciones que regulaban los accesos a la tierra entre los indígenas americanos.

Asimismo, despunta las coincidencias de distintas características que establece la Constitución Argentina de la propiedad indígena con las que surgen de diferentes normas protectorias del derecho indiano de la propiedad de los Pueblos y Reducciones de Indios.

Este trabajo tiene por objeto analizar a partir de las fuentes documentales existentes, y munido de bibliografía complementaria tanto historiográfica como arqueológica, antropológica, etnológica, etc., si los pueblos huarpes residentes en la zona de Cuyo en la República Argentina, y concretamente los huarpes millcayac de Mendoza, tuvieron propiedad comunitaria de sus tierras, o si por el contrario la misma ha sido producto de una construcción ideológica de distintos grupos indigenistas.

Palabras clave: Constitución argentina, indígenas argentinos, posesión y propiedad comunitarias, Mendoza, Huarpes Millcayac, constuctivismo.

Abstract: From the modification of the Argentinean National Constitution in 1994, with the acknowledgment of ‘communal possession and property of the lands traditionally occupied’ by the native communities pursuant to article 75, subsection 17, from a legal and historical perspective there is a need to analyze in every indigenous group specifically –in our case those who lived in Argentine territory– if in fact they had communal property.

This need derives from the conclusions reached by various researchers, from which it can be inferred that there has been no similar treatment by the indigenous communities regarding communal land property. It is noted also that the terms from Roman law such as ‘property’, ‘possession’, ‘usufruct’ are not able to reflect the complex relation between the political and social structures and the rights and obligations that regulated access to land among indigenous peoples.

In addition, it shows the coincidence of different characteristics of the indigenous property established by the Argentinean National Constitution with those that arise from different indigenous laws that protected the property of the *Pueblos y Reducciones de Indios*.

The objective of this work is to analyze from existing documented sources, and with supplemental historical, archeological, anthropological, ethnical, data, whether the huarpe communities that lived in the Cuyo area of the Republic of Argentina, and more specifically the Huarpe Millcayac community of Mendoza, owned their lands communally, or, on the contrary, whether communal property is an ideological construction of different indigenist groups.

Keywords: Argentine National Constitution, indigenous peoples of Argentina, communal possession and property, Mendoza, Huarpes Millcayac, constructivism.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los pueblos indígenas, ¿tenían propiedad comunal? 2.1. Los grandes imperios precolombinos y la tenencia de tierras. 2.2. Los Huarpes y la tenencia de tierras. 3. Propiedad indígena en el Derecho Indiano. 4. Reforma de 1994 de la Constitución Argentina. Posesión y propiedad comunitarias de los pueblos indígenas argentinos. 5. La construcción de la propiedad comunitaria huarpe. 6. Conclusiones.

1. Introducción

A partir de finales de la década de 1980 y sobre todo a principios de la de 1990 en la República Argentina hubo un renacer de los reclamos de los pueblos indígenas. No es momento de hacer historia sobre estos reclamos, los cuales muchos tienen gran cuota de justicia, sino de poner el foco en uno: la reivindicación de sus tierras y el reclamo de la propiedad comunitaria de ellas, y puntualmente centrarnos en el caso de los “huarpes”¹ de Lavalle.

¹ La bibliografía anterior a 1990 era unánime en considerar la extinción étnica de los huarpes a mediados del siglo XVIII, y salvo aquellos autores enrolados en la teoría de la etnogénesis, aquella sigue siendo la postura académica. García ha sido uno de los autores que más énfasis ha puesto en poner en tela de juicio la autenticidad étnica de estas comunidades, véase ALEJANDRO GARCÍA, “Una mirada a los reclamos modernos de identidad huarpe”, *Scripta Nova* v. VI, n° 109, 2002. <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-109.htm>;

En primer lugar, debemos señalar que en la Argentina, como pasó en los distintos países americanos, vivieron diferentes etnias indígenas, con distintas culturas, costumbres, religiones y grados de civilización. Por lo cual nos resulta difícil aceptar que todos hayan tenido el mismo tipo de propiedad². De ahí que sostengamos que para hacer una verdadera reparación histórica se debería analizar cada etnia en particular a fin de evaluar si efectivamente tuvieron o no propiedad comunitaria.

Dentro del contexto histórico arriba mencionado, y luego de la Reforma de la Constitución Argentina de 1994 –art. 75 inc. 17– que consagró la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos, y la necesidad de entregar a sus comunidades las tierras que tradicionalmente ocupan, la Legislatura de la Provincia de Mendoza dictó la ley 6920. Por la cual, en el artículo 1, se reconoció la preexistencia étnica y cultural del pueblo huarpe milcallac de la provincia de Mendoza, garantizándose el respeto a su identidad cultural. Por el artículo 2 la provincia adhirió a la ley nacional 23.302 –esta ley creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (I.N.A.I.)–; y por el art. 3 se declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación a una fracción de terreno que abarca unas 700.000 hectáreas en el departamento de Lavalle. Estos son a nuestro criterio los artículos más trascendentes de la norma.

La Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza interpuso ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza una acción de inconstitucionalidad cuestionando la Ley 6920³, objetando la norma en cuanto establecía la expropiación de inmuebles sin la previa indemnización y disponía la declaración de utilidad pública de una extensión de territorio de 700.000 hectáreas, superficie que representa las tres cuartas partes del departamento de Lavalle. Extensión que a los ojos de la Fiscalía de Estado era irrazonable teniendo en cuenta la cantidad de “harpes” que habitaban el lugar (alrededor de unos 3.000).

El 18 de diciembre de 2008 la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en los autos n° 72.575, caratulados: “FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVIN-

ídem, *Tras las huellas de la Identidad Huarpe*, Mendoza, Zeta Editores, 2004. Entre los autores que sostienen la etnogénesis: DIEGO ESCOLAR, *Los dones étnicos de la Nación. Identidades huarpe y modos de producción de soberanía en Argentina*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

² Por otro lado, como analizaremos en su momento, los estudiosos han demostrado cómo no ha habido un solo concepto de propiedad para todos los pueblos americanos, sino que la relación con las distintas etnias y la tierra ha variado según su cultura y grado de civilización.

³ Dando origen a los autos n° 72.575, caratulados: “FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA C/GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA S/AC. INC.”.

CIA DE MENDOZA C/GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA S/AC. INC.”, resolvió rechazar la acción de inconstitucionalidad intentada por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza contra la ley 6920.

2. Los pueblos indígenas, ¿tenían propiedad comunal?

Hablar de propiedad comunitaria de la tierra para los pueblos indígenas prehispánicos es entrar en el terreno de las hipótesis, esto no quiere decir que no hayan tenido propiedad comunitaria, sino que al ser pueblos que no conocieron la escritura no tenemos forma de saber cuál era su concepto de propiedad inmueble. Todo lo que podemos saber, y lo más cercano a la realidad se encuentra en los documentos de los cronistas hispanos, quienes seguramente nos han legado su impronta romanista al momento de expresar cual era el régimen de tenencia de tierras entre las distintas etnias.

Además, habría que analizar etnia por etnia para saber cuál era el concepto de propiedad que tenían. En este trabajo a título ejemplificativo, me centraré, en primer lugar, en los dos grandes “Imperios” (Azteca⁴ en México e Inca en la región andina) con los que se encontraron los españoles en América, por ser los pueblos que alcanzaron el más complejo grado de organización –con mayor detenimiento en el Imperio Inca ya que la región de Cuyo llegó a integrar el Tahuantisuyu- y luego haré referencia a los huarpes milcallac.

2.1. Los grandes imperios precolombinos y la tenencia de tierras

Assadourian, quién ha analizado y comparado el “régimen” de tierras en los imperios azteca e inca, nos alerta sobre la complejidad del tema:

⁴ Al llegar Cortez a México se encontró con el Imperio de los aztecas, en realidad una Triple Alianza entre las ciudades de México-Tenochtitlan y las ciudades de Texcoco y Tlacopan (o Tacuba). Pero finalmente fue la ciudad de México-Tenochtitlan y el pueblo de los mexicas quienes hegemonizaron la alianza. Por lo que para ser más precisos se debería hablar de los mexicas, pero se ha extendido el uso del término azteca. Cfr. MANUEL LUCENA SALMORAL (Coord.), *Historia de Iberoamerica, Tomo I, Prehistoria e Historia Antigua*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1987, p. 363. Sobre la vertiginosa expansión del imperio Azteca, la relación con su religión y las causas de su caída, véase: GEOFFREY W. CONRAD- ARTHUR A. DEMAREST, *Religión e Imperio. Dinámica del expansionismo azteca e inca*. Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 25-105.

Es muy complicado presentar un esquema relativamente acertado sobre los derechos de acceso a la tierra en los dos grandes reinos mesoamericano y andino debido a la insuficiencia de investigaciones y a que ciertos resultados de las mismas son objeto de controversias; incluso nuestros términos procedentes del derecho romano (“*propiedad*”, “*possessio*”, “*usufructo*”) no son adecuados para expresar la profunda compenetración entre estructuras político sociales y trama de derechos y obligaciones que regulan los accesos a la tierra en estas organizaciones⁵.

Por una cuestión de espacio y por fines didácticos seguimos a este autor, quién nos trae el posible prototipo que habría regido en los señoríos étnicos, para luego sobreponer los derechos y exigencias que habrían impuesto los dominios inca y azteca. Dicho prototipo estaría representado por la división de las tierras entre la religión, los linajes nobles y los grupos de indios del común. Las tierras de los dioses podían tener servidores permanentes, las de los nobles eran cultivadas por los indios del común. Por su parte los varones del común, por pertenecer a la etnia, cuando alcanzaban la capacidad para realizar la jornada de trabajo del adulto y casarse tenían derecho a un lote para la subsistencia como jefe de una familia. La tierra recibida estaba protegida, en la medida que se cumpliera con las reglas de la comunidad étnica, contra toda injerencia, y se transmitía de padre a hijos y la energía para su cultivo constituía una magnitud que variaba al estar determinada por el crecimiento de la familia⁶.

Los dominios inca y azteca, sin modificar los patrones étnicos, habrían impuesto en los territorios sometidos sus derechos “imperiales” sobre tierras y energía humana para cultivarlas. En México implicó instituir posesiones “estatales”⁷, sin embargo habría sido más relevante su distribución como tierras “patrimoniales” a los linajes gobernantes, casas nobles, miembros de ellas, y a la nobleza secundaria de los tres señoríos que conformaban la Triple Alianza⁸.

⁵ CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, “Agricultura y tenencia de la tierra antes y después de la conquista”, en *Población & sociedad*, Vol. 12-13, N.º. 1, 2005-2006, p. 17.

⁶ Cfr. ASSADOURIAN, *op. cit.*, p. 18.

⁷ Assadourian sigue el paradigma estatista muy extendido por los estudiosos tanto del imperio Azteca como del Inca, v.gr. Nigel Davies, John V. Murra, Rostworowski, etc. Modelo que no compartimos y que desde la ius-historiografía, autores como Garriga, Clavero, Tau Anzoátegui, Agüero, etc., se han encargado de superar. Sin embargo, dado la utilización por los especialistas es que utilizaremos las expresiones “estado” o “estatal”, entre comillas para alertar al lector que es el lenguaje de los autores citados y no el nuestro.

⁸ Cfr. ASSADOURIAN, *op. cit.*, p. 19. Específicamente sobre el caso mexicano se suele distinguir tres tipos de posesiones de tierras, según quienes fueran sus poseedores: 1. Tierras de las comunidades; 2. Propiedades de los nobles -eran de carácter individual-; 3.

En la zona andina hubo también esa clase de adjudicaciones al Inca, a los linajes reales y miembros de ellos, pero allí el proceso que sobresalió consistió en la asignación de tierras al culto imperial y al “estado”. Estas últimas, repartidas por todos los pisos ecológicos, le concedían al “Estado” abundantes ingresos en tres productos estratégicos como coca, maíz y tubérculos bajo la forma de chuño. El Inca igualmente se atribuyó derechos sobre los pastos siendo probable, que los rebaños “estatales” fueran más cuantiosos que los étnicos⁹.

El Inca dispuso la aplicación de la “mita”, es decir, la movilización por turnos rotativos de todos los varones casados del común en edad de trabajar, mecanismo anteriormente utilizado por las comunidades étnicas. A diferencia del caso mexicano el dominio inca impuso la utilización de “mitmaq” o “mitmaes”, que implicaba el trasplante de conjuntos de unidades domésticas de unos a otros territorios étnicos: eran sustraídos de sus grupos de origen y se los agregaba a los registros censales imperiales como servidores del “estado”, estos efectivos recibían del Inca tierras en sus nuevos asentamientos para la subsistencia familiar teniendo obligación de dar “mita” en las tierras “estatales”¹⁰.

En el incario Murra ha sido pionero en analizar y detallar los distintos tipos de tenencias de tierras en el Tahuantisuyu, donde distinguía entre dos categorías principales y cuatro secundarias¹¹. Wachtel ha destacado la complejidad del esquema de tenencias de tierras más allá del clásico tripartito, incluyendo las tierras privadas de los Incas, y los curacas, variando la situación según las regiones y el rango del curaca¹². En igual sentido Stern ha analizado la complejidad de las relaciones de las diferentes etnias de la zona de Huamanga con la tierra. Estas estuvieron dadas por una complejidad de intereses étnicos, materiales y religiosos, donde los conocidos principios andinos de reciprocidad y redistribución¹³ estaban condicionados por la búsqueda de la

Tierras de carácter público: que incluían las destinadas al sostenimiento de los nobles, a los gastos de la guerra y a proveer rentas para los gastos del gobierno. Cfr. LUCENA SALMORAL, *op. cit.*, pp. 375-376.

⁹ Cfr. ASSADOURIAN, *op. cit.*, pp. 19-20. Sobre la importancia de los rebaños en la economía del Tahuantisuyu véase: JOHN V. MURRA, *La organización económica del Estado inca*, 6^o edición, México, Siglo XXI, 1999, pp. 82-106.

¹⁰ Cfr. ASSADOURIAN, *op. cit.*, p. 20.

¹¹ Cfr. MURRA, *op. cit.*, pp. 72-73.

¹² Cfr. NATHAN WACHTEL, *Los vencidos. Los indios del Perú frente a la conquista española (1530-1570)*, Madrid, Alianza Editorial, 1976, pp. 103.

¹³ “Teóricamente, el concepto de reciprocidad se aplica a las relaciones entre individuos o grupos simétricos, donde los deberes económicos de unos implican los deberes de otros, en un intercambio mutuo de dones y contradones. El concepto de redistribución, en

autonomía económica, la riqueza y el poder. Por lo que la tenencia de tierras estaba lejos de ser un derecho real de propiedad tal como lo entendemos nosotros, para ser el resultado de una situación de fuerza de las comunidades, y distribuidas por el kuraka o jefe étnico en función de diferentes patrones de jerarquía, ya fuese por la relación de parentesco, como de importancia social, de riqueza o religiosa¹⁴.

Para sintetizar el caso andino se podría afirmar que las reglas de acceso o posesión y de administración de la tierra estarían vinculadas formando un solo estatuto, y esos derechos de administración serían confiados a los titulares de cada posición política-social siguiendo un orden de jerarquías: partiendo de quien ejerce la máxima autoridad y se va delegando para abajo hasta llegar a los jefes de aldeas y aquellos que detentan el mayor status dentro de los grupos de parentesco¹⁵.

Surge con claridad que estamos en presencia de relaciones jerárquicas o verticales y no horizontales, tanto para el principio de distribución como para el de reciprocidad.

En términos generales en el caso Mexicano y Andino no surgiría una propiedad comunitaria de la tierra¹⁶, o al menos en el sentido en el que entendemos nosotros el concepto de propiedad comunal, sino más bien, en última instancia la propiedad de la tierra estaría determinada por la voluntad de quien ocupaba la más alta jerarquía político-social-religiosa, ya fuese el “Tlatoani” azteca o el Inca entre los quechuas, teniendo en cuenta su carácter divino, y las necesidades de “energía humana”.

Es de gran importancia los antecedentes del Tahuantisuyu teniendo en cuenta que a la llegada de los españoles a la región cuyana, los huarpes habrían estado relacionados con el imperio incaico cerca de unos cincuenta años, por lo cual se habría producido un proceso de aculturación que habría modificado la cultura originaria de los huarpes.

cambio, supone una jerarquía; por una parte, se aplica a grupos, y por otra, a un centro coordinador; la vida económica es definida aquí por un doble movimiento, centrípeto y centrífugo: agrupación en el centro de los productos y posterior difusión de aquellos aportados por los grupos hacia otros grupos”. WACHTEL, *op. cit.*, pp. 96-97.

¹⁴ Véase STEVE J. STERN, *Los pueblos indígenas del Perú y el desafío de la conquista española Huamanga hasta 1640*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 23-57.

¹⁵ Cfr. ASSADOURIAN, *op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁶ Sobre el avance de la propiedad privada en desmedro de la comunal entre los mexicanos: cfr. NIGEL DAVIES, *Los Antiguos Reinos de México*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 195.

2.2. Los Huarpes y la tenencia de tierras

Los huarpes¹⁷ eran los habitantes de la región de Cuyo, en el Centro-Oeste de la actual República Argentina. Ellos estaban divididos en dos grandes grupos, cada uno de los cuales contaba con su propia variedad lingüística; ocuparon la parte central de los territorios de las actuales provincias de Mendoza, San Juan, y algunos autores como Canals Frau han sostenido la posibilidad de la existencia de parcialidades huarpes en la actual provincia de San Luis¹⁸. Al norte, en el actual territorio sanjuanino, vivían los huarpes allentiac; al sur, en el actual territorio mendocino, los huarpes millcayac; y al este, en el actual San Luis habrían residido los huarpes puntanos¹⁹. Los millcayac se asentaron especialmente en los valles de Güentata y de Uco, aunque también en el de Jaurúa, mientras que en la Depresión del Diamante vivían pocos indios; además hubo una importante población huarpe en la zona lacustre de Guanacache.

Los huarpes habrían vivido en pequeñas comunidades o aldeas ligadas por el parentesco; las que habrían estado integradas por un pequeño número de individuos gobernados por un cacique. Éste último habría sido el dueño de la tierra cultivable y de los algarrobales, según surge de los documentos de mediados del siglo XVI y principios del XVII, y esta ha sido la postura de los distintos investigadores.

¹⁷ Sobre los huarpes en general destacamos las siguientes obras: SALVADOR CANALS FRAU, “La cultura de los huarpes”, en *Anales del Instituto de Etnografía Americana* n° II, Mendoza, Instituto de Etnografía Americana-Facultad de Filosofía y Letras-Universidad Nacional de Cuyo, 1942, pp. 289-322; CATALINA TERESA MICHIELI, *Los Huarpes Protohistóricos*, San Juan, Publicaciones del Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo-UNSJ, 1983; MARÍA DEL ROSARIO PRIETO, “El proceso de aculturación de los Huarpes de Mendoza”, en *Anales de Arqueología y Etnología* n° 29-31, Instituto de Arqueología y Etnología-Facultad de Filosofía y Letras-Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1976, pp. 237-272; ídem, “Formación y consolidación de una sociedad en un área marginal del Reino de Chile: la provincia de Cuyo en el siglo XVII”, en *Anales de Arqueología y Etnología* n° 52-53, Mendoza, Instituto de Arqueología y Etnología-Facultad de Filosofía y Letras-Universidad Nacional de Cuyo, 2000; CARLOS RUSCONI, *Poblaciones pre y post-hispánicas de Mendoza*, 4 volúmenes, Mendoza, Imprenta Oficial, 1961.

¹⁸ SALVADOR CANALS FRAU, “El grupo huarpe-comechingón”, *Anales del Instituto de Etnografía Americana* n° V, Instituto de Etnografía Americana-Facultad de Filosofía y Letras-Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1944, pp. 34-38.

¹⁹ Respecto de los huarpes puntanos Teresa Michieli discrepa con Canals Frau, ya que para ella no habrían existido tales huarpes, para ella sólo habitaron huarpes en Mendoza y San Juan, basándose en la documentación de la época, cfr. MICHIELI, *op. cit.*, pp. 73-82.

En este sentido Prieto ha afirmado que:

La organización política –esencialmente tribal- estaba ligada estrechamente a la organización del parentesco. Las “*familias unidas*” constituidas por un número de individuos que fluctuaba entre 50 y 120, habitaban en pequeñas aldeas o “*caserío*”. Gobernados por un jefe que era a su vez, dueño de la tierra cultivable y de los algarrobales (...) ²⁰.

Esta interpretación es concordante con la posición de Michieli:

Las tierras donde cada grupo se asentaba, y que indudablemente explotaba, eran propiedad del cacique (...). Resulta indudable que la propiedad del terreno por parte del cacique incluía la propiedad de los vegetales que en él se encontraban y que posibilitaban la recolección de frutos (...). Del mismo modo se incluía en la propiedad el derecho al uso del sistema de irrigación, como son las acequias, para regar el terreno de que disponían para el cultivo (...) ²¹.

Destacaremos algunas fuentes documentales de la primera época de la conquista que vienen a corroborar esta hipótesis, ya que de ellas aflora que los caciques podían vender, donar, e incluso arrendar las tierras.

Es fundamental el acta que acredita la Junta de Caciques y Principales comarcanos de 1574 celebrada en la ciudad de Mendoza, de ella surge que los caciques huarpes hicieron donación de tierras a favor de los conquistadores españoles a fin de que la novel ciudad se pudiera extender:

(...) Juntos los dhos Casiques (palabra enmendada) azerca amarcanos /sic/ que son Don Phelipe estene Y Don Ernando Geymape Y Don Diego Añato y El casique ayallo e otros Casiques Principales Comarcanos e ansi Juntos Según dho es Sus merxedes les preguntaron que declarasen Y dijesen q que tierras abian bacas en esta Ciud. q tierra /sic/ y que senalasen Las tierras que abian dado Al Capitan Christoval /sic/ de Castillo Poblador desta dha Ciud. de mendoza al tiempo Y Razon que la fundo e Poble y Respondio el dho Dn. Phelipe Esteme Y dijo q El Como s.or deste Valle e tierras hauia Dado Y señalado al dho Cap.an Cristoval del Castillo al tiempo q fundo e Poble Esta dha Ciud. ciertas tierras q Corian Por unas azequias que salían del Rio desta dha. Ciud. y los dhos Y demás Casiques q Presentes estauan

²⁰ PRIETO, “Formación y consolidación”, cit., p. 65; idea similar había expresado en PRIETO, “El proceso de aculturación”, cit., p. 246.

²¹ MICHIELI, *op. cit.*, p. 159 y ss.

dijeron que era Verdad todo lo q dho Dn. Phelipe abia declarado hazerca de las dhas tierras (...)²².

Una década antes, apenas tres años de fundada la ciudad de Mendoza, Alonso de Torres vecino de la ciudad se presentó ante el Cabildo a fin de que:

Se le aga merced de una suerte de chacra y tierra que se avia antes de agora hecho merced a antonio de cabranes Linderos de lope de la peña cabe los paredones della al casique tabalque al qual se le dio y yso md de otra chacra en las tierras del casique allalme con cabesada como la del dho lope de la peña (...)²³.

Notamos en el reconocimiento de las tierras de los caciques Tabalque y Allalme una clara aceptación del dominio privado de éstos caciques.

En 1622 encontramos un documento por el cual no sólo se acredita el reconocimiento de la propiedad de los caciques sobre sus tierras, sino también la disposición de este derecho por parte de ellos. En primer lugar mediante la transmisión hereditaria, en este caso la heredera era mujer, y luego por medio de donación.

En Santiago de Chile –09/12/1622– se presentó ante Don Pedro de Ozo- res de Ulloa, Gobernador y Capitán General del Reino de Chile y Presidente de Su Real Audiencia el Hermano Francisco de Arevalo de la Compañía de Jesús y su Procurador General, en nombre del Colegio de la Ciudad de Mendoza a fin de que se le confirmase las tierras y viñas que tenía dicho Colegio en el Valle de Uco. Entre las propiedades que tenían los jesuitas menciona la siguiente:

Ytten otro pedasso de tierra en el valle o pago de tavalque es Junto a la dicha Ciudad el qual hubo el dicho Colegio por donasion que le hiso Clara Yndia principal difunta la qual heredo del Casique Principal su Padre Llamado

²² MÓNICA PARISII, *Dominación incaica en Mendoza*, Mendoza, 2003, p. 139 (para una fácil lectura hemos desencadenado la letra) “Versión Paleográfica personal (Mónica Parisii) de la Junta de Caciques celebrada en 1574 en la ciudad de Mendoza (Archivo Nacional de Chile, Real Audiencia, vol. 1.892, pieza 7, folios 304 a 307. Copia realizada por el General Juan de Urdinola, en Mendoza, el 5/6/1696, en papel sellado correspondiente a los años 1696 y 1697”; Versión fotográfica en: PARISII, *op. cit.*, pp. 141-147. Este documento es muy rico para acercarnos no sólo al “régimen” de tierras, sino también para poder visualizar la dinámica social y la conflictividad entre las distintas jefaturas a la caída del imperio Inca y la llegada de los españoles. Aclaramos que el fundador de Mendoza fue Pedro del Castillo y no Cristóbal del Castillo como figura en el documento, siendo un evidente error material.

²³ Archivo Histórico de Mendoza (en adelante AHM); Época Colonial; Doc. N° 21; Carpeta N° 8, f° 1.

Don Fernando tavalque de la encomienda de doña Ygnes de Caravajal el qual pedasso de tierra es en el que solia estar Fernando Cumina que linda con el camino Real Que va de la chacras de la dicha Ciudad²⁴.

Advertimos cómo se admite en su plenitud a los caciques su derecho de propiedad sobre sus tierras, ya que en este caso fue transmitida a su hija mediante herencia, y la heredera pudo disponer de ella por donación.

Es interesante que hacia finales del siglo XVII, 25/04/1692, se podría entender reconocimiento por vía indirecta de la propiedad de las tierras de manera colectiva, aunque como veremos esto no implica necesariamente la existencia de la propiedad comunitaria:

El Pd franco. Romero Rettor del Colexio de Mendoza tiene necesidad de vna suerte de tierras por fin y muerte de los Yndios de Guanacáche que fueron de la encomienda del cap. lope de la peña han quedado Bacas y son un quarto de legua de la dicha ciudad de Mendoza acia la parte del Nortte y o llaman a dhas tierras la chacra de coria (...) ²⁵.

Decimos que habría un reconocimiento por vía indirecta ya que el Padre Romero reclama las tierras por no haber más indios en Guanacache, sin referirse a ningún cacique en particular, ahora, debemos tener en cuenta que la posibilidad de obtener esas tierras estaba dada por la extinción de los indios. Sin embargo, esto no implica necesariamente la negación de la propiedad privada y la admisión de la colectiva. Asimismo, no podemos obviar que estamos en presencia de un documento tardío, había pasado casi siglo y medio desde la llegada de los españoles a esta tierra, y además las leyes indianas reconocían la propiedad de los pueblos de indios.

Es importante no perder de vista que mediante los documentos podemos intentar reconstruir la vida de los huarpes al momento de la llegada de los españoles a la región de Cuyo, es decir, luego de haber sufrido este pueblo un proceso de aculturación incaica. Sin embargo, investigadores como Parissi ha intentado ir más allá, es decir, no solamente reconstruir la cultura huarpe luego de su proceso de incaización sino aún antes de la influencia del imperio quechua.

En este sentido, y centrándose en la relación de los huarpes con sus tierras antes de la llegada de los incas, Parisii hipotetiza lo siguiente:

²⁴ AHM; Época Colonial; Doc. N° 8; Carpeta N° 8, f° 2. Se encuentra copia fiel de este documento en: AHM; Época Colonial; Doc. N° 9; Carpeta N° 8.

²⁵ AHM; Época Colonial; Sección: Judicial; Doc. N° 22; Carpeta N° 8, f° 1.

No se dispone de datos concretos sobre el tipo de propiedad de tierras y recursos “originarios” existente en tiempos prehispánicos. La gran movilidad de los sujetos y los grupos entre diversas tierras “pertenecientes” a distintos jefes –que ha quedado documentada para tiempos cercanos a 1561, época en que las jefaturas locales ya habían sufrido algunos procesos de cambio importantes– nos induce a considerar un ejercicio de la propiedad de tierras y recursos bastante flexible y diversa a la que se impondrá, posteriormente, con las dos conquistas del área²⁶.

Más allá de lo sugestivo, no deja de ser una simple hipótesis, que no logra fundar en documento alguno. Ya hemos expresado que incluso los más tempranos solamente pueden darnos luz sobre el modo de vida de los huarpes pero luego de haber sufrido el impacto de la presencia Inca en Mendoza.

Asimismo, Parisii no deja en claro a qué se refiere con “un ejercicio de la propiedad de tierras y recursos bastante flexible”. Creemos que confunde la lucha de facciones y reordenamiento de jefaturas que debió implicar el cambio de una dominación a la otra con el régimen de tierras que los huarpes tuvieron.

En definitiva, no habría fuentes documentales que respalden la propiedad comunitaria, por lo contrario los documentos se refieren a las tierras de los caciques, por lo menos es lo que surge respecto de la situación de los huarpes a la llegada de los españoles.

3. Propiedad indígena en el Derecho Indiano²⁷

La Corona reconoció la legitimidad de los dominios públicos y privados de los indígenas anteriores a la conquista²⁸. Así por ejemplo en el requerimiento de

²⁶ PARISII, *op. cit.*, p. 108.

²⁷ Véase entre otras, las obras clásicas: JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *España en América. El régimen de tierras en la época colonial*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1959, pp. 82-101; JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, 2da. Edición, Buenos Aires, Editorial Emilio Perrot, 1978, pp. 24-32.

²⁸ Esto fue el resultado de una larga y profunda discusión en torno a la condición jurídica de estos nuevos súbditos de la Corona que tuvo lugar durante la primera mitad del siglo XVI, teniendo culminación en la famosa disputa de Valladolid. Vale mencionar el sermón de Montesinos, la lucha de Fray Bartolomé de las Casas, las elecciones de Vitoria, etc. La bibliografía sobre este tema es muy extensa, por lo que mencionaremos solamente algunas obras a modo ilustrativo: LEWIS HANKE, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1949; SILVIO ZAVALA, *Por la senda hispana de la libertad*, México D.F., FCE/Mapfre, 1993; JEAN DUMONT, *El*

1513, destinado a leerse a los aborígenes de las tierras que acaban de descubrirse, se les prometía que “vos dejaremos vuestras haciendas libres e sin servidumbre”; o cuando se examina la conducta observada por Pizarro durante la conquista del Perú se le imputa haber repartido tierras que eran de los indios²⁹.

En las instrucciones impartidas a los conquistadores no sólo se cuidaba de aclarar que no debían repartirse a los peninsulares tierras de los indios³⁰, sino que se ordenaba que las estancias debían ser establecidas lejos de los pueblos indígenas para evitar que los animales dañasen sus sementeras. Aplicando esas normas generales, las mercedes de tierra solían incluir cláusulas concebidas aproximadamente así: “la cual dicha merced le hacía e hizo siendo sin perjuicio de naturales y siendo con perjuicio sea visto no serle hecha la dicha merced”³¹.

Asimismo las normas que organizaron el régimen de la encomienda precisaron que los derechos del encomendero no se extendían sobre las tierras indígenas y especificaron que las ocupadas por un encomendado difunto sin sucesión pasaban no al encomendero sino al pueblo del cual el indio era originario.

Las disposiciones protectoras de los posesiones de los indios fueron surgiendo a medida que avanzaba la conquista, para ser finalmente reunidas en la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias de 1680.

En relación a las tierras de los indígenas resaltan el Título XII del Libro IV “*De la venta, composición y repartimiento de tierras, solares y aguas*”. Así la ley V –el emperador D. Carlos en Barcelona 04/04/1532. D. Felipe II ordenanza de audiencias de 1563 y ordenanza 58 en Toledo 25/05/1596- dis-

amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valladolid, Madrid, Encuentro Ediciones, 1997.

²⁹ Cfr. MARILUZ URQUIJO, *op. cit.*, p. 24.

³⁰ Un ejemplo de esto lo encontramos en el acta de repartimiento de tierras que hizo Pedro del Castillo el 9 de octubre de 1561. En ella el fundador hizo que se documentara que las tierras que repartía habían sido destinadas previa información de los caciques de que estaban vacas, por lo cual no causaban perjuicio a los naturales: “...habiendo visto y mirado toda la tierra y buscado el menor perjuicio y daño de los dichos naturales para dar las dichas tierras, y **habiéndose informado de los señores y caciques de este valle, si en la parte que quiere dar y da las dichas tierras a los dichos vecinos y moradores que en ella están, reciben daño y agravio en dar las dichas tierras que así se da e quiere dar, y ha dado, están desiertas e vacas, y ellos no se aprovechan ni aprovecharán dellas;** e para que los dichos vecinos e moradores tengan tierras para lo que dicho es” (las negritas son nuestras). “Acta del 9 de octubre de 1561 por el cual Pedro del Castillo repartió tierras”, en JORGE M. SCALVINI, *Historia de Mendoza*, Mendoza, Spadoni, p. 41.

³¹ Cfr. MARILUZ URQUIJO, *op. cit.*, p. 25.

ponía que los repartimientos de tierras se hicieran con el parecer de los cabildos “... y á los indios se les dejen sus tierras, heredades y pastos, de forma que no les falte lo necesario, y tengan todo el alivio y descanso posible para el sustento de sus casas y familias”. La ley VII –D. Felipe II en el Pardo 06/04/1588– que ordenaba que las tierras se repartieran sin hacer acepción de personas “ni agravio de los indios”³².

Una manera de proteger a los indios y sus tierras que encontró la Corona fue disponer que las estancias y ganados se dieran apartadas de pueblos y sementeras de indios³³.

Además se ordenó un estricto control para evitar que estas normas protectoras fuesen burladas, en este sentido, se disponía la intervención de los fiscales de las Reales Audiencias para evitar informaciones sospechosas que pudiesen perjudicar a los indios³⁴; no se admitía la composición de tierras que hubiesen sido de los indios y los “protectores fiscales” o las Audiencias en su caso “sigan su justicia” y pidiesen “nulidad contra semejantes contratos”³⁵.

Siempre atenta a las necesidades de los indios la Corona ordenaba que se les dejase tierras suficientes, tanto a nivel individual como comunal.

Ordenamos que la venta, beneficio y composición de tierras se haga con tal atención, que á los indios se les dejen con sobra todas las que le pertenecieren, así en particular, como por comunidades, y las aguas y riegos; y las tierras en que hubieren hecho acequias, ú otro cualquier beneficio, con que por industria personal suya se hayan fertilizado, se reserven en primer lugar, y

³² Y la ley IX: “*Mandamos que las estancias, y tierras, que se dieren á los españoles, sean sin perjuicio de los indios, y que las dadas en su perjuicio y agravio, se vuelvan á quien de derecho pertenezca*”. Ley IX –Felipe II en Madrid 11/06/1594–, Título XII, Libro IV, Recopilación de Indias.

³³ “Porque las estancias de ganados vacunos, yeguas, puercos, y otros mayores y menores, hacen gran daño en los maizales de los indios, y especialmente el que anda apartado y sin guarda: Mandamos que no se den estancias ningunas en partes y lugares de donde puedan resultar daños, y no pudiéndose escusar, sean lejos de los pueblos de indios, y sus sementeras (...)” Ley XII –Emperador D. Carlos y los reyes de Bohemia gobernadores en Valladolid 24/03 y 02/05 de 1550– Tit. XII, Lib. IV, Recopilación de Indias. Véase también: Ley XX –D. Felipe III en Madrid 10/10/1618. D. Carlos II y la reina gobernadora– Tit. III, Libro VI, Recopilación de Indias.

³⁴ Cfr. Ley XVI –el Emperador D. Carlos y la emperatriz gobernadora en Ocaña 27/02/1531. D. Felipe III en el Pardo 14/12/1615, y en Madrid 17/06/1617–, Tit. XII, Lib. IV, Recopilación de Indias.

³⁵ Cfr. Ley XVII –D. Felipe IV en Zaragoza 30/06/1646–, Tit. XII, Lib. IV, Recopilación de Indias.

por ningún caso no se les puedan vender, ni enagenar; y los jueces, que a esto fueren enviados, especifiquen los indios, que hallaren en las tierras y las que dejaren á cada uno de los tributarios viejos, reservados, caciques, gobernadores, ausentes, y comunidades³⁶.

Asimismo no se admitían para obtener composición de tierras a quienes no hubiesen poseído durante diez años, y en esos casos las comunidades de indios debían ser preferidas a las demás personas³⁷. Y los virreyes y presidentes gobernadores podían revocar las gracias de tierras que dieran los cabildos, si no estuviesen confirmados por el Rey “y si fueren de indios, se los manden volver”³⁸.

Debemos resaltar también el Título Tercero “*De las reducciones, y pueblos de indios*”, del Libro VI de la Recopilación. Especialmente la Ley VIII –D. Felipe II en el Pardo 01/12/1573. D. Felipe III en Madrid 10/10/1618–:

Los sitios en que se han de formar pueblos, y reducciones, tengan comodidad de aguas, tierras y montes, entradas y salidas, y labranzas, y un exido de una legua de largo, donde los indios puedan tener sus ganados, sin que se revuelvan con otros de españoles”.

Y la ley XX –D. Felipe III en Madrid 10/10/1618. D. Carlos II y la reina gobernadora– que disponía las distancias que debían tener las estancias de ganado respecto de las reducciones de indios.

Las leyes indianas protegían tanto la propiedad individual como comunal de los indios. Respecto de ésta última lo hacía desde una doble vertiente: por una parte para ordenar que las tierras que se diesen a los españoles por venta, merced o composición no implicasen agravio para los naturales o que de lo contrario “se vuelvan a quien de derecho” pertenezcan; por otro, para velar para que las estancias de ganado mayor y menor pertenecientes a los vecinos se mantuvieran a una distancia prudencial de los terrenos de la comunidad a fin de evitar el daño de las sementeras de los naturales.

En síntesis bajo el derecho indiano la propiedad comunitaria indígena estaba protegida de la siguiente manera: la comunidad en su conjunto ejercía

³⁶ Ley XVIII –Felipe IV en Madrid 16/03/1642 y Zaragoza 30/03/1646–, Tit. XII, Lib. IV, Recopilación de Indias.

³⁷ Cfr. Ley XIX –Felipe IV en Zaragoza 30/03/1646–, Tit. XII, Lib. IV, Recopilación de Indias.

³⁸ Cfr. Ley XX –Felipe II en Madrid 10/01//1589–, Tit. XII, Lib. IV, Recopilación de Indias.

el dominio pleno –en tanto unía en sí el dominio directo (propiedad) y el útil (uso o explotación de la cosa)– sobre las tierras correspondientes a sementeras y pastos, aunque limitado por la prohibición de venta y/o arriendo como parte de la tutela, que como rústicos o menores, protegía a los naturales del eventual expolio español³⁹.

4. Reforma de 1994 de la Constitución Argentina. Posesión y propiedad comunitarias de los pueblos indígenas argentinos

La reforma de la Constitución Argentina de 1994 trató la problemática indígena, como consecuencia de reclamos que algunos años antes de la misma habían comenzado a realizar distintos grupos y comunidades indígenas, por los cuales se había introducido dicha previsión en la ley de convocatoria⁴⁰.

El antiguo art. 67 inc. 15 disponía como facultad del Congreso: “(...) conservar el trato pacífico con los indios y procurar la conversión de ellos al catolicismo”. Cláusula que había devenido anacrónica y carecía de vigencia debido a un claro desuetudo constitucional. En primer lugar, porque hacía más de un siglo que se había superado el problema de las fronteras interiores y conquistado todo el territorio ocupado por los indígenas. En segundo lugar, la cuestión religiosa había perdido vigencia, más allá de que nunca hubo una imposición sistemática⁴¹.

En la Convención Nacional se presentaron numerosos proyectos individuales o colectivos que se reflejaron en sucesivos despachos de mayoría y minoría. Finalmente fue aprobado por la Convención Nacional Constituyente de 1994 reunida en Santa Fe en su 29º reunión el 11 de agosto de 1994⁴² como art. 75 inc. 17 el siguiente texto:

³⁹ Cfr. MÓNICA PATRICIA MARTINI y FERNANDO MAYORGA GARCÍA, “Los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras de comunidad. Del Nuevo Reino de Granada a la República de Colombia”, en MARIO G. LOSANO (coord.), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Milán, Giuffrè, Milano, 2004, p. 41.

⁴⁰ Ley 24.309, art. 3º, inciso LL.-ADECUACION DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES A FIN DE GARANTIZAR LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.* Por reforma al artículo 67, inciso 15 de la Constitución Nacional.

⁴¹ Cfr. GONZALO SEGOVIA y JUAN FERNANDO SEGOVIA, “La protección de los indígenas”, en DARDO PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, t. I, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995, pp. 328-329.

⁴² JORGE H. ALTERINI y otros, *Propiedad indígena*, Buenos Aires, Educa, 2005, p. 132.

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y **la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan**; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; **ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos**. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones (las negritas son nuestras).

Con relación a las tierras indígenas nos detendremos solamente a analizar un par de aspectos. En primer lugar, los constituyentes consagraron para los “pueblos indígenas argentinos” sólo la “posesión y propiedad comunitarias” negándoles su propiedad individual⁴³, ya hemos visto como en los pueblos mexicanos y andinos tenían ambas, y que inclusive las leyes indianas no sólo las reconocieron sino que además las protegieron. Por lo cual no solamente estamos ante una clara violación del art. 14 de la Constitución que consagra a todos los habitantes de la nación de “usar y gozar de su propiedad”, sino también del 16 que establece la igualdad ante la ley y suprime las prerrogativas de sangre⁴⁴. Y al eliminar la propiedad individual de los indígenas se fue más allá incluso de lo que planteaban la mayoría de los proyectos de los convencionales⁴⁵, y de lo que querían los propios aborígenes y las entidades que los agrupaban⁴⁶.

⁴³ Debemos aclarar que esta negación de la propiedad individual está dada sólo respecto a las tierras en las cuales se les reconocieran “*posesión y propiedad comunitarias*”. Ahora si un indígena quisiera ir a vivir por ejemplo a otro lugar, una ciudad, perfectamente puede tener un inmueble.

⁴⁴ Entre los autores que creen que se produce una verdadera violación al principio de igualdad: GONZALO SEGOVIA y JUAN FERNANDO SEGOVIA, *op. cit.*, pp. 317-343; en la opinión contraria podemos citar entre otros a: GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. IV, La Reforma Constitucional de 1994*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, pp. 370-377; ALTERINI y otros, *op. cit.*, pp. 168-171; una postura intermedia: MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional, t. IV*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 528-539.

⁴⁵ Cfr. ALTERINI y otros, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁶ “Es muy interesante consultar cuál fue la propuesta y el reclamo de las asociaciones indigenistas. La APDH sólo hizo referencia a “la posesión y propiedad de las tierras” sin adicionarle forma específica alguna; el ENDEPA utilizó la expresión “derecho a la posesión y propiedad individual y comunitaria de la tierra”; la AIRA y el Foro Permanente recla-

En segundo lugar, advertimos cierto paternalismo al disponer que “ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”. Nos recuerda a las normas protectoras del derecho indiano que limitaban estas facultades a los indios para evitar el expolio español. Disposiciones que tuvieron su razón histórica, y que valoramos positivamente, sin embargo, la disyuntiva que se plantea actualmente es si es posible reflotarlas luego de dos siglos de olvido y bajo condiciones muy diferentes a las de antaño y, si este tipo de normas no desvirtúa, como hemos expresado, el principio de igualdad.

5. La construcción de la propiedad comunitaria huarpe

Hemos visto cómo documentalmente no se puede probar la existencia de la propiedad comunitaria entre los huarpes, es más, los documentos tempranos se refieren a las tierras de los caciques. De ellos además surge la existencia de un cacique del valle, otros caciques y principales. Sin embargo, los legisladores mendocinos sólo reconocieron la existencia de la propiedad comunitaria de los huarpes.

La pregunta del millón es de donde surge esta “propiedad comunitaria”. El expediente n° 72.575, caratulados: “FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA C/GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA S/AC. INC.” nos trae la respuesta. Entre los elementos probatorios que tuvo en cuenta la Corte mendocina para fallar resaltaremos especialmente dos testimoniales, que habrían ilustrado históricamente a la Corte: en primer lugar el testimonio del sacerdote Benito Sellito y luego el de la profesora de historia y antropología Olga Raquel Rodríguez.

El padre Benito Sellito –sacerdote del Instituto Misionero Redentoritas que tenía un convenio con el Arzobispado de Mendoza para la atención es-

maron “la posesión y propiedad de la tierra que tradicionalmente ocupan”; la Asociación Thaka Honat pidió que se asegurara “la propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Ver APDH, *Propuesta de reforma constitucional*, cit. p. 4, 10 y 11.

El Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos a través de un Documento Ecuménico sobre la reforma constitucional, Paraná, 1994, distribuido con motivo de la Convención, fue el único que optó por “estatuir el derecho del indígena a la propiedad comunitaria de las tierras en aquellas zonas del territorio nacional que las comunidades indígenas poseen desde hace centenares de años”. GONZALO SEGOVIA y JUAN FERNANDO SEGOVIA, op. cit., p. 338, nota (40).

piritual del distrito de Asunción, San José, Laguna del Rosario y San Miguel de Los Sauces desde 1980 y que trabajaba con la comunidad huarpe desde 1977– declaró:

Que la gente ha vivido y vive en una miseria extrema e inseguridad total a la que el dicente con la ayuda de la Universidad de Cuyo buscaba como poder solucionar es (sic) situación trágica (...) En 1991 firmaron con la Universidad Nacional de Cuyo, el Gobierno de la Provincia, la Municipalidad de Lavalle y el Instituto, un convenio para estudiar la problemática de la zona llamada Desierto de Lavalle. Trabajaron en el rectorado casi un año (...). **Entre tanto con distintas facultades de la Universidad Nacional de Cuyo se hizo un taller en la Laguna del Rosario organizado por el profesor Anastassi para saber si la población quería la propiedad individual o comunitaria y la conclusión fue “comunitaria”** (...) Después de 1994 con el cambio de la Constitución Nacional pensó de organizar al pueblo lagunero en comunidades indígenas, todo esto con la ayuda de las escuelas que empezaron a concientizar a los niños de su identidad y dignidad como huarpes. El paso siguiente fue que los niños hablando, comentando con los padres, tíos y abuelos se identificaban con lo que decían los libros sobre el pueblo huarpe que daban por extinguido porque su vida, su cultura, sus tradiciones eran iguales a los antepasados, por lo tanto ellos concluyeron que la cultura no había desaparecido. Así fue que en 1998 con la ayuda de las escuelas comenzaron a organizar las comunidades eligiendo cada una de ellas sus estatutos, sus objetivos y su Consejo y cada comunidad redactó en pocas líneas su historia (...) cuestionaba su cultura individualista y allí empezó a tomar conciencia que **vivían otra cultura, la de la madre tierra, la cultura de la tierra que no se divide, que no se parcela, donde no hay alambrados y donde todos son dueños y se respetan mutuamente. Para los huarpes lo que es individual es el puesto con su ranchito, con su pozo, con su corral y los animales que llevan señal y marca del puestero...**” (las negritas son nuestras)⁴⁷.

Del extenso testimonio del sacerdote Sellito –que hemos querido transcribir porque aflora toda su participación en la concientización “huarpe”- surge que en realidad la propiedad comunitaria no tendría un origen histórico y cultural sino que habría surgido de lo convenido luego de un taller en la Laguna del Rosario. Y que luego de la Constitución de 1994 se inició un proceso de

⁴⁷ Autos n° 72.575, caratulados “FISCALÍA DE ESTADO (...)”, fs. 439-442 vta.

“concientización” y de “identificación” como huarpes. Estaríamos en presencia de un proceso netamente voluntarista de construcción de una identidad colectiva, carente de elementos históricos y objetivos.

Además si los huarpes vivían la cultura de la madre tierra no deberíamos hablar de propiedad sobre ella, porque deja de ser un objeto para transformarse en sujeto. Por último no podemos dejar de notar que el sacerdote reconoce la existencia de la propiedad privada al menos respecto “del puesto con su ranchito...”, lo que abriría la posibilidad al menos de aceptar que conjuntamente con esta supuesta propiedad comunitaria tendrían una propiedad individual.

La profesora de historia y antropología Olga Raquel Rodríguez, quien es una conocida indigenista de Mendoza, en su declaración testimonial expresó:

La concepción de la tierra para el pueblo huarpe, como para cualquier pueblo originario de América, es ser la Madre Tierra, de la cual provienen todos como hermanos, por lo tanto hay una relación de respeto, hermandad y protección (...) El pueblo huarpe en su proceso histórico y en la percepción que ellos hace de sí, son uno solo con su madre tierra. Esto lo vemos en cada acto cotidiano de su vida práctica, que piden permiso hasta para cortar un algarrobo (...) (las negritas son nuestras)⁴⁸.

De lo afirmado por la profesora Rodríguez podemos señalar, como lo hicieramos al testimonio del sacerdote Sellito, que si los “huarpes” tienen la percepción de que son uno con su madre tierra, esto implicaría que culturalmente no tendrían derecho de propiedad alguno sobre ella, ya que no se puede ser objeto y sujeto al mismo tiempo.

Finalmente, hemos verificado que distintos estudios han demostrado que no todos los pueblos indígenas de América tenían propiedad comunitaria, al menos de manera excluyente, sino que existieron distintos tipos de relaciones con la tierra, y que en definitiva lo que repitió fue un dogma carente de sustento histórico, objetivo y científico.

6. Conclusiones

En el trabajo se ha demostrado cómo en los Imperios Azteca e Inca, e incluso en otros señoríos étnicos andinos, no sólo existía la propiedad comunitaria,

⁴⁸ Autos n° 72.575, caratulados “FISCALÍA DE ESTADO (...). fs. 454 vta.

sino que coexistía la propiedad individual, junto a otras más. Pero que en última instancia estas dependían de la máxima figura étnica.

Respecto de los huarpes no habría fuentes documentales que respalden la propiedad comunitaria, por lo contrario los escritos tempranos se refieren a las tierras de los caciques. Lo que cuestiona de raíz los actuales reclamos de propiedad comunal de quienes hoy se dicen huarpes, ya que en definitiva, no habría existido entre ellos la propiedad comunitaria, sino la propiedad de caciques y principales, al menos a la llegada de los españoles, y luego de haber pasado por un proceso de incaización.

Asimismo no podemos dejar de preguntarnos cuál era el concepto de propiedad que tenían antes de la dominación Inca, o qué tipo de relaciones tenían con las tierras, interrogantes para los que no tenemos respuestas. Quizá un futuro descubrimiento arqueológico pudiera traer nueva luz sobre el tema. Igualmente, no podemos omitir que los españoles sí conocían la propiedad comunal, y según advertimos no solamente la conocieron, sino que la establecieron y regularon, pero conjuntamente con la propiedad individual de los indios. Siempre dentro de un marco protectorio para evitar el eventual expolio español.

La Reforma de la Constitución Argentina de 1994, en franca contradicción con los artículos 14 y 16 del mismo cuerpo, reconoció solamente la “posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” negándoles la posibilidad de tener propiedad individual en ellas. Y con cierto paternalismo les niega la posibilidad de enajenar, transmitir, grabar o embargar éstas.

Para ir finalizando, en el trabajo ha quedado evidenciado cómo la supuesta “propiedad comunitaria” huarpe no ha sido otra cosa que producto de un constructivismo ideológico de grupos indigenistas. Quienes ante una problemática social grave de “miseria extrema e inseguridad total” intentaron solucionarla a través de la concientización e identificación como huarpes y de la creación de la propiedad comunal.

De todas maneras esto no significa que neguemos de manera categórica y general para todos los naturales de América la existencia de la propiedad comunitaria, y en nuestro caso los que habitaron el actual territorio argentino, sino que se debe estudiar el caso de cada etnia en particular, teniendo en cuenta sus características propias y su grado de organización.

CONTROL REAL Y POLÍTICA POBLACIONAL EN INDIAS (S. XV-XVI)

CONTROL BY THE SPANISH MONARCHY AND POPULATION POLICY IN THE INDIES (15th - 16th CENTURIES)

MARÍA MAGDALENA MARTÍNEZ ALMIRA
Universidad de Alicante (España)

mm.martinez@ua.es

Resumen: La movilidad humana es un hecho que se repite en la historia sin solución de continuidad por motivos y razones diversas, tanto a nivel individual como colectivo. El hecho es abordado a nivel estatal, y en las últimas décadas en el marco internacional, como una problemática, especialmente para el país que recibe. La acogida no siempre es pacífica, tampoco esperanzadora y raramente desinteresada. La llegada de contingentes poblacionales supone, en la mayoría de las ocasiones, un desequilibrio a distintos niveles, tanto para el lugar del que se sale como para el lugar al que se llega, siempre con el anhelo de mejorar expectativas de vida.

A la luz de las relaciones de pasaje a Indias - catálogos de pasajeros donde se constatan irregularidades en las descripciones de los viajeros-, de los hechos acaecidos en Indias, de las consultas al Consejo para las cosas tocantes de Indias, y de los Memoriales e Informes, se plantean varias preguntas sobre la efectiva planificación o proyección de población de las Indias; una planificación tanto en el proceso de salida como en el de llegada, capaz de asumir las consecuencias de las decisiones adoptadas. Un hecho que, según los datos descritos, no parece que se diera conforme a la actividad que las autoridades, responsables de regir los designios de los asuntos públicos del momento, tendrían que haber puesto en práctica.

Palabras clave: población, poblamiento, control real, hidalguía, moriscos, política.

Abstract: Human mobility is a fact and has been a constant in history, for several reasons and circumstances, both individually and collectively. That fact has been addressed by states, and in recent decades by the international framework, as a problem, especially for the recipient country. The welcome is not always peaceful, hopeful or selfless. The arrival of the migrant population, in most cases, implies a social, and sometimes economic, imbalance too, but in both directions. One of the main reasons for migration, perhaps the most important, is the search for better living conditions.

On the basis of the catalogues of passengers travelling to the Indies, which were the first reliable evidence of irregularities in the descriptions of the travelers, apart from the events in the Indies and consultations to the council responsible for the issues of the Indies, and of the memorials and reports, several questions are asked about and the 'effective population planning', 'responsible population project'. This paper analyzes the migration process and the arrival to the Indies. A fact which, according to the legal sources, does not appear to be in accordance with the 'mission' of the royal officers and clergymen res-

possible for governing and controlling public affairs, at the time they should have been implemented.

Keywords: population, control by the monarchy, lower nobility, moors, policy.

Sumario: 1. La eficacia de las medidas legislativas en el proceso de poblamiento de las Indias. 2. La *necesidad* de gentes con voluntad de ir a las Indias. Un hecho ponderado por la Monarquía. 2.1. La pujanza de los colaboracionistas. 2.2. La necesidad de gentes expertas en actividades diversas que garantizaran la prosperidad en la empresa económica. 3. Procedimientos legales y *recursos para legalizar* la población de las Indias. Algunos supuestos. 3.1. Procedimientos para una política de poblamiento eficaz 3.2. Recursos para legalizar el poblamiento con *gentes con voluntad de ir a las Yndias*. 4. Poblar la Indias con gentes valerosas y trabajadoras. Un proceso no exento de contradicciones.

1. La eficacia de las medidas legislativas en el proceso de poblamiento de las Indias

Los mudéjares, y los moriscos después de las primeras conversiones forzosas, fueron concededores de las limitaciones que su condición religiosa comportaba en el libre tránsito por los territorios bajo soberanía hispana. La Real Cédula de 23 de mayo de 1493 evidencia la inicial preocupación por cerrar el paso a quienes no fueran buenos y probados cristianos. Prácticamente desde el inicio de la aventura indiana se adoptaron medidas cautelares, de hecho uno de los viajeros que recibieron autorización para seleccionar pasaje bajo su responsabilidad fue Fernando de Zafra; en 1493 mediante Cédula de los Reyes a Fernando de Zafra se le mandaba escogiera en Granada veinte lanzas ginetas que se habían de embarcar para las Indias,

Hombres seguros e fiables que vayan de buena gana; el sueldo de seis meses adelantados de qualesquier maravedis que alla tiene los tesoreros de la Hermandad para la paga de la gente de su año, que se cumple por Santa Maria e Agosto deste año (Barcelona, 23 mayo de 1493)¹.

¹“Cedula de los Reyes a Fernando de Zafra mandado le escoja en Granada veinte lanzas ginetas que se habían de embarcar para las Indias” en Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas en América y Oceanía... [1ª Serie] / bajo la dirección de Joaquín F. Pacheco y Francisco de Cárdenas y Luis Torres de Mendoza: Imprenta de M. Bernaldo de Quirós [etc.], 1864-1884 (en adelante *CODOIN*), v. 19, 1873, pp. 501-503.

Si bien esta posibilidad quedaba supeditada a la efectiva concesión de la autorización mediante licencia:

Porque no vaya mas de lo que Nos dieremos licencia; Prohivimos e Mandamos que ningunas ni algunas personas, de ningún estado o condición, preheminiencia o dignidad que sean, no sean osado de ir ni vayan a las dichas Yslas e Tierra firme en la dicha Armada, ni fuera della, ni ningún Maestres ni Capitanes de navíos, ni algunos navíos no sean osados de los acoger ni llevar, ni los acojan, ni lleven en sus navíos (...) a las dichas Yndias. Dada en Barcelona a 23 mayo 1493².

En 1494 llegaron a la Corte noticias de ciertas irregularidades en el tránsito del pasaje; en concreto sobre personas que no portaban licencia. La autorización de paso solo era concedida bajo ciertas garantías: el objeto del viaje debía estar en consonancia con los presupuestos de la “empresa” de la Monarquía, y los pobladores se comprometían a contribuir con las riquezas obtenidas al sostenimiento de las arcas reales; de ahí que buscar oro, metales o bien otras mercaderías, fuera junto con vivir y morar en la Isla Española, el principal aliciente de los nuevos pobladores; y respecto a los indígenas:

que abitan en la dicha Tierra en conocimiento de Dios Nuestro Señor e a reducillos a nuestra Santa Fée Catholica

Para ello se especificaron los primeros requisitos, “conthenidas e declaradas desta guisa”:

Primeramente: (...) hayan de partir desde la Cibdad de Cadiz, e non de otra parte alguna; e que antes que partan se presenten allí ante los oficiales que to bieren puestos por Nos, e por quien Nuestro poder tobiere (...)

Y he aquí una segunda medida con consecuencias negativas para los fines que se pretendían, y que no parece fuera suficientemente calibrada:

2. Que qualesquier personas que quisieren yr a vivir e morar en la dicha Isla Española, sin sueldo, pueda yr e vayan libremente, e que allá sean francos e libres, e que no paguen derecho alguno, e thengan para si e por suyo propio

² *CODOIN*, v. 19, 1873, p. 481.

e para sus herederos, o para quien dellos obiere cabsa, las casas que fizieren, e las tierras que labraren, e las heredades que plantares³.

Si por un lado la Monarquía se manifestaba proclive a poblar con gentes valientes y aventureras de cualquier lugar, siempre y cuando recibieran el pláacet tanto real como de los oficiales delegados en el lugar de partida, por otro mostraba un exceso de celo que, sobre el papel, dejaba en entredicho cualquier medida tomada con antelación.

No se trata de normas contradictorias sin más, sino de medidas adoptadas conforme al devenir de los hechos, que intentaban paliar situaciones de descontrol sobre gentes a las que difícilmente se podía controlar. Y este hecho es el que da lugar a considerar la ambigüedad de la normativa promulgada en este periodo de inicial poblamiento.

Una de las primeras medidas controvertidas, en relación con este procedimiento se dio el 10 de abril de 1495, mediante Provisión de licencia *para que fuesen los que quisieren a las Indias*⁴. Por el enunciado no parece que la medida supusiera limitación alguna, salvo la expresa voluntad de querer pasar; aunque bien es cierto que solo la expresa licencia real haría posible el viaje:

para que ninguna persona fuese a las Indias sin Nuestra licencia e mandado so ciertas penas; (...) Acordamos de mandar dar, e por la presente damos e concedemos la dicha licencia a los dichos Nuestros subditos e Naturales, para que vayan a las dichas yslas e Tierra firme a descubrillas e contratar en ellas con las condyiones e segund e en la manera quen esta Nuestra Carta serán conthenidas e declaradas en esta guisa⁵.

Este primer flujo de gentes quedo bajo el control del Obispo de Badajoz, a quien se le encomendaba que estas fueran conscientes de que iban a:

³ “Real Provisión, previniendo lo que se debía observar en quanto a los que querían ir a establecerse en las Indias, y en lo tocante a los que deseaban ir a descubrir nuevas Tierras, De la Villa de Madrid a 10 de abril de 1495” en *CODOIN*, v. 30, 1878, pp. 317-324.

⁴ Nótese que durante los años 1492 y 1528 fue Santo Domingo el destino principal de las expediciones marítimas, mientras que durante la década comprendida entre 1509 y 1519 La Antigua (Panamá) figuró también como punto final de estas expediciones. MORALES PADRÓN, F., *Historia del descubrimiento y conquista de América*, 4^a ed, Madrid, 1981 (1^a ed, 1963); sobre los distintos viajes a América, su programación y desarrollo véase pp. 165-278.

⁵ *CODOIN*, v. 36, 1881, pp. 87-95; vid. p. 89.

vir e morar en la dicha en la dicha Isla Española sin sueldo, puedan ir e vayan libremente, e que allí serán francos e libres, que no paguen derechos algunos e tengan para sí e por suyo propio, e para sus herederos o para quien dellos hoviere causa, las cosas que ficieren e las tierras que labraren e las feridades que plantaren⁶.

Un mes después, el 30 de mayo de 1495 en Arévalo, los Reyes Católicos dictaban una Provisión concediendo licencia para pasar a todos los súbditos y estableciendo las condiciones del pasaje y la estancia⁷. Y sin solución de continuidad se sucedieron tales medidas; en 1497 se dio permiso a Colón para pasar a Indias autorizándole para que pudiera llevar cuarenta escuderos, cien peones de guerra y de trabajo, treinta marineros, treinta grumetes, veinte labradores de oro, cincuenta labradores, diez hortelanos, veinte oficiales de todos los oficios y treinta mujeres⁸, a cambio de pagar con cualesquiera de las mercancías que obtuviera en Indias, y con la posibilidad de aumentar el número hasta quinientas, como así sucedió tras sucesivas negociaciones, “por el tiempo e segund a vos bien visto fuere”⁹.

No obstante, este paso de gentes al Nuevo Mundo se vio condicionado a partir de 1501 a nuevas exigencias coyunturales, que tuvo su corolario en las limitaciones legislativas para facilitar el poblamiento conforme a unos criterios de control, que asumirían los oficiales de la Casa de la Contratación de forma progresiva. Una legislación que, no con el alcance deseado, pretendía, en primer lugar aplicar un control sobre flujos migratorios, para disipar la posibilidad de que las Indias fueran lugar de acogida y de asentamiento de gentes prohibidas. Por ello se prestó especial atención y cuidado en los lugares portuarios, ante la posibilidad de eludir el control de los oficiales reales. Un buen ejemplo fue la ciudad de Sevilla y sus alrededores dónde la densidad de

⁶ “Traslado del despacho que se embio al Obispo de Badajoz, sobre las cuatro carabelas que han de ir a las Indias”, Madrid, 9 de abril de 1495. *CODOIN*, v. 21, 1874, pp. 561-563.

⁷ SCHÄFER, *Índice de la colección de documentos inéditos de Indias*, op.cit., reg. 278, p. 38.

⁸ “Real Cedula de los Reyes Católicos dando poder a Don Xristobal Colon, para que tome a sueldo trescientas e treinta personas de diversos oficios, en la forma que se determina e pueda alterar esta, siempre que lleve el numero susodicho para questen en las Indias, Burgos 23 abril de 1497” *CODOIN*, v. 36, 1881, pp. 139-140.

⁹ “Carta-Ynstruccion de los Reyes Catholicos a Don Xristobal Colon dándole poder par tomar mas numero de personas de las trescientas e treinta que le mandan tomar para las Indias; e que las pague de qualquier mecadurias que se obiese en las dichas Indias. Burgos 23 de abril de 1497”, Idem, pp. 149-151.

población de moriscos no solo tenía por finalidad la concentración para pasar a Berbería, como así sucedió tras la guerra de las Alpujarras (1568-1570), sino entrar al servicio del entramado productivo y de servicios destinado a facilitar el desarrollo comercial con Indias.

Ahora bien, este proceso tuvo un efecto negativo a nivel poblacional en la Península, puesto que cuando se dictaron las primeras normas limitando la huida al norte de África, se evidenció un despoblamiento que anunciaba ser ruinoso, y que solo cuando se vislumbró en las aldeas y lugares del Reino de Granada en 1505 obligó a reconsiderar estas iniciales medidas¹⁰.

A pesar de la política persecutoria contra los recién convertidos, lo cierto es que a medida que los moriscos fueron considerados mano de obra útil para el desempeño de determinadas funciones o trabajos, se dictaron disposiciones legales que permitieron legítimamente desplazarse por los dominios de la Corona de Castilla. Esta situación se dio durante las primeras décadas y, aún quedando fuera de la intención del legislador, lo cierto es que permitió el paso también a Indias. Concretamente durante el reinado de Juana se concedieron licencias a pilotos, mercaderes, oficiales de marina, y artesanos cuya filiación quedaba en entredicho, y de los que apenas se tenía referencias. La permisividad dio lugar a que, al menos durante las primeras décadas, muchos individuos quedasen en un limbo legal que les alejaba del punto de mira de las autoridades competentes¹¹.

Esta situación se dio a lo largo del siglo XVI y también en la primera mitad del siglo XVII; contribuyeron a ello los “artífices” de la navegación a Indias, y así, por ejemplo, capitanes, pilotos, maestros y otros miembros de las tripulaciones actuaron como mediadores permitiendo embarcar a las Indias a parientes y gentes de círculos próximos, tanto por razón de vecindad como

¹⁰ LÓPEZ COCA CASTAÑER, J.E., “Granada y el Magreb. La emigración andalusí (1485-1516)”, en *Relaciones de la Península Ibérica con el Magreb, siglos XIII-XVI, Actas del Coloquio (Madrid, 17-18 diciembre 1987)*, Edit., Mercedes García Arenal y María Jesús Viguera, Madrid, CSIC, 1988, pp. 409-451, sobre este asunto pp. 428-430.

¹¹ Conviene hacer esta explicación conceptual del término que se ha venido utilizando hasta el momento para distinguir entre actitud tolerante en exceso, permisiva o laxa; no creemos que hubiera una tolerancia excesiva, pues da fe de ello la profusa legislación publicada prohibiendo el paso y que estén en Indias los prohibidos. S.v. “permisividad” en *Diccionario Real Academia Española* [Disponible en: del.rae.es][Consultado 28/11/2015]. Y MOLINER, M., *Diccionario de uso del español*, 3^o ed., Madrid, Edit. Gredos, 2007, t. 2, p. 2260.

profesional. Una situación, que como se ha señalado, se advierte durante décadas, como así se deduce de la carta enviada por Francisco Martínez el 2 de noviembre de 1589 desde Santo Domingo a Juana Martínez residente en Sevilla, en la que le decía tendría que hablar con el piloto Pedro Fernández “para que os acomodase en la venida a Indias y a quien debía enseñar su carta”; y él sería quien diera el dinero para el camino y todo lo necesario como sobrina que era, y le pedía que recibida la carta fuera a sacar licencia al Consejo Real “de esa tierra, pidiendo para vos y vuestra hermana y una mujer para honestidad y miramiento de sus personas”¹².

Entre las medidas legales para impedir el paso a Indias se aumentó y garantizó la vigilancia especialmente sobre los esclavos y fugitivos, asignando mayor responsabilidad a los capitanes y gobernadores fieles al rey, para quienes encontrándose en algún derrotero descubrieran a “moros o moras principales o de rescate, deberían comunicarlo a los oficiales reales”, dando con ello idea del tipo de personas que lograban embarcarse en las naos que partían para Indias. Efectivamente, el pago del matalotaje y cuantos fondos fueran precisos para todo el tiempo que el viaje durase no estaban al alcance más que de personas con posibles; en estos casos la legislación aplicable era la real, que suponía reducir a estas personas y someterlas, en su momento, a la jurisdicción de los oficiales reales. Pero el legislador solo preveía que estos moros hubieran partido de algún puerto que no estuviera bajo soberanía hispana, pues solo así cabía la posibilidad de conducirlos nuevamente a sus lugares de origen, y si eran susceptibles de ser intercambiados por otros cautivos o de rescate realizarlo sin más¹³. El problema se generaba cuando los *moros y moras principales embarcados no eran naturales de ningún otro lugar más que de los territorios españoles*, y en este caso lo pertinente, según la legislación citada, era desembarcarlos en esos mismos puertos; los capitanes custodiarían a los prohibidos hasta llegar al lugar de destino, y es entonces cuando quedarían bajo jurisdicción real para devolverlos a la Península en cuanto fuera posible. Decisiones que, según se informaba a la autoridad real, no dieron el resultado deseado, al detectarse la salida desde la Península sin grandes inconvenientes.

¹² OTTE, *Cartas privadas de emigrantes a Indias*, doc. 645, p. 579.

¹³ Esas fueron, por ejemplo, las instrucciones dadas en Barcelona a Hernán Magallanes y a Ruy Falero “Real Cédula dada por el Rey a Hernán Magallanes y a Ruy Falero en Barcelona el 8 de mayo de 1519”, en *CDIHHA*, 4, pp. 296-379; vid. p. 302.

2. La necesidad de gentes con voluntad de ir a las Indias. Un hecho ponderado por la Monarquía

A pesar de las medidas que intentaban poner orden al poblamiento de las Indias desde la Península diversos fueron los factores que alteraron el orden de las mismas. Entre los factores que la documentación enfatiza de forma reiterada en este asunto, destacan tres que guardan una relación estrecha, y sobre los que es difícil establecer una jerarquización puesto que son interdependientes. El colaboracionismo de sectores económicamente potentes que solicitaban compensación por los servicios prestados, se vio correspondido por la necesidad de gentes expertas para poner en pleno rendimiento la empresa indiana; una empresa que podría generar los recursos necesarios para el sostenimiento de la economía peninsular, y que en todo momento contó con el aliento de la monarquía y el apoyo, incluso más allá de lo inicialmente comprometido.

2.1. La pujanza de los colaboracionistas

Los Reyes Católicos manifestaron su generosidad hacia estos representantes de la comunidad musulmana ante las negociaciones fructíferas que se habían llevado a término, con el fin de uniformar o unificar la fe en el Reino de Castilla, y en concreto en los territorios de reciente incorporación a soberanía cristiana. El favor prestado se compensó mediante la concesión de esos privilegios tanto pecuniarios como profesionales, que en principio favorecerían la asimilación de los antaño musulmanes al entramado productivo del siglo XVI. Este dato, que ha sido puesto de relieve por la historiografía para explicar el alcance y consecuencias de la conversión forzosa, tiene aquí un especial significado, ya que los moriscos bautizados desarrollarían su trabajo en un ámbito particular cual era el de las infraestructuras habilitadas para facilitar el paso a Indias y el desarrollo naval; no quedaban pues al margen de un marco laboral que, supuestamente, entrañaba riesgos sino que bien por haber depositado los reyes su confianza en ellos, o bien por las muestras de fidelidad que habían prestado a los monarcas y autoridades, se incorporaban sin limitación alguna. Hasta qué punto este hecho contribuyó a que el libre tránsito de gentes por este espacio portuario fuera tentación para salir o huir de un territorio en el que de forma progresiva se acentuaron las prohibiciones y limitaciones de derechos es una cuestión a resolver.

Este fue el caso del maestro albañil Hamete Oberí, que tras el bautismo recibió el nombre de Francisco Fernández y que por el papel desempeñado en el momento de la conversión en 1502 fue nombrado el 24 de febrero en el Tumbo de los Reyes Católicos maestro mayor de las obras de cañería e albañilería de los Alcáceres y Atarazanas; las Atarazanas se beneficiaron también de otros artesanos, como el tornero maestro Mahoma Recocho, quien recibió el nombre de Antonio Ximenes, y fue beneficiado con el oficio de maestro mayor de los oficios de tornero e cubero” de los Alcáceres y Atarazanas¹⁴; estos nombramientos llevaban pareja la merced de franquicia tributaria y gratificaciones anuales de por vida de 5.000 maravedíes, al margen de los salarios ordinarios¹⁵.

Lealtad que sería premiada y valorada durante todo este proceso. El 28 de agosto de 1558 Ortuño de Vergara escribía desde Los Reyes a su hermano Francisco de Vergara residente en Balmaseda, manifestando, en primer lugar, “su lealtad al rey” e informándole de la conveniencia de que pasara al Nuevo Mundo provisto de licencia y de habilitación; era importante que le mantuviera informado de todo lo que pasaba en España pero le pedía cautela en cómo lo contase en las cartas, ya que era sabido que las cartas se abrían, y no convenía quedar comprometido por lo que en ellas se dijera; importante era que se llevase la probanza de hidalguía familiar¹⁶, pues era el pasaporte o cédula de seguridad; y convenía también informar a los oficiales que tanto un hermano suyo de padre como de madre, vecino en la ciudad de Santiago de los Valles, se encontraba ya en Lima. Ortuño decidía en ese momento no enviar dinero “porque todo lo toma el rey”¹⁷, lo que no impediría ser pagados los fletes y pasaje a la llegada sin problema.

¹⁴ FERNÁNDEZ, M. y OSTOS, P. (eds.): *El tumbo de los Reyes Católicos del concejo de Sevilla*, Madrid, Fundación Ramón Areces, 2002, v. X (1501-1502), pp. 429-432.

¹⁵ Apud. COLLANTES DE TERÁN SÁNCHEZ, “La aljama mudéjar de Sevilla” en *Al-Andalus*, XLIII (1978), pp. 143-162. Vid. Wagner, “Un padrón desconocido”, p. 378. Sobre diversas mercedes por la conversión y el bautismo vid. ORTEGA RICO, P. “Cristianos y mudéjares ante la conversión de 1502: Mercedes de bienes de moros” en *Espacio, Tiempo y Forma, Serie III, Historia Medieval*, 24, 2011, pp. 279-318; sobre las dificultades vividas vid. p. 283.

¹⁶ De interés para ver los cambios y evolución en la consecución de este privilegio a partir de 1492 GERVERT, M.,- FAYARD, J., “Fermeture de la noblesse et pureté de sang dans les concejos de Castille au XVème siècle a travers les procès de la hidalguía” en *La ciudad hispanica*. Madrid: Editorial Universidad Complutense, 1985, pp. 443-473.

¹⁷ OTTE, *Cartas privadas de emigrantes a Indias*, op.cit., doc. 424, p. 373.

2.2. La necesidad de gentes expertas en actividades diversas que garantizaran a su vez la prosperidad en la empresa económica

La clasificación de estas gentes como *prohibidos* o *penitenciados* fue resultado de la acción inquisitorial¹⁸; al menos así se deduce de la documentación real emitida durante el siglo XV; el concepto fue dotado de contenido en la Orden dada a los oficiales reales sobre *las personas que pasan a las Indias de las que están prohibidas y vedadas*, exigiéndoles que guardasen *las prohibiciones que fueran dadas por los Católicos Reyes*¹⁹. En virtud de esta disposición personas *prohibidas* y *vedadas* eran los conversos, y los que hubiesen sido *condenados por la Santa Inquisición, los hijos y nietos de quemados y los reconciliados*²⁰.

Hubo también personas que en calidad de jurados, tesoreros, contadores, almozarifes, boticarios y clérigos obtuvieron sus licencias pese a sus orígenes²¹. A Indias se embarcaron Diego García el Romo, hijo de Diego García el Romo y de Isabel Álvarez, vecinos de Illescas y Juan de Illescas hijo de Diego de Illescas y de Inés Álvarez, vecinos de Illescas, reputados conversos que cambiaron sus nombres –Fernando el Romo y Granate, respectivamente–, y con ello su suerte el 8 de octubre de 1511 al ser asentados como futuros pasajeros de los navíos²². Francisco, hijo del alcaide de Alanís, y de Brianda Rodríguez –ambos vecinos de la población citada–, que el 8 marzo 1513 consiguieron su pasaje;

¹⁸ “Cédula que manda que no pueda passar a las Indias ningún penitenciado, aunque tenga habilitación. Zaragoza el 24 de septiembre de 1518”. *Cedulario indiano*, t. I, p. 454. Nótese que la Inquisición granadina no actúa en este territorio sino a partir de la década de los veinte.

¹⁹ “Orden a los oficiales de la Casa de Contratación impidiendo que pasen aunque lleven rehabilitación del rey”, 1519”, AGI, *Indiferente.*, leg. 420, L.8, 1, fol. 92^v.

²⁰ En el periodo comprendido entre 1528-1529 el número de autos celebrados en Granada fue solo de tres moriscos; este escaso número es también constante en Indias a lo largo de todo el siglo XVI, e incluso tras la expulsión en 1609. Sobre los procesos contra moriscos, judaizantes vid. GARCÍA FUENTES, *La Inquisición en Granada en el siglo XVI*, p. 4, (vid. Cuadro III Introd.).

²¹ Fue el caso de Francisco Juárez, hijo del Hernando Alonso, almojarife, y María Juárez, quien ingresó en la Orden de San Francisco, adoptando el nombre del santo patrón y consiguió bajo su condición de clérigo pasar a Indias para emprender la labor de evangelización; véase BERMÚDEZ PLATA, C., *Catálogo de pasajeros a Indias durante los siglos XVI, XVII y XVIII. Redactado por el Personal Facultativo del Archivo General de Indias*, vol. I, 1509-1533, Madrid, 1930. Redactado por el Personal Facultativo del Archivo General de Indias, n^o 391, p. 59.

²² *Ibid.*, pág.56, n^o 383.

años después Francisco respondía ante la justicia por fraude económico sin que los testigos aportasen nada distinto a las vagas respuestas tan comunes en estos casos: Alanís era de reputada familia de cristianos viejos, y de todos bien conocido²³. Pasaron también Juan de Córdoba²⁴, hijo de Hernando Helmullí²⁵ y de Catalina Rodríguez, su hijo Hernando de Córdoba, con su criado Juanico Sánchez, oriundo de Marchena. Asimismo, Francisco de Berrio, merecedor en 1533 de merced de su señora, Doña Isabel, consistente en una cuarta parte de las vacas que andaban desmandadas por la ciudad de Veracruz²⁶. Francisco de Berrio era natural de Granada *e hijo de Gonzalo Suárez y de Catalina de Berrio, procesada por cosas de moros*²⁷. Un caso similar al de Melchor del Campo quien a pesar de las prohibiciones llegó hasta el Nuevo Reino de Granada²⁸. Personas que a pesar de las prohibiciones de paso a las Indias consiguieron la licencia, incluso después de haber experimentado el destierro.

²³ Ibid., pág.122, n° 980. Entre el 21 de mayo de 1550 y el 23 de enero de 1554 este sujeto estuvo bajo el punto de mira de la justicia, ya que se incoó un proceso entre el licenciado Juan de Villalobos, Fiscal del Consejo, contra el licenciado Francisco Alanís de Paz, provisto por Juez y Alcalde Mayor del Río de la Plata, sobre la devolución de cierta cantidad que le dieron los oficiales de la Casa de la Contratación a cuenta de sus salarios, por no haber podido pasar a servir dicho oficio. Comprende tres piezas, el proceso actuado ante el Consejo. 47 folios, el Interrogatorio presentado por Francisco Alanís de Paz. 20 folios, y la Probanza de Francisco Alanís de Paz. 72 folios.

²⁴ BERMÚDEZ, *Catálogo de pasajeros a Indias*, op.cit., n° 1654, p. 205.

²⁵ De oficio pregonero, al que aludía su laqab; Ibid., p. 192, n° 1654.

²⁶ Su madre fue una morisca que fue procesada en Auto de fe celebrado en la ciudad de Granada el 2 de febrero de 1567, día de la purificación y que fue condenada a llevar vela y abjuración de behementi, vela y abjuración; GARCÍA FUENTES, *La Inquisición en Granada en el siglo XVI*, p. 68. Sobre Francisco de Berrio, natural de Granada, hijo de Catalina de Berrio, pasajero al Perú, véase ROMERO IRUELA, L. y GALBIS DIEZ, M^a C., *Catálogo de pasajeros a Indias. Durante los siglos XVI, XVII y XVIII*, vol. V (1567-1577); TOMO I (1567-1574) M^o Cultura, 1980, pág. 503, n° 4.182. Y vid. la carta del protector de indios fray Juan de Zumárraga a Juan Peláez de Berrio, desde México en 1536; un apellido que aparece profusamente en la documentación indiana y en la Historia de la Iglesia; vid. CUEVAS, M., *Historia de la Iglesia de México de Mariano Cuevas*, p. 45-60, documentos inéditos, [Disponible en: <https://books.google.es/books> Historia de la Iglesia de México [Consultado el 06/06/2015].

²⁷ En Auto de fe celebrado el 2 febrero de 1567 fue penitenciada *extraordinariamente* Catalina de Berrio Gazia, *morisca vecina de Darrical a portar vela y abujaración de behemendi*; GARCÍA FUENTES, *La Inquisición de Granada en el siglo XVI*, op.cit. p. 69.

²⁸ Hijo de Alonso del Campo, que fue reconciliado con *abito (sic) y confiscación de bienes por cristiano de moro*; GARCÍA, *La Inquisición en Granada en el siglo XVI*, pág. 10; sobre el pasajero citado véase ROMERO y GALBIS, *Catálogo de pasajeros*, op.cit., n° 1819, p. 224.

Y fue precisamente la necesidad de gentes expertas, capaces de levantar una empresa de envergadura a tanta distancia lo que obligó a adoptar medidas arriesgadas. Así, por ejemplo, en 1570 Diego Robles advirtió de la necesidad y conveniencia de dar licencia a toda:

la gente bulgar, oficiales y labradores que quisiesen pasar a aquellas partes siendo cristianos viejos, trayendo sus informaciones hechas ante los corredores de sus pueblos y partidos los quales ymbien sus parecieres o pesquissas secretas de oficio al consejo y al que fuere persona limpia se le de licencia porque es cosa muy importante se pueble la tierra²⁹.

Y de ahí que primase la especialización a la hora de autorizar el paso de gentes de dudosa confesionalidad; como prueba de ello cítese el paso a Indias de Luis y Diego de Pastrana, profesionales en la producción de paños de seda, que les hizo merecedores de licencia. Pastrana, la población de la que eran originarios, estaba habitada por un nutrido grupo de moriscos venidos desde Granada a petición de Ruy Gómez de Silva. La seda era una producción del sector primario que generaba una actividad vinculada al regadío, puesto que la morera, principal alimento de los gusanos productores del hilo, servía tanto para fijar los márgenes de las acequias como para evitar “ribajos y facilitar incluso el drenaje a través de las ramas y hojas”; y también de alimento para el ganado –ovejas, cabras y conejos–; este arbolado además de propiciar el alimento para la producción del hilo favorecía la manufactura del sector textil; de ahí que muchos agricultores de aquel tiempo, no interesados en la cría del gusano directamente, optasen por arrendar las moreras a los artesanos dedicados a esta manufactura- cerrando con ello el ciclo de una actividad productiva que favorecía tanto al sector primario como al secundario.

Este aspecto interesa también en relación con la presencia de gentes especializadas en la aplicación de la ingeniería hidráulica con fines de regadío, muchos de origen andalusí; en efecto, la demanda de profesionales de la seda no solo se limitaba a la fase productora del hilo sino también a la previa de cultivo de la planta en condiciones y terreno propicio; una materia de la que los “moros” y “moriscos” eran maestros. Un ejemplo de esta vinculación es la casa y obraje de don Antonio de Moya y Zúñiga, maestro en el arte de la seda, cuya casa, vendida en pública almoneda con motivo de su muerte en 1640, se volvió a “labrar de nuevo”, pues estaba ruinosa, era frontera a la plazuela de

²⁹ “Memorial y otros papeles presentados por Diego de Robles sobre gobierno de las Indias.” en AGI, *Patronato*, leg. 171, n.º 1, R, 14, imágs. 17/8.

la Compañía de Jesús a su iglesia y a la portería, y tenía en medio la acequia del agua³⁰.

Otro tanto se puede decir de los religiosos, cuya obra necesitaba ser reconocida por los indios y las gentes de nuevo poblamiento con el fin de obtener los resultados por los que la Monarquía española sería respetada en materia de fe. Pero como se ve en la documentación el comportamiento de los religiosos en Indias no era lo ejemplar que debería: los clérigos y los frailes carecían de formación y de los valores que se les suponían por el hecho de profesar en las órdenes o haber sido ordenados sacerdotes, además de las dudas que se generaban sobre sus probanzas:

Lo otro y más principal es porque los clérigos que vienen a estas partes son ruines y todos se fundan sobre intereses; y si no fuese por lo que S.M. tiene mandado y por el baptizar estarían mejor los indios sin ellos³¹.

En 1570 nueva representación del doctor Cáceres dirigida al licenciado Juan de Ovando del Consejo de Su Majestad en el Consejo de la Inquisición daba noticia sobre la necesidad de que pasaran frailes con licencia; pero también aconsejaba proveyese el dinero necesario para que fueran “con su pasaje y matalotaje y fletes y otras necesidades y cosas”. Lo más importante es que denunciaba que de los veinticinco frailes que el rey había autorizado a ir hasta allí no habían llegado sino seis, defraudando así a Su Majestad. Pero es en este documento donde se explica detalladamente el negocio fraudulento de las licencias para los frailes, y acusaba a los comisarios que los debían llevar hasta allí sacándolos por Sanlúcar de actuaciones delictivas. En efecto, los comisarios les daban licencia para que se quedaran en las Islas Canarias, y a otros para ir hasta Santo Domingo, y sin embargo iban a parar a Nueva España; a otros les daban licencia para ir a Tierra Firme y en lugar de ir hasta ese destino iban al Perú, o a los que iban para Tierra Firme o Perú les expedían licencia para Nueva España u Honduras. E incluso a los preladados se les daba licencia para ir a una provincia y cuando llegaban se les permitía, también mediando licencia, ir a otra parte o a otra provincia, dejando vacante el lugar para el que habían sido provistos.

³⁰ IBARROLA, *Familias y casas de la vieja Valladolid (Morelia)*, p. 487.

³¹ *Instrucciones que los virreyes de Nueva España dejaron a sus sucesores*, “Relación, apuntamientos y avisos que por mandado de S.M. dí al Sr. D. Luis de Velasco, Visorey, y Gobernador y Capitán General desta Nueva España. p. 10. Sobre las carencias y débiles probanzas para la clerecía véase ROCHER SALAS, A., “Frailes y clérigos en Yucatán. Siglo XVII” en *Hispania sacra*, 55(2003), pp. 599-625; vid. p. 608.

2.3. *La necesidad de fondos y recursos para la Monarquía; aportados por los fieles cristianos que contribuían con el producto de su trabajo y de las riquezas conseguidas en Indias*

La necesidad de dinero para hacer frente a las deudas de la Monarquía llevó a ingeniar medios para incrementar los ingresos. Entre diversos supuestos se centra la atención en la relativa facilidad con la que la monarquía generaba nuevas expectativas a quienes por razones legales no reunían los requisitos de limpieza de sangre para pasar a Indias. Tomando como referencia al citado Ortuño de Vergara, cabe destacar el señalamiento que hizo a su hermano sobre lo importante que era llevarse la probanza de hidalguía familiar³²; era éste el pasaporte o cédula de seguridad. El documento se conseguiría fácilmente si informaba a los oficiales de la Casa de la Contratación que tanto un hermano suyo de padre como de madre, vecino en la ciudad de Santiago de los Valles, se encontraba ya en Lima.

Pero lo importante, era la condición de hidalguía que poseían; en efecto, era este el mérito que sometían a valoración todos aquellos que querían obtener de forma inmediata la licencia para ir a Indias. Una licencia que, además, tenía un precio, ineludible para las arcas del tesoro. Para algunos de los teólogos y miembros del clero en aquel tiempo la hidalguía había sido sobrevalorada, de tal modo que los cristianos viejos la exhibían como prueba de unos méritos muchas veces no poseídos. En este sentido fray Hernando de Talavera enfatizó que los cristianos viejos eran vanidosos, poco industriosos o dados al trabajo, y de moralidad relativa, frente a los moros granadinos; los defectos denunciados se enmascaraban en la *hidalguía* como manifestación de las virtudes que les eran inherentes³³. Con ello queda justificado el interés que

³² De interés para ver los cambios y evolución en la consecución de este privilegio a partir de 1492 GERVERT, M.,- FAYARD, J., “Fermeture de la noblesse et pureté de sang dans les concejos de Castille au XVème siècle a travers les procès de la hidalguía” en *La ciudad hispánica*, Madrid, Editorial Universidad Complutense, 1985, pp. 443-473.

³³ FABRE, *Los jesuitas en la España del siglo XVI*, op.cit., p.213. Pero no solo se valieron de estos argumentos, pues ha quedado demostrado que los medios para desviar la atención de los inquisidores y de las autoridades responsables de la acreditación de méritos, y entre ellos la no descendencia de prohibidos, fueron muchos, gracias al pago de “servicios” que hicieron de la prevaricación uno de los delitos más frecuentes entre los oficiales y servidores reales; en este sentido SANCHIZ, J., “La limpieza de sangre en Nueva España, entre la rutina y la formalidad” en *El peso de la sangre. Limpios, mestizos y nobles en el mundo hispánico*, Böttcher, Nikolaus, Bernd Hausberger y Max. S. Hering Torres, coordinadores, México: El Colegio de México, 2011, pp. 113-137; vid. p. 125/8. Agradezco las observaciones

quienes deseaban pasar a Indias ponían en la obtención de la licencia sobre la base de su hidalguía, que por otro lado fue reconocida a los hijos de varones nobles colaboracionistas con la causa de la Reconquista granadina y a otros muchos por nobleza de sangre, como fue el caso del descendiente de casa mora según su propia declaración, Gregorio Faxardo, vecino de la hacienda de Santa Catalina y orgulloso de su condición de moro, según estudio de Alberro³⁴. Pero no solo fue esta la razón, pues hubo otras de alcance económico que fueron esgrimidas por los del Consejo de Hacienda como necesarias para que, por ejemplo, el 16 de marzo de 1557 tras haber tratado el asunto con Ruy Gómez de Silva se acatara una resolución eficaz para obtener dineros; y así se hacía saber mediante Memorial elaborado al Rey con el fin de socorrer sus necesidades:

Por las cartas de tres del presente se dio aviso a V. Magestad del estado en que estaba lo de la hazienda de Sevilla y tan bien de lo que se havia platicado en el consejo de la hazienda sobre algunos arbitrios de que se podían sacar dineros para socorrer a V Magestad, después llegó Ruy Gomez de Silva con el qual se han conferido y platicado todas estas materias y se ha tomado por resolución de usar de algunas dellas y de otras en esta manera.

Que se den hasta mil hidalguías a personas de todas qualidades sin excepcion ni deffeto de linages ni otras maculas y que por agora no se publiquen mas de las ciento y cinquenta y se pida por ellas a cinco mil ducados porque se presupone que entendido (tachado: tiende) que no se han de dar mas, se despacharan presto y desto queda ya hecho el despacho para embiarlo por el reyno en el qual se manda que embie la respuesta muy brevemente y sy pusieren inconveniente en ser este precio alto queda acordado que se baxe según lo que pareciera y las otros ochocientas y cinquenta hidalguías se ha platicado que se den a cuenta cada una y sy pareciere que se podra subir algo deste precio se hara teniendo respecto a lo mucho que importa aver el dinero con brevedad³⁵.

del Prof. em. Dr. Horst Pietschmann en el Congreso del Instituto Internacional de Derecho Indiano celebrado en Berlín sobre las rigurosas investigaciones realizadas por académicos mexicanos acerca de la limpieza de sangre, que me han permitido incorporar en este trabajo algunos aspectos que contribuyen a confirmar hipótesis iniciales, y que me alientan a continuar en esta línea de investigación, desde el lugar de partida en la Península.

³⁴ Interesante la justificación de su presencia en base a la real Cédula de Carlos V dada en Gerona en 1533 por la que autorizaba a los descendientes de moros a desempeñar cargos inquisitoriales, y de ahí deduce la licitud del paso a las Indias para desempeñar esa misma competencia; Cfr. ALBERRO BEHOCARAY, Solange, “Zacatecas, zona frontera según los documentos inquisitoriales, siglos XVI-XVII” en *Estudios de historia novohispana*, 8(1985), pp.139-170; sobre el personaje citado y la cédula de Carlos V, vid. p. 157.

³⁵ Memorial que se embio a su Magestad por los del Consejo de Hacienda a 16 de marzo de 1557, AGS, *Estado*, leg. 121, f. 299.

3. Procedimientos legales y recursos para legalizar la población de las Indias. Algunos supuestos

A la luz de estos hechos, derechos y prohibiciones cabe plantear algunas cuestiones para comprender hasta qué punto se puede hablar de un plan o proyecto dirigido a controlar también el flujo de gentes que pasaban a las Indias, y cómo justificar muchas de las denuncias que, constante el tiempo, se dieron sobre la presencia de gentes prohibidas, especialmente moriscos e hijos de conversos de moriscos, entre otros³⁶.

3.1. Procedimientos para una política de doblamiento eficaz

Cabe pues preguntarse si efectivamente se desarrolló una política de poblamiento, una efectiva “política de estado”³⁷, puesto que, al menos inicialmente, el rey parece que tenía necesidad de ello, o interés.

Y seguidamente sí se creó algún órgano para tal fin. Y a esta cuestión cabría responder que inicialmente no, a la luz de la documentación consultada. Así, por ejemplo, Juan Rodríguez de Fonseca, obispo de Palencia y capellán mayor del rey junto con Lope de Conchillos, secretario de S.M., son los primeros *factotum* de esta acción, entre 1493 y 1502³⁸; controlaban las cuentas de la Casa de las cosas tocantes a Indias entre 1503-1508³⁹; estando en relación con la actividad de Sancho Matienzo como tesorero, el comendador Ochoa de Isaaga y Juan Lopey Recalde controlarán esa actividad de paso, con fines hacendísticos y recaudatorios⁴⁰. En 1516 la acción de la monarquía se preocupó en redactar instrucciones a los Jerónimos, en concreto a fray Luis de Figueroa, para que asumiera responsabilidades al respecto y transmitiera a los oficiales reales lo más conveniente, y llevase un control en destino sobre los lugares que poblaban y cómo lo hacían⁴¹.

³⁶ MARTÍNEZ ALMIRA, “La acción de la justicia ante la presencia de musulmanes en territorio indiano en el siglo XVI” en *Derecho, Instituciones y Procesos Históricos*, Actas del Congreso del Instituto Internacional de Derecho Indiano, celebrado en Lima, 2003, Lima: Instituto Riva-Agüero-Pontificia Universidad Católica del Perú 2008, pp. 601-632.

³⁷ SOLORZANO PEREIRA, Juan de, *Política Indiana*, Madrid, 1972.

³⁸ AGI, Indiferente, leg. 418, l. 2, ff. 100-101^r

³⁹ AGI, Indiferente, leg. 191, l.1, ff. 101-101^v.

⁴⁰ AGI, Indiferente, leg. 418, l. 2, ff. 164^r-164^v. Disposiciones de diciembre de 1512.

⁴¹ Así se deduce de los sesenta capítulos que forman parte de la “Real Cédula a fray Luis de Figueroa, prior del monasterio de La Mejorada, fray Bernardino de Manzanedo y fray Alonso de Santo Domingo, prior de San Juan de Ortega, jerónimos, dándoles ins-

Ya en 1519 Fonseca asumía la presidencia de una Junta de tres miembros que se llamaba “Consejo que entiende en las cosas de las Indias” y poco después, según Solórzano, el 1 de agosto de 1524 dio paso a la creación del Consejo de Indias “porque antes de esta formación no tenía la cosas y causas de las Indias consejo particular por dónde correr, y se despachaban por el de Castilla”. El nombre oficial del nuevo Consejo era “Real y Supremo Consejo de Indias”. Por tanto, solo en este momento se pudiera hablar de una “organización” reglada, aunque no hay mención explícita a cómo y con quien poblar hasta el siglo XVII.

Una actuación opuesta a la que tenía lugar en la Península, respecto al desplazamiento, en esos mismos años, de quienes antaño profesaban el islam y ahora se veían obligados o bien a renegar de su fe o a practicarla “sin manifestaciones públicas”, de forma discreta. Fue precisamente para ellos que se crearon o convocaron instituciones al efecto del control de población. En efecto, ya en la documentación del siglo XVI hay mención epistolar sobre la institución o negociado que debería ocuparse de los desplazamientos de los moriscos por la Península y de la entrada a pesar de su inicial expulsión; situación que estudiada será la principal competencia de la Junta de Población cuyo devenir se vislumbra, sin solución de continuidad, hasta los siglos XVIII y XIX⁴².

En realidad, los hechos acaecidos tras la expulsión de los alpujarreños en 1568 y la constancia del regreso de muchos de los moriscos granadinos a sus lugares de partida obligaron al rey en 1582 a constituir una Junta de Población para analizar la situación ocasionada y el modo de frenar el regreso descontrolado⁴³. El regreso fue un hecho desconcertante para la Corona; las *nuevas congregaciones*, que así fueron denominadas a partir de 1582, obligaron al rey a determinar la pena de galeras para todos aquellos que regresaran y tuvieran entre diecisiete y cincuenta años. Pero para quienes pasaban a Indias ni se preveía tal posibilidad ni por supuesto parece que estuviera en el ánimo de los arriesgados viajeros de origen musulmán⁴⁴.

trucciones sobre la reforma de islas e Indias del mar océano”, AGI, *Indiferente*, leg.419, L.6, ff.518^r-524^r.

⁴² MANCEBO GARCÍA, J.M., *Políticas de inmigración: regularización de los no regulados*, Tesis doctoral dirigida por Carlota Solé, Universitat Autònoma de Barcelona, 2001.

⁴³ AHN, *Consejos, Moriscos consultas*, leg. 53305, “Sobre los moriscos del Reyno de Granada que han buuelto del contrabando, en Lisboa 29 de septiembre de 1582” vid. 29/IX/1582.

⁴⁴ Regresaron individuos como “Abrahaen Abenazeyete” ex secretario del Zagal que verá terminar sus días como Hernán Valle, regidor perpetuo de Guadix; o don Fernando Abdilhaque de Fez, Hernando Abengalib y Abençuda y su familia Gilayre y los suyos, Hamete el Gori; y a partir de esa fecha el paso se convirtió en clandestino, muy a pesar de la voluntad real; todos estos individuos que fueron informados 1 de octubre de 1499. Y a

La Junta de Población⁴⁵, a la que hace referencia la carta fechada el 21 de abril sobre una consulta realizada el día 24 del mes anterior, planteaba la eficacia de una medida tomada anteriormente: la pena de galeras para los moriscos. Si bien pudiera parecer que esa pena quitaba de la circulación a los condenados por atentar contra la estabilidad política, lo cierto es que fue también un subterfugio para poder escapar, e incluso, cumplida la pena, desaparecer de los ámbitos de control jurisdiccional y eclesiástico. Así consta en la carta fechada el 21 de abril de ese año:

El jueves pasado hubo Junta de población en la qual se vio lo que V.M. fue servido mandar responder a lo que por ellas se consulto a V.M. el 24 de marzo pasado cerca de las causa que a la dicha Junta movieron aparecer lo que se debia sobreeser la exención de la pena de galeras que estaba acordado se diese a los moriscos que habiendo sido sacados del Reyno de Granada se habian vuelto y estaban en el contra los vandos y lo proveido y ordenado por la pragmática que se hizo cerca de la vivienda de los moriscos, y en quanto a lo que V.M. manda se sobresea la dicha execucion hasta pasado el verano y que de aqui a entonces se vaya mirando y previniendo todo lo que sea menester para que se haga como mas convenga se hara assi y se tendra dello el cuydado que V.M. envía a mandar y de que en la forma de [ilegible] a los Justicias se guarde la orden que Vuestra Merced ha mandado adviertan.(Al margen: Haviendo visto lo que aquí dezis y otros papeles que sobre lo tocante a los moriscos del reyno de Granada se han traído aquí que van con ésta he resuelto que en los moriscos del dicho reino de Granada que se metieron a tierra adentro y han dexado sus aloxamientos y buelto a venir al dicho reino contra los vandos y pragmáticas que se hizieron sobre ello, sean llamados a las galeras y assi convendrá que con mucha brevedad se trate de la forma que se tendra para que con ella se execute esto (...)⁴⁶.

Pero los interrogantes se suceden, puesto que es incomprensible que en las actuaciones de esa Junta no se tratara la movilidad de los moriscos hacia

partir de la conversión general solo acreditando el cambio de fe religiosa se podría entrar de nuevo en la Península. vid., LÓPEZ DE COCA “Granada y el Magreb. La emigración andalusí (1485-1516)”, pp. 426/7.

⁴⁵ Junta de Población y Consejo de Población en la relación con la Chancillería de Granada, y por tanto con efectos recaudatorios es objeto de estudio y análisis por GÓMEZ GONZÁLEZ, I., “La intervención de la Chancillería de Granada en el Consejo de Población y en la administración de la Renta de Población”, *Chronica nova*, 25, 1998, pp. 321-335, [<http://hdl.handle.net/10481/24597>] [Consultado 28/08/2016].

⁴⁶ “Moriscos consultas. Consultas, memoriales, etc sobre el ...de los moriscos, 1571-1593”, AHN, *Consejo de Indias*, leg. 53305.

las Indias, toda vez que las denuncias llegadas desde el otro lado del Océano se sucedían. En este sentido, podría argumentarse que las competencias encomendadas y asumidas por los oficiales de la Casa de la Contratación eran tan amplias y la confianza depositada en ellos incuestionable, que no cabía derivar este asunto a Junta específica alguna.

Por lo que a los oficiales atañe, al margen de ser responsables del paso de gentes indebidamente, lo cierto es que esa competencia fue objeto de discusión en no pocas ocasiones, ya que según los estantes en Indias eran muchos los prohibidos que pasaban, aún a pesar de los citados oficiales. Y con ello se ponía en tela de juicio la eficacia en su control de licencias; un hecho que afectaba a los distintos niveles de leales a la monarquía.

Indudablemente los primeros pasajeros a Indias pasaron en condiciones muy distintas a los que lo hicieron a lo largo del siglo XVI y con menos dificultades que los que pasaron a partir del siglo XVII. Desde las primeras décadas del siglo XVI se cuestionó cómo evitar los fraudes cometidos por agentes involucrados en la empresa indiana, y en concreto por autoridades y oficiales reales; fraudes que propiciaban la presencia de prohibidos al otro lado del Océano Atlántico y que evidenciaban la debilidad del sistema de vigilancia y control por parte de los oficiales al servicio de los monarcas comprometidos ante sede papal de la vigilancia y observancia de las Bulas sobre la expansión de la fe cristiana. Una debilidad que, años más tarde, también se detectó entre los oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla. Esta situación repercutía negativamente sobre los oficiales reales en el Nuevo Mundo, pues les obligaba a denunciar y facilitar la deportación, supeditada a la disponibilidad de navíos en los que proceder a tal envío. En consecuencia, solo el paso del tiempo convino la necesidad de recurrir a otros medios in situ; pero en este caso no con fines preventivos sino más bien coercitivos.

En Indias la primera *Junta de poblamiento* se propone entre las materias de gobierno de Acuña el 26 de septiembre de 1602 y para Mindanao en Filipinas⁴⁷:

⁴⁷ “Carta de Acuña sobre materias de gobierno”, Copia del acuerdo de una Junta de Guerra realizada en Manila, a 17 de julio de 1602 en la que se acordó el poblamiento de Mindanao, y la gente que había que llevar para ello. - Copia de carta de 5 de mayo de 1601 del virrey de la India al gobernador de Filipinas sobre la armada que enviaba contra los holandeses al mando de Andrés Hurtado de Mendoza. (Cat. 6148) AGS, *Filipinas*, leg. 19,R.3,N.53 [<http://pares.mcu.es/ParesBusquedas/>][Consultado el 25/08/2016] . Todas estas necesidades llevaron con posterioridad a regular el poblamiento de ciertos lugares como Monterrey tomando en consideración el servicio que podía reportar a las naves, vid.

Y luego el dicho maestre de campo, alguacil mayor y demás capitanes de un acuerdo y parecer dijeron que les parece que se pueble el río Mindanao para lo qual se embien quatocientos hombres con sus capitanes y oficiales y quatro galeotas que el capitán Gallinato tiene en el Pintado y doze Caraidas (sic) [ilegible] seis Barangayes (sic) Largos, doce fragatas para los batimentos y más si no cupieren en ellas los que se han de llevar y que se le ordene al capitán Gallinato que con esta gente y Junta y en consecuencia (¿) entre en el Río de Mindanao y en el sitio de Tanpaca o en otro si le pareciere mejor conforme al estado de las cosas haga un fuerte de madera capaz para la defensa y guarda de la gente, en el brazo de Butil haga otro fuerte pequeño que se pueda guardar con veinte o veinticuatro soldados para atajar que por aquel brazo no bajen los enemigos a la mar (...) quedándose con ochocientos hombres de equipación ymbiará lo demás y lo que fuere de menor servicio a estas Islas en las fragatas y si antes de este tiempo no hubiera menester precisamente tanta equipación la yrá despidiendo por el mucho gasto a que se debe tener consideración y a que la dicha chusma vaya descansando y que se vaya enviando de refuerzo otra quando sea menester, y que se encargue a Gallinato salga con la dicha Armada de Pintados por fin de diciembre y antes si pudiere (...).

De todo lo cual se deduce el protagonismo de la Junta de Guerra en la política de poblamiento; de la necesidad de construir fuertes y poblar con la chusma y de la política seguida en cuanto al mantenimiento de esta población; dándose la circunstancia de que el elevado coste de mantenimiento daba vía libre a los responsables para el despido libre, con la repercusión y efectos que pudiera ocasionar, y que no se contemplan en este escrito.

3.2. *Recursos para legalizar el poblamiento con gentes con voluntad de ir a las Yndias*

Junto a la falta de celo de los oficiales reales, durante décadas, se impuso una situación muy común: la vía de “excepcionalidad” que contribuiría al poblamiento ante dos hechos constatables:

: “Memorial de Fernando de los Ríos Coronel, procurador general de Filipinas, sobre el descubrimiento de las islas Rica de Oro y Rica de Plata, advirtiendo de los inconvenientes de que se haga desde Nueva España: Copia de real cédula a Luis de Velasco, virrey de Nueva España, de 27 de septiembre de 1608, para que suspendiese el poblamiento del puerto de Monterrey que descubrió Sebastián Vizcaíno, y tratase de descubrir y poblar en una de las islas Rica de Oro y Rica de Plata, por ser mejor paraje para escala de las naos de la contratación de Filipinas. En Documentos sobre el descubrimiento de las islas Rica de Oro y Plata”, AGI, *Filipinas*, leg. 36, n° 43.

- a) Por vacío legal, y cítese por caso los esclavos sobre los que solo se exigía el título por el que quedaban supeditados a su señor, siendo única garantía de la vinculación entre ambos.
- b) Por el imperativo poblacional, ya que de forma reiterada y constante se demandaba el envío de gentes que vayan a poblar.

Efectivamente, esa excepcionalidad se va a evidenciar en los procedimientos de selección de personal y de ofrecimiento para contribuir a la empresa iniciada en 1492.

Lo difícilmente explicable es que a pesar de estos contratiempos primara la necesidad de poblar a toda costa hasta el punto de originar situaciones paradójicas. El poblamiento de Indias no solo se realizaba con gentes de dudosa fiabilidad sino que además permitía se vieran eximidos del cumplimiento de las penas por las que estuvieran condenados, transcurrido un plazo de veinte años; esta vía de redención de penas se justificaba a partir de las informaciones recibidas en la Corte sobre la falta de gentes en *lugares de poblaciones de cristianos*. Y de ahí la adopción de medidas económicas que suponían un gran aliciente para los intrépidos viajeros que arriesgaban la libertad condicionada en la Península por el total anonimato en las Indias, toda vez que allende el Océano podrían disfrutar, por ejemplo, del pago del almojarifazgo, so pena de diez mil maravedís en favor de la Cámara impuesta a quienes lo exigieran indebidamente⁴⁸. En definitiva, si se dieron toda esta serie de *posibilidades*, aún a pesar de que no fuera lo más conveniente en el proceso de población, fue porque el rey y sus oficiales adoptaron la actitud de resolver de forma expeditiva, con las consecuencias que ello comportó en más de una ocasión:

et porque qualquier personas, nuestros vasallos, súbditos e naturales que queren yrse e vivir et morar allí lo fagan con mejor voluntad et gana, nuestra merced et voluntad es que todos los vecinos e moradores cristianos que en las dichas islas biven et moran y a ellas se fueren a vivir et morar con sus cosas et asiento principalmente con su casa poblada sean libres et exentos en las dichas islas e tierra firme por termino de veinte años primeros siguientes, et complidos aquellos después por el tiempo que nuestra merced e voluntad fuere los quales dichos veinte años mandamos que corran e se quenten desde el día que esta nuestra carta fuere pregonada en las dichas islas (...) ⁴⁹.

⁴⁸ Esta disposición junto a la exención del pago por los bienes que precisaran para su servicio doméstico y mantenimiento, en AGI, *Indiferente*, leg. 420, l.10, ff. 8^v-9^v.

⁴⁹ “Real Provisión para que al término de veinte años sean libres los que pasen a las

De igual modo, y mediante delegación se resolvía la demanda de pobladores mediante tres vías distintas. En primer lugar, la selección y reclutamiento de esclavos entre los que poseían señores principales; los esclavos musulmanes no estaban obligados a la conversión, según las disposiciones de 1501/1502.

Con las disposiciones de 1501 y 1502 aquéllos que conseguían licencia para “pasar con sus señores como esclavos” o domésticos no se vieron, en principio, afectados por la inicial norma, pues no les era de obligado cumplimiento el bautismo al estar bajo la potestad de sus señores⁵⁰. Paradojicamente, se publicó una *Real Provisión* por la que se determinaba el plazo mínimo para que los esclavos que pasasen a las Indias adquirieran la condición de *libres (...) y se estableciesen en poblaciones*⁵¹, pudiendo estos nuevos vasallos, súbditos y naturales, bajo la condición de vecinos y *moradores cristianos*, obtener su plena libertad con su casa poblada transcurridos veinte años desde la publicación mediante edictos o el pregón de la citada real provisión en las islas del Nuevo Mundo. Por tanto, la condición de esclavos de aquéllos que habían pasado a Indias en 1519 se perdía, de facto, a partir de 1539, siempre y cuando se respetasen las condiciones exigidas.

Y efectivamente, desde Sevilla partieron muchos esclavos, de quienes eran responsables sus señores también en la esfera de lo espiritual; de hecho, el requisito para que sus amos pudieran embarcarlos era que se comprometieran a vigilar el cumplimiento de los preceptos religiosos. En esta ciudad andaluza había más de seis mil esclavos, reclusos en los barrios de San Bernardo o Triana. Desde las primeras décadas el paso de esclavos, previa solicitud real, se sometió a la elección y determinación de los encomenderos, debiendo poner cuidado en que fueran igual número de hombres que de mujeres, como se le hizo saber al licenciado Gómez Mexia de Figueroa el 2 de agosto de

Indias y se establezcan en poblaciones” (documento dado en Barcelona el 16 de julio de 1519), vid. *Colección de documentos inéditos para la historia de hispanoamérica*, t. IX, p. 316, n^o 13.

⁵⁰ FRANCO SILVA, A., *Esclavitud en Andalucía 1450-1550*, Granada, 1992. Una esclavitud que por influencia religiosa no supuso pérdida de la condición de persona, de forma que eran tratados como gentes de servicio doméstico, criados y sirvientes en muchos casos que adquirieron como exigencia de reciprocidad con quienes se encontraban en igual condición al otro lado del Mediterráneo, y como resultado de los pactos entre los reyes aragoneses, castellanos y los sultanes y autoridades musulmanas.

⁵¹ *Colección de documentos inéditos para la historia de Hispano-América*, vol. IX, Pasajeros a Indias, t. I; “Real Provisión para que en el término de veinte años sean libres los que pasasen a las Indias y se estableciesen en poblaciones”, n^o 13. Barcelona, 16 de julio de 1519, p. 139.

1515⁵². Muchos de los esclavos habían entrado en esa condición por razón de servidumbre, y pocos por aplicación de penas; entre todos ellos, los esclavos de raza negra que integraban el pasaje carecían de apellido y muchos fueron descritos en la relación bajo el nombre de pila y su nueva condición de horros o liberados. Y otros tantos esclavos que salieron del puerto sevillano, cuyos orígenes les hacía merecedores de ciertos recelos⁵³ y sospechas⁵⁴; consiguieron licencia Adalid⁵⁵, Abayagua, Aça, Alguacil, Barbero, Bauruco y Baoroco, Labrador, Cid, Mendoza, Mezquita, Medina, Marroquín, De Luna⁵⁶, Vera⁵⁷,

⁵² “Real Cédula a los oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla comunicándoles que ha dado licencia al comendador Gómez Mexía de Figueroa, gentilhombre, para pasar a Indias 20 esclavos por mitad hombres y mujeres” en AGI, *Indiferente*, leg. 419, L.5, f.447^v(1).

⁵³ Tendrían que estar presentes en las ceremonias religiosas de los cristianos, pero lo harían con disimulo y recta intención de hacer la oración supererogatoria en cuanto fuera posible; tendrían su pensamiento dispuesto hacia la Meca y en caso extremo comerían y beberían de los productos prohibidos purificando vuestra intención y reconociendo su illicitud. Passim, LONGÁS BARTIBÁS, P., *La vida religiosa de los moriscos*, Granada, 1990.

⁵⁴ Fue este el caso de la licencia concedida a Juan de Eguibar el 24 de noviembre de 1531 para llevar una esclava de origen morisco; “Licencia a Juan de Eguibar para llevar a una esclava”, AGI, *Indiferente*, leg. 1961, L.2, f. 109. Por otra parte, y aunque en ocasiones esas sospechas eran fundadas, los remeros, en gran mayoría gentes condenadas a galeras por la comisión de ciertos delitos o bien por ser seguidores de la secta de Mahoma, entre otras confesiones, eran una mano de obra forzada que no causaban graves problemas para los capitanes y oficiales de las embarcaciones, ya que su sino estaba unido al de la embarcación y sabido era que llegados a puerto estas gentes carecían prácticamente de movilidad, salvo excepciones.

⁵⁵ Descendiente de una noble familia andalusí, de hecho su apellido era la única herencia conservada respecto a la condición de sus ancestros, quienes habían ejercido como *ad-dalil* o *dallāl*, oficiales o guías pertenecientes ámbito militar de frontera, que ejercían como tales al servicio de hueste concejil, aunque ello no comportaba reconocimiento de mando alguno en el ejército. Sobre los distintos significados véase DE PANDO VILLARROYO, J.L., *Diccionario de voces árabes*, Toledo, 1997, p. 63; TORRES FONTES, J., “La frontera de Granada en el siglo XV y sus repercusiones en Murcia y Orihuela: los cautivos”, en *Homenaje a José M^a Lacarra de Miguel*, IV, Universidad de Zaragoza, 1977, pp. 191-211, p. 195.

⁵⁶ Es el caso de Pedro de Luna, anteriormente morisco en Granada; GALÁN SÁNCHEZ, A., “Poder y fiscalidad en el Reino de Granada tras la conquista: algunas reflexiones” en *Studia historica. Historia medieval*, 30 (2012), Ejemplar dedicado a: Poder y fiscalidad en la Edad Media hispánica, pp. 67-98, pp. 95-97.

⁵⁷ El *laqab* de ambos sujetos hace alusión al lugar geográfico de origen de Vera, provincia de Almería, reducto de musulmanes hasta bien entrado el siglo XVI; su proximidad a la costa dio lugar a que fuera puerto transitado por corsarios, monfíes y moriscos a lo largo del siglo XV. Sobre los antecedentes de alguno de estos pasajeros véase BERMÚDEZ, *Catálogo de pasajeros a Indias*, pág. 340, n^o 3075. Por otro lado, lo habitual en aquel tiempo

San Juan, San Pedro, San Benito, entre otros. Estas licencias se concedieron a personas que se debían en patronazgo a antiguos colonos o señores cristianos y que, en gran mayoría bajo la condición de expedicionarios, pronto recibían lotes de tierra para cultivar y desarrollar una nueva vida, de cuyo anonimato se beneficiaban sus esclavos⁵⁸ y sirvientes⁵⁹. También fueron esclavos los galeotes que partieron desde Sevilla, generando problemas de otra índole, y siendo considerados los más peligrosos para la seguridad y el orden público en el Nuevo Mundo⁶⁰.

Determinadas decisiones fueron nuevamente consideradas a la luz de los efectos que podrían ocasionar, como así se deduce de la autorización y concesión de licencias para esclavos concedida en el año 1535 a favor de don Antonio de Garay, hijo del licenciado Francisco, y a otros pobladores; determinado en este caso evitar futuras concesiones pero no tomar medida con carácter retroactivo⁶¹.

En segundo lugar, el pregón en plaza pública para sumar voluntarios, gentes expertas en trabajos manuales y que permitan vivificar la tierra y em-

era que sus correligionarios cambiasen de nombre y lo sustituyesen por otro cristiano que difícilmente podían recordar, más aún cuando ni siquiera ellos los habían elegido, sino que eran prestados por cristianos viejos o padrinos de bautismo, que a veces de forma gratuita, otras de forma onerosa contribuían a tan fiel propósito de la Sancta Monarquía Católica.

⁵⁸ “Contenido Real Cédula a los oficiales de la Casa de Contratación para que ordene a Antonio Corzo, maestre vecino de Triana que se presente en la corta para dar cuenta de la acusación que pesa sobre el de haber introducido en Indias esclavos moriscos” AGI, *Indiferente*, leg.1963, L9, f. 232.

⁵⁹ Un ejemplo de estas asignaciones más o menos generosas es el de Alburquerque en la Isla Española; ARRANZ MÁRQUEZ, L., *Repartimientos y Encomiendas en la isla Española, Santo Domingo*, 1991; consúltense los gráficos que de forma exhaustiva dejan constancia de esta política en Indias (op. cit., pp. 530-591).

⁶⁰ La salida de esclavos de la Península a partir de la concesión de licencias despachadas por la Casa de Contratación es una circunstancia a tener en consideración, especialmente en el período comprendido entre 1595 y 1640, ya que el punto de inflexión se encuentra precisamente entre los años 1608 y 1610, los años en los que se inicia, realiza y concluye el proceso de expulsión definitiva de los musulmanes; especialmente en los dos primeros años del trienio citados destaca al alza el número de embarcaciones, produciéndose un descenso considerable hacia el año 1610 y siguientes. VILA VILAR, E., *Hispanoamérica y el comercio de esclavos: los asientos portugueses*, Sevilla, 1977, p. 194.

⁶¹ Decisión que no se motiva, y que pudiera deberse a la imposibilidad material de dar con aquellas personas que ya habían pasado, y devolverlas al territorio peninsular, toda vez que desacreditaría la inicial decisión, supuestamente fundada en derecho; aún a pesar de que dadas las licencias no se despacharon las cédulas. AGI, *Indiferente*, leg. 737, N.41, 4 fols, vid. fol.2.

prender en Indias. Se dejaba a voluntad del peticionario la elección de los más convenientes.

Una forma de captar voluntarios que no estuvo exenta de polémicas. La vida en Indias era una opción de mejora y muchos factores contribuyeron a tomar decisiones arriesgadas. Un hecho fue decisivo: los pregones en plazas de villas y lugares solicitando voluntarios. Solicitudes que además fueron objeto de denuncia por parte de autoridades locales indianas que veían amenazada la seguridad ante la presencia de gentes de poca fama y dudosa condición.

Un ejemplo lo ofrece las *Informaciones* hechas en la ciudad de León en Nicaragua a petición del gobernador de aquella provincia, don Rodrigo de Contreras, contra Fray Bartolomé de las Casas⁶²; las informaciones se solicitaron ante “ciertas palabras dichas con escándalo en el púlpito y otras cosas, y que varios testigos habían oído a otras gentes que iban en la armada” sobre el modo de incorporar voluntarios al proceso de poblamiento, y con el fin ya no solo de denunciar sino de castigar posibles actuaciones contra la legislación vigente:

7º Ítem, si saben, etc., que asi mismo dijo públicamente el dicho Fray Bartolomé de las Casas, en la cibdad de Granada, á los que iban con él a confesar, que si iban en el dicho viaje, que no los oiría de penitencias, é que á muchas personas que iban en el dicho viaje, nunca los quiso oír de penitencia, de lo cual se recreció mucho escándalo entre la gente é vecinos de la dicha cibdad, digan é declaren lo que más acerca desto saben. Testigos que declara: Diego Núñez de Mercado, alcaide de la fortaleza desta cibdad, é Gonzalo de Rivera, vecino de Granada. El bachiller Francisco Guerra, clérigo, notario en su Audiencia. Diego de Escobar, clérigo, presbítero, cura de la cibdad de Granada; Martín Mimbrenño, estante en la cibda, e Juan Carballo, vecinos de la ciudad de Granada⁶³.

La segunda información es como sigue (...) pedí e requerí al bachiller Pedro García Pacheco, provisor, mandase acabar la probanza, el cual no lo ha querido hacer (...) Ítem, si saben que ansi mismo dijo públicamente el dicho Fray Bartolomé de las Casas, en la cibdad de Granada, a los que se iban con

⁶² El bachiller Diego Calderón, era cristiano nuevo, y probablemente abuelo de Bartolomé de las Casas, quemado por la Inquisición. Cfr. GIL, J., *Los Conversos y la Inquisición sevillana*. Ensayo Prosopografía, vol. III. La sociedad conversa, Familias 1, Sevilla, 2001, pp. 62-63.

⁶³ “Informaciones hechas en la ciudad de León de Nicaragua a pedimento del señor gobernador de aquella provincia, D. Rodrigo de Contreras, contra Fray Bartolomé de las Casas sobre ciertas palabras dichas con escándalo en el púlpito y otras cosas”, en *CODOIN*, vol. 7 (1845), pp. 116- 119.

él á confesar, que si iban en el dicho viaje, que no los oíría penitencia, é que a muchas personas nunca los quiso oír de penitencia; de lo qual se recreció mucho escándalo entre la gente é vecinos de la dicha cibdad: digan é declaren lo que más acerca desto saben⁶⁴.

No en vano en el proceso de selección de labradores, a propuesta del dominico, participó activamente el capitán Luis de Berrio, un apellidado no exento de sospecha según constata la documentación procesal de aquel tiempo; y así las cosas el capitán se comprometió enviando mensajeros que hicieran posible el reclutamiento de labradores en Antequera, sin objeción alguna para que llegaran también de otros lugares de Andalucía, y los trasladasen hasta Sevilla, según consta de las órdenes de pago mandadas a los oficiales de la Casa de la Contratación entre 1519 y 1520⁶⁵. De hecho, en aquel momento el Rey manifestaba su voluntad y la de la “católica Reyna, mi señora” de confiar a Berrio tan importante empresa, sabiendo que “en esas ciudades hay muchos vecinos movidos para pasar a las dichas Indias”⁶⁶. Se conjugaba así una necesidad con una disponibilidad no exenta de razones. La necesidad de labradores y de gentes con experiencia en el sector primario justifica, por ejemplo, que Domingo de Loaisa, alcaide de la cárcel de Santo Domingo, pudiera llevarlos con todas sus mercedes y libertades⁶⁷; un paso a Indias que preocupó a los oficiales de la Casa de la Contratación y que así lo manifestaron en diversas cartas al rey en los meses siguientes a esta primera concesión⁶⁸.

La preocupación por controlar a los voluntarios labradores se evidencia también en la documentación relativa a Jaime Rasquín, quien al solicitar al Rey mercedes para poder poblar, recibió la siguiente contestación:

Me pedisteis vos hiciese y otorgase las mercedes y con las condiciones que de suso serán contenidas, sobre lo qual Yo Mande tomar con vos el asiento y la capitulación siguiente.

Primeramente, vos el dicho Jaime Rasquin, vos habéis de encargar de hazer juntar hasta seiscientos hombres, en estos Nuestros Reynos, que no sean de los prohibidos, e que la mayor parte dellos sean casado y lleven sus mujeres, y labradores y otros oficiales, de todos oficios y si quisieres llevar demás de los dichos seiscientos hombres, algunas mujeres serán para que

⁶⁴ Idem, op.cit., p. 127.

⁶⁵ AGI, *Indiferente*, leg. 420, L.8, ff. 35, 147^v/8^v y 250^r, imags. 1/1, respectivamente.

⁶⁶ AGI, *Indiferente*, leg. 420, L.8, ff.152^v-153^r.

⁶⁷ AGI, *Indiferente*, leg. 1961, L.2, ff.96^r-96^v.

⁶⁸ AGI, *Indiferente*, leg. 1092, N.32 y 33, vid. 2 imágs. respectivamente.

allá se puedan casar, quede a vuestra voluntad. Madrid a treinta de diciembre de mil y quinientos cinquenta y siete⁶⁹.

La situación de pobreza parece que se agravó entre la población morisca consecuencia en la zona de influencia granadina por la presencia de nuevos pobladores llegados desde la Corona de Castilla en el proceso de repoblación tras las sucesivas expulsiones. Las migraciones de corto radio dejaron tierras de cultivo a nuevos vecinos, y estos tuvieron que hacerse cargo de la continuidad productiva para su subsistencia y el pago de los derechos a las instituciones civiles y religiosas que les garantizaban protección; pero este cambio obligó a solicitar la ayuda de quienes habían sido desposeídos previamente, que pasaron, en muchos casos, a desempeñar la función de “jornaleros”, y en cualquier caso dependientes de otros señores, bajando su poder adquisitivo al ser simplemente asalariados⁷⁰.

Y, en tercer lugar, el alarde como manifestación pública de la riqueza personal, mínima y suficiente para embarcar, costear el pasaje y matalotaje y comenzar nueva vida como fieles servidores de la Monarquía. El paso de gentes, fuera del control oficial, estaba orquestado y auspiciado por los pícaros y astutos que tenían también ganada la voluntad de los capitanes de naos. Por ejemplo, en 1494 se detectó que Juan de Soria, “por algún interés suyo”, puso otros en lugar de los escuderos que habían acudido a Sevilla a hacer el alarde a otra gente que nunca había visto; esta irregularidad pretendía ser justificada ante los oficiales de la Casa de la Contratación mediante el testimonio en falso de Antonio de Torres, capitán de la nao Marigalante, “que debía decir y suplicar ante el Rey e la Reyna, Nuestros Señores”, lo siguiente:

como aquí han venido mas de doscientas personas sin sueldo, y hay algunos dellos que sirven bien, y aun los otros por semejante se mandan que lo hagan así, y porque para estos primeros tres años seria gran bien que aquí estén mil hombres para asentar y poner en muy gran seguridad esta isla y ríos de oro (...) ⁷¹.

⁶⁹ Capitulación que se tomo con Jaime Rasquin. (a Asuncion en el Paraguay, a la Villa de Asunción y Ontiveros) Año de 1557 El Rey”, *CODOIN*, v. 23, 1875, pp. 273-289. Y sobre la llamada a los labradores para poblar en Indias, véase AGI, Indiferente, leg. 422, l. 15, f. 76^r.

⁷⁰ MALPICA CUELLO, A., “Los últimos musulmanes granadinos: una emigración forzada” en *Minorías migraciones en la Historia*, XV Jornadas de Estudios históricos organizadas por el Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea, edición a cargo de Ángel Vaca Lorenzo, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 67-94; vid. pp. 83-84.

⁷¹ *CODOIN*, vol. 21 (1874), pp. 535-556. “Isabela, 30 de enero de 1494”, vid. p. 551.

La posibilidad que alberga esta disposición de poder pasar con licencia especial o del Consejo de las Indias, y que se explicita en las Reales Cédulas promulgadas para favorecer la llegada de nuevos pobladores al Perú, no es solo atribuible a la reina Juana sino también a su hijo. De hecho Carlos I fue proclive a esta suerte de concesiones, como consta en la Real Cédula fechada en Madrid el 23 de marzo de 1535; en esta disposición real se dirigía a los oficiales de la Casa de la Contratación de Sevilla recordándoles el contenido de la Cédula anteriormente citada y reconsiderando el contenido de la misma a tenor de que “agora parece que a nuestro seruicio conviene dexar pasar a todas las personas que a la dicha prouincia quysieren yr”; por ello da una nueva Cédula en la que manda que a partir de ese momento todas las personas que desearan ir hasta el Perú “les dexeys e consintays pasar libremente syn que en ello les pongays ny consintays poner embargo ny ynpedimiento alguno contanto que no sean clerigos ny frayles ni las otras personas probyidas”⁷². Se trata de una medida a todas luces contradictoria con la política general desarrollada y que permite, por exclusión, cuestionar hasta qué punto los nuevos conversos podría conseguir su licencia dejando constancia de su lealtad a la fe católica y/o de su patrimonio⁷³, con tal de facilitar la repoblación de la provincia del Perú.

4. Poblar las Indias con gentes valerosas y trabajadoras. Un proceso no exento de contradicciones

La documentación confirma que cualquier iniciativa realizada para la población de las Indias, fue a modo de respuesta ante peticiones interesadas venidas desde el otro lado del Océano.

Ante la imposibilidad de ejercer un control por parte del rey se convino compartir y delegar esa competencia en los oficiales que, efectivamente, supervisarían el embarque. Pero incluso en esta materia, el control real se vio condicionado por los informes de quienes justificaban la presencia de indivi-

⁷² ENCINAS, *Cedulario indiano*, op. cit., t. II, p. 80.

⁷³ No en vano la manifestación de las riquezas y poderío fue también requisito para ascender en la escala social ya en Indias, como así queda expuesto en la normativa peruana de 1573; vid. KONEZTKE, R., “Die ‘Geographischen Beschreibungen’ als Quellen zur hispanoamerikanischen Bevölkerungsgeschichte der Kolonialzeit“ en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas* = *Anuario de Historia de América Latina* (*JbLA*), 7(1970), págs. 1-75; vid. p. 65 y ss.

duos sospechosos o prohibidos por bien de la empresa acometida en Indias. Una empresa en la que primará lo económico sobre lo espiritual

El hecho de que se dictasen órdenes de apremio para que regresaran algunos individuos da idea de la dificultad añadida de controlar estancia y movimientos de personas que se habían beneficiado de la lasitud o de la necesidad inicial en el proceso de poblamiento. Es el caso de la Real Cédula enviada el 9 de febrero de 1511 al almirante y gobernador Diego Colón, para procurase el envío de Gaspar de la Torre, residente en isla Española a que regresara con el fin de hacer vida marital con su mujer María Ochoa de Urrea, o que la llevara consigo a Indias en el plazo de un año⁷⁴. De este modo quedaba constancia desde las primeras décadas de la viabilidad de procesos más o menos protocolizados que permitían ir y regresar de Indias bajo controles administrativos, y más tarde judiciales.

Primaron las actitudes y compromisos personales sobre las directrices o medidas acometidas inicialmente.

El mismo rey Carlos dejaba ver en sus actuaciones cierta falta de unidad de criterio; un ejemplo es la carta dirigida el 18 de abril de 1534 a la Audiencia de México en la que el rey mostró cierta indulgencia hacia un denunciado y reconciliado en la ciudad por los odores de la citada institución jurisdiccional. En este caso el rey se manifestó benevolente con el encausado por el mero hecho de su *reconciliación y arrepentimiento*, aconsejando permaneciera allí habida cuenta de su loable acción⁷⁵.

Es difícil comprender cómo a pesar de estos contratiempos primara la necesidad de poblar a toda costa, hasta el punto de originar situaciones de conflicto legal. El poblamiento de Indias no solo se realizaba con gentes de dudosa fiabilidad, sino que además permitía se vieran eximidos del cumplimiento de las penas por las que estuvieran condenados, transcurrido un plazo de veinte años; esta vía de redención de penas se justificaba a partir de las informaciones recibidas en la Corte sobre la falta de gentes en *lugares de poblaciones de cristianos*. En definitiva, si se dieron toda esta serie de *posibilidades*, aún a pesar de que no fuera lo más conveniente en el proceso de población, fue porque el rey y sus oficiales adoptaron la actitud de resolver de forma paliativa, con las consecuencias que ello comportó en más de una ocasión:

⁷⁴ AGI, *Indiferente*, leg. 418,L.2, f. 166^r.

⁷⁵ ENCINAS, *Cedulario indiano*, t. I, p. 455-456.

et porque qualquier personas, nuestros vasallos, súbditos e naturales que queren yrse e vivir et morar allí lo fagan con mejor voluntad et gana, nuestra merced et voluntad es que todos los vecinos e moradores cristianos que en las dichas islas biven et moran y a ellas se fueren a vivir et morar con sus cosas et asiento principalmente con su casa poblada sean libres et exentos en las dichas islas e tierra firme por termino de veinte años primeros siguientes, et complidos aquellos después por el tiempo que nuestra merced e voluntad fuere los quales dichos veinte años mandamos que corran e se quenten desde el día que esta nuestra carta fuere pregonada en las dichas islas (...) ⁷⁶.

Una actitud acorde con la situación que se vivía en aquel momento ante la necesidad de contar con nuevos pobladores, hacia los que el rey había mostrado cierta benevolencia con el fin de incentivar el proceso iniciado décadas antes. Hasta el punto de poder hablar de permisividad en el sentido de que las disposiciones que autorizaban a pasar a las Indias para poblar no preceptuaban esa autorización de paso de forma tajante, dando cabida a interpretaciones de la norma a las que parece se acogieron muchos de los que luego eran denunciados de forma genérica. Así se deduce de la Real Cédula, dada en Toledo el 26 de febrero de 1534, que conminaba a los oficiales de la Casa de la Contratación de Sevilla a cumplir rectamente con sus atribuciones sobre los embarcados para el Perú mediante estas palabras:

no vayan pasajeros ningunos de ninguna calidad que sean, sin que lleuen licencia especial nuestra o de los del nuestro Consejo de las Yndias para ello por esto no aveys de embaraçar que vayan navíos y mercaderias a la dicha prouincia y en ellos la gente que fuere menester para los llevar y traer e los mercaderes o sus factores e otras personas que lleuaren mercaderias a la dicha tierra para vender de cinquenta mill maravedis arriba e hombres casados que llevaren sus mugeres consigo ⁷⁷.

La necesidad de gentes para Indias fue la causa de la presencia de gentes *de poco fiar* y también, aunque sí lo fueran, de los conversos. Para justificar la entrada, con carácter excepcional, se exigieron garantías de lealtad y fidelidad a la Corona y a la Monarquía, lo que implícitamente llevaba consigo el

⁷⁶ “Real Provisión para que al término de veinte años sean libres los que pasen a las Indias y se establezcan en poblaciones” (documento dado en Barcelona el 16 de julio de 1519), vid. Colección de documentos inéditos para la historia de Hispano-América, t. IX, p. 316, n^o 13.

⁷⁷ PORRAS BARRENECHEA, R., *Cedulario del Perú, siglos XVI, XVII y XVIII*, t. I, (1529-1534), Lima, 1944, pág. 144-145.

olvido y renuncia a las costumbres y tradiciones musulmanas, y por tanto a la práctica de su religión. Pero estos españoles de naturaleza y origen, vecinos de distintos lugares y fuertemente arraigados a la tierra que les vio nacer -aun a pesar de los traslados que acaecieron en la primera década del quinientos-, era difícil que renunciaran a su bagaje cultural e identitario. No en vano, la vida en Indias era una opción de mejora y muchos factores contribuyeron a tomar decisiones arriesgadas.

De hecho, la convivencia entre personas de distinta tradición o costumbres fue finalmente aceptada pese a no haber sido programado o planificado hasta sus últimas consecuencias, por el peso de la empresa indiana.

No en vano, muchas son las disposiciones en las que se explicita la conveniencia de introducir entre los objetivos para una política de poblamiento eficaz, “garantizar” la pacífica convivencia. Y que, en definitiva, marcan un proceso carente de ritmo constante, que intenta resolver cuestiones o problemas sobrevenidos, y que en modo alguno había sido previsto por las personas involucradas en esta acción de política gubernativa, máxime cuando fue motivo de honda preocupación para el territorio peninsular y solo objeto de consideración tangencial en el seno de la Junta Magna en 1568.

Derecho Indiano provincial y local (reinos, provincias, repúblicas)

LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN EL VIRREINATO DEL RÍO DE LA PLATA

THE APPLICATION OF LAW IN THE VICEROYALTY OF THE *RIVER PLATE*

MARÍA ROSA PUGLIESE LA VALLE

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

mrpugliese08@hotmail.com

Resumen: La investigación tiene por objeto la reflexión sobre el análisis de la aplicación del derecho en el Virreinato del Río de la Plata. Las novedades que produce su creación, 1776, trae la necesidad de seguir averiguando como se aplica el derecho, tanto por jurisdicciones legas cuanto letradas. Una visión de las causas en ese período permite comprobar el entramado de fuentes, los trazos normativos en las decisiones o como se resuelve en la forma dictaminada por el Fiscal o por el asesor en los juzgados legos. Asimismo, la diferencia cuando se actúa ante el Consejo de Indias.

Palabras clave: reflexión, aplicación del derecho, fuentes, Virreinato, Río de la Plata.

Abstract: The research aims to reflect on the analysis of law in the Río de la Plata Viceroyalty. The new developments produced by its creation (in 1776), brings about the need to continue figuring out how the law is applied, both by legal jurisdictions and lawyers. An overview of the cases in that period allows one to test the network of sources, outlines of regulatory decisions, or how they were resolved in the manner dictated by the prosecutor or the court lay adviser. Likewise, the difference when acting before the Council of the Indies.

Keywords: reflect, application of law, sources, *River Plate*, Viceroyalty.

Sumario: 1. La reflexión sobre el tema. 2. La praxis rioplatense. 3. Expedientes modélicos que trasuntan cierta realidad judicial indiana y la contrarréplica de otro que castiga los ilícitos. 4. Otras aplicaciones de normativa legal expresa o tácita. 5. Se cita la palabra Derecho y/o junto con la ley y el espíritu de las leyes. 6. Las Provisiones de la Real Audiencia. 7. Bandos de buen gobierno. 8. Ejemplares. 9. La práctica. 10. Equidad. 11. Costumbre. 12. Las nuevas disposiciones se mencionan en forma expresa.

1. La reflexión sobre el tema

Tras el estudio sistemático de las fuentes del derecho indiano en el virreinato del Río de la Plata, resulta necesario seguir reflexionando sobre su aplicación,

pues ésta exhibe aspectos de esa experiencia y del discurso que se puede generar a partir de ella¹. Una hojeada sobre el enriquecedor entramado que trasuntan los dictámenes fiscales, sentencias asesoradas y el ejercicio letrado como patrono de las partes, abre este interesante panorama².

Al comenzar nuestros estudios sobre el período, advertimos que se visualizaba una creciente complejidad de la vida administrativa, política, económica que tenía su reflejo en la faz jurídica y en la instauración de una Real Audiencia en 1782 en Buenos Aires³. Los motivos que llevan a la elevación de la Gobernación a la categoría de Virreinato, de índole política y estratégico-defensiva, tienen su correlato con el crecimiento social y económico de una parte de la población, en particular en esa boca inmensa donde confluyen un río majestuoso y el océano. Y a su vez, ello se exterioriza en la complejidad de las causas que llegan a los tribunales y la red jurídica que involucra.

La mirada cuidadosa sobre una multiplicidad de causas descubre ese entretreído que exhibe la vitalidad de un derecho que pervive tras recopilaciones y normas varias, junto a costumbres y prácticas instaladas y renovadas en el ámbito rioplatense, como expresión del derecho local. En tanto muchas veces basta la referencia al derecho, a las leyes en genérico o a la práctica, las nuevas se especifican como una manera de refrendar su existencia, la necesidad de su aplicación y de su incorporación al núcleo normativo.

La falta de determinación de la norma no puede llevar a suponer que se resuelve más allá del derecho, sino que se interpreta y conjuga el ordenamiento con plasticidad, integrando armoniosamente fuentes de diversa índole. Observemos como se trasunta.

2. La praxis rioplatense

El término genérico Derecho, generalmente con mayúsculas, o conforme a derecho, fue repetido. Así vale citar una causa criminal contra el curaca del

¹ MARIA ROSA PUGLIESE, “Las fuentes del derecho a través de los expedientes judiciales en el virreinato del Río de la Plata”, XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, pp. 135-182.

² MARIA 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.

³ PUGLIESE, *De la Justicia lega...*, cit., pp. 7-8.

pueblo de Quilino, Juan Olmos (1794), por excesos y malos ejemplos, en la que varios indios pidieron su remoción y el fiscal Herrera solicitó al Gobernador Intendente de Córdoba librase providencia en tal sentido, procediendo “conforme a Derecho”. El virrey resolvió afirmativamente⁴. Ese conforme a derecho, comprendió tanto al nacido del orden jurídico formal, cuanto al que se forjó localmente. El buen trato al indígena estuvo presente desde los inicios del proceso indiano y se reafirmó cotidianamente. La denuncia y castigo de los excesos nos muestra la persistencia de los buenos principios y la realidad que se escapaba en la inmensidad de un territorio propicio para el desvío de las nobles intenciones. Pero, aunque a veces tarde, la justicia llegó inexorablemente en base a ese derecho imbuido de contenido moral y religioso y a la existencia de una administración judicial que atendía los requerimientos. Se ha dicho con razón que justicia tardía no es justicia, pero en el trato al indígena hay una preocupación constante y el problema fincó en una realidad insoslayable, la lejanía que separaba el lugar de la presunta tropelía, del órgano que debía resolver. Por ello el apotegma debe meritarse según la distancia.

Esa actitud protectora se graficó en una actuación para trasladar los pocos indios de la reducción de Santiago al pueblo de S. Jerónimo, pedido por el subdelegado de Santa Fe –encargado de las reducciones–, y acogida por el fiscal:

la facultad de la ley 13, título 3ro, libro 6 de Indias concede a V.E. para mudar las reducciones en un caso en que se manifiesta la necesidad por un oficial de honor encargado del cuidado y arreglo de ellas.

El fiscal pidió la provisión de “curas doctrineros que sepan la lengua en conformidad de las Leyes que así lo previenen” y “se le autorice al comisionado para tomar las disposiciones que le parezcan convenientes para la traslación y arreglo de las cosas temporales” (5-7-1794).

Vistos: este expediente...con lo expuesto por el Sr. Fiscal protector General de naturales mando en uso de mis facultades y por convenir así al mejor servicio de Dios y del Rey que desde luego se haga la referida traslación por el dicho subdelegado, que para ello tomará las disposiciones que le parezcan convenientes... dándome cuenta instructiva de cuanto obrase, a cuyo fin se

⁴ Causa criminal, 1794, leg.61, exp. 17. *Archivo Histórico de Córdoba*, luego A.H.Cba. En el mismo sentido, leg. 81, exp. 21.IX.36.5.4, Idem leg. 81, exp. 21.IX.36.5.4, *Archivo General Nación Argentina*, (luego A.G.N), Idem, 1794, exp. 9. IX.37.9.4, A.G.N. Con cita expresa de la Recopilación de Indias.

le dirigirá la orden consiguiente por el próximo correo... Y se pase oficio al Sr. Obispo de esta diócesis ...a consecuencia sobre el punto que representó el Dr. Francisco A. de Vera. Rúbrica del Virrey, Ortiz y Almagro⁵.

Véase como del expediente resultó la aplicación del derecho real y la autorización para la creación de normas locales que emanasen de un funcionario de ese orden.

3. Expedientes modélicos que trasuntan cierta realidad judicial indiana y la contrarréplica de otro que castiga los ilícitos.

La praxis indiana demostraba, en muchos casos, como los poderosos se hacían fuertes en sus ilícitos y aprovechaban de sus cargos, aunque, para balancear hubo otros donde los magistrados perseguían las iniquidades. El primero tuvo por protagonistas a Josef González de Bolaños, de giro mercantil en Buenos Aires y Francisco de Paula Sanz, Gobernador de la Villa de Potosí⁶. En 1798 el primero reclamó ante el monarca el pago de un préstamo que le hizo a Sanz en Buenos Aires, en 1789. El escrito no solo se destaca por su tenor jurídico sino por su elegancia gramatical, como se aprecia en causas tramitadas ante el Consejo y su prolijidad con inserción de citas de máxima autoridad y lenguaje de enjundia. Esta causa es reflejo de la praxis de una zona periférica de la monarquía, el poder de los malos funcionarios y la incapacidad para resolver la crisis en que había caído la burocracia indiana. La buena administración judicial y la leal y eficiente tarea de muchos magistrados, quedaba así anonada para sostener la Justicia en territorios americanos.

La pluma del letrado caracteriza al acreedor y al explicar su confianza usó el verbo “deslumbrar”. La artimaña fue que Sanz le pidió que recogiese de Thomas Antonio Romero –otro hombre que giraba en plaza– una libranza de 12.662 pesos, prometiendo devolverla en próxima ocasión. Todavía en 1798 la deuda estaba impaga y por eso se presentó al solio pidiendo su reintegro, con más otra cantidad que comprendiese bienes que había llevado de su almacén “géneros de buen gusto, ricas chupas bordadas, de buenos vestidos, de uniformes exquisitos y camisolas, chocolate y bujías de cera”, cuya factura ascendía a \$ 13.916. Nos pintó así a un aprovechador y a un incauto,

⁵ Exp. 11. IX.30.5.21. A.G.N., Interior.

⁶ Legajos 312 a 315, Buenos Aires, *Archivo de Indias, AGI*. El actor fue cónsul del Consulado.

que creyó encontrar la forma de obtener pingues ganancias en la operación. El pago se dilató y la situación se agravó al destinarse a Sanz al gobierno de Potosí, donde estaba a esa fecha. Sin embargo, no se amilanó en entregarle una declaración del crédito de su puño y letra al pie de la cuenta. El acreedor pleiteó ante el Virrey Pedro Melo de Portugal. El relato lo refrendaba con tres cartas. En sus palabras, el Virrey se resistía a hacer justicia y le ofreció escribir en amistad para requerir el pago. Adujo Bolaños que, como a un virrey no se le podía replicar, no tuvo más remedio que callar y esperar. A esa carta, contestó Sanz que carecía de fondos, pero no hubo providencia ni se devolvió el expediente, pese a las visitas y ruegos. Sobrevenida la muerte del Virrey, el gobierno interino recayó en la Audiencia y recurrió al Escribano para rescatar el expediente, que tras ardua búsqueda encontró entre los reservados del difunto. Con una irónica prosa agregó que de no haber fallecido “hubiese quedado en su antigua clausura”. Fue así como llegó al Supremo Consejo de las Indias, denunciando que cuando recurrió al Juez del territorio, éste no solo no quiso hacer justicia, sino que retuvo el escrito y sus comprobantes. Puso el acento en que el expediente se movía contra un poderoso y un ministro de los del Consejo, que era el Gobernador político de Potosí, Intendente General de Real Hacienda, Superintendente de la R. Casa de la Moneda y Banco de rescates. Y apesadumbrado expresó:

el poderío de las personas aumenta cuando disfrutan estas gracias en América, porque las jerarquías de la tierra a semejanza de los astros del firmamento brillan mas a proporción de lo que distan del solio del soberano.

Por eso entabló el pleito ante un juzgado superior, por estar prevenido,

en las *leyes de Indias*, las que hablando de los pleitos, que se mueven en América a un ministro togado, a sus mujeres, hijos, yernos ordenan que sea libre el acreedor de presentarse a las Audiencias de donde son ministros los reos demandados, o ante los alcaldes ordinarios de las capitales en que residen las Audiencias.

Su deudor no era ministro togado de Buenos Aires, pero era honorario del Consejo, de ahí que la ley le brindó la facultad de ocurrir a ese Tribunal. Pidió embargo sobre los sueldos, autorizado por una ley de Toro, y pese a que el juez debía deferir a la fianza de arraigo y en defecto de éste, el embargo de bienes, nada hizo. La “común doctrina”, según sostuvo, era que debía afianzar, al hacerse sospechoso de insolvencia o mudar de estado. De allí su

reclamo de que afianzase o se embargasen sus rentas, bienes muebles, antes de que se hiciese incapaz de responder.

Para demostrar la imposibilidad de continuar su trámite en América, señaló que Potosí distaba 500 leguas de Buenos Aires, donde residía el Virrey y, ahí no había otro jefe, o persona de autoridad que no dependiese del Intendente, con el resultado de no haber sujeto a quién darle comisión, sea considerado como Gobernador político de la villa o como Intendente de Real Hacienda o como Superintendente de la casa de moneda, pues todos dependían de él. En una palabra, todo el territorio de Potosí estaba subordinado a su Intendente y bajo su arbitrio en demorar el reconocimiento del documento, o quién lo ejecutase. Acotó, que,

los respetos humanos han sido en todo tiempo la rémora que se ha opuesto a la Justicia. Ellos son más poderosos que el oro o la plata. Estos metales solo tienen fuerza para pervertir a los jueces pervertidos, pero el miedo de la pena y la esperanza del premio saben hacer conquistas en los corazones más bien formados, de que dan testimonio todas las historias. En la América hacen más triunfo estas tentaciones porque estando más distante el remedio contra la opresión, empuja mas el miedo cuando se prevé la hostilidad, y ya vimos que el virrey de Buenos Aires se vio embarazado para hacer justicia contra Francisco Sanz a pesar de los clamores del suplicante, dejándose estar de las cadenas del humano respeto hasta la hora de su muerte. No habrá alcalde ni oidor que admita comisiones contra Sanz, ni asesores bastante firmes que se atrevan a embargarle sueldos o sus bienes, sus intereses, décima y costas.

De ahí, que la única salida era el embargo del salario y luego el reconocimiento de la obligación. Agregó que el Consejo no permitía que su defensor asistiese a informar y se resolviese la instancia, pero la deuda era cierta y difícil su cobranza, discordando solo en el modo de facilitarla. El fiscal fue de dictamen que se cometiese al oidor de Charcas el reconocimiento, para que confesada, procediese el Virrey al embargo de la tercera parte de los sueldos. En definitiva, el Consejo opinó que no debía privarse al Virrey de Buenos Aires de la jurisdicción que le competía y pronunció el auto: “Líbrense carta acordada al virrey con copia de la instancia de B, encargándole haga pronta justicia, sin que le sirva de óbice el carácter y circunstancias del Sr. S....”. Tenía como base:

un precepto de mayor fuerza que el que imponen las leyes a todo juez, sobre que juzgue con igual medida al rico y poderoso que a el pobre y a el desvalido, podría lisonjearse el exponente de que hallaría mejor despacho en el virrey Marqués de Avilés que en su antecesor Pedro de Melo.

Agregó, que:

sin ofender el buen concepto que tiene el magistrado, no es bastante a asegurar la confianza del suplicante en un negocio de justicia, que ha de girarse privativamente por mano de su asesor, y contra un personaje de la autoridad y respeto de don... que vive a 500 leguas del dominio del virrey y en un país donde todos los sujetos en quienes se pueden recaer la comisión para el reconocimiento del vale son sus súbditos inmediatos, sino son amigos, paniaguados o comensales. ...Que el nuevo virrey haga justicia o se cometa a un oidor de Charcas el reconocimiento, por este arbitrio será mas fácil que se logre esta diligencia es necesario que el comisionado salga a 25 leguas de su casa que son las que dista la ciudad de La Plata de la villa de Potosí, es de presumir que unos por enfermos o ancianos y otros por amigos de Sanz, no admitan una comisión cuyas resultas deben serle poco gratas y frustrada la providencia del Consejo, ya no queda al suplicante medida alguna que tomar...⁷

Insistió el acreedor en que ejercía un derecho de justicia para recurrir al Consejo, y éste debía acogerlo como “un caso de Corte, concedido por las leyes del reyno a todo el que ha de litigar con persona poderosa”. La remisión al Virrey causaría agravio, porque si no podía compelerlo a usar de su derecho en la Real Audiencia, que era un tribunal de mayor autoridad que el Virrey, “por razón de persona poderosa goza el privilegio de poder desaforar su pleito del juzgado del inferior y poder ocurrir derechamente al superior”. Y afirmó, aun cuando faltase la ley que lo permitiese y cesare ese privilegio, bastaría mostrar el suplicante que no se le quiso hacer justicia por el Virrey, para no volverlo al mismo juzgado. Invocó la ley que expresaba que cuando el Juez de Alzada revocada la sentencia del Alcalde, no debía remitirle la causa sino retenerla y ejecutarla. La ley no distinguía. Pidió “a los pies de S.M. la solución y que se proceda al embargo de sueldos”, la tercera parte de éstos según la ley de Castilla. Suscribió por poder, Manuel de Toca. Nada más se supo.

En la otra causa modélica ante el Juez de Provincia Francisco T. de Ansoategui, el fiscal Herrera dictaminó sobre las resultas de un depósito, en el que se hacía jugar el derecho real con el romano, el ejemplar, la práctica y la costumbre, condenando a aquél que se aprovechaba de su cargo, es decir, el depositario. Expresaba al efecto y vale transcribir:

⁷ Acotaba que La Audiencia de Charcas solo tenía 6 miembros, uno está ausente en Puno, que era Antonio Villaurrutia y el ultimo provisto en plazo que era Josef A. de Ysoz y Mozi, no ha salido para su destino, marchando un oydor de Chuquisaca y enfermado alguno de los otros, vendrá a quedar sin curso el despacho.

Para resolver no hace falta mucha jurisprudencia o si de la diligencia resultó haber depósito o no lo dirá la ley de Partida...Rivadavia (el depositario) debió guardar la cosa, si firmó que se daba por entregado y no lo hizo, él es responsable de todos los perjuicios... por su omisión. Si lo segundo, debe imputársele el haber dado valor con su firma a una diligencia de ningún efecto... si vio que el alguacil ni registraba la casa, ni el estado de la quinta, ni contaba sus árboles debió expresar ¿yo me constituyo a dar cuenta de lo que no recibo por ella?...si hay práctica de que se depositen las cosas inmuebles en casos en que no se manda lanzar a los tenedores...esa es una corruptela introducida por el actual u otros depositarios con el fin de lucrar en el 4% indebidamente...si es cosa que no se puede ocultar o trasplantar, hacer depósito es un abuso intolerable... por regla general es necesario que V.A. lo mande cortar... que eso fue con el fin de recoger derechos a dos manos, *quid non mortales pectora cogis aura sacra fames*. Como el Dr. Rivadavia siguiendo su costumbre se ha propagado en injuriar al señor Oidor y al fiscal, se ha hecho acreedor a que V.A. le imponga las más severas penas en que ha incurrido por derecho... si el hablar con voces destempladas, con palabras fuera del caso ante cualquier juez, es suficiente para privar de oficio al abogado y castigar al litigante, que diremos cuando estas palabras van determinadamente a ofender, vulnerar e injuriar la conducta del juez?, qué diremos cuando este juez es de suprema jerarquía?, qué diremos cuando se producen por escrito y en público ante un tribunal tan respetable y que representa directamente la Majestad?...En derecho se llaman atroces por los respetos de la persona y del lugar... es expresada por n. legislación de Partidas...es tanto como que cuando se sienta en el banco de Astrea, no es para distribuir justicia sino es para prostituirla a sus particulares fines... es un juez corruptible...qué injuria más atroz puede decirse contra la autoridad de un magistrado?... ha hecho revocaciones contra todos (incluso contra el fiscal porque éste arguye razones de derecho... el fiscal únicamente expone, no decide)...si no se castiga el desacato..la injuria, da lugar a que insensiblemente se vaya pervirtiendo el orden social y que el respeto que se debe tener al soberano decaiga, viéndose ajado en las vivas imágenes de sus tribunales, en que está representada Su Majestad, por eso n. leyes de Partida, dan a entender que en las ofensas a los oficiales del rey, se comete el crimen de lesa majestad...Es tan antiguo castigar este delito con severas penas que entre los antiguos romanos hubo una ley que se llamaba *Horacio* de los sacrosantos magistrados...pero, para qué pedir decisiones a la *antigüedad romana* cuando tenemos *ejemplares* dentro de nuestro mismo reino... Para evitar semejantes *ejemplares* se servirá V.A. mandar no se le admita escrito a dicho depositario... merecedor de un severo castigo que vendrá mejor de la superioridad si tuviese a bien escarmentar estos excesos para no dar ocasión a otros...en un tiempo en que es menester la subordinación para la

seguridad del gobierno...resérvese a S.M. la providencia definitiva y que la espere en Córdoba...con mil pesos de multa, avisando al Sr. Virrey y dando cuenta a S.M. con testimonio...⁸

El texto es lapidario y evita demasiados comentarios. Ante un juez local pudo ser suficiente invocar la ley a secas o la práctica, pero cuando se buscaba el amparo real, se desenvolvía toda la gama jurídica, tal esta causa, que vale caracterizar como modélica.

4. Otras aplicaciones de normativa legal expresa o tácita

Citaremos otros casos útiles para comprobar las pautas que se invocaron y con las cuáles se resolvió. Veamos una en que actuó el defensor en contrapunto con el Alcalde. Aquél protestó, pues se le intimaba a contestar en un día, mas luego demoraba el Juzgado, dijo “...no coincide con el mandato de las leyes que solo conceden 6 días a los jueces para la expedición de esta clase de providencias” y agregó “no puede menos que hacerle presente al Juzgado para que en su virtud se sirva proveer”⁹. El Juzgado proveyó:

Hágasele saber que para interpelar al Juzgado según ha ejecutado por este escrito proceda con la circunspección y moderación y conocimientos necesarios, bien entendida de que en el supuesto contrario no se le admitirán semejantes escritos y de que el juzgado no ha menester la recordación que le hace del precepto de las **leyes**, que debió concordar con las muchas atenciones que lo recargan, no obstante de que ni ésta ni otros justos motivos ha causado la retardación que se le atribuye en el despacho adjunto y para los efectos que puedan convenir sáquese testimonio de esta providencia. Fdo. Arana y Dr. Ezquerrenea.

No fue extraña la invocación al espíritu de las leyes, en particular en quién era parte y al margen, resultó de las providencias que ese espíritu campeó y, que no hacía falta insistir en citas sino en resolver de acuerdo a lo preceptuado. Lo arbitrario, a su vez, estaba motivado en razones que justificaban, quizás, el ir más allá de lo textual en norma antigua, ante situaciones nuevas. Tal una causa ejecutiva donde se admitió el planteo de excepciones

⁸ Exp.7.3.115.17 en *Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Argentina*, luego *A.H.P.B.A.*

⁹ *A.G.N.Leg. B-8*, Expte Joseph Buchardo.

antes de ordenar la intimación¹⁰. La actora se quejó porque iba contra “el espíritu de las Leyes, que designaba el tiempo que se habían de admitir excepciones cuya liberal observancia juran todos los jueces y abogados” A su revocatoria se resolvió:

respecto a que la providencia que se expresa no es contraria al espíritu de las leyes como erradamente esta parte supone y que aun cuando lo fuese debía perjudicarla su dilatada taciturnidad, guárdese lo proveído. Warnes y Cabral”. 25-9-86.

Sin embargo, al ser apelada se revocó y se devolvió al alcalde para librar mandamiento de ejecución por tratarse de un juicio ejecutivo y condenaron al asesor en las costas.

Asimismo, ese espíritu se exteriorizó al resolver un pedido del Gremio de Zapateros de la capital (1795). El fiscal expresó que cotejó el expediente con la Real Cédula de creación de ese gremio (6-11-1793), advirtiendo que no se le oponía:

según su espíritu, comprende el fiscal que los Estatutos y juntas que se mandan suspender son los respectivos a la cofradía que se trataba de establecer, en virtud de no haberse instruido el expediente por la ley 25, título 4, libro 1 de las municipales, en cuya atención dictaminó que podía acceder a lo pedido con la limitación referida.

En la resolución del Virrey se hizo mérito de esa disposición:

Visto lo representado por el Fiscal y la consideración particular de que el título cuarto del libro 1ro de la Recopilación de Indias, cuya ley última es la que se cita en la R.C., solo habla de hospitales y cofradías que en su erección dependen principalmente de la autoridad eclesiástica, como así se ve con el tenor de todas las demás leyes que el dicho título comprende, declaro que, contrayéndose, como se contrae la real cédula únicamente a lo prevenido en la ley última de ese mismo título, que es como una *regla general* para la inteligencia de las anteriores en materia de cofradías para fines espirituales y piadosos, solo debe quedar sin efecto por ahora todo lo que pertenece a reglas y contribuciones de Cofradía del dicho Gremio de Zapateros, con reserva de que dicho gremio pueda solicitar su erección en el modo y forma

¹⁰ A.G.N.Leg. M, IX.41.7.5, Expte José Martínez c./ Thomas López y Catalina Osornio s./ cantidad.

que previene la citada ley última, y en cuanto a lo demás meramente respectivo al gremio, su gobierno y economía, en que tanto se interesa el beneficio público, continuarán sus empleos, sus actos y funciones también por ahora y en los términos que dicho señor Fiscal propone a cuyo fin se dará al gremio testimonio de la R.C. y de lo demás que se sigue con inclusión del presente decreto. Fdo Arredondo. Francisco A. de Basavilbaso, Dr. Vicente García Grande y Cárdenas¹¹.

La mera remisión a las leyes se hizo, como ejemplo, el reclamo de Miguel de Amaller, ante el Virrey por un crédito que le adeudaba un vecino de Buenos Aires, Mariano Soloaga, por \$ 16.000.- y que ejecutó en su ciudad, ordenando el embargo en bienes del deudor y prisión. Los fondos se depositaron en Francisco Xavier de Uriarte, pero cuando quiso proseguir la causa se encontró que ya no los tenía. Pidió mandamiento para remitir el deudor con las seguridades del caso. Y el Virrey resolvió: "...ocurra ante el Gobernador Intendente de Córdoba a que le administre justicia y obre con arreglo a las Leyes y al estado y naturaleza de la causa". Firmó con Almagro¹².

Otra, interesante, en que habla de leyes, exhibió la caracterización de la Justicia y la naturaleza de los recursos¹³. Veamos. Una de las partes se refiere a los útiles y necesarios, al sostener que era frecuente la revocación de los autos de vista y revista, pues, aunque los jueces fuesen íntegros e ilustrados son hombres sujetos a equivocaciones. Partiendo de este principio no había porqué negar la posibilidad. Agregó que era una desdichada pues debía recurrir por protección ante el mismo que falló en su contra. Como no lleva firma, supo-

¹¹ Todo se lleva a la R. Audiencia a voto consultivo. Virrey, Gallego, Almagro. Interior, Leg. 38, exp. 22, IX.30.5.2. *A.G.N.*, Otra donde se refirió el espíritu de la ley, es de 1790, *AHPBA*, 5.5.76.11. En la causa de José Márquez de la Plata remitida por el gobierno de la Intendencia de la Paz, sobre méritos y servicios del subdelegado del partido de Omasuyos, 1794, el fiscal refiere que el Gobernador Intendente dio informe a favor, porque el sujeto siguió la literaria hasta decorarse con las borlas de doctor en ambos derechos y ha servido más de 9 años, expidiendo las cuatro causas de policía, justicia, hacienda y guerra y lo considera benemérito para que se le atienda, con manejo, versación, conducta y amor al real servicio, con documentación que lo prueba y cuentas rendidas podrá V.E. para cumplir el tenor y espíritu de la ley 8, tít., 14, libro 3ro. y reales determinaciones el ramo o clase de carrera para que su superior discernimiento halle más idóneo y acreedor para los empleos de la profesión literaria en la facultad de la jurisprudencia que ha cursado, acreditando su aprovechamiento o ya para los de capa y espada y manejo de la R.H. en que se ha distinguido. Se mandó hacer el informe por el Virrey y su asesor. Leg. 35, Interior, IX.30.5.2, *A.G.N.*

¹² Exp. 41, IX. *A.G.N.*

¹³ Exp. 4, IX. Pedro Capdevila, Juan F. Ferrany y ot .s/ que los religiosos betlemitas abran calle de la quinta que poseen cerca del Paso Chico, 1809, *A.G.N.*

nemos la intervención de un papalista, pese a que la mujer arguyó que debió caminar buscando abogado y que uno por caridad consintió en hacerse cargo. Dijo: “Los tribunales están acreditados con nombramiento de abogados y procuradores de pobres en lo civil y esta Audiencia que se digne dispensarme, mas por desgracia aquel es un protector general de los derechos godos”.

Alegó que, aunque los términos están para evitar que los pleitos se hagan interminables, no se podía perjudicar a

una desvalida que por su clase, sexo y calidad de moral merece la protección de las leyes...Las leyes son expresión en semejantes casos, V.E. lo sabe mejor que yo, por residir en ella la calidad de Padre, es el Tribunal donde brilla la pureza de la justicia, afianza la conformidad de mi solicitud.

La contraparte rechazó la pretensión: “los recursos de súplica se deben a gracia de los legisladores, ...sus términos son improrrogables”. Adujo que dejó transcurrir 13 años, y que “cuando la palabra de la ley es clara se dirige al juez y debe aplicarse, aunque la parte no lo pida”. Y remató: “...actuando en un pueblo ilustrado y cercado de magistrados y Tribunal Superior contra quien pudo articular por la parte adversa en 13 años un recurso...”. El nuevo asesor Miguel Villegas (16-1-1813) indicó que se citase nuevamente a las partes. Y el Juez consintió.

En la sentencia proyectada por Villegas se argumentó que el juez no podía suplir a la parte, debía revocarse la sentencia por exceso, citaba las Partidas y, que, como no probó se le estableciese perpetuo silencio o lo que halle más de justicia. “Como propone el asesor en su dictamen de hoy, que se tendrá por providencia. Azcuenaga”. (15-11-1813)

Crucemos ahora el Río de la Plata y observemos la insólita situación que se dio en Montevideo cuando al proceder a la ejecución de la pena de horca, se rompió la escalera que conducía al cadalso. Al grito de milagro y frente a una turba desenfrenada, el reo fue rescatado por la Hermandad de la Caridad, alegando que, por la rotura, su persona le pertenecía. El alcalde remitió la causa a la Real Audiencia en consulta y suspendió la ejecución (1794). El Fiscal estimó que era una falsa opinión de que el reo se había salvado del poder de la justicia y “había ganado un asilo inexpugnable en el seno de la Hermandad de la Caridad, quién a partir de ello gozaba del derecho de disponer de su persona”. Calificó la actitud del Capellán de fanatismo, llevado por el furor popular al levantar su crucifijo invocando que pertenecía a la Iglesia y la religión. Opinó restituir el reo a la prisión, pues estos casos estaban ya resueltos

por Su Majestad, y que correspondía proceder a la ejecución, previo arreglo de la escalera con los fondos de propios de la ciudad. Se debía acordar con el Gobernador de la plaza el auxilio y que se publicase un bando con la resolución de la Audiencia, para que el pueblo observara quietud. Como el *barullo* quizás provino de la mucha marinería, dictaminó pasar oficio al Comandante de Montevideo para retirar a los marineros y evitar nuevos trastornos. La decisión conformó el dictamen y se cumplió lo ordenado¹⁴.

5. Se cita la palabra Derecho y/o junto con la ley y el espíritu de las leyes

En una causa criminal (1790), por incendio en campo que provocó la muerte de cuatro personas, el Fiscal Herrera refirió que el reo fue condenado según derecho, a la pena arbitraria de 5 años y se remitió a lo que disponía la ley. La R.A. confirmó el auto¹⁵.

La cita de la ley de Partida, v.g. la hallamos en una causa criminal por adulterio, que se consultó a la Audiencia. El Fiscal señaló que la providencia estaba arreglada a aquélla¹⁶.

El planteo de una causa sin estar “conforme a derecho” se dio por el Alcalde de 2do voto de Salta en unos autos contra un hombre por muerte del marido de su amancebada, que lo condenó a 6 años de presidio y a la mujer en un año de carcelaria. El Fiscal pidió la nulidad por no conformarse a derecho. Herrera (1794).

Vistos: ...devuélvase al alcalde para que, reponiendo la causa al estado de tomar a la reo... su confesión con los requisitos de interrogarla por su edad y calidad, la sustancie y determine conforme a Derecho y con dictamen de otro letrado, que nombrará de asesor aperciendo al Dr. Don Dgo García que en lo sucesivo arregle sus dictámenes a lo que previenen las Leyes.

¹⁴ La sentencia se cumplió el 23/7/1794. Leg. 60, Exp. 2, IX, 36,1,5. A.G.N.

¹⁵ Leg. 265, Exp. 3, IX.39.3.3.A.G.N..

¹⁶ Exp. 5.5.66.8, A.H.P.B.A.. En 7.1.88.43, A.H.P.B.A. Se hace referencia a que el juez comisionado desconoce el Derecho. La causa es de una mujer contra el marido por malos tratos, donde se trata de arrestarlo. El comisionado devuelve los autos sin recibir confesión como correspondía por carecer de instrucción en la materia, no tener profesor que le dirija y que tampoco lo tiene el reo para el efecto, según expone en el oficio. Se habla de perjuicio que haya lugar en derecho.

Finalmente se revocó la sentencia consultada y se condenó en 200 azotes con el cuchillo al cuello y en diez años de presidio y a la mujer en cuatro años de reclusión¹⁷.

En otra causa de la Intendencia de Cochabamba ante la Real Audiencia, ésta citó expresamente la norma, sobre nuevas reducciones de los indios yuracares, solostros y otros. En otro, el citado Fiscal, ante la injusta actitud del gobernador de Moxos, que impedía la apertura del camino a Moxos sobre la reducción de San Francisco de Asís del Mamónré, dictaminó que el Virrey podía ordenar la apertura por su autoridad y hacerle entender a aquél su mal proceder al atacar a quién abría el camino. La Audiencia libró orden por la secretaría previniéndole al gobernador que protegiere por los medios más adecuados el resguardo de aquellas reducciones, arreglándose a la R.C. del 23 de septiembre de 1791, dando cuenta de los gastos y se pasase al Virrey para las providencias, como autoridad sobre el Tribunal de Cuentas para disponer de fondos¹⁸.

En causa relativa a la compra para los R. Almacenes, Herrera expresó que la R. Hacienda no debió pagar más maderas que las precisas pese a la conformidad de esa Junta, la Real Audiencia proveyó:

Visto: este expediente..., con lo expuesto por los reales oficios y ministerio fiscal, sin embargo que los Ministros, factor y contador han usado de interpretaciones opuestas al espíritu de la providencia de esta junta de 21/8/93, para extenderse a la compra de unos artículos no comprendidos en las relaciones de los comandantes de artillería de Buenos Aires y Montevideo, valiéndose de una equivocación que al parecer presenta su letra y pudieron esclarecer, mayormente no teniendo ejemplar que esta Junta sin previa calificación de necesidad ordene mas gastos que aquellos que se presuponen necesarios...no da lugar a presunciones y a que en las actuales críticas circunstancias no está demás algún repuesto en R. para obviar fúnestas consecuencias, abónese al citado E. los 3.613 pesos que comprende el recibo de fs....con arreglo a lo ordenado por el Virrey en providencia... del año pasado, sin perjuicio de las resultas de las cuentas que debe dar el ministro factor, y tomada razón de esta providencia en el Tribunal de Cuentas dése a S.M. el estado de la que corresponde con testimonio. 5 rúbricas, Velasco¹⁹.

¹⁷ Leg. 265, Exp. 3. IX.39.3.3.A.G.N.

¹⁸ Leg. 131, Exp. 21. IX.37.4.3, A.H.P.B.A.

¹⁹ Alberto Calcena y Echeverría, solicita entrega de pesos deudora la R. Hacienda. Leg. 67, Exp. 1. IX.3.6.3, A.G.N.

6. Las Provisiones de la Real Audiencia

Resulta interesante comprobar como las Provisiones de la Real Audiencia son citadas en variadas causas. En una de San Juan de la Frontera, por despojo de su empleo al Administrador de tabacos y Teniente de oficiales reales de esa ciudad, para nombrar a otro, el fiscal estimó que fue separado sin motivo y sin sujeción a lo prevenido por la Orden del 16/3/1780, por suponer que aquél empleo de teniente estaba vacante y en vez, Castro lo servía desde 1790. Acotó que el nuevo era uno de los comerciantes de mayor giro de la ciudad de San Juan, cuyo carácter le incapacitaba según la ley de Indias para obtener ese empleo. En cuanto a la tesorería, que se uniese a la Administración de tabacos, que también sirvió y servía Juan Manuel de Castro. En definitiva, comprendió el caso en los arts. 91 y 93 de la R. O. de Intendentes y a la Instrucción. La Audiencia proveyó, Vistos:

En atención al impedimento legal que tiene don Fernando de la Rosa para obtener y servir el empleo de Tte. de Oficiales Reales de S. Juan y lo demás que de autos resulta, restitúyase por ahora a la posesión del citado empleo al Administrador de Tabacos de esa ciudad, Juan M. de Castro, reservándose a los ministros principales de R.H. de Mendoza su derecho a salvo para que usen del, donde, cuando y como vieren les convenga, y a fin de que tenga su debido efecto lo mandado líbrese el competente despacho, con inserción de la vista del señor fiscal y esta providencia al Gobernador Intendente de la provincia para que disponga se dé al citado Administrador la posesión ordenada y esté a la mira que no pasen a ruidosas oposiciones, dando cuenta²⁰.

Citemos también un dictamen del fiscal Villota, en el que se remitió a la actividad de la Real Audiencia. Acotó, que los azotes por amancebamiento a un menor -a solicitud del padre-, eran un verdadero atentado y abuso el más perjudicial en la jurisdicción real que le estaba confiada. Ni el mérito de la causa, ni la conformidad del ofendido -tal vez para evitar más daño- ni la facultad que V.A. concedió a los jueces de Catamarca para que en los delitos leves que cometiese la plebe y gente vil pudiesen, con la instrucción del sumario y confesión del reo, imponer las penas de corrección, azotes o pecuniarias, podría excusar el exceso. La causa no estaba comprendida allí. Debíó hacer prevenciones y amonestaciones, comprobado el delito. Al haber exceso de jurisdicción pide que se le suspendiera en la judicatura citando la ley 6, tit 9 Partida 7ma

²⁰ Leg. 115, exp. 19. IX.3.7.1.5, A.G.N..

“e si contra eso ficiesen (los alcaldes) deshonrando los querellosos de palabra o de fecho sin razón, tenudos serian en todas quizás de hacer mayor enmienda por ello, que si otro home lo ficiese”. Declaró como violento e injusto el castigo de azotes y que el Alcalde de 2do voto estuviese a la mira de la conducta de JTP procediendo con prudencia a evitar el escándalo y continuar por los medios más conformes a derecho, con costas. La Real Audiencia proveyó:

Vistos: ...sobreséase en la prosecución de la presente causa con la declaración que la corrección impuesta a J.T.P. no puede ni debe perjudicar a su buena opinión y se condena al alcalde en las costas, apercibiéndolo a que en lo sucesivo se arregle a las leyes *y a lo acordado por esta R.A.* y escribase carta acordada al Alcalde de 2do voto para que con la reserva correspondiente esté a la mira de la conducta del referido P. 5 rúbricas.

En el próximo acápite también surge la creación audiencial, según marcaremos.

7. Bandos de buen gobierno

En este caso, es una causa de Jujuy sobre el cierre de pulperías los días festivos, fundado en costumbre. El gobernador intendente de la provincia de Salta como juez de apelaciones revocó un auto de buen gobierno basado en una inmemorial costumbre. La Audiencia confirmó las providencias de los alcaldes de la ciudad de Jujuy que estaban en el bando publicado y condenó en costas a los pulperos que habían reclamado contra ellas y fijó que se otorgasen los recursos conforme a derecho²¹.

En otro expediente relativo a la prisión de J.T., alguacil mayor de Santa Fe, por su comandante, Herrera, si bien admitió que era una prisión estrepitosa e indecorosa, dijo que pudo obedecer a motivos de la jurisdicción de hacienda y guerra, por su empleo. La R. Audiencia ordenó que pasase al Virrey el oficio como lo pedía el fiscal.

En su nueva presentación el fiscal alegó que los alcaldes no cumplieron la *R. Provisión librada por V.A.*, para reposición al uso y ejercicio de su empleo, de que estuvo despojado por la prisión. Que apoyaron los desarreglados procedimientos en que se produjo la prisión. Y si los alcaldes tuviesen algo para decir, lo hiciesen por separado.

²¹ Leg. 196, exp. 24. IX.38.4.5., A.G.N.

El Auto expresó: “Como lo pide el fiscal y a efecto de que lo tengan entendido para lo sucesivo los alcaldes ordinarios de la ciudad de Santa Fe escribíbaseles carta acordada con inserción de dicha vista fiscal y de este auto. 3 rúbricas”.

Como no se cumplió, el fiscal dictaminó en contra, pero los alcaldes le achacaron que la vista era nula, según el *5to cap. de la ley 18 del tit 22, libro 8 de Indias*. Se trataba de una argucia, pues el fiscal exigió que se presentase en primer pliego con el sello segundo y lo demás en papel común y por eso dejaron de cumplir lo ordenado. En el Cap. 5, se dice que el sello 3ro ha de servir para todo lo judicial que se actuare y fuere de justicia ante todos los tribunales y justicias inferiores y en el penúltimo que las cartas acordadas se pueden escribir en papel blanco o de cuartillo. El escribano de cámara pudo hacerlo en papel blanco, pero no lo hizo así sino a favor de la Renta del Papel, pues gastó el del sello 3ro sin embargo de que la vista era del fiscal y era suficiente el de cuartillo. Por lo tanto, obró con más formalidad que la que debía, y expresó que la exposición del escribano estaba fuera del caso, disparatada, desacatada y mucho más la conformidad de los alcaldes con un parecer tan dislocado que “lisonjeó sus pensamientos de entorpecer lo resuelto por VA”. Pidió que se le impusiese al escribano costas y daños y perjuicios ocasionados al alguacil mayor y apercibimiento de privación de oficio si prosiguiese con sus “fatuidades y locuras”, 26/8/95. Vistos:

con lo expuesto escribíbase carta acordada al cabildo de la ciudad de Sta Fe para que ponga al alguacil mayor T., en posesión de su empleo, sin limitación alguna y en los propios términos que lo poseía antes de ser arrestado por el comandante de armas...*según se mandó por auto del 7/5 del presente previniéndose a dicho Cabildo y alcaldes que en caso de tener que representar alguna cosa contra el expresado alguacil lo hagan por separado, conforme se ordenó por el referido auto, apercibiéndose al escribano con pena de perdimiento y privación de oficio que en lo sucesivo se abstenga de los desacertados e irregulares procedimiento que se han notado. 3 rúbricas*²².

8. Ejemplares

El tema del ejemplar²³ merece también una referencia. En este caso se trataba del lugar y asiento que le correspondía al teólogo asistente real en

²² 1795. Leg. 44, IX.35.7.5, A.G.N.

²³ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI. *El jurista en el nuevo mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidades*. Global Perspectives on Legal History, 7. Max Plack Institute for European Legal History, pp. 167-192. Memoria X Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano, pp. 1631-1656.

las oposiciones y concursos de canongías y curatos y su intervención o conocimiento en el pique de los puntos controvertibles en la Sta Iglesia Catedral (1797). Incluso se recurrió al espíritu de nuestra religión, no sacrificándose las libertades de la Iglesia, pero expresando dar al César lo que era del César. El deán y cabildo opinaron que S. M. aprobó los actos de oposición y sus fiscales no reclamaron el lugar del asistente ni su intervención en los puntos. Aunque el asiento no se considerase regalía, era una cosa conexas y dependiente de ella, pues por regla de Derecho concedida una cosa, no se podía retroceder²⁴.

En otro caso, el Fiscal del virreinato en una actuación del Escribano mayor interino de la Gobernación y Guerra don Thomas Francisco Paredes, que pretendió permiso para viajar a España por estar enfermo, advirtió que la causal no estaba incluida entre las autorizadas sin Real licencia, sin embargo, estimó que por las certificaciones agregadas era atendible el pedido, por concurrir otros prerequisites. Se concedió el tránsito y que se cubriese el cargo para no producir demora, en tanto cuente con las calidades requeridas por derecho y Leyes especificadas por el Fiscal en representaciones anteriores de esta materia, o por la persona en consecuencia de los ejemplares que presentasen del Superior Gobierno de Lima y este pareciere más conveniente a la alta comprensión o lo que su Superior arbitrio tenga mejor lugar en Justicia, Dr. Pacheco, 1784.

9. La práctica

La cita de práctica fue frecuente. Tal el caso sobre redhibitoria de una esclava (1780)²⁵ el asesor dijo que estaba prevenido por la R.A. del distrito que no debían ser admitidas recusaciones cuando eran intempestivas, pero admitió nombrar acompañado. Se aclaró que, aunque no era culpa del escribano actuante, atendiendo a las sospechas que alegó B. y por otros reservados motivos y a la práctica inalterable del fuero, se nombró acompañado al Dr. Martín de Rocha, pero se le previno al actuario que no diese motivo de queja ni recurso a este Tribunal en punto a morosidad en las diligencias. (5-2-82).

²⁴ Leg. 67, Exp. 1. IX.36.3.1, A.G.N.

²⁵ Leg C-12, 9-40-6-3 Juan V. Cuello c./ Pedro Cueto s./ redhibitoria de una negra esclava, 1780. Idem Leg N 3, 9-41-5-5, A.G.N.

10. Equidad

La referencia a la equidad puede ejemplificarse en un caso sobre recobrar una hija²⁶. Quién la tenía, reclamó por los alimentos suministrados, fundó el pedido en que era de derecho natural y positivo que el padre alimentase a sus hijos y, si un tercero lo hizo se le debía reintegrar, con Lic. Mayada.

Autos: “Para que J.R. en tiempo alguno alegue indefensión hágase saber por última, por vía de equidad, que dentro del día de la notificación responda el traslado bajo del concepto que si no evacua se le declarará por contumaz y rebelde y se declara por parte a los estrados del juzgado y se procederá a dar sentencia sin más notificación. Warnes y Dr. Carrancio”.

11. Costumbre

En este caso, muy reiterada, brevitatis causae nos remitimos al caso del lugar que le correspondía al teólogo asistente real en las oposiciones o concursos a canonjías y curatos y su intervención en el pique de los puntos. Se preguntó el fiscal si la práctica observada hasta ahí inducía un derecho de costumbre, siendo esta irracional, contra las reglas de buena política y el decoro que se debía a la representación de V.E. o, si debía destruirse como corruptela intolerable a los ojos de los hombres sensatos, como se abolió por S.M. la que se introdujo de no acordar la indicción del concurso con el vicepatrono real. Concluyó que no podía introducirse costumbre, restando encaminar el argumento que podía hacerse expresando que la costumbre era no haberse concedido jamás el asiento inmediato a la dignidad del deán y en no haber intervenido el asistente en los puntos.

12. Las nuevas disposiciones se mencionan en forma expresa

Resulta interesante comprobar este modo. Veamos una causa de disenso matrimonial, luego de dictada la Pragmática de hijos de familia (1786)²⁷ que resolvió:

²⁶ Leg R-1, Expte. 27, Josef Rodríguez, Tribunal Civil, 1786, A.G.N.

²⁷ Leg. C-13, 9-40-6-6, Expte. 3 Dgo Costanzo c./ Pedro J. Martínez, que pretende casar con Maria hija de DC. A.G.N. En un expediente de 1801. Juan Thomas Pereyra c./ el Alcalde de 1er voto de Catamarca, Andrés Herrera por castigos por azotes, Exp. 3, 9-38-9-5, A.G.N.

Vistos: declárase nulo de ningún valor ni efecto lo obrado por el Alcalde ordinario de 1er. voto y se extraña al abogado que le ha dirigido no haberse arreglado a lo prevenido por el Excmo. Virrey y en la Real Pragmática a que se contrae la providencia del 26/10 último. Nombro por ahora al referido alcalde de 1er voto para que la sustancie y determine en el término de 12 días comunes, otorgando los recursos que interpongan las partes y lo acordamos.

Posteriormente se dejó constancia que el Provisor, por provisión y facultad del Virrey para casar a los intervinientes celebró el matrimonio en la R. Cárcel, y se pidió informe el alcaide. Este expresó que se presentó Juan A. Delgado para casar un preso y requerido si tenía orden del juez de la causa, se retiró. Vino el Provisor diciendo que lo permitiera por estar allanado por el Virrey al que se había anoticiado. Los casaron. Al dar vista al fiscal Márquez de la Plata, éste opinó que se devolviese al Alcalde para que dedujese las acciones sobre las novedades y que D.C. expusiese lo que considerase. Además, informara si se le comunicó al juez eclesiástico. El Virrey ordenó en consonancia con reserva de tomar providencia con la vista de tal informe. Finalmente, se le dieron doce días para acreditar las causas del disenso. El fallo lo rechazó por irracional.

En caso de disenso por desigualdad entre hija y pretensor²⁸ se hizo referencia a la Real Pragmática, con planteo de incompetencia. Sobremonte reconoció que el Juez real era competente según el tenor de la norma. Se le devolvió al alcalde y que no repulsase los recursos ni calificase de ineptos los libelos por el mero defecto de relación de lo que debía suponerse, salvo que como en el presente constasen hechos contrarios a la naturaleza del recurso y haberse dado principio al negocio por violencia sin conocimiento de la causa, se restituyese las cosas a su estado natural.

En otra, de diferente tema, el fiscal pidió la pena de muerte, contemplada, dijo, en el art 5 de la R.C. dada en el Pardo el 15 de marzo de 1787. La Real Audiencia, en tanto, lo condenó como reo inmune a 6 años de presidio al de Montevideo²⁹.

Un caso de abusos de un alcalde contra un mulato libre zapatero, éste lo denunció por los azotes y escarnio público en la calle y reclamó justicia y satisfacción de los agravios. La pluma no era la de un pobre mulato zapatero (1802). El Defensor le expresó al juez que estaba acostumbrado a imponer las penas a su arbitrio sin sujeción a las leyes y orden superior de la R. Audiencia

²⁸ Leg. D-5, Exp. 5, A.G.N., Maria del Toro s./ impedir casar a una hija por quererlo tomar con Fco Ortega, por desigualdad con su hija, ante el Tte. del rey, pasa al Alcalde.

²⁹ Leg. 5.5.76.11, A.H.P.B.A.

que seriamente las prohíbe y hay varios *ejemplares* acaecidos en el año 1802, desentendiendo los clamores del defensor como lo hizo del anterior. Esas causas estaban demoradas sin motivo, a pesar de los pedidos verbales y en visitas de cárcel, y lo informó a S.A. por correo quedándole copia legalizada, Matías Gómez Linares. El fiscal dictaminó que el castigo de azotes en público en la forma afrentosa ejecutada era un exceso de autoridad en contravención a los *superiores mandatos de V.A.* que con anticipado conocimiento y para evitarlo limitó a las justicias ordinarias el gozar término en que podían proceder. Pidió multa al alcalde de Salta Thomas de Arregunaga, apercibiéndolo que se abstuviese de seguir haciéndolo y procediese con arreglo a derecho y a lo dispuesto por este Tribunal, dejando su derecho a salvo a los interesados. 3/6/1802³⁰.

Acerca de la aparición de pedimentos fundados en ley o cita de doctores, recordamos una causa en que el defensor de pobres defendió a un indio, Roque Gómez, imputado de robar pan del reparto a su patrón, Diego Ruiz. Este, a su vez, incoa la denuncia por robo y pidió que se “afiance de calumnia” con \$ 500.- y prestase juramento. Esto se rechazó por el Juzgado. Reiteró el pedido en largo libelo, afirmando que esa fianza era pedida solo en casos de juicios de residencia, pesquisas o simulaciones y expresó:

...basta leer cualesquiera autor práctico cartillista que enseña, que la causa criminal suscitada por injurias verbales, acreditado esto, pudiéndose seguir infamia, deshonor o descrédito de la persona y teniendo presente las palabras contenidas en la ley real recopilada castellana debe ante todo pedirse afiance el injuriante de calumnia,

Y recusó al asesor del juzgado.

El asesor, antes de desprenderse de la causa, replicó aquél pliego porque la fianza “*no tiene apoyo ni en las leyes, ni en los autores, ni en la práctica...*”. Y en cuanto a lo del autor práctico cartillista, continuó:

solo se tratará de algún cartapacio o manuscrito que tendrá el director de la práctica de Charcas, pues lo vació en su escrito al pie de la letra, y ni el Sr. Elizondo, ni Paz, ni la ley exigen semejante fianza aún en dicho remedio, Legis difamari... si fuera cierta la doctrina que asienta presto todos los reos que están en la cárcel saldrían, porque pidiendo fianza de calumnia tendrían lo bastante para que se sepultasen sus delitos y no se tratase más de ellos³¹.

³⁰ Leg. 9, IX-36-2-1, A.G.N.

³¹ PUGLIESE, *De la Justicia lega...*, cit., 72, Expte. 20, IX-42-5-2. A.G.N.

Como se trataba de un indio y el nuevo asesor pretendió que se adelantase el honorario, el defensor se opuso: "...los indios por sus causas no satisfacen derecho alguno, deben ser ayudados graciosamente en sus defensas y por lo propio reputarse personas pobres y miserables". Concluyó que a Ruiz le debía ser indiferente quién defendiera al indio. Sin embargo, el asesor dictaminó y el juez conformó que: "el defensor de pobres debe con sus bienes pagar íntegramente el honorario del asesor nombrado en virtud de la recusación que hizo...por haber prestado patrocinio a uno que no sabe aún si es pobre y no debió prestarlo sin competente autorización".

Apelada la providencia, la Real Audiencia la revocó y, además, para zanjar cuestiones, resolvió el fondo del asunto. Le otorgó valor a un documento transaccional suscripto entre las partes, anterior a la discusión.

El tema de la defensa de los indios surge en otra causa respecto a José C. Minayú y Azabache, que fue arrestado y, como interesaba su oficio, el fiscal propuso su libertad,

Las leyes encargan el buen tratamiento de los indios y si la prisión del presente se ha dirigido directamente para comprenderlo como uno de tantos de leva sería ir contra su expresa disposición, porque esta clase de gente no tiene instrucción en el manejo de barcos ni están acostumbrados al temperamento marítimo, y no son éstos los destinos que en las leyes están prescriptos aún en casos que hayan delinquido.

El Virrey aceptó ponerlo en libertad con prevención de que dentro de un mes regresase al pueblo de su naturaleza y de no hacerlo se le arrestaría y daría el destino que como vago le correspondía. Fdo Virrey, Basavilbaso, Almagro³².

Otro expediente que vale traer a colación para comprobar la situación al interior del Virreinato, se inició en Salta por el defensor de pobres (1802) que luchaba frente a los arbitrios de un alcalde, pero donde salió airosa la Justicia. Aquél le reprochó al Alcalde porque no le pasaba las causas de las personas que estaban a su cargo y que cada vez que le consultó verbalmente, incluso en visita de cárcel, tuvo respuesta muda. Además, le recriminó la forma de castigo que recibían los presidiarios y de vergüenza pública en la plaza, el descuartizamiento del cadáver de hombre que suponía honrado, sin considerar que no estaba entre sus atribuciones propinar esos castigos sin consulta al Tribunal Superior, porque por ella "*está determinado y contra cuyas soberanas disposiciones ha procedido V.M....*". En conclusión, pidió

³² Leg. 38, Exp. 8. Criminales, IX.32.5.2, A.G.N.

vista de todos los expedientes donde se omitió pasarle y que se elevasen al Tribunal Superior.

Para contrarrestarlo, el Alcalde requirió a los escribanos actuantes que expresasen si se omitió dar curso de esos expedientes al defensor y si se rechazaron gestiones de éste. Por supuesto, de acuerdo con él, todos negaron. Agregó entonces el defensor la presentación de un mulato libre de oficio zapatero, José C. Rodríguez, dirigida a él, donde le expresaba que fue sometido a azotes y al escarnio público por ese alcalde. Terminaba “clamo justicia” y se interrogaba si por pobre estaba excluido de pedir justicia y de obtenerla y satisfacción por los agravios sufridos. El texto demuestra que fue escrito por alguien con instrucción.

El alcalde pensó que podría superar la situación y le achacó demoras al defensor por el tiempo transcurrido desde la fecha de la denuncia. Ordenó que el defensor instase la acción para acreditar su celo en la defensa de artesanos. La aguda réplica no se hizo esperar. Le reclamó la sumaria y le imputó:

a su arbitrio, sin sujeción a las *leyes y orden superior de la R.A. pretorial*, que seriamente lo prohíbe, es que tenemos varios ejemplos acaecidos en el año de 1802... desatendiéndose de los clamores del defensor, como se desentendió de los de su antecesor en el ministerio, que lo era José Urriburu...y estamos en el caso y tiempo de poder reparar.

Agregaba que diese el giro, pese a las interpelaciones verbales desoídas y en las pocas visitas de cárcel que se hicieron y de las que se quedó con copia. El expediente fue remitido por correo a Buenos Aires y el fiscal criminal de la R. Audiencia dictaminó:

...a pesar de cuanto expone (el alcalde) para cubrir este defecto (no practicar las justificaciones que debía), lo cierto es que el castigo de azotes a J.C.R. en el modo público y afrentoso que lo ejecutó, es un exceso de autoridad en contravención a los *superiores mandatos de V.A.* que con anticipado conocimiento y para evitarlo, limitó a las justicias ordinarias el modo y término en que podían proceder. Se advierte (en los casos de autos) un cierto modo de proceder arbitrario y repugnante a las facultades que le corresponden... Fdo Caspel.

El defensor alegó que no se podía aceptar lo acaecido y pidió apercibir al alcalde imponiéndole la multa que pareciese arreglada, costas, sin perjuicio del derecho de las partes. El fallo de la R. Audiencia:

Vistos. Se declaran excesivos y desarreglados los procedimientos del alcalde de la ciudad de Salta Thomas... en los particulares de que trata este expediente, apercibiéndole se abstenga en lo sucesivo y proceda con arreglo a derecho y a lo *dispuesto por este Superior Tribunal* dejando su derecho a salvo a los interesados para que usen de él según vieren convenirles... 3 firmas, 3/6/1803³³.

Pasemos a otros autos sobre el arbitrio judicial que se expone frente al asilo en sagrado del reo y las circunstancias atenuantes en la muerte de N. R., donde el fiscal visto lo prevenido en la R.C. sobre inmunidad, se expidió sosteniendo que había delito grave, digno de corrección y castigo, aunque tampoco el reo debía gozar de la inmunidad del lugar sagrado a cuyo asilo se había refugiado, solicitó a A. que dé la providencia arbitraria que conceptúe de justicia y orden de ejecución, según lo prevenido en el *art. 5 de la R.C. expedida por S.M. en el Pardo, 15/3/1787*. Herrera.

Vistos: se condena a Lozano como reo inmune a 8 años de presidio y lo acordado. 3 rúbricas. Se confirma auto suplicado. 5 rúbricas³⁴.

Finalmente veamos lo que sucede con el hijo del finado Diego Mantilla, alcalde provincial de la ciudad, en quién éste renunció su vara, pero, como no había sobrevivido a los veinte días que prevenía *la ley*, después de ésta, pues se la otorgó el 10/6/93 y falleció el 18/6, vacó el oficio en conformidad de *la ley 6, tit 21, Lib. 8 de las recopiladas para estos dominios*. Según Márquez de la Plata debía procederse a su venta y remate. Sin embargo, el virrey decretó:

Y Vistos: se declara por válida y subsistente la renuncia otorgada por el finado... a favor de su hijo Manuel de la vara de...y en consecuencia, y de no haber caducado dicho oficio, puede el referido Manuel hacer uso de las facultades que se le confirieron y practicadas las demás diligencias se le expida título. Virrey, Velasco, Almagro³⁵.

³³ Expte. 9, IX-36-2-1, A.G.N. Expte 15, 1778: IX-32-2-2, se pasó al Virrey por la lejanía de la R.A., muerte por homicidio, remite a ley 16, tit. 8, Lib.7 de las de estos Reinos. Los alcaldes reclaman ante el rey Carlos III, y éste resuelve por R. Despacho 4-12-1784, que el mandamiento era contrario a las Leyes, salvo que sea de conmoción popular que afecte a la provincia. Se declaró abusiva la conducta del Virrey. 1781: dictamen del Dr. Pacheco, caso Tupac Amaru, ley 1, tit. 2, Partida 7, ley 1, tit 18, lib. 8 Recopiladas de Castilla y leyes 6 y 8, tit. 4, Lib. 3 de las Recop. de Indias, reos del Estado, rebeldes, traidores al rey, en fuerza de esas leyes. Expresa que puede procederse conforme *a su espíritu y al tenor de las facultades que a los Sres. Virreyes concede la ley 2, tit. 3, del libro 3 de la Recopilación Indias*.

³⁴ Leg. 7-1-91-11, 1795. A.H.PBA

³⁵ Leg. 29, 9-31-6-2,1796. A.G.N.

Cómo final destaquemos una causa sobre malos tratos a una esclava, por su ama, en la que el Virrey ordenó que la tratase con más humanidad y debida moderación, como lo dictan *la Razón, la Religión y las Leyes* y de lo contrario se proceda a venta. Resulta interesante que se dejó constancia que Carlos III dictó una providencia en forma de carta al Virrey por el ministro José de Gálvez, para que aquél tomase la providencia que le pareciese justa, en 1779. Opinó Cañete que esta providencia tenía fuerza de ley y debía observarse como tal. Allí decía:

Cujaccio reprobando la opinión de Accursio, solamente admite que el magistrado induzca, o exhorte al amo a que cumpla el pacto que hizo con su siervo acerca de que le manumita, defiende, que aunque no hay acción contra el amo, en tales contratos, pero favore libertatis se reconviene, salva su reverencia, extrajudicialmente por el magistrado y según el sentido de la glosa a la ley 3, SS de obsequiis a liberto eo liberis eius prestandis, que si con todo no obedeciese, se le compela, mayormente si se empezó el pacto... Asón, a la ley 2 SS si libertus ingenuus hallo que la ley sigue siempre la voluntad que tuvo el señor de manumitirlo, le obliga a no ir contra su propio hecho y primera deliberación, lo que es conforme a la regla de derecho establecida para abolir y desterrar de entre los hombres la infinita confusión de actos, que aborrecen las leyes³⁶.

La síntesis de este abordaje sobre la aplicación del derecho en el Río de la Plata nos permite comprobar un fluido manejo de fuentes de variada índole por quienes asesoran, dictaminan o resuelven. Incluso, permite comprender que en muchos casos esa aplicación ha sido el resultado de una labor tácita en el análisis del orden normativo y de las situaciones de hecho que involucra la misma. Y si en algunos casos se observó un desarreglo en la actividad del juzgador, la misma merecía la corrección del Superior, aplicando la normativa correspondiente o interpretando los hechos adecuadamente. Tampoco sorprende que se exterioricen situaciones privilegiadas o se produzcan irregularidades, más allá de la aplicación propiamente dicha. Pero, aunque justicia tardía no es justicia, como ya expresé, debe comprenderse a la vez, que, como tarea humana proclive a esos deslices, en su mayoría comprobé su corrección, en aras del objetivo primordial que era la buena administración de justicia.

³⁶ 1807, Córdoba, 9.2.1. Expte 14. en ABELARDO LEVAGGI, en "La condición jurídica del esclavo", Revista del Instituto de Historia del Derecho nro 1, pp. 174.

EL DERECHO PROVINCIAL DE LA NUEVA ESPAÑA (APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y CARACTERÍSTICAS)

PROVINCIAL LAW IN NEW SPAIN (CONCEPTUAL APPROACH AND CHARACTERISTICS)

MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ

División de Estudios Jurídicos, CIDE (México)

mrg43@outlook.com

Resumen: La ponencia describe la existencia de diferentes elementos que constituyen el llamado “derecho indiano”; estos elementos están directamente relacionados con la población, el territorio, el desarrollo de las culturas originarias, la presencia de metales preciosos y las características generales de cada una de las Provincias americanas. Dichos elementos pertenecen o forman parte del todo, pero pueden ser individualizados para ser estudiados en forma separada, en cuyo caso reciben el nombre de derecho provincial, en este caso, de la Nueva España. La ponencia también da cuenta de la historiografía reciente que ha realizado la investigación de temas nuevos, dejando de lado el estudio tradicional de las instituciones.

Palabras clave: derecho indiano, derecho provincial novohispano, culturas originarias de América, fuentes del derecho, historiografía jurídica, justicia colonial.

Abstract: This paper describes the existence of different elements among the so-called Derecho Indiano; those elements are directly related to the population, the territory, the development of aboriginal cultures, the presence of precious metals and the general characteristics of each one of the Provinces of América. While those elements belong to the whole, they can be isolated in order to study them separately, in which case they are referred to as provincial law, as was the case in New Spain. The paper also takes into account the new historiography, which has undertaken new topics, leaving aside traditional research of institutions.

Keywords: Derecho Indiano, Provincial Law in New Spain, Aboriginal Cultures in America, sources of law, Juridical Historiography, Colonial justice.

Sumario: 1. Introducción. 2. La historiografía reciente. 2.1. El derecho indiano y el derecho provincial novohispano. 2.1.1. El derecho provincial novohispano.

En diez y seis años anda que vine a esta tierra, y todos los he gastado en mirar y procurar de entenderla, y podría jurar que me hallo más nuevo y más confuso en el gobierno de ella que a los principios, porque demuestran inconvenientes que antes no veía ni entendía.

Antonio de Mendoza, primer virrey de la Nueva España (1535-1550)
Relación de Antonio de Mendoza a Luis de Velasco al término de su Gobierno¹.

1. Introducción

Hace varios años, con parte del material que recogí para la tesis sobre las Ordenanzas de Minas de la Nueva España de 1783 presentada para optar al Doctorado en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid², escribí un fascículo que titulé *El derecho indiano y el derecho provincial novohispano*³ que reflejaba lo que había podido identificar como el derecho indiano en el Virreinato de la Nueva España, hacia la octava década del siglo XVIII⁴. Fue

¹ Biblioteca de Autores españoles desde la formación del lenguaje hasta nuestros días (Continuación) *Los Virreyes españoles en América durante el gobierno de la casa de Austria*. México, I, Edición de LEWIS HANKE con la colaboración de CELSO RODRÍGUEZ, Madrid, 1976, pp. 38-57; cita en p. 55.

² MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *Las Ordenanzas de la Minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 477.

³ MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *El derecho indiano y el derecho provincial novohispano (Marco historiográfico y conceptual)*, México, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1995, p. 77 (Cuadernos Constitucionales México – Centroamérica, 17).

⁴ Para Manuel Hespánha la expresión “derecho indiano” es considerada una “construcción historiográfica que deriva de una cierta comprensión de la colonización española en América, más que de una entidad específica existente en las fuentes históricas.” ANTONIO MANUEL HESPANHA, “O direito de Índias no contexto de las colonizacoes ibéricas.” Ponencia presentada en el XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Berlín, 28 de agosto a 2 de septiembre de 2016. Sin ánimo de entrar en la polémica historiográfica, me parece que aunque sea una construcción historiográfica también está en las fuentes; es el caso de la obra de Solórzano Pereira en su versión primera, en latín, de la que se ha hecho una edición bilingüe: SALVADOR BERNABÉU ALBERT, JUAN DE SOLÓRZANO Y PEREYRA: *De Indiarum Iure (Liber III: De retentione Indiarum)*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2001; El autor explica que Solórzano “dividió su obra en dos partes, que publicó en sendos volúmenes de grandes proporciones. La primera, aparecida en 1629 y dedicada a Felipe IV, lleva el título: *De Indiarum iure sive de iusta Indiarum Occidentalium inquisitione, acquisitione et retentione*, y en

muy satisfactorio el comentario del profesor Víctor Tau Anzoátegui, sobre mi texto que exponía las diferencias entre los asentamientos en los que hubo altas culturas indígenas y los que no las tuvieran, y mi inclinación decidida a considerarlo “derecho provincial”, en lo que en efecto seguí la propuesta de Alfonso García Gallo⁵. Al elogio inicial, afirmando que la visión que presenté superaba “un esquema reduccionista del poder normativo indiano,” siguieron los planteamientos inteligentes de Tau Anzoátegui sobre la necesidad de acentuar y profundizar “los enfoques de índole provincial y local observando los mecanismos de acción y también de resistencia- de los poderes periféricos.” Se trataba -afirmó- de ir hacia un microanálisis, que no podía “ser aislado del contexto mayor, al contrario, debe ser sutilmente conectado con las esferas de poderes jurisdiccionales y normativos que, actuando en diversos planos llegan a la cúspide, encarnada en la figura del rey.”

Descorazonada, pensé que a los mexicanos nos tomaría muchos años alcanzar ese objetivo que está presente durante tres siglos pero se evidencia al tiempo de la vacancia del trono español, en 1808. No es el lugar para discutir las diversas tesis autonomistas o fidelistas, de la época, pero sí lo es para insistir en la propuestas del profesor Tau Anzoátegui sobre cómo este derecho provincial “debe ser sutilmente conectado con las esferas de poderes jurisdiccionales y normativos que, actuando en diversos planos llegan a la cúspide, encarnada en la figura del rey”⁶. ¿Por qué?

ella se estudia el descubrimiento, la conquista y la retención de las Indias. En el momento de la publicación, don Juan estaba en Madrid, a donde había vuelto a fines de 1627. Su éxito fue fulgurante, convirtiéndose en el libro de cabecera de los funcionarios de ultramar y de los que ejercían el gobierno de las Indias. El rey lo recompensó con dos mil ducados y le animó a proseguir con su erudita obra, apareciendo en 1639 el segundo volumen, titulado: *De Indiarum iure sive de iusta Indiarum Occidentalium gubernatione*. Este se estructura, a su vez, en cinco libros, en los que se abordan las principales instituciones del gobierno y la sociedad indiana. Solórzano lo dedicó al Conde Duque de Olivares y fue pronto muy valorado por su carácter útil y pragmático, si bien, su acusado regalismo le ocasionó diversos problemas con Roma.” p. 3. La versión en español de esta obra es la conocida *Política Indiana*, de 1647. Vemos pues que *Indiarum iure* (derecho indiano o de las Indias), sí es una expresión que se usa, por lo menos en una fuente de difusión muy amplia. <https://nuevomundo.revues.org/251>, consultado el 15 de enero de 2017. Para los efectos de este trabajo yo usaré la expresión en forma tradicional.

⁵ VÍCTOR TAÚ ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997, pp. 89-95; cita en pp. 90-91.

⁶ TAÚ ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico...*, p. 91.

Por muchas razones, la primera porque las tierras americanas fueron dominio del rey y producto original de una donación⁷, lo que se mantuvo hasta la Independencia⁸. De acuerdo a una tesis reciente de Ernesto Abraham Chimal Escamilla del Instituto Mora, refiriéndose al Plan de Iguala de 1821, este autor afirma que:

Aunque, una vez más, lo más relevante del tema recae en la capacidad legitimadora del *imaginario monárquico*. Sin embargo, aún más importante es que el *Plan* se haya formulado a partir de la garantía de mantener el catolicismo como religión única de la nación. Aspecto fundamental para convocar a la unidad⁹.

Dos elementos recurrentes desde el momento mismo de la presencia peninsular en América. El Rey: pues todavía era invocado en la Independencia, a veces como un imaginario y otras como una realidad de la que había que desvincularse¹⁰; no sucedió lo mismo con la religión pues en ese tiempo no se propuso que la nueva Nación dejara de ser católica.

En la investigación de los últimos veinte años, se ha trabajado sobre todo en los archivos locales, complementados con el de Indias, y con ello se han ido acumulando elementos para trazar las líneas que conectan en mayor o menor amplitud “con las esferas de poderes jurisdiccionales y normativos que llegan a la cúspide, encarnada en la figura del rey.”

No todas las líneas se pueden trazar fácilmente, sobre todo porque en la tarea no estamos solo los juristas sino también los historiadores, poco preocupados –en ocasiones– por el marco jurídico. Sin embargo, el avance de la historiografía ha llevado a plantear algunas novedades que antes no co-

⁷ MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, “Del señorío del Rey a la propiedad originaria de la nación”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, V, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 129-150.

⁸ JAIME DEL ARENAL FENOCHIO, “El fin de un venerable título: La Bula Alejandrina en la obra de cinco historiadores de la generación de la Independencia mexicana,” *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, no 5, 1993, pp. 4-18.

⁹ ERNESTO ABRAHAM CHIMAL ESCAMILLA, “Cultura política y discursos de soberanía: Nueva España, 1808-1821”, Tesis de Doctorado en Historia Moderna y Contemporánea, Instituto Mora, 2016, pp. 30-31.

¹⁰ MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, “La legitimidad de la Constitución de Apatzingán y la supervivencia de las instituciones virreinales,” *La insurgencia mexicana y la Constitución de Apatzingán*, Coordinación: ANA CAROLINA IBARRA, MARCO ANTONIO LANDAZAVO, JUAN ORTÍZ ESCAMILLA, JOSÉ ANTONIO SERRANO y MARTA TERÁN, México, UNAM, IJ-OAG, 2014, pp. 289-313.

noíamos, unas derivadas de la historia económica y otras de las historias de diverso tipo que tratan los fenómenos locales; señalaré sólo un par para luego volver al tema central: una podría ser que llámese colonia, provincia o reino de la Nueva España, que de todas estas formas la denominaron en la documentación que se producía, la Nueva España tenía una posición singular frente a la monarquía por el tipo de comercio que se fue desarrollando a lo largo del trescientos años que formamos parte de ella; la segunda, y ésta es reciente, y en lo particular me resultó muy esclarecedora pues no me parecía posible la explicación dominante: que los españoles¹¹ no estuvieron solos en el territorio ni lo conquistaron de una vez y para siempre en 1521 con el apoyo de los tlaxcaltecas sino que la conquista de buena parte del territorio se hizo con el apoyo de los “indios flecheros”¹² y que no todo el territorio fue conquistado en la misma fecha, lo que si es ampliamente conocido. La expansión hacia el norte que es donde se hallaban los yacimientos de plata resulta más fácil de entender con el apoyo de este documentado trabajo. La tercera, y vuelvo al epígrafe con el que empiezo este trabajo, que procede de las palabras de don Antonio de Mendoza al terminar su mandato, antes de partir para el Perú: la Nueva España fue muchísimo más compleja de lo que habíamos admitido hasta hace unos treinta años.

En pocas palabras, a los mexicanos nos hacía falta estudiar nuestros propios archivos para poder responder a los cuestionamientos de Tau Anzoátegui. La investigación jurídica en mi país no suele alejarse del ordenamiento jurídico “el derecho legislado” con Cortes o sin Cortes, y además era poco lo que se había trabajado hasta que empezó la participación de algunos de nosotros en los Congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, muchas veces con estudios de coyuntura y pocas veces como reflejo de una labor sostenida por años. Estuvieron de ejemplo los trabajos precursores de José Miranda, Silvio Zavala y Edmundo O’Gorman, pero salvo Zavala que dedicó su esfuerzo a problemas muy específicos de la presencia española en América, la encomienda, los esclavos indios en la Nueva España, los otros dos autores transitaron por diversas épocas con fines diversos: las divisiones territoriales, los orígenes del monarquismo, por ejemplo. Y la edición de fuentes, especialmente O’Gorman.

¹¹ Uso “españoles” en sentido muy genérico, pues ya sé que España como tal se formó mucho después.

¹² RAQUEL E. GÜERCA DURÁN, *Milicias indígenas en la Nueva España. Reflexiones del derecho indiano sobre los derechos de la guerra*, México, UNAM, 2016.

El resto de los estudiosos de la presencia española en Indias o en la Nueva España investigaban sobre todo en la Recopilación de Indias, la Política Indiana, y rara vez el Cedulaario de Zorita; aunque es cierto que hubo años, los de José Luis Soberanes en la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas en que se reeditaron numerosas fuentes jurídicas, entre ellas, del virreinato, lo que permitió el acceso a obras que ya nadie consultaba. No iba mucho más allá, un trabajo precursor del gobierno provincial, coordinado por el profesor Borah en el que tuve ocasión de participar y me abrió los ojos a la riqueza de los archivos¹³. Sobre el papel de las fuentes jurídicas emanadas de la Audiencia de México y su Real Sala del Crimen, fue útil hace varios años la reedición facsimilar sobre los Autos Acordados de José Ventura Beleña¹⁴.

2. La historiografía reciente

De la otra Audiencia, la de la Nueva Galicia, se ha venido publicando una obra de gran envergadura por parte de Rafael Diego Fernández y Marina Mantilla¹⁵, sobre la administración de justicia distrital, el propio Diego Fernández y Víctor Gayol, realizaron una compilación de este tipo de justicia, a la que he de referirme más adelante¹⁶. A estos trabajos se suman los que ahora se hacen en Zacatecas, auspiciados por José Enciso Contreras sobre muy diversos temas¹⁷.

¹³ MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ y TERESA LOZANO “La administración de justicia distrital,” *El gobierno provincial en la Nueva España, 1570-1787*, coordinador WOODROW BORAH, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Históricas, 1985, pp. 74-105; 2ª edición, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Históricas, 2002; con el título: “La justicia distrital en materia civil en la Nueva España,” publiqué, corregida, la parte por mí redactada: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, no. 13, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1988, pp. 3-22.

¹⁴ EUSEBIO VENTURA BELEÑA, *Recopilación su maria de todos los autos Autos Acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, Prólogo MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, 2 VOLS; México, UNAM, 1981; 2ª. Edición facsimilar, estudio Introductorio de MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, pp. VII-LIX, México, UNAM, 1993.

¹⁵ RAFAEL DIEGO FERNÁNDEZ y MARINA MANTILLA, *La Nueva Galicia en el ocaso del imperio español*, 4 vols., Col Mich, Universidad de Guadalajara-CUCSH, 2005.

¹⁶ RAFAEL DIEGO FERNÁNDEZ SOTELO y VÍCTOR GAYOL (coordinadores) *El gobierno de la justicia. Conflictos jurisdiccionales en Nueva España (s. XVI-XIX)*, Colegio de Michoacán, Archivo Histórico de Colima, 2012.

¹⁷ JOSÉ ENCISO CONTRERAS, *El proceso penal en los pueblos de indios durante la Colonia*, Zacatecas, México –Ayuntamiento de Zacatecas– Facultad de Derecho de la Uni-

Otras materias empezaron a ser objeto de estudio, por ejemplo, la guerra chichimeca, esto es la expansión hacia el norte¹⁸, y los concilios provinciales que se realizaron en la Nueva España¹⁹. Completan este elenco dos amplias investigaciones realizadas en el propio Colegio de Michoacán, la de Leopoldo López Valencia, sobre la transición en Michoacán, que se ocupa del derecho de la época colonial en el México independiente²⁰, y la de José Luis Alcauter, sobre los subdelegados²¹ durante la vigencia de la Ordenanza de Intendentes en la Nueva España y después.

Los historiadores del derecho hemos seguido estudiando convocados por el Instituto, o por diversas instancias académicas locales temas de administración de justicia, el pensamiento de los juristas, todavía las Bulas Alejandrinas, claro en el año de su Centenario. Pero fue la llegada de los historiadores a la historia jurídica de la época colonial en sus diversos aspectos, la que ha enriquecido el panorama, aunque no esté acompañado de las largas citas legales que hacemos los juristas, y a veces les cueste trabajo adentrarse en ellas, aunque admitan su importancia.

Hay obras recientes sobre numerosas materias: sobre los indígenas: Gudrun Lenkersdorf sobre las Repúblicas de Indios mayas en Chiapas²², y la recién publicada de Gerardo Lara Cisneros sobre el Provisorato de Indios y chinos en México en el siglo XVIII²³, que se plantea la relación entre la Iglesia, el Estado y los Indios en ese siglo, cuya idolatría fue considerada más como

versidad Autónoma de Zacatecas, 1998; “Alcaldes Mayores de Minas de la Nueva Galicia en el siglo XVI: el caso de Zacatecas”; *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, nº 9, 1994, pp. 115-147.

¹⁸ ALBERTO CARRILLO CÁZARES, *El debate sobre la guerra chichimeca, 1531-1585. Derecho y política en la Nueva España* (Vols. I y II), Col Mich.-Colegio de San Luis, 2000

¹⁹ JESÚS GALINDO BUSTOS, *Estudio del aparato de fuentes del Concilio Tercero Provincial Mexicano (1585) Derecho, política y sociedad en Nueva España a la luz del Tercer Concilio Provincial Mexicano*. 2010, ANDRÉS LIRA GONZÁLEZ, ALBERTO CARRILLO CÁZARES y CLAUDIA FERREIRA ASCENCIO (editores), *El Colegio de México y el Colegio de Michoacán*, 2013, Fideicomiso Felipe Teixidor y Monserrat Alfau de Teixidor.

²⁰ LEOPOLDO LÓPEZ VALENCIA, *Entre la tradición y el imperio de la ley. La transición jurídica en Michoacán (1857-1917)*, Colegio de Michoacán, 2011.

²¹ JOSÉ LUIS ALCAUTER, *Régimen de Subdelegaciones en la América Borbónica. Autoridades intermedias en transición*, Valladolid de Michoacán, Colegio de Michoacán, 2012.

²² GUDRUN LENKERSDORF, *Repúblicas de Indios. Pueblos mayas en Chiapas, siglo XVI*, México, Plaza y Valdés, 2010.

²³ GERARDO LARA CISNEROS, *¿Ignorancia invencible? Superstición a idolatría ante el Provisorato de Indios y Chinos del Arzobispado de México en el siglo XVIII*, México, UNAM-IIJ, 2014.

un defecto de la evangelización que como obra del demonio y todavía más reciente, de Rosalba Piazza, otro libro sobre el estudio de la idolatría, pero en la diócesis de Oaxaca²⁴. No sólo la idolatría que prácticamente no había sido estudiada en México, forma parte del elenco de investigaciones sobre la Nueva España en temas que se habían dejado de lado, también los privilegios de las corporaciones novohispanas han recibido atención²⁵ y la edición de las Actas de la diputación provincial²⁶; temas tradicionales como la institución virreinal han sido “revisitados” desde la perspectiva de las fuentes primarias²⁷.

Si atendemos a los años de edición, pocas de estas obras habían sido publicadas cuando apareció la obra de quien esto escribe sobre el derecho indiano y el derecho provincial novohispano, y la obra de Tau Anzoátegui, así que las preguntas que planteó, todavía no tienen respuesta completamente satisfactoria, pero se ha ido avanzando. De manera deliberada omití la historiografía no reciente porque no da cuenta de la cantidad de investigación y la diversidad de temas que se han comenzado a estudiar. La consolidación de los Centros SEP-CONACYT, la mayor participación de las instituciones públicas y privadas en tareas de investigación ha permitido ampliar y enriquecer el panorama.

La Nueva España también se ha revisado y sobre todo por los historiadores, para llegar a la conclusión que había mucho menos orden del que los juristas decíamos²⁸, y por supuesto las reformas borbónicas²⁹. Se ha incrementado y fortalecido la investigación sobre la Iglesia, ya sin visiones maniqueas de uno u otro lado, y quisiera finalizar con los trabajos de Margarita Menegus, Rodolfo Aguirre Salvador y Óscar Mazín sobre señoríos indígenas, clero indígena, títulos primordiales y otros temas vinculados³⁰.

²⁴ ROSALBA PIAZZA, *La conciencia oscura de los naturales. Procesos de idolatría en la Diócesis de Oaxaca, (Nueva España), siglos XVI-XVIII*, Colegio de México, 2016.

²⁵ BEATRIZ ROJAS, *Cuerpo político y pluralidad de derechos. Los privilegios de las corporaciones novohispanas*, México, CIDE-Instituto Mora, 2007.

²⁶ CARLOS HERREJÓN PEREDO, *La Diputación Provincial de Nueva España. Actas de sesiones, 1820-1821*, 2 vols., Col-Mich- Instituto José Luis Mora, 2007, Coedición: Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora / el Colegio Mexiquense

²⁷ LARA SEMBOLINI CAPITANI y HORST PIETSCHMANN, *La construcción de la autoridad virreinal*, México, Colegio de México, 2014.

²⁸ BERNARDO GARCÍA MARTÍNEZ, “La Época colonial hasta 1760,” *Nueva Historia Mínima de México*, México, El Colegio de México, 2004, pp. 58-116.

²⁹ LUIS JÁUREGUI, “Las reformas borbónicas,” *Nueva Historia Mínima...*, pp. 113-136.

³⁰ MARGARITA MENEGUS, *La formación de un clero indígena. El proyecto de don Julián Cirilo de Galicia y Castilla Aquihualetuhtle para un colegio-seminario, siglo XVIII*,

¿Cómo influye esta explosión historiográfica en la visión que plasmé hace varios años sobre el derecho indiano y el derecho provincial mexicano? Me obliga no a modificar categorías, pero sí a tratar de construir los que Tau Anzoátegui señaló hace algunos años; los hilos que conducen hacia arriba, para ver si la idea de sistema se sostiene.

2.1. *El derecho indiano y el derecho provincial novohispano*

Todas las normas dictadas por un determinado legislador constituyen, en su conjunto, un sistema jurídico. El jurista inglés John Austin distinguía entre el legislador soberano y el legislador delegado³¹. El primero, representado por un individuo o grupo de individuos habitualmente obedecidos por una comunidad. Para Austin, el legislador soberano no ha de tener el hábito de obedecer a nadie, y su poder no ha de depender de ninguna otra norma. El delegado, también puede estar representado por un individuo o grupo de individuos a quienes el soberano otorga competencia para legislar, prescribiendo a sus súbditos que obedezcan las normas así dictadas. El sistema se constituiría, de acuerdo a esta tesis, por el conjunto de normas que éste dicta como las de los órganos que éste crea para dictarlas. Este fenómeno, que es común a los gobiernos monárquicos absolutos, fue el que existió de hecho en la Nueva España, a la que su carácter de “reino” de la monarquía española, y la naturaleza del poder que el rey adquirió por la donación y posterior conquista, le imprimieron algunas peculiaridades que no tenían los reinos españoles de la monarquía. El rey fue el legislador soberano; pero la concepción del poder imperante en la época y la distancia que había entre el rey y su comunidad determinó que éste delegara sus funciones legislativas en órganos creados *ex profeso*³². La Nueva España no fue el único “reino” cuyos habitantes no vieron

México, IISUE, 2013; MARGARITA MENEGUS y RODOLFO AGUIRRE, *Los indios, el sacerdocio y la Universidad en Nueva España. Siglos XVI-XVIII*, México, CESU / Plaza y Valdés, 2006; MARGARITA MENEGUS y RODOLFO AGUIRRE (Coords.), *El cacicazgo en Nueva España y Filipinas*, México, CESU / Plaza y Valdés, 2005. MARGARITA MENEGUS, FRANCISCO MORALES ROJAS y ÓSCAR MAZÍN, *La secularización de las doctrinas de indios en la Nueva España. La pugna entre las dos iglesias*, México, IISUE / Bonilla Artigas, 2010.

³¹ JOHN AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2ª ed., New York, Burt Franklin, 1970, pp. 200-206.

³² JOSÉ MIRANDA, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte 1521-1820*, México, Imprenta Universitaria, Instituto de Derecho Comparado, 1952, (Ediciones del IV centenario de la Universidad de México, XIII), pp. 94-100.

nunca a su rey, y que sólo se limitaron a obedecer lo que éste y sus órganos delegados prescribían para su mejor gobierno, esto último, especialmente en la época Borbónica. Lo anterior, que es cierto desde el punto de vista formal, tuvo una amplia gama de matices en la práctica.

El sistema jurídico se sustenta y se interrelaciona con el sistema social a que da lugar. Actualmente se afirma que las unidades básicas de los sistemas sociales son los hombres y que del conjunto de las modalidades de relación entre ellos resulta la estructura del sistema social. La integración del sistema deviene de lo que llama Zippelius “un acto de equilibrio” que es “el resultado de una compensación, un continuo cambio entre los interesados”. Este autor señala que para lograr el equilibrio entre las partes del sistema “hay que negociar una y otra vez, los modelos según los cuales se produce la conformidad y se limitan las autonomías”. Zippelius encuentra que este modelo de sistema social es típico de la división “federativa” del sistema político en corporaciones territoriales parcialmente autónomas. Estas, pueden conformar subsistemas dotados “de una capacidad limitada de autorregulación” que les permite coordinarse con la instancia central, de la que depende “una estructura jerárquica de instancias, en la cual los centros intermedios, subordinados al centro principal, efectúan una coordinación parcial.” Aunque Zippelius considera que esta forma de operar del sistema es típica de las estructuras federativas, la encuentra también en las monocráticas, en las cuales, al menos como “estilo” de organización –dice– se da una “amplia descentralización de la tramitación de asuntos y de la responsabilidad.” A su juicio, esto permite “elevar la capacidad del aparato burocrático para solucionar problemas y para adaptarse a las nuevas situaciones.” Si esta forma de actuar se restringe y la relativa autonomía de los subsistemas se sustituye por directrices normativas centrales, el aparato del Estado tendrá que crecer, con lo que “pierde, a la vez, la capacidad de tomar decisiones oportunas”³³.

El modelo trazado por Zippelius se puede adoptar –con matices– para explicar “el sistema”, incluido el jurídico, de la monarquía española. En este modelo, las autonomías relativas podrían ser, para el caso que nos ocupa, los reinos y provincias ultramarinos; aunque también lo puedan ser los peninsulares, lo que, en todo caso, refuerza la posibilidad de aplicar el modelo a la monarquía en su conjunto.

³³ REINHOLD ZIPPELLIUS, *Teoría general del Estado (Ciencia de la política)*, traducción de Héctor Fix Fierro, México, UNAM-IIJ, 1985, p. 22-23.

En este orden de ideas, cabría señalar –algo que es bien sabido pero que siempre debe enfatizarse– que el orden jurídico de la Nueva España formaba parte del sistema jurídico de la monarquía española. Es, pues, un subsistema de éste. Cada uno de los subsistemas de las Indias Occidentales que conforman el sistema de la monarquía ha sido designado por García-Gallo como “derecho indiano provincial”. Esto es, dentro del conjunto general del derecho indiano, hay unos subconjuntos denominados provinciales. Como bien señaló este autor, el derecho indiano provincial no constituye un régimen de excepción o particularismo dentro del amplio sistema del Derecho indiano general, por lo menos con anterioridad a 1680. Ocurre todo lo contrario: el Derecho indiano es ante todo provincial; las normas, por lo general, se dictan para cada provincia del Nuevo Mundo y sólo en pequeña medida se promulgan disposiciones para todas ellas³⁴.

Esta forma de operar el sistema se supone modificada después de la promulgación de la Recopilación de Indias porque desde entonces los monarcas dictan cada vez con mayor frecuencia disposiciones de carácter general. Pero estas disposiciones, no pueden operar en todos los lugares de la misma manera, por lo que, aunque la intención ya no sea casuística, la práctica vuelve a imponer el casuismo y la afirmación de la relativa autonomía de los subconjuntos locales sigue siendo cierta.

Los esquemas son siempre arbitrarios y hacen que se pierdan los matices de los fenómenos que se intenta describir, pero son útiles para explicar dichos fenómenos en lo general, a reserva de que se profundice en el análisis de cada uno de los elementos que los conforman. En el caso que nos ocupa, la elaboración de un esquema resulta útil para explicar, a posteriori, cómo ve el historiador que se conformaba en este caso el sistema jurídico de la Monarquía hispánica en relación a las Indias Occidentales, entre ellas la Nueva España. En el orden de ideas de lo que se viene diciendo, el derecho novohispano sería parte del subsistema del derecho indiano, propiamente, y uno de los subconjuntos del derecho provincial indiano. Cabe preguntarse entonces cómo habría estado constituido este subconjunto en las partes que lo conformaban, esto es: derecho legislado, derecho de los juristas, derecho judicial y derecho popular³⁵. Con ello, estaremos en posibilidad de acercarnos a las semejanzas

³⁴ ALFONSO GARCÍA-GALLO, “Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano,” en *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 86-87.

³⁵ Los elementos del sistema se toman de: KLAUS ADOMEIT, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa. Teoría del método y politología jurídica*, traducción de Enrique Bacigalupo, Madrid, Editorial Civitas, 1984.

y diferencias que este subconjunto tenía en relación al sistema jurídico de la monarquía, y cuáles de los elementos que se señalaron son los mismos en uno y otro lugar.

A decir de Tau Anzoátegui las peculiaridades indianas se sustentan en tres nociones que son invocadas con frecuencia tanto en documentos peninsulares como americanos a lo largo de toda la época colonial: la diversidad, la mutabilidad y la distancia³⁶. Estos factores son invocados a lo largo de la época colonial por los más variados autores como sustento de la especificidad que debería tener el sistema, lo que no es privativo del siglo XVI aunque a partir de la expedición de la Recopilación de Indias se modificó el panorama general. En palabras de Pérez y López las diferencias entre el derecho a uno y otro lado del Atlántico se justifican de la siguiente manera:

Nuestras Indias son un nuevo mundo, cuya suma distancia diversidad de clima y de costumbres, y justamente su inmensa extensión y riquezas, exigen sus muchos particulares un derecho diferente del que se observa en la Península, y lo requieren más que cualquiera otra provincia o reino situado en nuestro continente, cuya constitución física, moral y política no se diferencia mucho dentro de su recinto³⁷.

La observación más superficial permite apreciar que lo afirmado por Pérez y López se puede aplicar a casi a cada lugar de las Indias, pero especialmente a aquéllos en que la presencia de grandes asentamientos indígenas antes del descubrimiento, conquista y colonización forzó a realizar mayores adaptaciones. En los virreinos de México y Perú, la interrelación de las dos culturas dio lugar a que tuviera que especificarse de manera más amplia lo que en forma general se disponía para todos los reinos y provincias de Ultramar; aunque la idea original parece haber sido legislar para las dos Repúblicas por separado, la presencia de los otros grupos obligó a matizar el modelo. Este hecho no independiza a los derechos provinciales indianos de su matriz peninsular, simplemente les permite conformar un subconjunto dentro del subsistema del derecho indiano con peculiaridades propias más acusadas que las que se generaron en los lugares en que no hubo conquista y el fenómeno general es el de la colonización. De cualquier modo, siguen

³⁶ VÍCTOR TAÚ ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, Bueno Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 97.

³⁷ PÉREZ y LÓPEZ, citado por TAÚ ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, Bueno Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 105.

compartiendo los elementos que se han atribuido como características del sistema en su conjunto.

Sobre estos elementos, con relación a la Nueva España, pero, por lo menos también al Perú, es evidente que hay una forma específica de pensamiento jurídico que es común a todas las Indias, pero que admite variantes regionales por la presencia de los indios; es también evidente que las instituciones jurídicas no son distintas que las de la metrópoli, pero que adquieren peculiaridades propias por la misma circunstancia, tal sería el caso, por señalar sólo uno, de los corregimientos de Indios; está también fuera de duda que la naturaleza de las fuentes del derecho y de su interpretación parte de la misma concepción a uno y otro lado del Atlántico, pero que mientras en España se caminaba hacia un sistema técnico de la administración de justicia, en la Nueva España, se mantuvieron en el nivel provincial y distrital formas muy arcaicas de la misma; por otra parte, la presencia de grupos indígenas llevó a admitir el régimen jurídico de la época de su gentilidad en la medida que no se opusiera ni a la religión ni a los intereses de la Corona, con lo que la naturaleza de las fuentes y de su interpretación admitió variantes; y por último, nadie discutiría que los elementos ideológicos en España y América tienen denominadores comunes, pero que en la segunda, tanto en México, como en Perú, numerosos factores determinaron que, por señalar, un sólo ejemplo, la forma de concebir a la religión fuera distinta por el sincretismo religioso que se dio después de la evangelización.

Estas especificidades se permearon a todos los elementos del sistema y se reflejan en las distintas manifestaciones del orden jurídico. En relación al derecho legislado, el modelo se integra con ordenamientos de distintos orígenes que en España, no porque sean diferentes los órganos creadores del derecho sino porque unos están asentados en la metrópoli y otros en el virreinato; sobre el derecho de los juristas, los locales fueron poco numerosos en relación a la población total de los dos virreinos y su cultura jurídica no siempre es comparable a la de sus homólogos peninsulares, salvo en las sedes de Audiencia o, excepcionalmente, en algún núcleo urbano, lo que es más frecuente en los lugares de colonización; en relación al derecho judicial cabría hacer la misma observación por las distintas atribuciones que se fueron arrogando -en el caso de la Nueva España, por lo menos- tanto la Audiencia como el último de los alcaldes mayores, en cuyas manos se hallaba la administración de la justicia, a más de la existencia de un órgano encargado de realizar esta función entre la población indígena; y por último, en relación al derecho popular, es obvio que dada la diversidad de culturas no podía ser el mismo en España y

en América. Veamos ahora, cómo se conformaría el derecho novohispano de acuerdo a lo que se ha venido exponiendo.

2.1.1. El derecho provincial novohispano

Para terminar este capítulo se ha elaborado un esquema que permite apreciar las características del orden jurídico de la Nueva España, esto es, el derecho provincial novohispano. En las siguientes páginas, en alguna medida sólo se pretende completar las ideas de García-Gallo al respecto, quien -como ya se dijo- ha analizado este hecho en relación al derecho indiano en general señalando las características de los derechos provinciales indianos. Con lo que se lleva dicho, se puede afirmar que el orden jurídico novohispano es un subconjunto del subsistema del derecho indiano, en el que cada vez más los encargados de crear los ordenamientos locales en forma delegada se ocuparon de mayor cantidad de asuntos, hasta conformar un todo que puede ser individualizado.

Al igual que en toda la América española, en la Nueva España el derecho español era el común, y el dictado para las Indias en general o para la Nueva España en particular, era el especial. El primero tenía carácter supletorio, ya que se daba preferencia al especial, el cual sólo se dictaba para aquellas situaciones que, por no estar contempladas en el ordenamiento español, requerían de regulación propia. Esto por lo que se refiere al derecho secular, pero es sabido que parte del orden jurídico se sustentaba en el derecho canónico y la legislación pontificia o conciliar, y que las leyes y costumbres de los naturales sobrevivieron. En consecuencia, con el fin de explicar el modo en que se constituía el orden jurídico en la Nueva España, se podría hacer un esquema que tomara como punto de partida el derecho legislado, pero que podría hacerse extensivo al de los juristas, el judicial y el popular. Sin embargo, este esquema nos mostraría en primer lugar, que en relación al derecho de los juristas no es fácil acotar la especificidad local, porque la doctrina elaborada por los juristas indianos circuló profusamente por todas las Indias, sin atender al lugar de origen del autor. Otra cosa que mostraría inmediatamente la aplicación del esquema a todos los aspectos del orden jurídico es que resulta imposible que el derecho judicial fuera el mismo en España y en la Nueva España, porque, a excepción del Consejo de Indias y quizá de las Audiencias, las materias de que se ocupan son locales a más de que sus órganos aplicadores del derecho siguen procesos de desarrollo muy distintos; en la Nueva España la sustitución de los jueces populares por jueces técnicos no se alcanzó a conseguir durante

la época colonial, esto es principios del XIX, por la desigualdad de los asentamientos en ciudades y fuera de ellas. Por último, el derecho popular tampoco podría ser compartido, dado que sus elementos eran diferentes a uno y otro lado del Atlántico, aunque llegaran a tener algunos puntos en común. De esta forma, parecería que el esquema es sobre todo aplicable al derecho legislado; hay que ver cómo podría plantearse a las resoluciones casuísticas de los órganos locales.

A. En primer lugar, puede señalarse como elemento constitutivo del derecho provincial novohispano al conjunto de ordenamientos jurídicos que eran derecho vigente en Castilla antes de la conquista de América, los cuales, desde las Capitulaciones de Santa Fe, pero sobre todo a partir de la donación pontificia, quedaron formalmente implantados en los nuevos territorios. Estos ordenamientos formaban parte del derecho real (Partidas, Fuero Real, Fuero Juzgo, Ordenamiento de Alcalá etc.) y del derecho canónico (Decreto de Graciano, Decretales, *Liber Sextus*, Extravagantes etc.) En relación al derecho de los juristas, abarcaría la doctrina del *Ius Commune*, compartida por las nacientes monarquías europeas, y toda la que se hubiera generando en la Monarquía Hispánica, o fuera de ella, antes del descubrimiento por parte de los tratadistas y que ya no forma parte del *Ius Commune*. El derecho judicial de la metrópoli sólo habría sido aplicable si llegaba a formar parte de una disposición de derecho legislado dirigida a la Nueva España, por lo que éste sería uno de los elementos no compartidos con el orden jurídico metropolitano porque el hecho de su publicación en el virreinato a través de una Real Cédula ya hacía que formara parte del derecho legislado para la Nueva España, y en consecuencia, debería enlistarse en el rubro siguiente.

B. En segundo lugar, las disposiciones o los cuerpos jurídicos, como la Recopilación de Castilla y la Novísima Recopilación, que se fueron dictando en la propia España después de la conquista que por su sola promulgación tenían validez en las Indias; otras, requerían el pase del Consejo para ser aplicadas en ellas. No siempre fue claro cuáles debían ser aplicadas en Indias y cuáles no. En este mismo apartado hay que señalar a la legislación pontificia y conciliar posterior a la conquista, dictada para todos los reinos cristianos o para España en particular, a la que el rey daba el *placet*, a través de su Consejo, para que pudiera ser aplicada en sus dominios ultramarinos; en relación a las órdenes religiosas el asunto sería similar por la importancia que tuvieron como agentes de la evangelización. En el mismo orden de ideas, se encontra-

ría en este apartado el derecho de los juristas que se fue produciendo en Europa, en general, o en la Monarquía española, desde el descubrimiento, y que se recibió -por distintas razones- en la Nueva España. Tampoco aquí podrían incluirse el derecho judicial metropolitano, ni el popular, por las causas que ya se expusieron.

C. En tercer lugar, las disposiciones dictadas por las autoridades metropolitanas, en uso de la facultad delegada por el rey, con carácter general para las Indias o para la Nueva España en particular. Las autoridades que tuvieron esta facultad delegada a lo largo de los siglos XVI y XVII fueron el Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla y en el siglo XVIII, los Secretarios del Despacho. A su lado se hallaba, la legislación pontificia -bulas, breves y rescriptos- dictada para las Indias en general o la Nueva España en particular, a la que el rey le otorgaba el placet. También deben considerarse las leyes eclesiástico-civiles emanadas del Consejo de Indias, recogidas en el primer libro de la Recopilación de 1680, en las cuales se contempla todo lo relativo a la gobernación espiritual; esto es importante -como se dijo- para encauzar la acción de los regulares.

En este apartado podría incluirse el derecho de los juristas metropolitanos concebido en función del fenómeno americano, que sería el caso de una parte de la obra de Vitoria o de Solórzano, por señalar un par de ejemplos, aunque ninguna de las dos obras se escribió para la Nueva España sino para las Indias. Se dejan nuevamente de lado los casos del derecho judicial y del popular.

D. En cuarto lugar, las disposiciones dictadas por las autoridades locales -tanto de la llamada república de indios como la de españoles- en uso de facultades delegadas por el rey. Este tipo de disposiciones regulaba prácticamente toda la vida social y económica de la Nueva España. La delegación se había realizado en favor del virrey, los Reales Acuerdos de las Audiencias de México y Guadalajara, los gobernadores, los alcaldes mayores, los corregidores, los cabildos, los capitanes generales y los tenientes de capitán general. Por lo que se refiere a la república de indios, estas facultades las tenían el gobernador y el cabildo. También hay que considerar los concilios provinciales, los decretos, edictos y circulares, las reglas y capítulos dictadas por el arzobispo, los obispos o los cabildos eclesiásticos para el gobierno de la Iglesia local. Por los vínculos que por el Patronato se establecieron entre clero indiano y el monarca, la dificultad de la comunicación con Roma y la necesidad del pase real a la legislación pontificia, la legislación local fue de gran importancia.

En este apartado sí podría considerarse el derecho de los juristas en su manifestación local, porque hubo autores -no es posible saber cuántos – que escribieron específicamente sobre el derecho de la Nueva España. Para ejemplificar podría citarse justamente a dos autores que se ocuparon de las minas: Gamboa y Velázquez de León, de los que se hablará más adelante. Obviamente aquí sí entra el derecho judicial local, en manos de casi los mismos oficiales que tenían el gobierno en sus distintos niveles, y también emanado de los tribunales reales, privativos y especiales del virreinato; también habría que incluir al derecho popular local. Aunque las especificidades de estas fuentes han sido poco estudiadas, es evidente que su inclusión permite la diferenciación de los órdenes jurídicos de la España y la Nueva España en este nivel.

E. En quinto lugar podemos señalar las leyes y costumbres de los naturales que eran anteriores a la conquista y que no iban en contra de la religión católica ni del Estado. Estos elementos del esquema no podrían incluirse ni en el derecho legislado, ni en el de los juristas, ni en el judicial. Las leyes y costumbres de los naturales, constituyen uno de los elementos que distinguen al orden jurídico metropolitano del provincial novohispano, pero su ámbito de validez territorial se reduce a los “pueblos de indios” y no se permea, en forma de disposición jurídica al resto del ordenamiento sino que influye sobre todo en la forma en que se va constituyendo la cultura jurídica derivada de la interrelación de las dos Repúblicas.

F. En sexto y último lugar se puede mencionar a la costumbre, la cual pese a no tener formalmente gran importancia como fuente del derecho, en la práctica judicial la tuvo, y muy grande, ya que fue no sólo el instrumento ideal para llenar las lagunas de la ley sino también el origen de muchas disposiciones que luego fueron de observancia obligatoria. Este elemento sí forma parte del derecho judicial y del de los juristas, y puede ser especificado localmente.

A muy grandes rasgos, y dejando de lado los matices, el esquema anterior presenta un panorama general de la forma en que habría estado constituido el orden jurídico novohispano en sus diversas manifestaciones. El derecho, de los apartados A., B., y C., en sus diversas manifestaciones, constituiría el derecho común, y el de los apartados D., E., y F. el especial. Es en éstos en los que encontramos el derecho provincial indiano.

El ordenamiento estaba constituido por los códigos españoles, reales cédulas, reales órdenes, mandamientos de gobernación, autos acordados, ordenanzas, pragmáticas, leyes, etcétera. Los especialistas se han ocupado de

estudiar la naturaleza de cada uno. Al hacer referencia a ellos, suelen utilizar el término “leyes”. De cualquier forma, llegaron a conformar un todo abigarrado y complejo, dentro del cual, no siempre era fácil saber a qué disposición atenerse. Para enmendar esta situación, la Corona, el Consejo y las autoridades locales, emprendieron diversos intentos de recopilación. Esta labor sólo se logró a finales del siglo XVII, con la promulgación de la Recopilación de Leyes de Indias en 1681. Pero este texto nació obsoleto, ya que el cambio de dinastía, el cambio de mentalidad y de objetivos en relación a los territorios americanos, determinaron que nuevas disposiciones se dictaran constantemente. Carlos III emprendió la revisión del Código de Indias, a fin de elaborar uno nuevo; aunque esta labor no llegó a realizarse, y la Recopilación siguió siendo el único cuerpo de derecho de la época colonial. Su contenido es muy diverso y atiende sobre todo a la regulación de las situaciones que no existían en España.

Parte de lo que se ha dicho se refleja en la obra de Rafael Diego Fernández y Víctor Gayol antes citada³⁸, ya que ellos tomaron el mirador de las competencias jurisdiccionales para “apreciar el aparato del antiguo régimen en pleno funcionamiento”. Como esto se fue complicando con las diversas reformas, la de Intendencias y las constitucionales, los coordinadores pueden ver con claridad el traslape de competencias y con eso la explicación a porqué cuestiones muy sencillas podían involucrar a las más altas autoridades. Para los autores de la obra la amplia normativa sobre las competencias jurisdiccionales es sólo una herramienta para dirimir cómo se planteaban los conflictos, cómo se sustanciaban y cómo se resolvían, porque el requisito para participar en el libro fue contar con casos que se hallaran en los archivos y que para su solución, hubieran tenido que llegar incluso al monarca. En sus propias palabras:

...algún caso de competencia jurisdiccional la suficientemente completo y complejo como para apreciar, a través del mismo, el funcionamiento de la maquinaria de gobierno a partir de los siguientes elementos: cuál era el combustible que lo había puesto en marcha; cuáles las autoridades involucradas; cuál había sido la causa que las había enfrentado; cómo se va paulatinamente complicando el asunto; cómo es que va pasando de las instancias inferiores a las superiores y de la periferia a las del centro y cómo es que finalmente se resuelve y consecuencias y costos políticos³⁹.

³⁸ RAFAEL DIEGO FERNÁNDEZ SOTELO y VÍCTOR GAYOL (coord.), *El gobierno de la justicia. passim, vid.* p. 5 y 29.

³⁹ *Idem*, 41.

Quizá no tengamos pronto otro trabajo tan rico y tan completo como el que realizaron los autores que colaboraron en esta obra; pero es evidente que los métodos se han ampliado, los temas se investigan de otra manera, no sólo acudiendo a la norma y que los objetivos que debíamos alcanzar, de acuerdo a la opinión ya citada de Taú Anzóategui, quien señaló la necesidad de acentuar y profundizar “los enfoques de índole provincial y local observando los mecanismos de acción y también de resistencia de los poderes periféricos,” se van logrando. Un microanálisis que no podía “ser aislado del contexto mayor, al contrario debe ser sutilmente conectado con las esferas de poderes jurisdiccionales y normativos que, actuando en diversos planos llegan a la cúspide, encarnada en la figura del rey.” Creo que la historiografía mexicana camina cada vez más en esa dirección con el concurso de los académicos de diversas instituciones.

JUSTIÇA ENTRE PARES: CONFIGURAÇÕES DAS DISPUTAS
COMERCIAIS DO IMPÉRIO PORTUGUÊS AO BRASILEIRO (MEADOS
SÉCULOS XVIII E INÍCIO DO XIX)

JUSTICE BY PAIRS: SETTINGS OF TRADE DISPUTES FROM
THE PORTUGUESE EMPIRE TO THE BRAZILIAN EMPIRE
(MID 18th AND EARLY 19th CENTURIES)

ANDRÉA SLEMIAN

Universidade Federal de São Paulo (Brasil)

andrea.slemian@gmail.com

Resumo: Nosso objetivo nestas breves páginas é analisar a forma como se desenvolviam os processos judiciais comerciais que se desenrolavam no espaço corporativo da Junta de Comércio. Defenderemos aqui que esta, além de realizar suas tarefas ordinárias de administração do comércio e seus agentes, também resolvia os conflitos e recebia recursos das decisões com poder de revisão, funcionando como tribunal supremo. Nosso ponto de partido é frisar como as medidas ilustradas tomadas para o comércio, a partir de meados do século XVIII, sem alterar de modo significativo as formas de administração da justiça existentes, terminaram por reforçar este espaço corporativo numa lógica muito marcada por uma cultura tradicional, vale o termo, católica.

Palabras clave: reformismo, comércio, justiça, processo sumário, Imperio, Brasil.

Abstract: Our goal in this brief analysis is to ascertain the level of development involving the commercial court cases that unfolded in the corporate area of the Board of Trade. We will defend here that in addition to performing its ordinary tasks of trade administration and its agents, the Board also resolved conflicts and received resources from decisions, functioning as a Supreme Court. Our aim is to highlight how trade measures introduced, mainly starting around the mid-18th century, did not bring about changes in the existing forms of administration of justice, and ended up strengthening this corporate space in a logical way marked by a traditional culture, worthy of the term, Catholic.

Keywords: Enlightenment, trade, justice, summary process, empire, Brazil.

“Não sou de fazer mistérios dos acasos,
mas folgo de fazer doutrina da ocasião”

(Sermão de São Roque, Pe. Antonio Vieira, 1644)

Já é por demais sabido que uma das características das corporações, no seu sentido de *corpos* modernos, era a faculdade de administrar justiça entre seus pares. As corporações mercantis eram, neste sentido, a expressão mais clara desta prática desde finais da chamada Idade Média. Conhecidas geralmente sob a forma de consulados, “lojas”, grêmios ou juntas, eram estas instituições que caracterizavam o espaço das praças comerciais, e que congregavam ações de administração do comércio e de seus agentes, bem como das matérias contenciosas daqueles envolvidos em sua atividade. Mesmo que variassem muito de acordo com cada contexto, e falassem em nome de uma autonomia de seus negócios e de um direito próprio, é fato que estas instituições estavam absolutamente integradas aos interesses e às disputas entre as monarquias, bem como ao universo do *ius commune*, conforme já tem sido apontado pela historiografia¹.

Se desde o século XVII se observam esforços de uma maior regulamentação das praças comerciais no universo ocidental, seria a partir do seguinte que as coroas ibéricas projetariam um papel mais ativo sobre elas, sobretudo no que dizia respeito à América, incentivado pelo cenário de uma maior competição econômica mundial. Ainda assim, vale dizer que castelhanos e portugueses tiveram uma dinâmica um pouco distinta na definição destes espaços jurisdicionais. Os primeiros instalariam, à semelhança dos consulados de Burgos, Bilbao e Sevilha, duas instituições congêneres em terras americanas até o século XVII (o consulado da Nova Espanha em 1593, e o de Lima em 1627), intensificando seu número com a instalação de vários outros apenas em finais do século XVIII². Mesmo o Império português seguindo de perto

¹ A tese de que não teria surgido capitalismo sem poder político, tal qual discutida por FERNAND BRAUDEL - no seu clássico *Civilização material, economia e capitalismo. Séculos XV-XVIII*, Lisboa, Teorema, 1979 - pode ser contestada pela força que atribuíam ao “Estado” até então (muito criticada por uma historiografia revisionista a partir dos anos 80), mas mantém sua validade no que toca à importância da atuação política das monarquias e/ou cidades-repúblicas para seu desenvolvimento; o que inviabiliza pensar o comércio como um campo tão autônomo em relação à política e aos outros direitos. Para um panorama sobre esta questão, JEAN HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986. Sobre a relação entre *ius mercatorum* e *ius commune*, VITO PIERGIOVANNI, “Derecho mercantil y tradición romanística entre Medioevo y Edad Moderna. Ejemplos y consideraciones”, in *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Carlos Petit(ed.), Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 71-90; também CARLOS PETIT, *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

² Em 1793 foram estabelecidos os consulados de Caracas e Guatemala, em 1794 os de Buenos Aires e de Havana, em 1795 os de Cartagena de Índias, Chile, Veracruz e Guadaluajara. Em 1769, já havia sido estabelecido o consulado de Manila, nas Filipinas. Ver, ao

este movimento, é verdade que não relegaria à América nenhuma instituição com autonomia de consulado até o momento em que o rei se instalaria no Rio de Janeiro em 1808. Concebida como uma monarquia de reino único, não compósita como no caso espanhol, a coroa portuguesa tradicionalmente mantinha as instituições com identidade institucional relevante (como os tribunais centrais) quase todas em Lisboa³.

Neste sentido, após várias e seculares experiências de instituições corporativas comerciais portuguesas, sempre na Península, o ímpeto reformador ilustrado criaria uma nova Junta de Comércio em 1755, sob os auspícios do Marquês de Pombal. Esta tinha por funções congregar a corporação dos negociantes, regulamentar as práticas e instituições, além de também exercer o papel de tribunal para as questões de seu grêmio. Ela também passaria a manter sob sua jurisdição as existentes Mesas de Inspeção da Agricultura e do Comércio, criadas em 1751 no ultramar (especificamente na Bahia, Rio de Janeiro, Pernambuco e Maranhão), como um espaço corporativo de defesa dos envolvidos com o comércio em nome de uma melhor eficácia de suas práticas⁴. Rapidamente a Junta de Comércio viria a ter bastante protagonismo, sendo elevada, em 1788, à estatura de tribunal superior – passando a chamar-se *Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação destes Reinos e seus Domínios* –, com a ampliação de seu espaço de atuação, também no Novo Mundo⁵.

Mas o que isso significava? Parece banal dizer que seria o reconhecimento de que o espaço da corporação agia para a administração da justiça entre seus pares em nome do rei. No entanto, em uma ordem tradicional, que previa uma forte imbricação e complementaridade entre o que hoje podemos

menos: B. HAUSBERGER, A. IBARRA (eds.), *Comercio y poder en America colonial: los consulados de comerciantes, siglos XVII-XIX*, Madrid, 2003.

³ NUNO MONTEIRO, “As reformas na monarquia pluricontinental portuguesa: de Pombal a do, Rodrigo de Sousa Coutinho”, J. FRAGOSO, M. F. GOUVÊA (orgs.), 1ª. edição, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2014, pp. 111-156.

⁴ JORGE PEDREIRA, *Os Homens de Negócio da Praça de Lisboa: De Pombal ao Vintismo (1755-1820)*, Tese de Doutorado, Universidade Nova de Lisboa: Doutorado, 1995; KENNETH MAXWELL, *O Marquês de Pombal. Paradoxo do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras; também TEREZA CRISTINA KIRSCHNER, *A administração portuguesa no espaço atlântico: a Mesa da Inspeção da Bahia (1751-1808)*, disponível em: cvc.instituto-camoes.pt/ear/coloquio/.../tereza_cristina_kirschner.pdf, acessado em 07/01/2015.

⁵ Alvará de 05 de junho de 1788. SILVA, António Delgado da (org.), *Collecção da Legislação Portuguesa desde a última Compilação das Ordenações*, Lisboa, Typografia Mairgnense, 1828.

considerar atos de justiça e de administração, caracterizada pelo conceito de *jurisdição* – ou seja, o poder que seus agentes possuíam de dizer o que era de direito em cada situação – subsistia uma permanente possibilidade de revisão judicial dos atos do governo sob a justificativa de que os mesmos lesionassem quaisquer direitos adquiridos⁶. É fato que, de início, havia uma separação entre os assuntos considerados administrativos (de ação direta do governo) daqueles de caráter contencioso, a qual podia ser colocada à prova a qualquer momento em que um procedimento em nome de justiça (via caminhos de simples queixas ou requerimentos que alegassem “injustiça”) fosse colocado em marcha pelas partes. A tais práticas poderia ser atribuído um caráter extrajudicial - encaminhadas de múltiplas formas ao longo dos séculos por qualquer súdito para casos em que não havia remédio previsto no direito – e conviviam permanentemente com outras efetivamente judiciais, como geralmente conhecemos sob a forma de recursos, sobretudo de agravos e apelações.

Nestas breves páginas pretendemos dar materialidade a este *modus operandi* a partir da análise de uma amostragem de litígios comerciais que tiveram lugar neste período. Defenderemos que o Tribunal da Junta, como geralmente referido, desempenhou um papel de *supremo*, o que significava dizer que, além de suas tarefas ordinárias de administração das atividades que envolviam o comércio, seus agentes, e a resolução e encaminhamento dos conflitos, recebia *recursos* das decisões tomadas com poder de revisão. Ou seja, julgava e determinava o direito e funcionava como instância superior no caso das partes recorrerem, fosse em moldes previstos, fosse mesmo extrajudicialmente. Consideramos inclusive que, por se constituir como um tribunal corporativo, ambas estas formas tendiam a se mesclar em função da necessidade de rapidez que se atribuía às transações comerciais, mesmo que existisse internamente ao órgão uma divisão entre negócios de economia e de justiça como era costume em instituições congêneres⁷. Vale dizer que, posteriormente, com a instituição dos tribunais comerciais no século XIX adentro, numa chave constitucional e à priori em oposição às jurisdições privilegiadas, os recursos às suas decisões deveriam ser encaminhados aos tribunais

⁶ LUCA MANNORI e BERNARDO SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma/Bari, Laterza, 2001; CARLOS GARRIGA, “Gobierno y justicia: el gobierno de la justicia”, MARTA LORENTE (org.), *La jurisdicción contencioso-administrativa em España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 47-113.

⁷ MASSIMO TITA, *Il giudizio dei pari. La giurisdizione commerciale a Roma e Napoli tra Sette e Ottocento*, Campobasso, 2012.

ordinários e não mais aos corporativos – no caso do Império do Brasil, aos Tribunais das Relações que funcionavam como 2^a instância⁸.

O fato de serem órgãos formados por pares, como juízes participantes, contribuía igualmente para um caráter antiformalista de suas práticas. Uma larga tradição de práticas sumárias era recorrentemente evocada pelos mesmos, em nome da oralidade e do princípio da *aequitas* para resoluções dos conflitos (ou seja, de equilíbrio entre as partes)⁹. Concepção que seria não apenas evocada no século XVIII, mas reforçada pelas medidas ilustradas por meio de um discurso em repúdio às regras especulativas de direito e por uma maior eficácia e rapidez na justiça¹⁰. A criação de um “juiz conservador” para a corporação, em 1756, nem mesmo um ano após a instituição da Junta de Comércio, nos permite entrever o caráter um tanto quanto paradoxal do projeto em questão¹¹. Neste sentido, a medida previa, ao mesmo tempo, a escolha de um magistrado no âmbito da Casa da Suplicação - tribunal de última instância instalado em Lisboa -, para julgamento em “jurisdição privativa” dos recursos aos pleitos que envolvessem comerciantes, e o acompanhamento dos “processos verbais” para os casos de falência - que costumavam ser frequentemente resolvidos por árbitros eleitos localmente, com direito a recursos ordinários. Reforçava inclusive a importância do mesmo magistrado no conhecimento das regras práticas do comércio para que pudesse atuar em seu melhor benefício. No entanto, a despeito destas prerrogativas, ver-se-á aqui como este mesmo juiz não apenas atuava especificamente dentro do espaço da corporação – o que não era incomum nas experiências coevas como forma de contrabalancear a justiça entre pares –, sendo mesmo sua função a de conservar os interesses da mesma. Terminava assim por ser uma jurisdição a mais na complexa estrutura de autoridades e instâncias existentes que caberia aos *privilegiados* – vale dizer, num primeiro momento, os matriculados

⁸ WALTER DE MATTOS LOPES, “*A Real Junta do Commercio, Agricultura, Fábricas e navegação deste Estado do Brazil e seus Domínios Ultramarinos*”: um Tribunal de Antigo Regime na Corte de Dom João (1808-1821), Rio de Janeiro, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal Fluminense, 2009.

⁹ SIMONA CERUTTI, *Giustizia sommaria. Pratiche e ideali di giustizia in una società di Ancien Regime (Torino XVIII secolo)*, Milano, Feltrinelli, 2003; ainda que para um momento anterior, ALESSIA LEGNANI, *La giustizia dei mercanti: l’universitas mercatorum, camporum et artificum di Bologna e i suoi statuti del 1400*, Bologna: Bologna University Press, 2005.

¹⁰ Para uma síntese, ANTONIO MANUEL HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Mem Martins, Publicações Europa-América, 1998.

¹¹ Alvará de 13 de novembro de 1756. *Collecção da Legislação Portuguesa*, 447seg.

na Junta de Comércio e mesmo os comerciantes menores vinculados à “Mesa do Mercadores do Retalho”.

Neste sentido, o *modus operandi* do Tribunal da Junta era expressão de uma verdadeira cultura. Por um lado, pela profusão de recursos e de alternativas que observamos, bem como pela plasticidade das formas utilizadas como típica deste universo. Nele, seus caminhos não dependiam necessariamente de construções legais que pautavam instâncias inferiores e superiores, mas sim de estratégias políticas e sociais na eleição das vias de busca de reconhecimento de direitos, sem o respeito a uma única hierarquia entre estes espaços e suas vias de buscas por justiça. Longe de ser um sistema baseado na centralidade da lei, como sabemos, tratava-se de um mundo marcado pelo pluralismo de fontes de direitos válidos, onde à falta de uma alternativa prevista judicialmente caberia tentar outras tantas extrajudiciais, e mesmo a graça real no seu limite¹².

O que se coadunava muito bem à uma mentalidade cristã de que, se havia uma única verdade que terminava por ser sempre de caráter divino, era sua busca que deveria pautar os métodos judiciais que haviam sido secularmente construídos no direito processual ocidental desde sua base canônica. Mas sua revelação também trazia consigo mesma uma imensidade de possibilidades em que a leitura do mundo por meio de uma permanente analogia entre as coisas tendia a ver a ocasião, em si mesma, uma expressão fática de várias interpretações possíveis. A versão judicial deste universo não poderia ser mais clara na profusão das alternativas de busca por justiça, que se desdobraram no desenvolvimento dos recursos ao longo dos séculos, em que sempre havia possibilidade das partes recorrerem e argumentarem em nome de seus direitos, mesmo os mais miseráveis ou tido como “incapazes”¹³. É fato que o reformismo se voltaria contra esta lógica, tratando de impor uma função legicentrista ao monarca e mesmo uma tentativa de diminuição da complexidade que as formas processuais ordinárias haviam adquirido ao logo dos séculos, respon-

¹² CARLOS GARRIGA, *Justicia animada: dispositivos de la justicia en la Monarquía católica*, MARTA LORENTE, Marta (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 61-104; PAZ ALONSO, *Orden procesal y garantías entre Antigo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; ANTONIO MANUEL HESPANHA, *La Gracia del derecho: economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹³ Sobre o tema, é sugestiva a leitura de ROBERT JACOB, “Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l’histoire européenne”, *Histoire de la justice*, 4, 1991, pp. 53-78.

sáveis desde sempre pela imensa demora na finalização dos pleitos. Mas os remédios pensados, para o caso aqui estudado, mostravam a adesão a este padrão tradicional.

No entanto, o processo social vivido entre as conturbadas décadas de finais do século XVIII e início do XIX colocavam novos impasses que os litígios comerciais terminam por explicitar. Mesmo sem adentrarmos num debate sobre se a linha demarcatória da corporação se dava pela entrada de seus participantes por meio da competência da matéria (comercial) ou se pelas pessoas e sua condição estamental, é fato que sua jurisdição era um instrumento de afirmação identitária que demarcava os privilegiados¹⁴. Neste sentido, no contexto criado pelas reformas pombalinas, a ação da Junta de Comércio em Portugal, ao atuar em nome da defesa dos interesses dos negociantes nela matriculados, acabaria por promover uma estratificação dos grupos mercantis através da profissionalização e da ascensão social de um grupo de homens de negócio em Portugal¹⁵. O que criaria paulatinamente uma separação entre os comerciantes envolvidos com grandes somas, que se manteriam aí enquadrados na categoria de *privilegiados*, e aqueles dedicados em geral à venda a retalho dentro da estrutura corporativa herdada que, até então, englobava-os¹⁶.

Nos domínios ultramarinos, tal processo parece ter sido ainda mais radical, com a ascensão econômica e política de grupos do Centro Sul durante as décadas finais do século XVIII - o que coincide exatamente com a transferência da sede do vice-reino do Brasil da cidade de Salvador para o Rio de Janeiro em 1763. Momento que na América portuguesa se observa um incremento brutal de sua malha jurídica institucional, igualmente impulsionada pelas descobertas auríferas. Mesmo assim, como apontado acima, a criação de um espaço corporativo que falasse em nome de uma maior autonomia na sua administração somente se criaria com a chegada da Família Real e a instalação

¹⁴ Ver alguns pontos de debate sobre a questão em HECTOR NOEJOVICH, “La institución consular y el derecho comercial: conceptos, evolución y pervivencias”, B. HAUSBERGER, A. IBARRA (eds.), pp. 15-40.

¹⁵ JORGE PEDREIRA, *op.cit.*; CLAUDIA CHAVES, *Melhoramentos no Brasil: integração e mercado na América Portuguesa (1780-1822)*, Tese de Doutorado, Niterói, Universidade Federal Fluminense, 2001.

¹⁶ Se até os Setecentos bastava ser mercador matriculado na Junta (ou na praça) para se considerar como parte da corporação, no início do século XIX ficaria claro que nem todos os “simplesmente matriculados” eram “privilegiados genericamente da conservatória”, menos ainda os mercadores de retalho. Como se comprava no verbete “negociantes” de JOSÉ BORGES FERREIRA, *Diccionario Jurídico-Commercial*, 2.^a.ed., Porto, Typographia de Sebastião José Pereira, 1856.

dos tribunais régios superiores. Dessa forma, no ano seguinte à instalação da Real Junta, em 1809, criar-se-ia o cargo de juiz conservador com as exatas atribuições de seu congêneres que seguia existindo no Reino¹⁷.

No entanto, a documentação que se refere à sua ação juntamente à esfera dos privilegiados, não parece ter tido tanta abrangência na América como no reino. O fato de muitos casos de litígios que envolviam matéria comercial com qualquer tipo de recurso estarem espalhados por vários espaços de jurisdição civil, além de termos pouquíssimos casos de particulares que apelaram à sua esfera no Rio de Janeiro, nos faz pensar que uma demarcação de atuação deste juízo fosse ainda mais restritiva. Nossa hipótese é a de que diante da ascensão de muitos, o juiz dos privilegiados representasse um espaço de disputa em nome de seu resguardo a um grupo ainda menor. O que significava valer-se de uma enormidade de possibilidades judiciais e extrajudiciais para seus negócios. Neste sentido, um dos poucos processos encontrados na jurisdição de privilegiados no Rio de Janeiro, foi um caso referente ao Conselheiro Amaro Velho da Silva, um grande e abastado capitalista, como administrador dos bens de seu finado tio. Mais claramente que em Portugal, a clivagem econômica passasse a ser ainda mais importante neste momento de transição e complexificação das relações capitalistas, onde o reforço de uma ordem e práticas tradicionais corporativas, ainda mais valorizadas pela chegada da Corte ao Brasil, serviria realmente a maiores exclusões como se pode imaginar para o caso da justiça¹⁸.

Quiza este movimento possa explicar outro: em abril de 1821, após a eclosão do movimento constitucional em Portugal, a chamada para uma reunião que, no Rio de Janeiro, tinha por dever escolher os eleitores dos deputados que viriam a compor as Cortes de Lisboa, tenha sido palco de um violento tumulto. Hoje se sabe que o mesmo fora insuflado por um grupo de negociantes médios e proprietários do Recôncavo da Guanabara e do Campo dos Goitacazes que, aliados aos negociantes de gêneros de abastecimento e vare-

¹⁷ Para uma síntese dos desdobramentos da chegada da Corte ao Brasil, JOÃO PAULO PIMENTA e ANDRÉA SLEMIAN, *A Corte e o mundo: uma história do ano em que a Família Real chegou ao Brasil*, São Paulo: Alameda, 2010.

¹⁸ Sobre este processo, ver, ao menos CECÍLIA HELENA DE SALLES OLIVEIRA, *A astúcia liberal. Relações de mercado e projetos políticos no Rio de Janeiro (1820-1824)*; e JOÃO FRAGOSO e MANOLO FLORENTINO, *O arcaísmo como projeto. Mercado atlântico, sociedade agrária e elite mercantil em uma economia colonial tardia. Rio de Janeiro, c.1790-c.1840*. 4^a.ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001. De modo mais amplo, ANDRÉA SLEMIAN, *Vida política em tempos de crise: Rio de Janeiro, 1808-1824*, São Paulo, Hucitec, 2006.

jistas, bacharéis e oficiais militares, constituíam um forte grupo de pressão contraposto às famílias portuguesas e negociantes de *grosso trato* (grandes negociantes) que articulavam as esferas de decisão do Estado¹⁹. Também que mobilizariam povo e tropas contra aqueles que pareciam estar mais privilegiados desde a chegada do monarca, forçando sua realização na Praça do Comércio e sob discursos inflamados em nome da constituição, representação e cidadania. A reunião acabava por fornecer uma causa à imediata partida de D. João VI de volta à Lisboa, pouco dias depois. Também ao abandono que os comerciantes fariam da mesma Praça (passando a ocupar um outro edifício), em função de seus embates com o regente Pedro, que ficará no Brasil. A ela, voltariam apenas em 1834, quando foi criada a Sociedade de Assinantes da Praça, já num outro contexto. Mas para o momento que nos interessa aqui, a ascensão de um grupo de favorecidos por maiores privilégios dentro de um corpo tradicionalmente tido por comerciantes, numa lógica de regras e padrões tradicionais como demonstra a análise dos seus litígios, seria alvo sem dúvida de novas tensões ao se margearem, cada vez mais, seu papel como *individuos* e não apenas de corpo²⁰. Assim, vejamos.

O momento reformista foi marcado por uma profusão legislativa que tinha em vista o reforço do poder régio por meio de um esforço na sistematização do direito vigente. Sem adentrarmos aqui em um amplo debate sobre o quanto suas medidas seriam ou não efetivas, é notável como a pretensão de um melhor funcionamento das instituições sob as bases tradicionais de administração faz-se evidente para o caso por nós aqui analisado²¹. Como se sabe, o comércio seria um dos ramos que mais o sentiriam, com uma grande quantidade de medidas que visassem melhorar seu desempenho, e mesmo evitar os mais que endêmicos contrabandos de mercadorias dos domínios, num momento como o português que seria marcado, sobretudo em finais do século, pelo crescimento econômico e importância da América para a monarquia portuguesa.

¹⁹ Mais precisamente, OLIVEIRA, *op. cit.*

²⁰ Aqui seguimos a análise de CERUTTI, *op. cit.*

²¹ Uma discussão sobre o reformismo e as formas de administração da justiça está em CARLOS GARRIGA e ANDRÉA SLEMIAN, “Em trajes brasileiros’: justiça e constituição na América ibérica (c.1750-1850)”, *Revista de História*, São Paulo, 169, julho-dezembro 2013, pp. 181-221.

Este seria o caso da Real Junta que, apesar de nova, congregava várias funções de administração, bem era o *locus* de atuação do juiz conservador. Em 1771, duas décadas após sua implementação, este cargo dividiu-se em três diante do que se julgou ser “impraticável” a um único magistrado realizar²². O primeiro, como o “Superintendente Geral dos Contrabandos”, conheceria de todas as fraudes concernentes à introdução de gêneros ou fazendas proibidas para entrada²³; o segundo, seria o responsável pelos negócios dos falidos; e o terceiro, denominado juiz conservador dos *privilegiados*, trataria das causas cíveis que ocorressem entre os negociantes matriculados na Junta de Comércio e Mesa de Retalho, em “observância dos seus respectivos privilégios”. São os casos destes últimos, ou seja, entre particulares, que serão por nós aqui discutidos.

É fato que antes mesmo desta divisão, alguns assento da Casa da Suplicação já haviam sido tomados com o intuito de colocar em prática uma maior rapidez para as questões²⁴. Um de 1770, determinara que em nome da celeridade dos processos o conhecimento dos agravos interpostos das decisões do conservador da Junta competiria a ela própria, reforçando o papel de revisor do próprio Tribunal. No mesmo ano, aprovou-se, também em nome da brevidade, que para os credores de menor quantia se deveria evitar os embaraços de um instrumento de sentença de compromisso para caso de dívidas. Também fórmulas que tentavam impedir o excesso de recursos, ou mesmo que pudessem eximir as excessivas normas previstas nas *Ordenações Filipinas* foram aprovadas. Uma destas, foi a decisão de *não* aplicação jurisprudencial do *senatusconsultum Velleianum* romano aos negócios mercantis – uma regra que marcava a interdição as mulheres de se responsabilizarem de qualquer modo pelas dívidas contraídas pelos homens – bem afeita à onda de limitação do direito romano que pretenderam os reformadores. Ao se eliminar de vez tal dispositivo de interpretação, eliminava-se igualmente a possibilidade de que o mesmo viesse a servir como entrave ao reconhecimento jurídico das mulheres, em especial as viúvas que tradicionalmente eram legalmente reconhecidas como responsáveis jurídicas pelos negócios dos seus falecidos maridos²⁵.

²² Alvará de 16 de dezembro de 1771. *Collecção da Legislação Portuguesa*.

²³ Em alvará aprovado três anos depois, ampliava-se a jurisdição deste superintendente a todas fiscais, no Reino e nos seus domínios. *Collecção da Legislação Portuguesa*, p. 767-8.

²⁴ Aqui seguimos MARCOS, p. 213 e seguintes.

²⁵ *Idem*, pp. 229-230.

A forma sumária se pode igualmente observar em praticamente todos os casos ou processos. Não apenas pelos procedimentos que se instituíam mesmo antes de um caso virar um pleito, mas igualmente pela ação do juiz conservador. Quanto ao primeiro, uma das práticas da justiça sumária era a presença de árbitros, geralmente nomeados pelas partes para mediar a resolução dos conflitos, o que remontava há séculos no direito processual de caráter civil (privado), conforme versava a tradição do *ius commune*. É fato que, desde a origem, havia uma sensível diferença entre aqueles que as partes confiavam a decisão de seus conflitos, fazendo papel de juízes (*arbiter*), e os que eram escolhidos para realizarem mediação entre as partes, ou mesmo perícias, evitando o pleito (*arbitrador*). O termo árbitro acabaria por prevalecer, mesmo que a diferença entre suas funções seguisse sendo, de uma forma ou de outra, reconhecida²⁶.

No Império português, estes ganhariam o nome de *louvados* (em função do ato de fazerem *laud*os, chamados de “louvação”) e eram presença constante nos casos entre particulares. Os *Estatutos* da Junta os referendavam, escolhidos entre as “pessoas de mais conhecida inteligência no objeto de cada huma das causas”, nomeadas por ela Junta e aceitos pelas partes, com direito ao recebimento de gratificações pelo trabalho. No caso em que se quisesse evitar tais despesas, caberia à mesma Junta a nomeação daqueles que aceitassem o encargo gratuitamente, para não “dilatarem-se as causas, em gravíssimo dano do comércio”²⁷. Como era típico ao entendimento das práticas sumárias, a valorização da concepção de que estes deveriam mover-se dentro da “verdade dos fatos”, nem adentrarem no universo das complexas operações na determinação do direito que cabiam aos magistrados, era o pano de fundo destas medidas ilustradas que reforçavam seu papel.

A solução impetrada pelos louvados parece decidir a grande maioria dos casos, o que se nota pelos requerimentos ou mesmos pleitos que chegavam à Junta de Comércio. Também que estes acabavam se especializando na função, não sendo incomum que se seguissem seus *laud*os, e mesmo suas decisões quando tratavam-se de embarcações e seguros - casos em que era previsto na doutrina que os louvados acabavam tendo uma função mais evidente de juízo. É o que se pode observar da apelação enviada pelos proprietários da nau Navio Rainha dos Anjos, em 1819, a qual partira de Lisboa para Benguela quan-

²⁶ O próprio *Dicionário* de Borges Fonseca, p. 29-31, citado aqui no início, marcava-as firmemente: os primeiros seriam uma espécie de “juízes árbitros” (responsáveis pelos casos de seguros e avarias), enquanto que os segundos eram como expertos e peritos, nomeados apenas para examinar contas, documentos e livros.

²⁷ *Idem*, p. 475.

do fora capturada por um corsário insurgente, tendo que aportar à Madeira e regressar à Lisboa²⁸. Após os laudos iniciais dos louvados, os seguradores solicitam a nomeação de um novo árbitro sob o argumento de que teriam sido impedidos de nomear seus próprios “reguladores”; além disso, que seria um caso de abandono de embarcação cujos segurados negarem-se a vender, apesar da recomendação dos louvados e realização de avaliações. Chegavam a afirmar, como reforço do argumento, não ser prática de sua companhia de seguros em geral ir contra decisões dos árbitros. Os segurados retrucaram duramente, negando veementemente tratar-se de abandono de embarcação, alegando estar previsto em “todas as Leis de Seguros Guerra e das Gentes” que o ocorrido deveria ser coberto, fosse o sinistro ordinário ou extraordinário. Ao todo, seriam quatro os árbitros a darem seus laudos, tudo no âmbito da Provedoria de Seguros de Lisboa. O último deles inicia dizendo que já que os “três advogados” que foram nomeados pelas partes como “juizes e árbitros” não teriam entrado em acordo, fora ele eleito para a mesma, reforçando tanto a importância do papel arbitral como o das partes na escolha dos mesmos. Diante da decisão desfavorável à companhia de seguros, estes apelam à Junta de Comércio, confirmando-a como instância primordial a que se recorria quando uma das partes não concordava com as posições emitidas. A decisão final da Real Junta revogou o que fora decidido no âmbito dos seguros, que somente condenava os seguradores a pagarem o valor do roubo: exigiam agora que pagassem também as despesas das arribadas, favorecendo claramente os segurados. É interessante notar que esta fora expedida no âmbito da corporação pelo seu juiz conservador e cita apenas “estilos do Comércio” para enquadrá-lo como avaria grossa, sem nenhuma evocação à doutrina.

Como se observa em vários casos, é notória a importância dos louvados, e absoluta sua centralidade quando se tratava de casos de embarcações. Afinal, eram eles que terminavam por estar nos portos, e eram as autoridades que deviam ser chamadas logo que os interessados nas cargas sentiam-se prejudicados. Mas apenas após este reconhecimento dos particulares, e não antes. Neste sentido, é digno de nota um requerimento encaminhado à Junta por João Batista de Izurieta, capitão dos navios São Joaquim e Santa Ana que foram obrigados a fazer duas arribadas antes de chegarem à Lisboa, resultando em várias despesas²⁹. Seu pedido era para que se nomeassem dois

²⁸ Arquivo Nacional da Torre do Tombo (doravante ANTT), Feitos Findos, maço 23, caixa 77, nº 12.

²⁹ ANTT, Feitos Findos, maço 26, caixa 77, nº 15 (1815).

“juízes árbitros” para regular as avarias em questão, e consta também um instrumento de protesto e justificação a favor do mesmo da “Conservatória espanhol”, ou seja, da jurisdição que cuidava dos casos desta nação. Não se tratava, de início, de nenhum pleito. A resposta da Junta era pelo indeferimento do pedido “como contrário ao Direito, e Prática mercantil”: primeiro se deveriam chamar a juízo os interessados na carga para se tirar a dúvida se deveriam proceder ao pleito. Isso porque não se achando ainda julgada a existência de uma avaria grossa, não se poderia proceder à regulação da mesma.

O caso nos parece sugestivo para demonstrar como as partes interessadas tinham um papel fundamental não apenas para iniciar os pleitos, mas naquilo que implicava a decisão de escolha dos árbitros, ou seja, na efetivação do que podemos chamar de justiça entre pares. Não sendo incomum que se chamassem os louvados eleitos por uma ou outra parte por “juízes”, ou mesmo por “advogados”, de cada qual. Em função disso, era mesmo comum que as maiores queixas em relação aos louvados recaíssem ou na parcialidade com que os mesmos teriam feito suas avaliações, ou na citada não participação ou anuência das partes em sua escolha. O que consideramos estar longe de ser uma disfunção de sua prática, que nos conduziria à antinomia de conceber a ineficácia dos mesmos agentes ao mesmo tempo que sua responsabilidade na resolução da grande maioria dos casos que não chegavam às raias de pleitos e nem menos de recursos. Defendemos, ao contrário, que os argumentos citados eram formas disponíveis de argumentação num universo da justiça corporativa, as quais seguiriam sendo fundamentais diante das formas de regulamentação estatal que viriam a se construir no século XIX.

Com outro caráter, o discurso que tencionava mais diretamente a função que caberia aos árbitros também ganhava corpo neste campo discursivo das disputas quando a busca pelos recursos colocava mesmo em xeque sua forma sumária. Isso aparece claramente em um auto de compromisso para ajuste de contas entre Francisco Joze Pollori e Jeronimo Rossi de Genova, no ano de 1815, quando os árbitros nomeados por cada qual não se colocaram em acordo sendo necessário a introdução de um terceiro³⁰. A posição de desempate deste último é apenas referendada pela Real Junta, o que demonstra como, a princípio, valiam as posições dos louvados. Mas delas sempre se podia recorrer, o que faz o citado genovês na forma de um embargo. Neste há claramente um advogado que se vale do argumento de que “os laudos não têm a Autoridade que as Partes lhe atribuem, e que senão podem ter por valiosos, firmes

³⁰ ANTT, Feitos Findos, maço 22, caixa 69, nº 5 (1817).

e irrevogáveis”³¹. De modo que seria mesmo “repugnante e até escandaloso” que o “Arbitrio do Homens suplantasse o Direito estabelecido e a Disposição da Lei”, já que os laudos devem valer apenas em questões de “simples facto, Estilo, ou uso Mercantil, em que não há Lei positiva que as resolva nem regra certa invariável de Direito que os determina”. Como o caso em questão seria de um contrato do qual não presume apenas de prova, mas sim de direito como marca pela citação das Ordenações Filipinas, argumenta que não se poderia seguir “cegamente o parecer dos louvados”, muito menos aprová-los por sentença do Tribunal³². Ou seja, as regras das práticas sumárias não deveriam valer diante de algo que seria mais sagrado, ou seja, a “boa razão a Justiça o Direito”. É digno de nota que os embargos são aceitos, encerrando por hora o caso na impossibilidade de resolvê-lo apenas na instância arbitral, devendo tomar de agora em diante a forma de um pleito.

A solução toca em uma das questões que nos interessa particularmente aqui acerca do caráter com que a Real Junta administrava justiça. Apesar dos pleitos seguirem, em geral, as regras processuais com validade para o mundo civil, sempre se podia recorrer a meios extrajudiciais sob a forma de requerimentos e queixas. O que demonstrava a imensa capilaridade das formas de justiça neste espaço que se caracterizava igualmente pela aceitação de recursos de decisões de várias ordens. Ou mesmo à falta da mesma, como se nota em um auto com vários requerimentos encaminhados à Real Junta no ano de 1794 em Lisboa contra os armadores de um navio chamado Belizário para liquidação de contas³³. No primeiro deles, um dos suplicantes alega que ele teria sido alvo de uma decisão “notoriamente injusta, repugnante à toda boa Razão e Usos do Comércio”; e que ainda que a lei lhe conceda expressamente a possibilidade de um recurso “ordinário” de apelação, este não poderia ser impetrado já que a sentença estava suspensa por sua ação (sendo possível que a tivesse embargado). Diante da tardança no caso, ele alega que já utilizara de uma “composição extrajudicial”, valendo-se agora de outra encaminhada à Sua Alteza Real para que pudesse se colocar solução ao caso. Entre os argumentos para justificar as compras e vendas, está igualmente o de que não se tratava de questões de fato apenas e que, portanto, os árbitros seriam incompetentes para avalia-las. Todo o conjunto traz uma série de requerimentos, comprovações e recibos que não chegam a assumir uma forma judicial. É digno de

³¹ Idem, fl. 139.

³² Idem, fl. 140.

³³ ANTT, Feitos Findos, maço 29, caixa 84, processo nº 15 (1794).

nota que, ao final, houve um “acordo entre partes”, noticiado pelos mesmos, pondo fim à causa.

A partir deste exemplo se comprova que, mesmo sendo clara a diferença entre caminhos judiciais e extrajudiciais, ambos poderiam ser buscados pelos envolvidos num mesmo caso. Também a qualquer momento em que não se vislumbrasse a existência de um outro remédio previsto. É o que se observa em um requerimento dos hamburgueses Dittner N Companhia contra decisão do próprio desembargador conservador do comércio em 1810, em Lisboa³⁴. Alegavam eles que o dito magistrado, após ter passado mandado de penhora contra apenas um dos sócios entre os seguradores réus (diante do falecimento dos outros), revogara a decisão ordenando aos suplicantes que se dirigissem contra cada um dos sócios e herdeiros – sob a alegação de que no contrato entre eles não se declarava uma clausula de solidariedade entre todos. Ora, os suplicantes usam como argumento que, por mais que esta obrigação não se subtenda de direito em todas as sociedades, ela estaria registrada na Casa de Seguros de Lisboa sob a forma de “responsabilidade de um por todo, todos por um”. Com isso conseguem a reforma do despacho para que os sócios tomassem sobre si a obrigação de responderem solidariamente.

De alguma forma, a cultura de que os caminhos da justiça variavam muito mais de acordo com a *ocasião* e os direitos e/ou injustiças que poderiam ser reconhecidos a cada qual, não dependendo apenas da lei, forneciam as condições de enunciação dos discursos que justificavam a permanente possibilidade de queixas a qualquer autoridade. Não deixa de ser significativo que num caso de devassa tirada pelo desembargador do comércio a pedido da Real Junta para apresentação de um caso de falência, a viúva se manifeste na forma de um requerimento, alegando não poder pagar:

Isto é um caso digno de contemplação. V. Alteza sendo tão amante dos seus Vassalos, não há de permitir, que a Suplicante viúva, e rodeada de filhos, seja reduzida a maior indigência, e que seus credores experimentem um grave prejuízo no Seu rateio, faltando-lhe os seiscentos mil reis para entrar nele³⁵.

A justificativa era apenas sua condição de pobreza, sem mais, argumento que costumava ser válido para os que fossem considerados incapacitados de

³⁴ ANTT, Feitos Findos, maço 31, caixa 87, processo nº 02 (1810).

³⁵ ANTT, Feitos Findos, maço 20, processo nº 1, fl. 17 (1783).

cuidar de si mesmos³⁶. De natureza semelhante, pelas mais variadas justificativas, é possível encontrar uma infinidade de requerimentos, não apenas de viúvas que tinham direitos reconhecidos à frente dos negócios de seus falecidos maridos, mas como ação generalizada numa lógica de justiça em que se podia queixar-se corriqueiramente dos atos/decisões das autoridades.

É igualmente verdade, como também salientado acima, que os caminhos para justiça culturalmente tendiam a valorizar a avaliação das concretas estratégias políticas e sociais na eleição das vias de busca de reconhecimento de direitos sem uma hierarquia clara como veriam nossos olhos de hoje. Um caso paradigmático é o de Plácido Antonio de Araujo Portugal que, em 1808, encaminhava ao rei em Lisboa um agravo de sentença proferida contra ele na Casa da Suplicação (tribunal superior régio), em uma contenda contra Manoel Teixeira de Carvalho³⁷. Sob a justificativa de que as “leis do Commercio deve[riam] ser estáveis, apartando toda a perplexidade de julgar, favorecendo as suas negociações pelo meio mais simples”, ele solicitava que os ditos autos pudessem ser revistos pela Real Junta de Comércio. Os herdeiros do citado Carvalho alegavam que a Junta seria incompetente para tomar conhecimento de sentenças já proferidas na instância da Casa da Suplicação. O crucial no caso é que a Real Junta foi chamada e emitiu parecer contrariando, inclusive, a própria decisão da Casa da Suplicação. Primeiro, ao considerar ser legítima a solicitação a Sua Alteza Real que, como “sumo operante”, caberia aceitar o que considerasse ser a justiça pelos “oprimidos”, mesmo que de modo extraordinário. Segundo, por argumentar que apenas a Real Junta seria competente para dizer se o caso caberia ou não na sua jurisdição, ou seja, se caberia entre os privilegiados do comércio. E mais: que era motivo de “desordem” não serem observadas as práticas existentes entre os negociantes, que não deveriam nunca serem tratadas na forma de uma escritura pública comum; também que caberia a tais “homens de negócio” gozarem de “todas as graças, privilégios, e isenções concedidas”, sendo o maior deles que suas preferências fossem reguladas e decididas³⁸. Não se tem acesso pelo processo à decisão final, mas o ato da consulta e seu teor são em si muito significativos do reconhecimento da corporação e de seus privilégios em evocá-los.

³⁶ ANTONIO MANUEL HESPANHA, *Imbecilias. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, São Paulo, Annablume, 2010.

³⁷ ANTT, Feitos Findos, maço 23, caixa 70, processo nº 1.

³⁸ Idem, fl. 47 v.

Dessa forma, era Real Junta, onde o juiz privilegiado do comércio terminava por deliberar, a instância primordial no acolhimento dos recursos ordinários ou extraordinários que envolvessem os particulares, além de exercer um papel de tribunal superior para onde as decisões da corporação sempre poderiam retornar. O desfecho de um caso, iniciado em 1797 e concluído apenas em 1801, é expressivo de sua atuação. Trata-se de uma apelação de José Joaquim das Neves contra o administrador dos bens do falecido do ex-diretor da Fortaleza de São João de Ajuda na Costa da Mina, Antonio da Fonseca Aragão, alegando que este lhe devia gêneros e dinheiro³⁹. A solicitação inicial fora enviada à Mesa da Inspeção da Bahia que, como órgão corporativo, havia nomeado um administrador para tratar dos bens do falecido. Esta emitiu sentença contrária a Neves, alegando que não caberia ao administrador tratar de questões que iriam além das envolvidas nos negócios que teria com Aragão, e que competiria ao suplicante protestar perante à viúva e herdeiros⁴⁰. No entanto, tendo o suplicante apelado, e após vários recursos feitos pelos respectivos advogados, o juiz conservador lhe concedeu sentença favorável, alegando ter sido “mal julgado” pela Mesa e o réu responsável pela administração de todos as questões que envolvessem os bens do defunto. Indicava que o tribunal deveria reformar sua sentença e, nada mais nada menos, nomear árbitros para examinar as contas do falecido.

Em outro caso em 1807, uma apelação à uma ação que tramitava na Mesa da Inspeção da Bahia fora encaminhada à Real Junta por Agostinho Pinto Brandão como administrador dos bens de um falido⁴¹. Este havia requerido em 1802 o sequestro dos bens de um mercante, aprovado pela Mesa, sob justificação de que o mesmo teria bens e dinheiros pertencentes ao defunto. O réu imediatamente impôs embargos à decisão dos sequestros que, por meio de um longo percurso de requerimentos, argumentações de advogados, testemunhas e documentos, terminaram por serem aceitos pela mesma Mesa. Brandão então apelou da decisão acusando o presidente da Mesa de parcialidade, bem como de irregularidades na aceitação dos sequestros. O caso é resolvido pela Real Junta que, apenas em 1811, confirmou os fundamentos pelos quais a Mesa de Inspeção teria decidido e solicitou que os autos a ela regressem para “decidir civilmente da apelação”⁴². Assim, não apenas refe-

³⁹ ANTT, Feitos Findos, maço 22, caixa 68, processo nº 3.

⁴⁰ Idem, 30 de Maio de 1799, fl. 249.

⁴¹ ANTT, Feitos Findos, maço 29, caixa 84, processo nº 13 (1807).

⁴² Idem, fl. 497.

rendava o papel do Tribunal do Comércio como instância que deveria marcar o direito, como o da Mesa – que o desembargador chama igualmente de igualmente “junta” – para julgar uma apelação a semelhança dele mesmo.

Os casos demonstram como o espaço da corporação administrava justiça no seu sentido amplo tinha evidente protagonismo no que tocasse aos recursos. Se muitas das questões que chegavam à Junta eram por ela referendadas, sem nem mesmo virassem pleitos, o fato é que as possibilidades na busca dos caminhos disponíveis podiam levar anos – como demonstram estes últimos casos. Era igualmente comum que os protagonistas dos casos que se iniciavam numa instância ordinária buscassem a esfera corporativa em função da plasticidade que pautava a disputa por estes espaços de jurisdição, como característica deste mundo tradicional. Um exemplo contundente é a disputa entre José Coelho Guimarães e Antonio Jose Pinto de Sequeira, iniciada na ouvidoria no Rio de Janeiro, mas que teve provisão emitida pela Real Junta da mesma cidade⁴³. Foi quando o primeiro acusava o segundo de ser devedor do seu falecido sogro além de mover contra ele, que vivia em Lisboa, “processos Longos, prejudiciais, alheio do seu ânimo, e do Comércio de boa fé, em País distante”⁴⁴. Sequeira agravara a decisão, mas diante de Guimarães conseguir sentença contra ele na Real Junta de Lisboa, ele a agravaria igualmente à Casa da Suplicação. A contenda se desdobra em várias peças recursais, sendo igualmente vários os motivos citados - desde problemas com apólices, irregularidades na nomeação dos louvados, erros de procedimento, até mesmo a acusação de anulação de todas as decisões feitas nos tribunais no momento da ocupação da nação pelos franceses -, e parece mesmo não ter fim pelos passos de Sequeira.

Algo a enfatizar é que na América foi muito mais comum a utilização dos espaços não corporativos para as contendas que envolviam comerciantes, como se vê neste último exemplo e em muitos outros que se espalhavam pelos espaços ordinários da justiça civil. Uma hipótese que já levantamos acima, era a menor abrangência da ação do juiz conservador no que tocava aos *privilegiados*, os quais tenderiam a ser um grupo ainda menor no Brasil, e a distinção entre o que se poderia chamar de comerciantes de *grosso trato* e os médios e pequenos ainda maior. Outra hipótese que se poderia levantar, estaria relacionada com a prática de administração de justiça entre pares culturalmente disponíveis e a diferença de tempos na instalação de uma Real

⁴³ ANTT, Feitos Findos, maço 08, caixa 44, processo nº 03 (1810).

⁴⁴ Idem, fl. 3.

Junta no Brasil - ocorrida apenas em 1808, com o protagonismo de grupos de negociantes mais abastados. Com isso, há que se supor que as maiores distâncias dos tribunais superiores e de órgãos corporativos que atuavam como tal – como era caso da Real Junta – tiveram seu efeito fosse pela inicial menor abrangência dos comerciantes matriculados e a busca por outros espaços de justiça, fosse por uma maior utilização dos requerimentos e vias extrajudiciais. Quanto a estas últimas, ainda faltam pesquisas para respondê-la plenamente. No entanto, está comprovado como o Tribunal da Relação, instalado no Rio de Janeiro em 1756, tinha bastante atuação no que se tratava de casos comerciais, mesmo sendo uma instância ordinária de recursos⁴⁵. Deste modo, para se entender o quadro das formas de justiça que envolvia questões comerciais há que se ter em conta a capilaridade destes mesmos espaços institucionais numa cultura caracterizada por formas tradicionais e antigas de administração.

Do que se apresentou brevemente aqui, gostaríamos de salientar alguns pontos visando à continuidade das discussões enunciadas. Em primeiro lugar, que é notório como no caso português as medidas reformistas para o comércio terminaram por aumentar ainda mais os espaços de jurisdição existentes para o comércio, sem que se alterasse de modo significativo as formas de administração da justiça existentes. Ao contrário, elas terminaram por reforçá-las à medida que tanto a criação da Junta do Comércio como dos seus juízes conservadores representava a abrangência de uma lógica existente de resolução de conflitos muito marcada por uma cultura tradicional, vale o termo, católica. Sua tessitura expressava-se na estruturação dos processos judiciais tal qual herdados da tradição ocidental, em especial no que tocava à imensa possibilidade de recursos em que as formas judiciais e extrajudiciais, por mais que definidas cada qual, imbricavam-se nos caminhos tomados pelos seus protagonistas. Acreditamos que sua gramática e formas de eficácia devem, portanto, ser pensadas igualmente dentro deste universo.

Do que se pode supor, os efeitos destas medidas tenderiam a aumentar as clivagens entre os grupos que se incluíam entre os comerciantes, confor-

⁴⁵ ARNO WEHLING e MARIA JOSÉ WEHLING, *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*, Rio de Janeiro, São Paulo – Recife, Renovar, 2004.

me destacado, desde o final dos Setecentos. Há que se ter em vista que a categoria de operadores do comércio esteve longe de ser coesa e, do que se nota, seus protagonistas, mesmo que de extratos sociais bem diversos, terminavam por encontrar espaços na corporação que se caracterizam por formas mais adaptáveis à persecução de seus interesses. A corporação era, portanto, um espaço de identificação mesmo daqueles naturalmente diferentes. No entanto, o reforço dos *privilegiados* num momento de maior complexificação das formas econômicas colocaria, cada vez mais, os critérios sócio-econômicos para pautar as novas clivagens entre os indivíduos, e acabaria por enunciar novas tensões como as que se observarão nos embates comerciais em meio aos processos de independência na América. Esta é, de fato, outra história, mas para a qual não se pode negar que a cultura da justiça entre pares continuaria a ter sua devida abrangência.

LA CONSTRUCCIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA EN CÓRDOBA DEL
TUCUMÁN. SIGLOS XVIII-XIX-XX. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO
INDIANO EN LAS AULAS UNIVERSITARIAS

THE CONSTRUCTION OF JURIDICAL CULTURE IN CORDOBA DEL
TUCUMÁN. 18th-19th-20th CENTURIES. TEACHING DERECHO INDIANO
IN UNIVERSITY CLASSROOMS

RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA

Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba

Director del Instituto de Historia del Derecho

y de las Ideas Políticas 'Roberto I. Peña'

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)

pedroyanzif@gmail.com

Resumen: Esta investigación, que en parte he adelantado en otros trabajos, algunos de ellos ya publicados, analiza los alcances y efectos que provocó la enseñanza del Derecho Indiano en la planificación de los estudios universitarios del campo disciplinar de la Historia del Derecho, el contenido de los programas de estudio, y la producción bibliográfica sobre la temática de la enseñanza del Derecho Indiano entre los Siglos XIX y XX en las aulas universitarias cordobesas.

Palabras clave: derecho indiano, enseñanza del derecho, cultura jurídica, Universitatis Cordubensis Tucumanae, instituta, elencos bibliográficos.

Abstract: This investigation, which I have partly advanced in other works, some of which are already published, analyzes the scope and effects that provoked the education of the Derecho Indiano in the planning of the university studies in the discipline of legal history, the content of the programs of study, and the bibliographical production on the teaching of Derecho Indiano between the 19th and 20th centuries in the university classrooms of Cordoba.

Keywords: Derecho Indiano, education of law, legal culture, Universitatis Cordubensis Tucumanae, institution, bibliography.

Sumario: 1. Introducción. 2. La planificación de los estudios universitarios en el campo disciplinar de la Historia del Derecho. 3. El contenido de los programas para el estudio del Derecho Indiano. 4. La enseñanza del Derecho Indiano. 5. Elencos bibliográficos. Textos más utilizados para el estudio del Derecho Indiano. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Desde hace algunos años, analizo la construcción de la cultura jurídica en Córdoba del Tucumán a través de la vida y obra de sus principales exponentes.

La ciudad de Córdoba fue una ciudad indiana con un sello identitario muy definido, por la presencia de su Universidad fundada por los padres de la Compañía de Jesús, cuando la orden se radicara en nuestra ciudad de manera definitiva, en marzo de 1599. En trabajos anteriores, he estudiado detalladamente el establecimiento del Colegio Máximo, el desarrollo de la Facultad menor de Artes, la Facultad mayor de Teología y el impacto que los estudios causaron en la elite de la sociedad local del Siglo XVII y XVIII, cuyos graduados, muy pronto ocuparían los escaños en las magistraturas locales, en el gobierno y en la administración de la justicia indiana.

En la madrugada del día 20 de Julio de 1767 se produjo la expulsión de la Compañía de Jesús, cuando las tropas del Sargento Fernando Fabro ingresaron áspera y abruptamente al solar de la manzana jesuítica y aproximadamente 30 días después trasladaron en varios despachos de carretas y recuas de mulas a Buenos Aires a más de un centenar de jesuitas, entre sacerdotes y novicios. La subsiguiente regencia franciscana a cargo de la Universidad de Córdoba, alcanzó a incorporar los estudios de Derecho, con la creación de la Cátedra de Instituta, que significó el nacimiento de la Facultad de Jurisprudencia en la Universidad Real¹, con el decidido apoyo del Marqués Don Rafael de Sobremonte que proporcionó los resortes de profesionalidad que requería la organización judicial. Y a las 3 de la tarde del día 22 de agosto de 1791, el doctor Victorino Rodríguez, con el auxilio del pasante José Dámaso Xigena, doctor en Teología, pero quien aún no se había graduado en Jurisprudencia, lo haría cinco años más tarde², dictó la primera lección de Instituta³. Es decir

¹ Con ella los estudios universitarios se integraron de la siguiente manera: una Facultad menor llamada de Artes, especie de bachillerato clásico obligatorio para ingresar a las otras facultades y dos facultades mayores, la de Teología y la de Jurisprudencia.

² El doctor Dámaso Xigena alcanzó en el año 1832 el Rectorado de la Universidad Mayor de San Carlos. Uno y otro afrontaron la compleja tarea de organizar el nacimiento de los estudios de Derecho en *la Universitas Cordobensis Tucumanae*.

³ Los archivos dan cuenta del nombre de los primeros estudiantes que concurrieron a escuchar la primera lección, ellos fueron: Francisco Henrique de la Peña, Pedro Arias, José Manuel Igarzabal, Prudencio Lascano, Tomas Danda, Manuel Antonio de Castillo, Juan Tomas Gómez, Jerónimo Salguero de Cabrera, Manuel de las Casas, Gabriel Ocampo y Manuel Bernabé de Orihuela. Sólo nueve de esta primera lista de alumnos, con que se abrieron los estudios de derecho en Córdoba, lograron obtener las aprobaciones de rigor

que el 22 de agosto del año pasado, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba cumplió 225 años de lúcida existencia.

En otros trabajos presentados a las periódicas sesiones de estos *Congresos de Historia del Derecho Indiano* he examinado en profundidad la destacada e importante labor del primer catedrático de Instituta, Victorino Rodríguez, y de su pasante José Dámaso Xigena junto otros exponentes de la cultura jurídica cordobesa, quienes lo sucedieron en la enseñanza universitaria durante los siglos XVIII, XIX y XX. En 1808, Victorino Rodríguez fue reemplazado por Juan Antonio Saráchaga.

En esta investigación, analizo los alcances y efectos que determinó la enseñanza y la producción bibliográfica sobre la temática del Derecho Indiano entre los Siglos XIX y XX en las aulas universitarias cordobesas. Desde sus orígenes, los temas del derecho indiano, del derecho criollo, del derecho hispano criollo y del derecho americano fueron expresamente contemplados en los programas de la asignatura *Historia del Derecho*.

Este trabajo estudia además la planificación académica de la Facultad de Derecho en desde 1895 hasta la actualidad, con especial detención de la temática indiana, la producción bibliográfica sobre dichos aspectos, como así también, los elencos bibliográficos más utilizados para el estudio de la disciplina⁴.

en los exámenes de Derecho en Córdoba, tomado el 17 de noviembre de 1791, luego de asistir a un curso de escasos tres meses.

⁴ Destaco que las abreviaturas utilizadas en la cita de los textos es la siguiente:

AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid (c/ref.) ISSN 0304-4319

AHJE = Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, Quito

AMHD = Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México (c/ref.) ISSN 0188-0837

CH = Cuadernos de Historia, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (c/ref.) ISBN 978-987-1123-41-4

CHL = Cuadernos de Historia Latinoamericana, Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos, Netherlands (c/ref) ISBN 90-804140-1-8

HID = Historia. Instituciones. Documentos, Sevilla (c/ref.) ISSN 0210-7716

IyE = Investigaciones y Ensayos, Buenos Aires (c/ref.) ISSN 0539-242X

JL = Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas, Köln (c/ref.) ISSN 0075-2673

RCHA = Revista Complutense de Historia de América, Madrid (c/ref.) ISSN 0211-6111

RChHD = Revista Chilena de Historia del Derecho, Santiago (c/ref.)

REHJ = Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Valparaíso (c/ref.) ISSN 0716-5455

RFDM = Revista de la Facultad de Derecho de México, México

RHA = Revista de Historia de América, México (c/ref.) ISSN 0034-8325

RHD = Revista de Historia del Derecho, Buenos Aires (c/ref.) ISSN 0325-1918

RHD virtual = RHD virtual, Buenos Aires (c/ref) ISSN 1853-1784

RHDRL = Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene", Buenos Aires (c/ref.)

Por último, destaco que la presente investigación se ha llevado a cabo compulsando los fondos documentales del Archivo Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba y del Archivo Histórico y Oficialía Mayor de la Facultad de Derecho⁵ *Victorino Rodríguez*, como asimismo sobre los fondos heurísticos de archivos particulares, publicaciones periódicas y bibliografía de la época.

2. La planificación de los estudios universitarios en el campo disciplinar de la Historia del Derecho

Desde mediados del Siglo XIX, la incorporación de nuevas disciplinas, superando el criterio exegético dominante, evolucionando hacia el modelo de las ciencias sociales, abrió nuevos y fértiles campos para el cultivo de las disciplinas jurídicas.

El 7 de junio de 1894, el senador Felipe Yofre se dirigía al señor rector de la Universidad Nacional de Córdoba, a la sazón Telasco Castellanos, informándole que, en la sesión del Senado del día de la fecha, por moción del suscripto, y tras la lectura del despacho de comisión, que él mismo había elaborado se había: “...considerado y sancionado el decreto del Poder Ejecutivo creando en esta Universidad la cátedra de Historia del Derecho y Filosofía que ustedes tanto me recomendaron...”⁶.

Fue así como el plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, que el Consejo Superior aprobó en la sesión académica del 15 de noviembre de 1895, incluyó por primera vez en los planes de estudio, la materia *Revista de la Historia*, antecedente de los estudios de Historia Jurídica, disciplina que ingresaba a la

ISBN 987-507-148-X

RIHDRL = Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires

RIJ = Revista de Investigaciones Jurídicas, México

⁵ Por resolución de la Asamblea Universitaria del 12 de diciembre de 2015, se crearon las Facultades de Ciencias Sociales y de Ciencias de la Comunicación. La primera nuclea la Escuela de Trabajo Social, el Centro de Estudios Avanzados (UNC-Conicet) y el Instituto de Investigación y Formación en Administración Pública (IIFAP), este último dependiente del Rectorado de la Casa de Trejo. La Escuela de Trabajo Social y Ciencias de la Información dependían de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Al crearse ambas unidades académicas, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pasó a denominarse Facultad de Derecho.

⁶ HONORABLE CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN. República Argentina. Sesión del día 7 de junio de 1894.

planificación universitaria junto a *Introducción al Estudio del Derecho, Filosofía y Literatura General*.

La reforma significó una verdadera renovación del diseño curricular, y el comienzo de una nueva mirada crítica sobre los estudios de derecho, insuflando otras perspectivas al clásico diagrama ortodoxo.

El contenido de la materia *Revista de la Historia*, privilegiaba los estudios de la Historia de la Filosofía o doctrinas filosóficas de los pueblos de Oriente, Grecia, Roma, Medieval, Moderna y Contemporánea, de la Historia de la Cultura y de la Historia Política y como también de Historia General, antes que lo histórico jurídico.

No obstante primar esta coloratura, el desarrollo aislado de algunas unidades insistieron en el análisis de determinados temas de historia jurídica, pero el tratamiento general impuesto a los mismos, se insertó en las características denunciadas.

Más tarde, la enseñanza de la disciplina sería impartida por los doctores: Ponciano Vivanco, Juan Carlos Pitt, Tomás Miguel Argañaraz, Roberto Ahumada, Hipólito Montagné, Donato Latella Frías, Ricardo José Nicasio Smith, Roberto I. Peña y Alfredo N. Velázquez Martínez, Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira⁷.

3. El contenido de los programas para el estudio del Derecho Indiano⁸

El tránsito de la materia por distintos catedráticos, que cultivaban nuevos enfoques, hizo posible la incorporación de nuevas vertientes. Fue Tomás Miguel Argañaraz quien en 1907 imprimió el definitivo rumbo a los estudios de

⁷ Véase RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA, *La enseñanza de la Historia del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba*. En *Perspectivas y Desafíos de la Historia del Derecho Argentino*. 1er Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, Ed. Advocatus. Córdoba, 2010, pp. 223-242.

⁸ Por la importancia de la temática, recomiendo la lectura de los programas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, correspondientes a la asignatura Historia del Derecho Argentino (1895-1985), incorporados en el Apéndice Documental por MARCELA ASPELL Y RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA. *Los estudios de Historia del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba*, Ed. El copista, Córdoba, 1994, pp. 67-189.

historia del derecho, al definir el concepto científico de la disciplina y señalar, dentro del estudio de las instituciones del mundo antiguo, medieval, moderno y contemporáneo los estadios más significativos de la evolución histórica del derecho⁹.

Se inició, asimismo, con el programa de Historia del Derecho, el estudio del derecho por ramas o especialidades, incluyéndose la historia política y jurídica indiana y patria en sus rasgos más sobresalientes.

Los programas fueron el reflejo de los aspectos distintivos que los catedráticos imprimieron al estudio de la disciplina.

En el programa de 1914, la evolución del derecho, anterior a la España visigótica se redujo a una breve síntesis, intensificándose la historia colonial y nacional, con especial dedicación al movimiento codificador argentino.

Desde 1920, con el programa de la materia diseñado por el doctor Hipólito Montagné, se excluyeron de su contenido el análisis de la evolución jurídica del mundo antiguo y los contenidos de derecho romano. El estudio de la asignatura comenzó ahora con el mundo visigodo. Durante los años siguientes, los programas mantuvieron un perfil parecido, con el agregado de las unidades correspondientes al estudio del concepto de la historia, y de la historia jurídica, contenido y alcances de ambas disciplinas e historia de la historiografía jurídica, que impusieron los doctores Ricardo Smith y Donato Latella Frías. Pese al avance metodológico que la novedad importaba, todos estos programas les otorgaron una excesiva extensión a los derechos canónico, castellano e indiano, con mengua del derecho nacional, a pesar de presentarse ya como programas de “*Historia del Derecho Argentino*”, situación que mantuvo, prácticamente hasta 1962, época en que el programa logra un equilibrio, estudiando tanto el derecho castellano como el indiano y el patrio.

Durante el periodo investigado, estuvieron vigentes en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Universidad Nacional de Córdoba, veinte programas, aprobados por su Consejo Directivo, con excepción de la época de

⁹ Para una reseña biográfica de la obra científica y académica más sobresaliente de los profesores que impartieron la enseñanza de la disciplina. Véase RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA, “Tomas Miguel Argañaraz. Primer Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y sus continuadores”. Córdoba, en JUNTA PROVINCIAL DE HISTORIA DE CÓRDOBA, 1994. “Tomás Miguel Argañaraz y la primera planificación académica para la enseñanza de la Historia del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba”. Cuadernos de Historia 17. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas *Roberto I. Peña*. Córdoba, 2008.

vigencia del plan regulado por la Ordenanza 207/53, que se mantuvo hasta 1956, en que fue suprimida la asignatura del plan de Estudios, para ser reemplazada por Historia Constitucional.

La nueva materia, con un distinto diseño curricular, elaborado por su profesor titular, el doctor Horacio Seghesso en 1953, privilegiaba el estudio de la evolución constitucional, con breves desarrollos atinentes al Derecho Indiano. Seis, de las diecisiete unidades que componían el programa del doctor Seghesso, estaban dedicadas al estudio de la doctrina política del partido gobernante.

Los programas de ambas cátedras desde 1986 mantienen perfiles parecidos, enfoques metodológicos e ius historiográficos sobre la disciplina, se analizan los segmentos del derecho castellano, derecho indiano y derecho patrio precodificado y codificado. Asimismo, se han dedicado espacios al análisis de la organización política social hispano-indiana y patria, para concluir con el estudio más detenido de la evolución histórica de las principales ramas del derecho público y privado, desde sus orígenes castellanos hasta los tiempos de la codificación y sus reformas posteriores.

Con el nuevo plan de estudios aprobado por resolución del Honorable Consejo Directivo N°207/99, de fecha 02 de agosto de ese año, se estableció como contenido mínimo de la asignatura Historia del Derecho, el siguiente: *Concepto. Metodología. Contenido. Fuentes y sistematización del derecho: Ius Propium. Ius Commune. Common Law. Derecho castellano, indiano y nacional. Codificación. Su evolución histórica. Historia y evolución de las ideas jurídicas. El Estado español, indiano y nacional. Organización jurídica, política, social y económica. Su evolución histórica.*

4. La Enseñanza del Derecho Indiano

En la planificación curricular que hemos reseñado cobró una importancia singular los estudios atinentes al Derecho Indiano.

La primera programación de la asignatura *Revista de la Historia* correspondiente al año de 1895, elaborada por el doctor Ponciano Vivanco, contemplaba solamente en la unidad décimo tercera algunos aspectos de la temática indiana reduciéndolos al contenido de “*Los descubrimientos marítimos, los españoles y portugueses, sus propósitos. Política colonial. Trata de negros. Consecuencias económicas y políticas de los descubrimientos*”, en tanto la unidad décimo octava, analizaba “*América. Los primeros habitantes. Civilizaciones americanas. Descubrimiento. Conquista. Coloniaje. Independencia*”.

El programa perfilado en 1898 por el catedrático Juan Carlos Pitt no innovaba demasiado, aunque con un mayor grado de generalización reservaba el espacio de la unidad décimo cuarta a: “*Los grandes inventos y los descubrimientos geográficos. ¿En qué consistieron y cuáles fueron sus resultados económicos y políticos? Trata de negros y sus consecuencias. Cambios producidos*” a la par de la unidad décimo octava que estudiaba los temas de “*América. Primeros pobladores. Civilizaciones americanas. Descubrimiento. Conquista y colonización. Las colonias europeas en el siglo XIX. La civilización europea en Oriente*”.

Como ya se ha dicho, el profesor que tomó la dirección de la cátedra de Historia del Derecho fue el doctor Tomás Miguel Argañáraz.

En su período como catedrático diseñó cuatro programas: los correspondientes a los años 1907, 1910, 1915 y 1918. Los mismos respectivamente estudiaban: en la unidad quinta, el “*Descubrimiento y conquista de América. Estado social y político del país conquistador. Contrato de Colón con los Reyes Católicos. Desarrollo histórico y jurídico. Descubrimiento y conquista del Río de la Plata. Fundación y colonización de Buenos Aires y el Paraguay. Las corrientes colonizadoras del Norte. Fundación de ciudades. Sistema de explotación en la campaña. El comercio colonial*; la unidad sexta, comprendía el estudio de la *Organización colonial. Cabildos. Gobernadores. Audiencia Reales. Consejo de Indias. Cabildo de Buenos Aires. Oficios concejiles. Regidores. Jueces asesores. “Cabildos abiertos”*; la unidad séptima, abarcaba: “*Familia*” *americana colonial. Ejercicio de los poderes públicos en la colonia. Corregimientos de indios. Escasa influencia de la metrópoli en la vida americana. Caracteres propios e ídoles de la nueva ciudad americana colonial*; La unidad octava, incorporó el proceso de elaboración de las *Leyes de Indias. Principios religiosos y políticos que la formas. Condición política del territorio americano con relación al español. Cabildos. Gobernadores. Influencia social y jurídica. Corregidores. Juicio de residencia, y la unidad novena analizaba la siguiente temática: Virreynato. El Virreynato del Río de la Plata. Su acción social y política. Audiencias reales. Su jurisdicción. Jueces. Pesquisidores. Sus funciones. El Consejo de Indias.*”

Roberto Ahumada en 1923, en la delimitación de su programa de cátedra incorporó el estudio del gran tema de los *Juristas del Derecho Indiano*. Incluyó, asimismo: *Partición de las Indias. Donación Papal. Tratos con los portugueses: primeros pleitos coloniales. Tratado de Tordesillas. El régimen de las capitulaciones. Los adelantados. Descubrimientos y población de las márgenes del Plata*. Incorporó, además, por primera vez la temática *Condición jurí-*

dica de los indios hasta la promulgación de las “Leyes Nuevas”. Régimen de las encomiendas. Los alcances de la conquista espiritual, sus formalidades. En la unidad decimo novena analiza el proceso legislativo que culminó con la Recopilación de 1680. Ensayos y antecedentes. Principios fundamentales que la informan en el orden político-religioso y económico. Juicio crítico. Las unidades vigésimo, vigésimo primera y vigésimo segunda comprendían el estudio de: Instituciones del gobierno indiano. Concepto colonial de la sociedad política y de sus fines. Los Cabildos indianos. Los Cabildos abiertos. Sistema rentista de los indios: Administración de lo Real. Hacienda. Impuestos. El comercio colonial. La casa de contratación. El Consulado.

El doctor Donato Latella Frías en 1930, 1937, 1958 y 1962, modificó el programa de la materia y se redistribuyeron los contenidos, ampliando notablemente los anteriormente fijados. La novedad que importó los tres programas presentados por Latella Frías, al Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, fue que, por primera vez, incorporó al estudio de grado *la proyección e influencia del Derecho Indiano sobre el Derecho Patrio.*

En 1953 en pleno desarrollo del segundo gobierno de Perón, el catedrático Horacio Seghesso renovó totalmente la orientación de la asignatura, ciñéndola al campo más específico de la Historia Constitucional.

En lo relativo a los estudios del Derecho Indiano el programa de Historia Constitucional comprendía el estudio solo en las unidades tercera, cuarta y quinta, que trataban sobre los siguientes temas: *Derecho Indiano. La Sociedad Indiana. Bases jurídicas de la colonización española en América. El Derecho castellano, las primitivas costumbres jurídicas de los indios aborígenes y el derecho propiamente indiano. Carácter de las expediciones descubridoras. Las instituciones sociales. El problema social del indígena. El concepto europeo del indio. Las Capitulaciones o Asientos con la Corona. Las instrucciones. La lucha por la justicia en la conquista de América. Gobierno y Administración. Los Adelantados. Gobernadores. Audiencias. Virreyes. Régimen municipal. Los órganos de gobierno radicados en la Metrópoli. Las grandes reformas políticas y administrativas del siglo XVIII.*

El doctor Roberto Ignacio Peña compartió su primer diseño de programa en 1967 con el doctor Alfredo Velázquez Martínez. El mismo abarcaba un amplio desarrollo sobre: *El Derecho Indiano. Descubrimiento de las Indias. Bases del Estado Indiano. Gobierno y Administración. La estructura social. El sistema económico-rentístico. El sistema jurídico indiano.*

Años más tarde y esta vez solo, el doctor Peña perfiló para su cátedra universitaria, los programas correspondientes a los años 1983 y 1985. Los

mismos conferían al estudio del Derecho Indiano una importancia cada vez mayor en sus desarrollos.

El planteo de 1983 comprendía el estudio de: *La organización territorial de las Indias. La organización eclesiástica de las Indias. El Estado Indiano y la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias (1680). Los juristas indios: Polo de Ondegardo, Juan de Matienzo, Juan de Solórzano Pereira, Antonio de León Pinelo y Victorián Villava (Breve biografía y referencias a sus obras). Antecedentes de la Recopilación de 1680. Las magistraturas indianas. La organización política argentina en el periodo hispánico hasta 1810. Elementos formativos del derecho castellano-indiano.*

En tanto la planificación disciplinar correspondiente al año 1985 alcanzaba los temas de: *Fundamentos jurídico-políticos de la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla y de León. Formación del Derecho Indiano: Fuentes, formulación jurídica, características. Las Magistraturas indianas. La organización política argentina en el período hispánico hasta 1810. El Virreinato del Río de la Plata (1776-1810). La administración de justicia indiana. El Derecho Privado castellano indiano. La Real Hacienda. El sistema rentístico. Las reformas del siglo XVIII. La moneda. La propiedad de las tierras y de las minas. El Consulado de Buenos Aires y el derecho mercantil. Universidad de Córdoba: etapas. Creación de la cátedra de Instituta en la Universidad de Córdoba. El pensamiento jurídico escolástico y el Derecho Natural Racionalista. Francisco Suárez. Arnoldo Vinnio y las "Recitaciones" de Juan Heinecio.*

5. Elencos bibliográficos. Textos más utilizados para el estudio del Derecho Indiano

Los textos utilizados desde los inicios del dictado de la disciplina cuyo conocimiento se exigía a los estudiantes en las aulas de Córdoba fueron: los clásicos textos¹⁰ de Altamira y Crevea, la obra de Sempere y Guarinos: *Historia del Derecho Español continuado hasta nuestros días por Don Teodoro Moreno*, el texto de Eduardo de Hinojosa: *Historia del Derecho Español*, la consulta de la *Política Indiana* de Juan de Solórzano Pereira, la *Historia de*

¹⁰ Se ha citado reproduciendo exactamente el registro de los programas existentes en el Archivo Histórico y en la Oficialía Mayor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

las Indias de Bartolomé de las Casas, las *Instituciones Jurídicas en la Conquista de América* de Silvio Zabala, la obra de Modesto Lafuente y Zamalloa *Historia General de España desde los tiempos primitivos hasta la muerte de Fernando VII Continuada desde dicha época hasta nuestros días por don Juan Valera con la colaboración de don Juan Bonego y don Antonio Pirala*. Los *Comentarios Reales* del Inca Garcilaso de la Vega, la obra de Juan Agustín García *La Ciudad Indiana*, Alcalá Zamora: “*Las Leyes de Indias*” Carlos Octavio Bunge: *Historia del Derecho Argentino*, Enrique Ruiz Guiñazú: *La Magistratura Indiana*, José María Ots Capdequí *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente Indiano*, etc.

Más tarde, y desde 1967, el doctor Peña incorporó nuevos textos. A partir de 1988, las Cátedras universitarias “B” y más tarde la Cátedra “C” a cargo del suscripto, mantuvieron y ampliaron los elencos bibliográficos de consulta. Entre ellos las clásicas obras: Alamiro de Ávila Martel: *Curso de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, 1955. Alfonso García Gallo: *Manual de historia del Derecho español, (en sus diferentes ediciones)*. José María Ots Capdequí: *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*. Buenos Aires, 1943. Ricardo Zorraquín Becú: *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1966. Ricardo Levene: *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Ed. G. Kraft, 1962. Ricardo Levene: *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, Ed. Abeledo Perrot, 1924. Abelardo Levaggi: *Manual de Historia del Derecho Argentino*, 3 vols. Buenos Aires, (hay varias ediciones). Eduardo Martiré-Víctor Tau Anzoátegui: “*Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*” (hay varias ediciones). Ricardo Zorraquín Becú: *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, (hay varias ediciones). Ricardo Zorraquín Becú: *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, (hay varias ediciones). Javier Barrientos Grandon: *Curso de historia del derecho*, Santiago de Chile, Editorial Lexis-Nexis Chile, 2003. Antonio Dougnac Rodríguez: *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México (hay varias ediciones).

Como textos de literatura de especialización para las actividades de docencia e investigación desarrolladas en la Cátedra, en relación con los temas de Derecho Indiano incluidos en su planificación curricular, se indicaron los siguientes estudios¹¹:

¹¹ Presentamos los elencos bibliográficos, ordenados por orden alfabético de sus respectivos autores, que corresponden a las actividades de investigación y docencia debidamente presen-

Alejandro Agüero: *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba de Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2008. Ídem: “*Sobre el uso del tormento en la justicia criminal indiana de los siglos XVII y XVIII (con especial referencia a la jurisdicción de Córdoba del Tucumán)*”, en CH. 10, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Córdoba, Argentina, 2000. Ídem: “*Tormentos domésticos y otros excesos en el Setecientos colonial*”, en Anuario n. V (1999-2000), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2000.

Javier Barrientos Grandon: *El Gobierno de las Indias*, Madrid, 2004. Ídem: *Historia del Derecho Indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación. I. Ius commune - ius proprium en las Indias occidentales*, Il Cigno Galileo Galilei, Edizioni di Arte e Scienza, Collana I Libri di Erice, 26, Roma, 2000. Ídem: J. Barrientos Grandon, “*La literatura jurídica indiana y el ius commune*”, J. Alvarado (Ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del antiguo régimen*, Madrid, 2000.

Bernardino Bravo Lira: *Formación del Derecho Occidental*, Santiago de Chile, 1970. Ídem: *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago 1986. Ídem: *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago 1989. Ídem: *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991*, México 1992. Ídem: *El absolutismo ilustrado en Hispanoamérica. Chile 1760 - 1860 de Carlos III a Portales y Montt*, Santiago 1994.

Antonio Dougnac Rodríguez: “*Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*” en BACHH 199, y en REHJ XIII (Valparaíso, 1989-1990). Ídem: “*Anotaciones a las Leyes de Indias de Manuel José de Ayala, manuscrito hallado en el Archivo Nacional de Chile. Estudio, transcripción e índices*” en RChHD 14, Santiago, 1988). Ídem: *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*” en BACHH 199, y en REHJ XIII. Valparaíso, 1989-1990. Ídem: *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México, Instituto de Estudios Jurídicos, UNAM, 1994. Ídem: *Esquema del derecho de familia indiano, con prólogo de Alejandro Guzmán Brito*, Santiago de Chile, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2003.

Alfonso García Gallo: *Los orígenes de la Administración territorial de las Indias. El gobierno de Colón*, en AHDE 15 1944. Ídem: *La Constitución*

tadas en sus planificaciones anuales por la Cátedra “C” de Historia del Derecho y aprobados por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

política de las Indias españolas, en Ministerio de Asuntos Exteriores, Escuela Diplomática “Conferencias del Curso 1945-1946”, Madrid 1946. Ídem: *La unión política de los Reyes Católicos y la incorporación de las Indias*, en Revista de Estudios Políticos 30, 1950. Ídem: *El derecho indiano y la independencia de América*, en Revista de Estudios Políticos 50, 1951. Ídem: *La “Nueva Recopilación de las Leyes de Indias” de Solórzano Pereira*, en AHDE 21-22, 1951-1952. Ídem: *El derecho común ante el Nuevo Mundo*, en Revista de Estudios Políticos 80, 1955. Ídem: *Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias*, en AHDE 27-28, 1957-1958. Ídem: *Cuestiones y problemas de la Historia de la Administración española*, en “Actas del I Symposium de Historia de la Administración”, Alcalá de Henares, 1970. Ídem: *Los principios rectores de la organización territorial de las Indias*, en AHDE 40 (1970); Ídem: *Metodología de la Historia del Derecho Indiano*, prólogo de Alamiro de Ávila Martel (Santiago de Chile 1970). Ídem: *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid 1972. Ídem: *La Universidad de Salamanca en la formación del Derecho indiano*, en “III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Madrid 17-23 de enero de 1972. Actas y Estudios”, Madrid 1973. Ídem: *La evolución de la organización territorial de las Indias desde 1492 a 1824*, en “Actas del V Congreso del Instituto Internacional de Historia del derecho Indiano”, AHJE 5, Quito 1980. Ídem: *Leyes, recopilaciones y códigos en Recopilación de leyes de los reinos de las Indias*, México, 1987. Ídem: *Domínguez de Soto y el Derecho Indiano*, en IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del derecho indiano, Actas y estudios I, Madrid 1991. Ídem: *Las Casas y Vitoria ante la conquista de América*, en Libro Homenaje al profesor Ismael Sánchez Bella, Pamplona 1992. Ídem: *La ciencia jurídica en la formación del Derecho Hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII*. AHDE. Madrid, 1974.

Abelardo Levaggi: *Las capellanías en la Argentina. Estudio histórico-jurídico*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Universidad de Buenos Aires, 1992. Ídem: *Paz en la frontera. Historia de los tratados con las comunidades indígenas en la Argentina (Siglos XVI-XIX)*, Buenos Aires, UMSA, 2000. Ídem: *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos 2000. Ídem: *Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII y XIX). Teoría y realidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002. Ídem: *El derecho penal argentino en la historia*, Buenos Aires, (hay varias ediciones). Ídem:

La enfiteusis en la Argentina (siglos XVII-XX). Estudio histórico-jurídico, Buenos Aires, USAL, Facultad de Ciencias Jurídicas. Ídem: “*Esponsales. Su régimen jurídico en Castilla, Indias y el Río de la Plata hasta la codificación*”, RIHDRL, 21, 197. Ídem: “*Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata*”, RIHDRL, 22, 1971. Ídem: “*La pena de muerte en el Derecho argentino precodificado. Un capítulo de la historia de las ideas penales*”, RIHDRL, 23, 1972. Ídem: “*La condición jurídica del esclavo en la época hispánica*”, RHD, 1, 1973. Ídem: “*Las penas de muerte y aflicción en el Derecho indiano rioplatense*” (I y II), RHD, 3 y 4, 1975 y 1976. Ídem: “*Las instituciones de clemencia en el Derecho penal rioplatense*”, RFDM, XXVI: 101-102, 1976, “*La fundamentación de las sentencias en el Derecho indiano*”, RHD, 6, 1978. Ídem: “*El delito de abigeato en los siglos XVII, XVIII y XIX*”, RIHDRL, 24, 1978. Ídem: “*El presidio español de las islas Malvinas*”, IyE, 24, 1978. Ídem: “*Derecho indiano y Derecho romano en el siglo XVIII*”, AHJE, V, 1980. Ídem: “*La primera Audiencia de Buenos Aires (1661-1672)*”, RHD, 10, 1982. Ídem: “*El recurso de apelación en el Derecho indiano*”, RHD, 12, 1984. Ídem: “*Supervivencia del Derecho castellano-indiano en el Río de la Plata (siglo XIX)*”, JL, 22, 1985.

Esteban Federico Llamosas: *La literatura jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII. Bibliotecas corporativas y privadas. Libros ausentes. Libros prohibidos*, Junta Provincial de Historia de Córdoba, Ciencia, Derecho y Sociedad, Lerner Editora, Córdoba, 2008. Ídem: “*Derecho, teología y revolución: los libros finales del deán Funes*”, CH 17, Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas Roberto I. Peña. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008. Ídem: “*Un teólogo al servicio de la Corona: las ideas de Daniel Concina en la Córdoba del siglo XVIII*”, RHD 34, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2007. Ídem: “*Jansenismo, regalismo y otras corrientes en la Universidad de Córdoba*”, CH 16, Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 2007. Ídem: “*Derecho y teología en la Universidad franciscana: Los tratados morales en las Constituciones de San Alberto*”, en Reformas y Planes de Estudio de las Universidades de América y Europa, tomo I, Junta Provincial de Historia de Córdoba, Córdoba, 2006. Ídem: “*Universidad de Córdoba: La enseñanza del derecho en sede teológica durante la regencia franciscana (1767-1807)*”, Anuario IX, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, 2006. Ídem: “*El humanismo jurídico en la Córdoba del*

siglo XVIII. Bibliotecas y Universidad”, CH 14, Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 2004.

José María Mariluz Urquijo: *Ensayo sobre los juicios de residencia indios*, Sevilla, 1952. Ídem: *El régimen de la tierra en el Derecho Indio* Buenos Aires, (hay 2 ediciones). Ídem: *Orígenes de la burocracia rioplatense. La secretaría del Virreinato*. Buenos Aires, 1974. Ídem: *El agente de la Administración Pública en Indias*, Buenos Aires, 1998. Pedro Vicente Cañete. *Syntagma de las resoluciones prácticas cotidianas del Derecho del Real Patronazgo de las Indias*, edición y estudio preliminar de José María Mariluz Urquijo, Buenos Aires, 1973. *El municipio indiano en el siglo XVIII*, Santiago de Chile, Academia Chilena de la Historia, BACH N 114. 2005. Ídem: *Ius commune y nuevo mundo*, Roma, II Cigno Edizioni, 2004, De Estratto da *Panta Rei*, t.3. Ídem: *La Universidad española del siglo XVIII*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1993 CH n. 3. Ídem: *La búsqueda de la justicia: el derecho indiano*. Ciudad del Vaticano, Pontificia Commission pro América Latina, 1992, Separata de Actas del Simposio internacional Historia de la evangelización de América: Trayectoria, identidad y esperanza de un continente. Ídem: *El derecho natural como crítica del derecho vigente en el setecientos rioplatense*, Buenos Aires, 1990, Separata de RHD n. 18. Ídem: *El sistema burocrático en el siglo XVIII*, Madrid, Ed. Rialp, 1989, Separata de Historia general de España y América, t. 11.

Eduardo Martiré: *El Código Carolino de Ordenanzas Reales para las Minas de Potosí y demás Provincias del Río de la Plata de Pedro Vicente Cañete (1794)*, Buenos Aires, t. 1: 1973; t. 2: 1974. Ídem: *Guión sobre el proceso recopilador de las leyes de las Indias*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1978. Reeditado por Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000. Ídem: *Historia del Derecho Minero Argentino* Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1979. Reeditado por Editorial Perrot, Buenos Aires, 1987. Ídem: *Los Regentes de Buenos Aires. La reforma judicial indiana de 1776*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1981. Ídem: *La Constitución de Bayona entre España y América*, Madrid, BOE y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. Ídem: *1808. Ensayo histórico jurídico sobre la clave de la emancipación de América Española*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001 (1ª edición). Ídem: *La idea de justicia y la organización judicial indiana*” LE, N° 37, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1968. Ídem: “*La organización judicial india-*

na”, en *Temas de Derecho Indiano*, Rosario, Instituto Argentino de Cultura Hispánica, 1970. 6. Ídem: “*El marco jurídico del tráfico con las Indias Españolas*”, en Carlos Petit (ed.), *Del ius mercatorum al Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1977. Ídem: “*El recurso ante la Real Audiencia de las decisiones del Virrey*”, en Seminario de Historia de América, Universidad de Valladolid, 1984. Ídem: “*Los derechos personales en Indias (siglos XVI-XVII)*”. En RHDRL N° 26, Buenos Aires, 1980/1981. Ídem: “*La política de Juan de Ovando y su actividad recopiladora*”, en *Historia General de España y América*, T° VII, Madrid, Ed. RIALP, 1982. Ídem: “*La visita de cárcel en Buenos Aires durante el Virreinato*”, en RChHD 13, Santiago de Chile, 1987. Ídem: “*Las Indias en la Constitución de Bayona. Un nuevo Derecho Indiano*”, en *Actas y Estudios del IX° Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1990, ídem: “*América en los planes napoleónicos*”, en *Historia General de España y América*, t. XIII, Ídem: “*La ineluctable pérdida de los dominios españoles de América*” en RHD, n° 23, Buenos Aires, 1995.

Ismael Sánchez Bella: *Dos estudios sobre el Código de Ovando*, Pamplona, EUNSA, Pamplona, 1987. Ídem: *Iglesia y Estado en la América española*, Pamplona, EUNSA, Pamplona, 1990. Ídem: *La organización financiera de las Indias (siglo XVI)*, Escuela Libre de Derecho, México, 1990. Ídem: *Derecho indiano: estudios*, EUNSA, Pamplona, 1991. Ismael Sánchez Bella en colaboración con: Carlos Díaz Rementería y Alberto de la Hera Pérez-Cuesta: *Historia del derecho indiano*, Fundación MAPFRE, 1992.

María Isabel Seoane: *Historia de la dote en el Derecho Argentino*. INHIDE, Buenos Aires, 1982. Ídem: *El rol femenino en el acto de testar: Estudio realizado en base a protocolos notariales bonaerenses pertenecientes a la etapa hispano-indiana*, XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Buenos Aires, 1995, actas y estudios. Vol. 4, 1997. Ídem: *Los poderes para testar en el Buenos Aires del siglo XVIII*, Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 1995. Ídem: *La Guarda de los huérfanos en el siglo XVIII: aspectos de un estudio general de la institución en el actual territorio argentino*. V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: realizado en el Ecuador (Quito-Guayaquil), 1978, Vol. 2, 1980, Tomo II.

Víctor Tau Anzoátegui: “*Esquema histórico del derecho sucesorio; Del medioevo castellano al siglo XIX*”, Buenos Aires, 1971, 2ª edición: 1982. Ídem: “*¿Qué fue el Derecho Indiano?*”, Buenos Aires, 2ª edición: 1982. Ídem: “*La ley en América hispana: del Descubrimiento a la Emancipación*”, Buenos Aires,

1992. Ídem: *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992. Ídem: *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997. Ídem: *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispánica hasta la Emancipación*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001. Ídem: *La ley se obedece pero no se cumple; en torno a la suplicación de las leyes en el Derecho indiano*, Corporación de estudios y publicaciones, 1980. AHJE, Vol. VI. Ídem: Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680, RHD 8 Buenos Aires, 1980. Ídem: *El Jurista en el Nuevo Mundo: pensamiento. Doctrina. Mentalidad*. Global perspectives on legal history - v. 7: Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016.

Ricardo Zorraquín Becú: Además de sus libros ya mencionados, la Cátedra utiliza los *Estudios de Historia del Derecho*, publicados por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1988, en tres magníficos volúmenes que reúnen una significativa y relevante producción monográfica del citado autor sobre la temática indiana.

Como lecturas complementarias se indican: Lewis Hanke: *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Editorial Istmo, 1988. Juan Ginés de Sepúlveda: *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. 2º Edición, Fondo de Cultura Económica, 1987. Vicente Beltrán de Heredia: *Francisco de Vitoria*, Editorial Labor S.A., 1939. Lewis Hanke: *Las teorías políticas de Bartolomé de las Casas*. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1935. Manuel Giménez Fernández: *Nuevas consideraciones sobre la historia sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493, referentes a las Indias*, Sevilla, 1944. Juan Manzano y Manzano: *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, 1948. Ernesto Schaffer: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*. Universidad de Sevilla, 1935. Constantino Bayle S. J.: *Los Cabildos seculares en la América Española*. Ed. Sapientia, 1952. Emilio A. Coni: *Historia de las vaquerías del Río de la Plata, 1555 - 1750*, 2º edición Buenos Aires, 1954. Germán O. E. Tjarks: *El Consulado de Buenos Aires y sus proyecciones en la historia del Río de la Plata, 2 Vols.*, Buenos Aires, 1962. José Torre Revello: *Ensayo biográfico sobre Juan de Solórzano*, Buenos Aires, 1929. Antonio De León Pinelo *El gran canciller de las Indias*. Estudio preliminar, edición y notas de Guillermo Lohamann Villena. Sevilla, 1953. Luis Sánchez Agesta: *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Madrid, 1953. Luis Méndez Calzada: *La función judicial*

en las primeras épocas de la independencia, Ed. Losada, S.A., Buenos Aires, 1944. Cayetano Bruno: *El derecho público de la Iglesia en Indias*. C.S.I.C. - Instituto San Raimundo de Peñafort, 1967. Ricardo Levene: *Vida y escritos de Victorián de Villava*, Ed. Peuser, S.A., 1946. Guillermo Lohmann Villena: *Juan de Matienzo*. AEA T. XXII, Sevilla, 1965. Manuel Giménez Fernández: *Nuevas Consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias*. EEHA, 1944. Vicente Beltrán de Heredia: *Francisco de Vitoria*, Ed. Labor S.A., 1939. Juan Ginés De Sepúlveda: *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, Fondo de Cultura Económica, 1987. Juan Manzano y Manzano: *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Ediciones Cultura Hispánica, 1948. Silvio A. Zavala: *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935. Silvio A. Zavala: *La encomienda Indiana*. (hay varias ediciones). Juan Pérez de Tudela: *El horizonte teológico en el ideario de las Casas*. Instituto de España, Madrid, 1975. Lewis Hanke y Manuel Giménez Fernández: *Bartolomé de las Casas (1474-1566)*. Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, Santiago de Chile, 1954. Guillermo Lohmann Villena: *Juan de Matienzo* AEA. Tomo XXII, Sevilla, 1965. José Torre Revello: “*Ensayo biográfico sobre Juan de Solórzano Pereira*”, RIIH. XLIV, Buenos Aires, 1929. Juan Pérez de Tudela: “*La política Indiana y el político Solórzano*”. RI N° 123-124. Enero-junio, 1971. Juan Manzano Manzano: *Historia de las Recopilaciones de Indias*, Ediciones Cultura Hispánica, 2 Vols., Madrid, 1952. Alberto De La Hera: “*La legislación del siglo XVIII sobre el Patronato Indiano*”, AHDE, Madrid, 1970. Marta Norma Oliveros: “*La construcción jurídica del régimen tutelar del indio*”, RIHDRL N° 18, Buenos Aires, 1967. Daisy Rípodas Ardanaz: *El matrimonio en Indias*, Buenos Aires, 1977.

6. Conclusiones

Es notable como estos primeros catedráticos de Historia del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba dedicaron sus primeros esfuerzos embrionarios de investigación a los temas de Derecho Indiano.

En este sentido Roberto Ahumada escribió un solo aporte a la disciplina: su estudio monográfico dedicado a: “*El Derecho Indiano en el momento de la Revolución*”.

Por su parte Donato Latella Frías escribió los siguientes libros: *Leyes de Indias. Recopilación de 1680. (Un estudio crítico sobre el contenido Político*

y *Económico de la Recopilación de 1680*), Córdoba, 1926. *Doctrina Histórica. Conceptos fundamentales de la Historia. Orígenes jurídicos argentinos*, Córdoba, 1949. *El Cabildo de Córdoba. Precedente democrático (Origen Histórico – Legislación municipal)*, Córdoba, 1981.

Entre sus artículos y producción monográfica sobre la temática indiana merecen ser mencionados: “*La esclavitud en América. Doctrina. Legislación*, Córdoba, 1962. *El derecho positivo en la Historia Jurídica*, Córdoba 1961.- *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Legislación Colonial*. Córdoba, 1963.”

Sobre la temática indiana, Ricardo José Nicasio Smith escribió: *El descubrimiento y la colonización en el Derecho Indiano. Primeras instituciones jurídicas de la penetración española en Indias, (tesis doctoral)*, Córdoba, 1938.- *Régimen legal de la Metrópoli para el hombre americano*, Córdoba, 1937.- *El historicismo dogmático*, Córdoba, 1940. *Un humanista al servicio del imperialismo. Juan Ginés de Sepúlveda 1490-1573*, Córdoba, 1942. *Aportaciones al estudio de la Historia del Derecho en la Argentina*, Córdoba, 1942.- *Sobre los estudios histórico-jurídicos en Argentina. Premisas de un historiador contemporáneo del Derecho*. Córdoba, 1941. *La conciencia histórica argentina y la Historia del Derecho*, Córdoba, 1950. *Líneas históricas y perfiles jurídicos*, Córdoba, 1952.

Roberto I. Peña fue el autor más prolífico en el abordaje de los temas de Derecho Indiano. Miembro fundador del Instituto de Derecho Indiano y organizador de su II Congreso Internacional, que resultó clave para la eficiente continuidad del Instituto, dedicó su vida a la investigación y a la enseñanza de la Historia del Derecho, donde el estudio del Derecho Indiano guardó un definido y manifiesto rol.

Entre su fecunda producción histórico - jurídica¹² se destacan: “*El pensamiento político del Deán Funes (tesis doctoral)*, Córdoba, 1958.- *El doctor Manuel Antonio de Castro y el Colegio Universitario del Monserrat.- La aplicación del derecho castellano-indiano por los Tribunales judiciales de Córdoba (1810-1820)*, 1967.- *Notas para un estudio del Derecho Canónico Matrimonial Indiano*, 1971.- *Breve noticia sobre archivos cordobeses con fondos documentales para una investigación de la Historia del Derecho Argentino*, 1967.- *La aplicación de la Legislación Española en un alegato penal*

¹² A fin de no alargar excesivamente el texto, solo se ha consignado el año de publicación. Indicamos que la data bibliográfica de los títulos citados se encuentra en el trabajo del que da cuenta la nota siguiente.

de Dalmacio Vélez Sársfield (1835), 1963.- Noticias sobre la enseñanza de la Filosofía en la Universidad Jesuítica de Córdoba, 1614-1767, 1949.- Vitoria y Sepúlveda, y el problema del indio en la antigua Gobernación del Tucumán, 1952.- Conclusiones jurídicas defendidas en la Universidad de Córdoba a fines del siglo XVIII, 1952.- La independencia del Virreynato del Río de la Plata, 1953; Cartas de Concierto en el derecho castellano-indiano a fines del siglo XVI, 1980.- Juan Bautista Bustos y el federalismo doctrinario de Córdoba, 1980.- El derecho penal castellano-indiano: un caso jurisprudencial, 1981.- La Facultad de Jurisprudencia en Córdoba (1791-1807), 1985.- Los dictámenes jurídicos en los juicios penales: su influencia en las sentencias 1750-1810, 1983.- La nulidad del matrimonio en el Derecho Indiano: un caso jurisprudencial, 1985.- Los sistemas jurídicos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba (1614-1807), 1986.- Fuentes del Derecho Canónico indiano: Los autores Anacleto Reiffenstuel y el Jus Canonicum Universum, 1988.- Aporte documental para el estudio de la Fundación de la Villa de Concepción del Río Cuarto (Intendencia de Córdoba del Tucumán), 1982.- El deán doctor Gregorio Funes: Teólogo de Córdoba y Jurista de Alcalá de Henares (1740-1829), 1991¹³.

Alfredo N. Velázquez Martínez fue un profesor universitario, contemporáneo del doctor Peña, que solamente abordó el estudio de temas puntuales como los atinentes a: *Los cabildos coloniales (en la Independencia y en la Organización Nacional)*, Córdoba, 1956 y su *Curso de Historia del Derecho Argentino*, Córdoba, 1978.

Ramón Pedro Yanzi Ferreira y Marcela Aspell escribieron por su parte: *“La Biblioteca Jesuítica de la Universidad de Córdoba”*, Córdoba, República Argentina, 2000. *“Breve Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. 1791-1991”*. (Con apéndice Documental), Editorial Advocatus, Córdoba, 1993. *“El Derecho Indiano”*. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1992. Edición del Banco Social de Córdoba. *“Los estudios de historia del derecho en la Universidad Nacional de Córdoba”*, Rectorado de la Universidad Nacional de Córdoba, Editorial El Copista, Córdoba, 1994. 288

¹³ En relación a los trabajos del doctor Roberto I. Peña, sobre aspectos del Derecho Indiano, véase: MARCELA ASPELL DE YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA: “Roberto Ignacio Peña. Recuerdos de nuestro Maestro”. Publicado en CUADERNO DE HISTORIA. INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y DE LAS IDEAS POLÍTICAS DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. Tomo X. Córdoba, 2000, pp. 13-32.

páginas. “*Las Indias: Sociedad y Derecho. Siglo XVIII*” Editorial Atenea. Córdoba, 1995. “*Antología de Fuentes para el Estudio de la Historia del Derecho Argentino*”, Editorial Atenea, Córdoba, 1995 y las 21 ediciones entre los años 1997 a 2016 de *La Enseñanza del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Editorial Ciencia Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

La defensa del cultivo de la disciplina en las aulas universitarias ha sido abordada por dichos autores en “*Autoevaluación de la Carrera de Abogacía*” Serie: Estudios y Documentos Institucionales, Editorial Ciencia Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, 1999 y en el texto “*Plan de Estudios de la Carrera de Abogacía*”. Año 2000. Serie Estudios y Documentos Institucionales, Editorial Ciencia Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1999. Ambos autores han coordinado, asimismo, conjuntamente con Esteban Federico Llamosas, la publicación de: “*Nuevos Horizontes en la Enseñanza y en la Investigación de la Historia del Derecho Argentino*”, Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza 2013. s y “*Perspectivas y Desafíos de la Historia del Derecho Argentino*”, Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, Editorial Advocatus, Córdoba. 2010-169-9. Colecciones ambas que contienen buena parte de las investigaciones locales realizadas sobre la temática del Derecho Indiano.

Por su parte, Yanzi Ferreira publicó, además, entre otros: “*La asesoría letrada en la jurisprudencia penal cordobesa del siglo XVIII*”. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Revista de la Facultad. Número I, Volumen I, año 1993. Córdoba, 1993; “*La patria potestad en el derecho castellano-indiano. Un estudio a través de la jurisprudencia de Córdoba del Tucumán (1776-1810)*”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Cuadernos de Historia 4, Córdoba, 1994; “*La regulación del delito de homicidio en las postrimerías. El caso de Córdoba del Tucumán*”, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Revista de la Facultad N° 2, volumen 5, Córdoba, 1997; “*Los delitos contra el honor en el derecho penal castellano indiano. La injuria en la jurisprudencia penal cordobesa de las postrimerías del régimen jurídico colonial. 1776-1810*”. Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del

Derecho Indiano, Buenos Aires, Argentina, 1997. “*Los delitos contra las personas en el derecho penal castellano indiano*”. Libro Homenaje al Profesor Carlos Díaz Rementería, Madrid, España, 1997; “*La enseñanza del derecho en las Universidades Hispano Indianas. La Universitas Cordubensis Tucumanae*”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000. “*La aplicación del derecho penal castellano indiano en la jurisprudencia penal de Córdoba del Tucumán en las postrimerías del siglo XVIII*”, Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, San Juan de Puerto Rico, 2000. “*La enseñanza de Instituta en la Universidad de Córdoba*”, Actas del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España 2002. “*Los delitos de robo y hurto en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII*”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003. “*La cultura jurídica en los tiempos virreinales*”, Revista de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía, Chile, 2004. “*Los delitos de orden sexual: violencia, incesto y estupro en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII*”, Cuadernos de historia 15. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2005. “*Los delitos contra la honestidad cometidos en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII*”, Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Córdoba, España. 2005. “*Los delitos contra la propiedad en el Último cuarto del Siglo XVIII*”. “*El caso de Córdoba del Tucumán*”, Actas del Congreso del Instituto de Historia Internacional del Derecho Indiano, Lima, Perú, 2007. “*La actuación del Asesor Letrado en Córdoba del Tucumán. Un estudio de la jurisprudencia penal del Siglo XVIII*”, Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año académico 2007, Córdoba, 2008.

“*Impacto y decisión de la asesoría letrada en la construcción de la cultura jurídica de la justicia lega de Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII*”, Actas de las XII Jornadas Interescuelas Departamentos de Historia. En Catamarca, 2011; “*Los trayectos de un jurista. Victorino Rodríguez. De la magistratura y el ejercicio profesional en la cátedra de Instituta. Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII*”, Actas del XVIII Congreso del Instituto Internacional del Derecho Indiano, Córdoba, Argentina, 2016.

El tema de Derecho Indiano se encontró presente asimismo en todas las lecciones de estos primeros catedráticos de Historia del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba, sus colaboraciones personales juntos a la de

miembros de sus Cátedras y discípulos en los incipientes *Manuales de Cátedra* (impresos en forma económica y accesible por la Universidad para uso de los estudiantes) que aún albergan los viejos estantes de la Biblioteca de la Facultad de Derecho abarcan gran parte de su contenido. Los ejercicios de prácticas para alumnos diagramados por esos años tempranos, insistieron una y otra vez en temas tales como: la organización política de las Indias y la historia del proceso de recopilación de las Leyes de Indias que el alumno debía repasar para aprobar la materia.

Es decir que podemos afirmar que la enseñanza de la disciplina *Historia del Derecho Indiano* en las aulas de la *Universitas Cordubensis Tucumanae* lleva al presente más de 120 años de docencia continua e ininterrumpida¹⁴.

¹⁴ Del índice de las tesis presentadas a la Universidad de Córdoba, para obtener el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, referidas a la temática del Derecho Indiano, y cuyos ejemplares aún se conservan en los repositorios de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y de la Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional de Córdoba podemos mencionar, entre otras: FUNES, SILVANO E. *Inmigración y Colonización*. Año: 1902. SOAJE, JOSÉ. *Inmigración y Colonización*. Año: 1903; HERNÁNDEZ HERRERA, MISAEL *Inmigración y Colonización*. Año: 1903; COLAZO DE LA TORRE, ANICETO. *Colonización*. Año: 1906; SEGHESSO, HORACIO. *Elementos del derecho privado indiano*. Año: 1947; LLAMOSAS, ESTEBAN. *Cultura jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII; estudio de las bibliotecas corporativas y particulares*. Año: 2003; VASALLO, JAQUELINE. *La mujer frente al derecho penal indiano, Córdoba del Tucumán 1776 – 1810*. Año: 2004. Cabe aclarar que la tesis del profesor doctor Ricardo Smith (1909-1976) titulada *el Descubrimiento y la colonización del Derecho Indiano. Primeras instituciones jurídicas de la penetración española en Indias*; no obra su ejemplar y desconocemos que se haya publicado.

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 and 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	695
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>	
EZEQUIEL ABÁSULO	1277
<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>	
ROBERTO CERÓN REYES	1289
<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>	
JUAN CARLOS CORTÉS MÁXIMO	1313
<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>	
MARÍA ANGÉLICA CORVA	1331
<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>	
JAIME DEL ARENAL FENOCHIO	1361
<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>	
MARIANA ARMOND DIAS PAES	1379
<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>	
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>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, *Orígenes 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>













