

Capítulo 7

FUENTES DEL DERECHO

I. Introducción	227
II. La ley	229
1. La ley metropolitana	229
A. La ley castellana	229
B. La ley indiana metropolitana	230
a) Cartas reales	231
b) Reales provisiones	232
c) Reales cédulas	234
d) Autos acordados del Consejo de Indias	236
e) Cartas acordadas del Consejo de Indias, de la Cámara y de la Junta de Guerra de Indias	237
f) Autos acordados de la Casa de Contratación	237
g) Capitulaciones	237
h) Reales órdenes	238
i) Reales decretos	239
C. Proceso recopilador de la legislación indiana	239
a) Concepto de recopilación	239
b) Primeros atisbos de recopilación: Mendoza, Maldonado y Puga	241
c) Copulata de Velasco y proyecto de Código ovandino	243
d) Proyectos de recopilación en Indias: Toledo en Perú; Zorita en México	244
e) Cedulario de Encinas	246
f) Sumarios de Aguiar y génesis de la <i>Recopilación de Leyes de Indias</i>	247
g) Contenido de la <i>Recopilación de Leyes de Indias</i>	250
h) Juicio crítico sobre la <i>Recopilación</i> de 1680	251
i) Glosas, comentarios y adiciones a la <i>Recopilación</i>	252
j) El proyecto de Nuevo Código de Indias	254
2. Legislación criolla	255
A. Legislación secular	255
a) Reales provisiones de los virreyes	255
b) Bandos de virreyes y gobernadores	256

c) Ordenanzas de virreyes y gobernadores .	257
d) Autos o decretos de virreyes y gobernadores	257
e) Reales provisiones de las Audiencias . .	258
f) Autos acordados de las Audiencias . . .	258
g) Ordenanzas de los cabildos	258
B. Legislación eclesiástica	259
III. Costumbre	259
1. Costumbre criolla	259
2. Costumbre indígena	260
IV. La jurisprudencia de los tribunales	262
V. Jurisprudencia doctrinaria o literatura jurídica . .	263

CAPÍTULO 7

FUENTES DEL DERECHO INDIANO

I. INTRODUCCIÓN

Las fuentes del derecho indiano son las mismas que encontramos en toda disciplina jurídica: ley, costumbre, jurisprudencia de los tribunales y jurisprudencia doctrinaria, si bien presentan algunas variaciones peculiares, como se verá.

En cuanto a ley, su concepto es amplio: todo mandato escrito de carácter más o menos general emanado de una autoridad. En tan amplio concepto caben tanto la legislación emanada de las autoridades radicadas en España y dirigida a las Indias —legislación metropolitana— como la creada en el Nuevo Mundo, a la que últimamente, y mediante una convención, se la llama legislación criolla, y que en la época recibía el nombre de leyes municipales. Esta expresión no guardaba necesaria relación con los municipios, sino que pretendía diferenciar la legislación general castellana de la particular de las Indias.

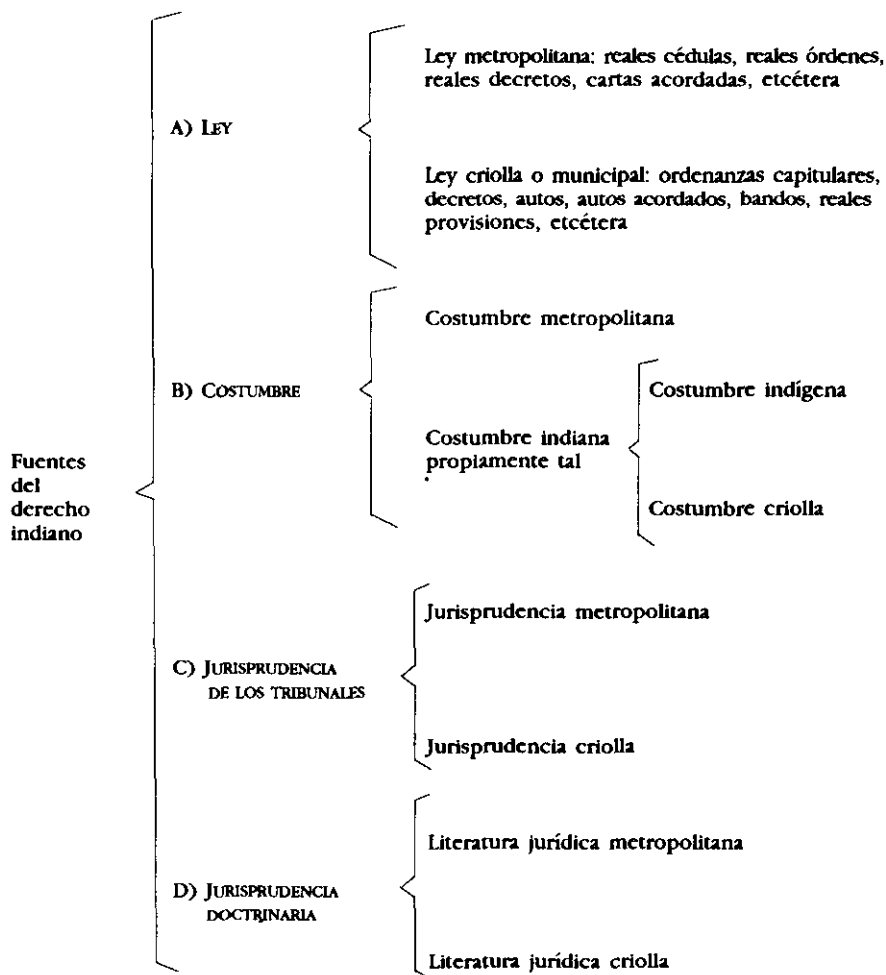
En lo relativo a la costumbre, o sea el derecho creado por la repetición de ciertos actos con la concepción de que ello corresponde a un deber jurídico, nos encontramos también con una costumbre metropolitana: actos y costumbres producidos en España respecto de las Indias —por ejemplo, costumbres sevillanas sobre el comercio indiano— y costumbre propiamente indiana: la creada en Indias, que, por las características de quienes la creaban, indios o hispano-criollos, se la denomina costumbre indígena y costumbre criolla.

En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales, se puede hacer igual distinción: una jurisprudencia de los tribunales radicados en España como el Consejo de Indias o la Casa de Contratación, jurisprudencia metropolitana, y otra, emanada de los múltiples tribunales radicados en Indias: Real Audiencia, guber-

nadores, corregidores, alcaldes ordinarios, Real Tribunal de Minería, etcétera, jurisprudencia criolla.

Y, por último, en lo tocante a la jurisprudencia doctrinaria o literatura jurídica, hay igualmente unos autores que, aunque radicados en la península escriben sobre temas indianos y otros que, habitando América escriben sobre derecho indiano. Hay, pues, literatura jurídica indiana metropolitana y literatura jurídica indiana criolla.

Un resumen esquemático nos da, entonces, lo siguiente:



II. LA LEY

1. *La ley metropolitana*

A. *La ley castellana*

Partidas 1, 1, 1 y 1, 1, 4 dan las bases para una definición de ley cuando dicen que ley es “establecimiento porque los hombres sepan vivir bien y ordenadamente según el placer de Dios y otrosí según conviene a la buena vida de este mundo” y “ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento y trabajo escrito que liga y apremia la vida del hombre para que no haga mal y muestra y enseña el bien que el hombre debe hacer y usar”. De acuerdo a ello, entonces podría considerarse ley a un mandato escrito vinculante, basado en el derecho natural y conforme a él por medio del cual se ordena la vida del hombre tanto para el bien terreno como eterno. En un primer momento se aplicaron en Indias las disposiciones legales castellanas en virtud del principio de derecho común según el cual en las tierras ganadas se aplicaba el derecho del conquistador o descubridor. De la misma manera como los órganos que regían al comienzo España e Indias eran los mismos, el derecho debía también ser igual para unos y otros territorios. Dice Solórzano al efecto que este principio: “tiene su origen y fundamento de la vulgar doctrina que nos enseña que los reinos y provincias que se adquieren de nuevo, pero uniéndose e incorporándose accesoriamente a otras antiguas, se han de gobernar, regir y juzgar por unas mismas leyes” (*Política*, lib. 5, cap. 16, núm. 12). Por tal razón pudo producirse el fenómeno de que algunos órganos castellanos, como las Cortes, intervinieran en ciertos aspectos de las Indias: de ahí que haya algunos ordenamientos castellanos (a que se da propiamente el nombre de leyes en España) que guardan relación con las nuevas tierras. Sin embargo, fue extraordinariamente rara esa producción legislativa, que corresponde a los primeros años que siguieron al descubrimiento: por ejemplo, en unas Cortes celebradas en Valladolid en 1523 se trató sobre los inconvenientes que se seguían de hacer la Corona mercedes de indios y sobre que los extranjeros no comerciaran en Indias, a lo que el rey accedió mediante norma que pasó a *Rec. Cast.* 5, 10, 2. Tampoco es abundante para Indias otro tipo de legislación castellana: el de

las pragmáticas, emanadas del monarca sin intervención de las Cortes, pero con tanta fuerza obligatoria como aquéllas. A ellas corresponden las célebres Leyes Nuevas de 1542 y 1543.

Muy pronto se empezó a ver cómo estos nuevos lugares tenían características tan diferentes de las castellanas —indios, clima diverso, particulares situaciones para los primeros habitantes españoles—, que se fue constituyendo, en forma absolutamente normal y, casi automática —por la fuerza de las circunstancias— una legislación indiana propiamente tal o leyes municipales, que se pretendía que, dentro de lo posible, se asemejara a la castellana. La legislación castellana quedó, entonces, relegada a la calidad de legislación supletoria, o sea, sólo a falta de una legislación indiana propiamente tal —especial o municipal— se aplicaba aquélla, siguiéndose el orden de prelación de las Leyes de Toro como aparece en las ordenanzas de Audiencias de 1530 y en *Rec. Ind.* 2, 1, 2. No había en un comienzo necesidad de declarar que la legislación castellana se debía aplicar en Indias, pues tenía plena vigencia como disposiciones de la misma Corona. Hubo un caso excepcional, en 1564, en que se exigió autorización del Consejo de Indias para aplicar unas cédulas castellanas que autorizaban uso de armas en Perú. Pero desde 1614 cesó la automaticidad en la aplicación en Indias de la ley castellana y se exigió que el Consejo de Indias autorizara su uso para América: *Rec. Ind.* 2, 1, 39 y 40.

B. La ley indiana metropolitana

La mayor parte de la legislación para las Indias no está constituida ni por las pragmáticas ni por los ordenamientos o leyes propiamente tales sino por mandatos de gobernación, normalmente de interés particular —aunque los hay también de carácter general—, dirigidos a las autoridades a quienes interese. Corresponderían a lo que hoy llamamos decretos administrativos. En la terminología de la época se decía que tal disposición hablaba con tal autoridad: Real Audiencia, virrey, gobernador. Fue corriente que cuando se estimaba que una norma debía ser cumplida por varias autoridades de un mismo reino se enviaran tantas copias cuantas autoridades, hablando con cada una de ellas. En principio estas disposiciones sólo vinculaban a aquel a quien estaban dirigidas. En la práctica, sin embargo, podría decirse que esas disposiciones constituían una especie de juris-

prudencia, en el sentido de que señalaban un modo de actuar, una pauta reiterada a qué atenerse para resolver situaciones análogas. Refiriéndose a ello dice Solórzano que

la común práctica tiene recibido, y es derecho, de que usamos constantemente, que así como estas cédulas y rescriptos se extienden de unas personas a otras, según se ha dicho, y a otros casos en que se halle la misma razón, se extiendan también de unos lugares y provincias a otros u otras a quien cuadraren, si lo que por ellas se manda y ordena es general y puede correr, y corre igualmente en todas el fin e intento a que se encaminan (*Política*, lib. 5, cap. 16, núm. 14).

Hallamos, en cuanto al fondo —y extremando porque hay normas intermedias entre los dos polos que se señalan—, dos tipos de mandatos de gobernación: *a)* ordenanzas, que son reglamentaciones generales de una materia determinada (que son relativamente escasas) como por ejemplo Ordenanzas de Reales Audiencias de 1563, Ordenanzas sobre nuevos descubrimientos y poblaciones de 1573, etcétera, y *b)* instrucciones, advertencias particulares a una autoridad determinada sobre cómo desempeñar sus funciones. De particular interés, aunque no únicas, son las instrucciones que recibían los caudillos cuando emprendían una expedición de descubrimiento, conquista, poblamiento o rescate, a las que nos referimos en detalle en otra parte de este trabajo.

En cuanto a la forma, la manera de plasmar la Corona sus mandatos de gobernación tuvo algunas variedades: cartas reales, reales provisiones, reales cédulas, autos acordados del Consejo de Indias, autos acordados de la Casa de Contratación, capitulaciones, reales órdenes y reales decretos. Nos referiremos a cada una de ellas.

a) Cartas reales

Eran misivas del rey a determinadas autoridades o a particulares residentes en América en que contestaba diversas preguntas que se le habían formulado, daba su parecer sobre la actuación en determinada forma o recriminaba por actitudes que no le parecían bien. A los diversos párrafos de esas cartas se los llamaba capítulos de carta y eran frecuentemente citados —y copiados textualmente— para solucionar casos análogos.

Cuando estas cartas eran de interés general, se las daba a conocer públicamente. A este tipo de forma legislativa corresponden las célebres Leyes de Burgos de 1512 y 1513, las ordenanzas de la Casa de Contratación de 1552, las del Consejo de Indias de 1571, etcétera.

b) Reales provisiones

Es un tipo de documento legislativo solemne emanado del rey y el Consejo de Indias, que, diplomáticamente, o sea, en cuanto a su forma, sigue algunas tradiciones castellanas que ya habían aparecido en el siglo XIV. Se lo utilizaba para realzar la índole de la disposición: por ejemplo cuando se hacía un nombramiento importante o cuando la materia era de trascendencia como ocurrió al disponerse la *Recopilación de Leyes de Indias*.

En estos documentos se distinguen varias partes:

1. *Intitulación* o dictado (algunos lo llaman subscripción) en que se indica el nombre del rey y todos sus títulos. Se iniciaban con el nombre del soberano, el cual se hacía preceder del tratamiento de “don” o “doña”, su cargo —rey, reina, emperador— y una enumeración de los dominios más significativos sobre los que histórica o jurídicamente ejercía su poder efectivo u honorífico. Por ejemplo,

Don Carlos por la gracia de Dios rey de Castilla, de León, de Aragón, de las dos Sicilias, de Jerusalén, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galicia, de Mallorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Jaén, de los Algarves, de Algecira, de Gibraltar, de las Islas de Canaria, de las Indias, Islas y Tierra firme del Mar Océano; Archiduque de Austria, Duque de Borgoña, de Bravante y Milán; Conde de Absburg, de Flandes, de Tirol y de Barcelona; Señor de Vizcaya y de Molina, etcétera.

lo que está específicamente determinado en *Rec. Ind.* 2, 1, 8;

Dirección, o sea, señalamiento del particular o autoridad a quien está destinada la disposición: por ejemplo, “a nuestra Audiencia Real que reside en el reino de Chile”. Solía terminar con una salutación: “salud y gracia” o “salud”. Van dirigidas a una autoridad cuando han sido expedidas “de oficio” y a los

particulares, cuando éstos han solicitado algún pronunciamiento o merced: a éstas se las llama “de parte”;

Prefacción o parte considerativa, en que el rey señala cuáles son las motivaciones que lo llevan a dictar tal disposición, haciendo una exposición de los hechos y consideraciones pertinentes. Solía terminar con una cláusula de acuerdo: “lo cual visto por los del nuestro Consejo de las Indias, fue acordado que debíamos mandar esta nuestra carta en la dicha razón y nos tuvimoslo por bien”;

Parte resolutive, en que se dispone lo que se ha de hacer, permitir o prohibir: “ordenamos y mandamos”, u otra fórmula similar acompañada, a veces, de una cláusula penal;

Data, donde se indica el lugar en que se ha expedido la resolución —por ejemplo en El Prado— y la fecha;

Suscripción en que normalmente firma el rey personalmente. En tal caso, al dorso firmaban los miembros del Consejo con sus nombres y rúbricas o “señales”, el chanciller y el encargado de registrar la provisión en los libros que se llevaban al efecto. La falta de firmas de los consejeros acarrearba su obediencia, pero no debían ser cumplidas: *Rec. Ind.* 2, 1, 23. En caso de no firmar el monarca, lo que ocurría cuando el Consejo actuaba por él (lo que estaba determinado), firman en el “recto” o parte delantera los consejeros de Indias, el chanciller y el secretario;

Refrendo, en que el secretario del Consejo expresa: “Yo, N.N., secretario de Su Majestad Real la hice escribir por su mandado”;

Sello real en cera roja, que se colocaba entre las firmas o al final, y

Solía ponerse al dorso un resumen del contenido del documento, rubricado por el secretario del Consejo y el consejero semanero.

Como ejemplo de real provisión, copio la siguiente tomada del *Cedulario de Encinas*, t. II, fo. 248:

Don Carlos [siguen los títulos en la forma señalada más arriba]. A vos el nuestro gobernador de la provincia de Higueras y Cabo de Honduras, salud y gracia. Sabed que hemos sido informados que las personas que han tenido y tienen indios encomendados en esa provincia son hombres solteros, no casados, a cuya causa los dichos indios han recibido daño y no son tan bien tratados ni industriados en las cosas de nuestra santa fe católica como lo serían si sus encomenderos fuesen casados y estuviesen

de asiento en la dicha provincia. Y visto y platicado en el nuestro Consejo de Indias fue acordado de mandar dar esta nuestra carta para vos en la dicha razón y nos lo tuvimos por bien por la cual os mandamos que luego que ésta recibáis, hagáis notificar a las personas que tienen en esas provincias indios encomendados y no son casados que dentro de tres años se casen y lleven a esa dicha provincia sus mujeres y no haciéndolo, cumpliendo así dentro del dicho término, les quitaréis los indios que así tuvieren encomendados y los daréis a otro vecino de esa dicha provincia que fuere casado y estuviere sin ello, excepto si el tal soltero tuviere tal edad o tan justo impedimento que lo releve de casarse: lo cual mandamos que sepa y examine el obispo de esa provincia. Otrosí os mandamos que cuando así nuevamente hubiereis de proveer los dichos indios prefiráis en la encomienda de ellos a los conquistadores de esa dicha provincia y no hagáis ende al. Dada en la villa de Madrid a ocho días del mes de noviembre de mil y quinientos y treinta y nueve años. Yo el Rey. Yo Juan de Samano, secretario de sus CC. Majestad[es] la hice escribir por su mandado. Doctor Beltrán. Licenciado Suárez de Carvajal. Dr. Vernal. Lic. Gutiere Velázques. Registrada Vernal Darius. Por Chanciller Blas de Saavedra.

c) Reales cédulas

Constituían la manera habitual como el rey y el Consejo de Indias transmitían a las autoridades y particulares del Nuevo Mundo su voluntad de mando en todo tipo de asuntos: gobierno, justicia, guerra y hacienda. Su estructura era mucho más simple que las de las provisiones con formalidades que derivan de los antiguos albalaes (del árabe *al bara* o documento):

Intitulación: está limitada a la frase: “El Rey”;

Dirección: es totalmente similar a las reales provisiones;

Prefacción o parte considerativa: al igual que las provisiones, las cédulas también indican el porqué de su dictación; a veces falta la cláusula de acuerdo. A veces se reproduce una cédula anterior, la que recibe el nombre de sobrecartada;

Parte resolutive: similar a la de las provisiones;

Data: totalmente similar a las provisiones;

Suscripción: aquí sí que hay variación ya que las cédulas no pueden ser dadas a nombre del rey por el Consejo (como las provisiones), sino que son firmadas por el rey aunque a veces se pone una estampilla o timbre que reproduce la firma real.

Los consejeros rubrican o “señalan” (no ponen firma completa) al dorso. Si no lo hacían así, la cédula debía ser obedecida, pero no se cumplía: *Rec. Ind.* 2, 1, 23;

Refrendo: es más simple: “por mandato del rey, N.N.”;

No llevan sello real y

Suelen llevar un resumen con rúbrica de secretario y consejero semanero.

Como ejemplo de real cédula se transcribe una del siglo XVIII:

EL REY.

Presidentes y oidores de mis Reales Audiencias de América y Prelados diocesanos de aquellos mis dominios:

Con motivo de una patente expedida en 13 de abril de 1781 por el general de la religión comúnmente llamada de los agonizantes, reeligiendo por prelado de su casa-colegio de la ciudad de Popayán a uno que lo era desde el año de 1777, se negaron a prestarle la obediencia cuatro de aquellos religiosos, fundándose en ser semejante reelección contraria a expresas constituciones de su orden: se suscitaron algunos disturbios y se ha hecho recurso a mi Consejo de las Indias. En su inteligencia, en la de haberse reconocido no se presentó la enunciada patente en el mencionado Supremo Tribunal para obtener, en caso de no hallarse inconveniente, su indispensable pase, según lo dispuesto por leyes; y lo que sobre todo dijo mi fiscal: he considerado conveniente encargaros tengáis especial cuidado en no permitir se pongan en ejecución patentes de prelados de religión alguna que no tuvieren el requisito indispensable de estar pasadas por el mencionado mi Consejo. Fecha en San Lorenzo a diez y seis de noviembre de mil setecientos ochenta y seis. Yo el Rey. Por mandado del Rey nuestro Señor. Antonio Ventura de Taranco. Señalada con tres rúbricas.

Tanto las provisiones como las cédulas eran transcritas íntegramente a unos libros de registro o cedularios que llevaba el escribano de cámara de gobierno del Consejo. Los había de varias clases: generales, que contenían disposiciones para todas las Indias y otros que se llevaban por provincias o reinos: Nueva España, Perú, Chile, Buenos Aires, etcétera, acostumiéndose llevar para cada provincia dos libros, uno de carácter general con cédulas dirigidas a las autoridades (de oficio) y otro con resoluciones que afectaban a particulares como mercedes, con-

testación a consultas, etcétera (de parte). En Indias, las cédulas debían ser archivadas en las Audiencias y cabildos: *Rec. Ind.* 2, 1, 27, 28, 29 y 31.

El envío de las disposiciones competía al escribano de cámara de gobierno del Consejo, quien debía mandarlas por duplicado y en distintas expediciones, con lo que se procuraba evitar riesgos de extravío por naufragios, abordajes de piratas, etcétera.

Tanto las reales provisiones como las reales cédulas eran objeto en Indias del trámite de obediencia. Normalmente la Real Audiencia —aunque también lo hacen las autoridades que individualmente reciben una cédula— ha de abrir la carta pertinente y se procede a besar el texto de la disposición, que es colocada sobre la cabeza en señal de acatamiento a la orden real. Decía al efecto *Rec. Ind.* 2, 1, 10 que “cuando nuestras reales cédulas hablaren en particular con los virreyes, solos ellos entiendan en su cumplimiento sin otra intervención; y si hablaren con virrey y Audiencia o presidente y Audiencia, entiendan todos en su ejecución conforme al parecer de la mayor parte que se hallare en la Audiencia...”. Pero ello no significa que la disposición se aplique indefectiblemente, toda vez que, estudiada en el real acuerdo puede resultar inconveniente su vigencia. Las causas para suspender el cumplimiento de cédulas o provisiones eran las de obrepción o desconocimiento de los hechos, subrepción o falseamiento de los mismos y que produjeran daño irreparable o escándalo conocido (*Rec. Ind.* 2, 1, 22 y 24). Estaban excluidas de la posibilidad de suspensión y suplicación las leyes sobre indios:

porque nuestra voluntad es que se guarde y particularmente las leyes que fueren en favor de los indios inviolablemente: mandamos a los virreyes, Audiencias, gobernadores y a los demás jueces y justicias que las guarden y cumplan y hagan guardar, cumplir y ejecutar en todo y por todo, sin embargo de apelación o suplicación....

d) Autos acordados del Consejo de Indias

Eran normalmente relativos a aspectos reglamentarios y requerían confirmación real. Antonio de León Pinelo hizo en el siglo XVII una colección de ellos.

e) Cartas acordadas del Consejo de Indias, de la Cámara y de la Junta de Guerra de Indias

Fueron particularmente corrientes en el siglo XVII hallándose muchas referencias a ellas en libros registros-cedularios del Río de la Plata (1534-1717). Catálogo. Por ejemplo, hay carta acordada del Consejo de 7 de octubre de 1572 dirigida al tesorero de la Casa de Contratación de Sevilla sobre una expedición de barcos al Río de la Plata. Muchas más hay del siglo XVII expedidas a la misma Casa: por ejemplo, 5 de diciembre de 1623, 19 de julio de 1614, etcétera. Emana de la Junta de Guerra una dada en Madrid a 31 de octubre de 1673 dirigida a Gonzalo Fernández de Córdoba para que diera ayuda de costa moderada a Juan Cebrián y Velasco, sargento mayor del presidio de Buenos Aires.

f) Autos acordados de la Casa de Contratación

Similares a los del Consejo de Indias, pero en materias propias de su competencia —comercio, cuentas y otras—, requerían confirmación real.

g) Capitulaciones

Si nos atenemos a la definición amplia de ley que hemos dado, podemos, sin forzar demasiado las cosas, considerar dentro del rubro de legislación metropolitana a las capitulaciones o asientos, documentos suscritos entre el monarca o quienes lo representen —Consejo, Casa de Contratación, Audiencia, etcétera— y un particular que efectuará una expedición de descubrimiento, conquista, poblamiento o rescate (explotación económica) regulando tales expediciones. Técnicamente son contratos públicos; pero en ellos la Corona, que nunca deja de lado su soberanía, expide órdenes imponiendo determinadas obligaciones al capitulante u otorgándole mercedes.

La Corona nunca abdica de su rol eminente, por lo que, aunque las capitulaciones se generan como una convención entre ella y el caudillo, a la larga se contiene en estos documentos aquello que la Corona estima pertinente: entre otras cosas, muchas disposiciones de gobierno que se ordenan al caudillo y que éste debe cumplir. Decidor es al respecto la siguiente

fórmula habitual en las capitulaciones, que se pone en el caso de incumplimiento de las órdenes asumidas: “os mandaremos castigar y proceder contra vos como contra persona que no guarda y cumple y traspasa los mandamientos de su rey y señor natural”.

Al contenido mismo de las capitulaciones nos referimos en otra parte de este trabajo.

h) Reales órdenes

Constituyen una de las manifestaciones más evidentes del absolutismo de los Borbones. Éstos reafirman la facultad de legislar por sí mismos que corresponde a los monarcas y lo hacen por la llamada vía reservada, esto es, a través de las secretarías de Estado. En lo tocante a Indias, la Secretaría de Marina e Indias de 1714 que adopta diversas modalidades de que se habla en la parte pertinente, transmite a las autoridades indianas los mandatos reales, si bien, generalmente no son sino disposiciones personales del ministro que se expiden “por orden del rey”. En estas reales órdenes se trasluce el carácter ultraabsolutista de los Borbones al punto que la exposición de motivos o prefacción suele faltar. Coercitivamente se ordena cierto mandato que ha de ser cumplido a todo evento. No hay respecto de estas disposiciones legales el trámite del obedecimiento, que sí subsiste con las reales cédulas, que permitía la suspensión y suplicación de la norma inadecuada. Se copia a continuación una real orden para ejemplo de lo dicho:

Habiendo entendido el rey que los subinspectores de los virreynatos creen tener derecho a suceder a los virreyes en el caso de faltar éstos por el título que se les ha dado de sus inmediatos cabos subalternos, se ha servido S.M. declarar que el gobierno superior en el referido caso ha de recaer, conforme a las leyes de Indias, en las Audiencias respectivas y que los dichos subinspectores sólo podrán ejercer el mando de las armas bajo las órdenes del Real Acuerdo de aquéllas.

Asimismo ha declarado S.M. que el referido nombramiento de cabos subalternos no da a los subinspectores prerrogativa alguna con los mismos virreyes ni con las tropas y el público mientras no vaque el virreinato, sin que haya persona que lo sirva por providencia.

Participó a V.E. de su Real Orden para su inteligencia; y para que comunicando esta resolución a esa Audiencia y al Subinspector se evite todo motivo de duda en el caso prevenido de vacante. Dios guarde a V.E. muchos años. Enero 10 de 1786. Marqués de Sonora [Secretario de Indias]. Señor Regente y Audiencia Gobernadora de Nueva España.

f) Reales decretos

Son disposiciones emanadas directa e inmediatamente del monarca, sin intervención del Consejo de Indias o de los secretarios de Estado. Aunque hay decretos anteriores al siglo XVIII, fue en éste que tuvieron mayor difusión por el ya referido absolutismo borbónico.

C. *Proceso recopilador de la legislación indiana*

a) Concepto de recopilación

El exceso de legislación es tan negativo como la falta de ella, ya que un cúmulo exagerado de disposiciones dificulta su conocimiento y aplicación. Siendo el derecho indiano fundamentalmente casuístico, la Corona fue incrementando enormemente el número de disposiciones según pasaba el tiempo.

Podrían señalarse, entre otras, como causas de esta proliferación de leyes:

a) La idea que pervivía de solucionar el caso concreto. No hay que olvidar que los juristas que actuaban en el Consejo de Indias y en América misma tenían una formación romanística. Y el derecho romano, aun el justiniano, era esencialmente casuístico. En consecuencia, la idea era la de solucionar cada caso en concreto, pues así se podría encarnar en mejor forma la justicia de acuerdo al tiempo, al lugar y al grupo social al que los individuos pertenecían;

b) Como derivado de este modo de pensar y de actuar es que encontramos que se daba una norma para un reino o provincia y otra para otro, a veces muy semejantes, con diferencias de detalle;

c) Además, una misma resolución era repetida para las diversas autoridades que había en un territorio. Por ejemplo, una

misma disposición era enviada al virrey, gobernador, cabildo, obispo, etcétera, y

d) Muchas disposiciones modificaban a otras; pero la Corona nunca se preocupaba de hacer una derogación específica. Por ello es que disposiciones antiguas seguían vigentes sólo en parte. No dejaba de causar dificultades el que a veces con buena intención se invocara una disposición derogada.

Ello explica que se haya visto la necesidad de recopilar este ingente material, tarea que era similar a la que se producía en la misma Castilla, donde desde los Reyes Católicos y mediante las *Ordenanzas Reales de Castilla* (1484) se había intentado llevar adelante tal proyecto que sólo concluirá con la Nueva Recopilación de Felipe II (1567). Por cierto que cada autoridad contaba con un cedulario para su uso privativo: virreyes, gobernadores, audiencias, cabildos, etcétera. Según se iban recibiendo los textos legales, ellos eran asentados en libros que permitieran su ulterior consulta. No siempre, sin embargo, brillaba en estos cedularios el orden que sería de desear. En el Consejo de Indias se llevaban, como ya se ha dicho, libros registros o cedularios, con las distinciones que en su momento se indicaron.

Entendemos por recopilación un método de fijación del derecho que consiste en agrupar en un solo texto un material jurídico preexistente. Tratándose de leyes, normalmente cada una conserva su propia identidad, aunque, en realidad muchas veces se hacen resúmenes o se refunden varias normas en una sola. Lo corriente es que se tome sólo la parte dispositiva de la ley. La ordenación del material recopilado se hace o cronológica o temáticamente. No sólo hay recopilaciones de leyes sino que también de sentencias, dictámenes, consultas, etcétera. Lo que nos interesa en este momento es saber cómo se produjo la recopilación de la legislación indiana.

Difieren, en consecuencia los cedularios de las recopilaciones por la sistemática empleada en unos y otros. Los primeros implican una sistemática sencilla pues sólo agrupan con mayor o menor orden las disposiciones, copiándolas íntegramente. En las segundas, en cambio, hay una mayor elaboración. Desde luego, no copian íntegra la disposición, sino que se limitan a la parte dispositiva de la misma; suelen refundir diversas normas sobre el mismo tema; procuran acabar con antinomias u oposiciones entre ellas; crean normas que no existían y que son

consideradas útiles para la mejor regulación de una materia, etcétera.

El catedrático de la Universidad de Sevilla, Antonio Muro Orejón, distingue las siguientes etapas en el proceso de recopilación:

- a) etapa preparatoria, en que se junta el material jurídico que se ha de elaborar posteriormente;
- b) anteproyecto, que implica trabajar ese material ya acumulado de acuerdo a un plan determinado, por ejemplo, distribuyéndolo entre los libros que se han proyectado;
- c) proyecto, o sea, la conclusión del trabajo desde la perspectiva de su autor, y
- d) aprobación del monarca con lo cual pasa a haber propiamente una recopilación. De interrumpirse el proceso antes de esta aprobación real, sólo queda aquél en estado de mero proyecto.

b) Primeros atisbos de recopilación: Mendoza, Maldonado y Puga

Es en 1510 cuando se produce el primer momento del proceso recopilador al recibir la Casa de Contratación orden de juntar todas las disposiciones tanto relativas a ella misma como a las Indias “para que las tengáis siempre a mano”.

Cuarenta y tres años más tarde Carlos V mandaba a la Real Audiencia de Nueva España que hiciera buscar “todas las ordenanzas, provisiones y cédulas que se hayan dado para esa audiencia, y las ordenanzas, mercedes y franquezas que se hayan concedido a esa ciudad [México] e isla”, de todo lo cual debía sacarse traslado o copia y enviar al Consejo de Indias para que éste proveyese lo que juzgase conveniente. Similares órdenes recibían tres años después Guatemala y Perú.

El primer virrey de México, Antonio de Mendoza, quiso cumplir, aunque fuera en parte, los deseos imperiales y elaboró la primera compilación que llevaba por título *Ordenanzas y compilación de leyes hecha por el muy ilustre señor don Antonio de Mendoza, visorrey y gobernador de esta Nueva España y presidente de la Audiencia Real que en ella reside y por los señores de la dicha Audiencia para la buena gobernación y estilo de los oficiales de ella. Año de 1548*. Aunque el esfuerzo

fue modesto, ya que de legislación real trae las ordenanzas de la audiencia, siendo todo lo demás normas producidas por ésta, implicaba salir de la inercia. El mismo virrey una vez en el Perú intentó hacer obra similar.

Una de las Instrucciones dadas al virrey de Nueva España Luis de Velasco, el 16 de abril de 1550, disponía que tuviese cuidado en el archivo de las normas dictadas para ese virreinato “para que más fácilmente se hallen y se puedan ejecutar”. Consecuente con ello se reunieron dos tomos de cédulas, tarea que recibió encomio real en 1552. Estaban divididas en decisiones y materias. A pesar de la satisfacción del monarca no pasó más adelante este proceso. Por su parte, el fiscal de la Real Audiencia mexicana, licenciado Luis Maldonado, quien se desempeñó entre 1555 y 1562, elaboraba alfabéticamente un Repertorio de cédulas, que parece no concluyó y que no ha llegado hasta nosotros. La Corona ordenó se le facilitara su trabajo en 1556.

Ese mismo año se insistía, con caracteres generales, a todas las Audiencias la reunión del material legislativo existente. El fiscal del Consejo de Indias, Francisco Fernández de Liébana, hizo particular hincapié en el tema, por lo que una real cédula de 4 de septiembre de 1560, dirigida a Nueva España, instaba a la recopilación sugiriendo se imprimieran los resultados. Tal tarea fue encargada por el virrey Velasco al oidor Vasco de Puga, quien cumplió el cometido, que se publicó en 1563 con el título de *Provisiones, Cédulas, Instrucciones de su Majestad, Ordenanzas de difuntos y audiencias para la buena expedición de los negocios y administración de la justicia y gobernanación de esta Nueva España y para el buen tratamiento y conservación de los indios, desde el año 1525 hasta el presente de 1563*.

Era Vasco de Puga originario, probablemente de Granada, habiendo estudiado en la universidad de esa ciudad y desempeñándose ahí como alcalde mayor. Designado oidor de Nueva España en 1559, su actitud permanente fue la de defender la Real Hacienda, incluso con alguna exageración, de la que reclamaron los indios en el juicio de residencia. Falleció en España en 1576.

Puga realizó una tarea de utilidad —las disposiciones aparecen íntegras, lo que no es poco mérito—, pero que adolece de bastante desorden, pues no siguió ni criterios cronológicos ni temáticos. Entre otras materias, se trata ahí de la administración

de justicia —trae las ordenanzas de las dos primeras Audiencias mexicanas—, títulos e instrucciones dados a los virreyes, asuntos de real patronato, Inquisición, tratamiento de indios, encomiendas, cabildos, real hacienda, etcétera. Un índice permite encontrar la disposición que interese.

c) Copulata de Velasco y proyecto de Código ovandino

Diversas noticias sobre mal tratamiento de los indios indujeron en 1566 al presidente del Consejo de Castilla, Diego de Espinosa, obispo de Sigüenza e inquisidor general —hombre de inmenso poder en la corte de Felipe II— a iniciar indagaciones sobre su efectividad. Todo apuntaba a que el Consejo de Indias estaba fallando ostensiblemente. Concluyó ello con el nombramiento de Juan de Ovando como visitador general del Consejo, labor que desarrollará entre 1568 y 1570.

Era Ovando sobrino-nieto del gobernador de La Española Nicolás de Ovando, ex-alumno de la Universidad de Salamanca y catedrático ahí, que había llegado a integrar el Consejo de la Inquisición tras una carrera brillante que había pasado por actividades judiciales, inquisitivas y de visita, esta última a la Universidad de Alcalá. Comprobó el visitador que se cometían diversos abusos por los ministros del Consejo indiano y, lo que era más grave, que ignoraban las disposiciones vigentes y aun desconocían la realidad americana. Para su acertada instrucción en asuntos indianos se iba a crear un cronista de Indias, que debía aprovechar la información que darían diversos habitantes de éstas —autoridades y súbditos, aun indios— respecto de unos cuestionarios que el mismo Ovando produjo. Proceder a la recopilación de la legislación era un trabajo indispensable y urgente.

Había en el Consejo un laborioso oficial, Juan López de Velasco, que colaboró con Ovando en estas tareas. Velasco, que habría de escribir la *Geografía y descripción de las Indias* (impresas sólo a mediados del siglo XIX), fue designado cronista de Indias, siendo el primero de este cargo. La tarea de Velasco, que se había iniciado en 1562, por orden del Consejo, bastante antes que llegara Ovando a visitarlo, consistió en resumir el contenido de las disposiciones indianas, con señalamiento de su ubicación en los 200 libros de registro del Consejo que minuciosamente revisó. Esta obra, concluida en 1569, no se imprimió.

mió sino mucho más tarde con el nombre de *Libro de la gobernación temporal y espiritual de los indios* recibiendo en el presente siglo el nombre de *Copilata de leyes y provisiones de Indias*, que le dio el historiador José de la Peña y Cámara.

Las 9,170 disposiciones resumidas que comprende son agrupadas por materias y abarca legislación que va desde 1492 hasta 1569. Tomándose como modelo el código de las Siete Partidas, estaba dividida en siete libros, referentes, respectivamente, a: gobernación espiritual, gobernación temporal, república de los españoles, república de los indios, justicia, Real Hacienda y contratación y navegación. Los libros fueron divididos en títulos numerados y éstos en párrafos, también numerados, lo que facilita la consulta y cita.

Aproximadamente el mismo orden indicado es el que tuvo en mente Ovando para redactar lo que algunos autores llaman el *Código ovandino*, que para otros (como Muro Orejón) fue un proyecto de recopilación. Sólo llegó a concluir Ovando, que había llegado a ser presidente del Consejo en 1571, dos libros; uno, sobre gobernación espiritual y otro sobre gobernación temporal, que se limitaba, en realidad, en un primer momento a las ordenanzas del Consejo. Éstas fueron promulgadas en la versión ovandina en 1571. El de gobernación espiritual fue presentado a Roma para su aprobación, la que nunca se dio. Entre tanto, la Corona promulgó, en 1574 para Nueva España y al año siguiente para el Perú, como disposición independiente el título relativo al patronato. Un año antes se había promulgado la instrucción sobre descubrimientos, poblaciones y pacificaciones y el título sobre descripciones de Indias, que correspondían al libro segundo. La muerte de Ovando en 1575 impidió que se siguiera adelante con este proyecto. Grande lástima ésta, ya que el trabajo que se alcanzó a realizar era de una gran fineza jurídica, pues transformaba, mediante abstracción, en normas generales un sinfín de disposiciones casuísticas.

d) Proyectos de recopilación en Indias: Toledo en Perú; Zorita en México

El gran virrey del Perú, Francisco de Toledo, trabajó también hacia 1570 en una recopilación, la que se interrumpió al conocerse los trabajos que se hacían en la metrópoli por Juan de Ovando. Al fallecer éste en 1575, pretende Toledo continuar

con su propósito y comisiona para ello a dos oidores. De tal trabajo no hay mayores noticias. Se hizo uso por Toledo de una Memoria que había preparado años antes el gobernador Lope García de Castro, el cual había recibido instrucciones por 1564 de allegar material legislativo.

En Nueva España, por esta misma época —entre 1566 y 1574— el oidor de su Audiencia Alonso de Zorita trabajaba en una recopilación, que concluyó en el último año indicado. La tituló *Leyes y ordenanzas reales de las Indias del mar océano, por las cuales primeramente se han de librar todos los pletitos civiles y criminales de aquellas partes, y lo que por ellas no estuvieren determinado se ha de librar por las leyes y ordenanzas de los reinos de Castilla. Año de 1574*. Es obra de mayor entidad jurídica que la de Vasco de Puga, que resume el contenido de cada disposición con indicación de “dónde y cuándo y por quién se proveyó”. Presentada al Consejo de Indias para su aprobación, ésta no se la dio por tratarse de una obra parcial, toda vez que sólo se refería a Nueva España.

En Perú el licenciado Alonso Fernández de Bonilla, visitador de la Audiencia de Lima, intenta por 1590 hacer una recopilación, de cuyos resultados nada sabemos. En el mismo virreinato, a comienzos del siglo siguiente, Alonso Maldonado de Torres, presidente de la Audiencia de Caracas, redacta un *Libro de Cédulas y Provisiones*, en que agrupa por materias las disposiciones respectivas.

El oidor de la Audiencia de México, Francisco Montemayor y Cuenca, que sería elevado más tarde a consejero de Indias, publicó en 1678 un *Sumario de las cédulas, órdenes y provisiones reales que se han despachado por Su Majestad para la Nueva España y otras partes, especialmente desde el año de 1628, en que se imprimieron los cuatro libros del primer tomo de la Recopilación de Leyes de Indias, hasta el de 1677. Con algunos títulos de las materias que nuevamente se añaden; y de los autos acordados de su Real Audiencia, y algunas órdenes de gobierno, que juntó y dispuso el Doctor D. Juan Francisco de Montemayor y Córdova de Cuenca, Gobernador y Capitán General que fue de la Isla Española, Presidente de su Real Audiencia y Chancillería, y Oidor de esta Nueva España que residen en la ciudad de México, y consultor propietario del Santo Oficio de la Inquisición*. Como se ve, contenía cédulas, ordenanzas y reales provisiones, autos acorda-

dos y órdenes de gobierno. Para hacer este trabajo recibió Montemayor comisión del virrey y arzobispo de México fr. Payo Enríquez de Ribera, autorizándolo para reeditar los *Sumarios* de Aguiar, de que se habla en el párrafo 6. Esta obra será continuada, en lo relativo a autos acordados de la Audiencia por Eusebio Ventura Beleña, quien publica en 1787 en México una *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de la Nueva España*, en dos volúmenes.

e) Cedulario de Encinas

El tema de la recopilación no se deja de lado después de la frustrada tarea de Ovando. El presidente del Consejo de Indias, licenciado Diego Gasca de Salazar, encarga a un oficial de bajo rango, pero de experiencia práctica, Diego de Encinas, que se desempeñaba como oficial mayor de la escribanía de cámara de justicia del mismo Consejo, que hiciera una compilación de legislación indiana.

Era Encinas natural de Pamplona, y a mediados del siglo XVI había ingresado al Consejo de Indias, donde llegó a tener el puesto que se ha señalado. Entre 1582 y 1596 trabaja en el encargo, que pudo llevar adelante gracias a su conocimiento de los libros de registro y a que por su cargo había logrado bastante expedición en temas jurídicos.

Hace un trabajo muy útil, partiendo por el acopio hecho por trabajos anteriores y transcribe, íntegramente, las normas, las que, clasifica de acuerdo a una sistemática particular. De 250,000 disposiciones revisadas dejó 2,472, que estaban vigentes. Fruto de ello es un cedulario que trae disposiciones dictadas entre 1492 y 1596. Su título fue: *Libro [1o., 2o., etcétera] de provisiones, cédulas, capítulos de Ordenanzas, instrucciones y cartas, libradas y despachadas por sus Majestades de los señores Reyes Católicos don Fernando y Doña Isabel, y Emperador Carlos de gloriosa memoria, y doña Juana su madre, y católico rey don Felipe, con acuerdo de los señores Presidentes, y de su Consejo Real de las Indias, que en su tiempo ha habido, tocantes al buen gobierno 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 de ello está proveído después*

que se descubrieron las Indias hasta ahora. En Madrid, en la Imprenta Real. M.D.XCVI. Percatadas las autoridades del provecho de este trabajo, dispusieron su impresión, que se produjo en 1596 en cuatro volúmenes. Fue una tirada bajísima de sólo 48 ejemplares, por lo que este trabajo quedó prácticamente circunscrito el uso a los ministros del Consejo, aunque numerosos autores lo utilizaron como León Pinelo, fray Gaspar de Villarroel, Solórzano Pereira, etcétera. Es citado en la época como “las células impresas”.

f) Sumarios de Aguiar y génesis de la Recopilación de Leyes de Indias

Se vuelve a agitar el tema de la recopilación en el Consejo de Indias, encargándose la tarea ahora —1603— al abogado quiteño, Diego de Zorrilla, quien pretende resumir las cédulas distribuyéndolas en nueve libros como la Recopilación castellana. Su obra nunca se publicó.

Diego de Zorrilla había nacido en Quito, hijo de un oidor de esa Audiencia. Estudió derecho en España, en la Universidad de Sigüenza y, de regreso en su tierra, se había desempeñado como provisor y vicario general del obispado. Mientras estaba realizando la tarea encomendada, es nombrado, en 1608, oidor de su lugar de origen en reemplazo de Rodrigo de Aguiar y Acuña, que ascendía a consejero de Indias. Éste llega a España cuando Zorrilla debía ir a ocupar el puesto que había dejado.

Encargado por el Consejo, a su vez Aguiar, de la recopilación, hizo retener a Zorrilla de modo de imponerse del trabajo en cuestión. A raíz de ello escribió éste un *Alegato o discurso sobre el salario del juez ausente* (1609), en que pide se le paguen sus sueldos como oidor de Quito ya que, si no se había incorporado a las tareas de tal, había sido por imposición del Consejo que lo había instado a continuar en el trabajo recopilador.

La labor no cunde mucho ya que Aguiar debía de destinar a ellas sólo sus tiempos libres. Por eso es que cuando llega a la Corte Antonio de León Pinelo en 1623 y se ofrece como ayudante para hacer la recopilación, es vivamente acogido. En 1623 eleva al Consejo un memorial titulado *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la recopilación de leyes de las Indias occidentales* (Madrid, 1623), en que explica cómo debe de practicarse este trabajo. Recibe nombramiento oficial

en abril de 1624. Él ya traía un plan de recopilación en cuatro libros, pero seguramente por consejo de Aguiar lo redujo a ocho.

Con León Pinelo avanza velozmente el encargo y Aguiar publica en 1628 un tomo de unos *Sumarios de la Recopilación de Leyes de Indias*, planeados originalmente en dos volúmenes divididos en cuatro libros cada uno. Se dice en la dedicatoria que se pretendía “ver V.M. abreviada recopilación tan grande, para que sin gastar el tiempo que pidiera el verla toda, pueda mandar alterar, mudar o quitar de ella lo que fuere servido. Valerse de sus leyes los ministros a quienes tocaren, con tanta noticia como si las tuviesen enteras, y que con este medio se pueda exponer la obra a la mayor censura, sin que sus defectos queden irreparables, pues los que en estos sumarios se advirtieren, tendrían enmienda en la impresión principal”. Aunque se ha especulado sobre que la autoría correspondería a León, investigadores acuciosos manifiestan que hubo una colaboración recíproca entre ambos juristas. Los Sumarios fueron una obra de gran consulta.

Muere al año siguiente Aguiar, y León continúa solo con la recopilación. Era León originario de Valladolid, posiblemente hijo de conversos que dejaron España rumbo a Buenos Aires, pasando, después, a Lima. Ahí estudiaron sus hijos, que fueron muy destacados. Diego de León Pinelo, por ejemplo, fue tenido por uno de los mayores oráculos en asuntos jurídicos.

El 20 de octubre de 1634 fue aprobado un asiento y capitulación del Consejo de Indias con León Pinelo, que lo constituía oficialmente en recopilador, tarea que debía de entregar en el plazo de un año. Por estas fechas reestructura su plan a nueve libros. En 1636 ya había entregado al Consejo su obra, la que se hizo examinar por una comisión integrada por Pedro de Vivancos y Juan de Solórzano Pereira. Había obtenido León como premio la relatoría del Consejo. Se inicia una larga serie de tramitaciones que retardarán el estudio de esta recopilación. Promovido Vivancos al Consejo de Castilla, sólo Solórzano pudo revisar los borradores, de lo cual han quedado once volúmenes que revelan lo mucho que trabajaron Solórzano y León. Entendía Solórzano en la materia no sólo por su gran versación sino que también porque él se había interesado en la elaboración de una recopilación. Cuando, habiendo recibido la obra la aprobación de Solórzano, después la de una comisión integrada por

Solórzano, Juan de Santelices y Juan de Palafox, y estando solucionados diversos inconvenientes, se produce uno mayor: falta de fondos para su publicación. Se soluciona el problema económico en 1658; pero León pide que se le permita agregar la legislación dictada desde 1636 a la fecha, con lo que se retarda la impresión. León Pinelo muere en 1660 sin haber logrado sacar adelante su importante obra.

Estaba ésta dividida en 9 libros que trataban, el primero, materias eclesiásticas; el segundo, del Consejo y de la Casa de Contratación; el tercero, la navegación; el cuarto, del gobierno y guerra terrestre; el quinto, de las Audiencias; el sexto, de los jueces ordinarios; el séptimo, de las ciudades y su organización; el octavo, de los indios y el noveno, de la Hacienda Real. Es obra portentosa que implicó la revisión de más de 10,000 leyes que se encontraban en los registros-cedulares de las secretarías del Consejo relativas a Perú y Nueva España más los libros de oficios y partes “habiendo pasado —dice Pinelo— más de 150,000 hojas, visto más de 400,000 cédulas y sacado para la recopilación las que estimé convenientes”. Nuestro conocimiento del proyecto de León, extraviado por mucho tiempo, se debe al historiador del derecho Ismael Sánchez Bella, quien lo encontró en los repositorios del duque del Infantado.

El Consejo vuelve a interesarse en el proyecto, y comisiona al consejero Gil de Castejón para que, con la colaboración del relator Fernando Jiménez Paniagua, revisara lo actuado y lo pusiera al día. Es lo que hace Paniagua, nombrándose una comisión revisora compuesta, entre otros, por el mismo Castejón. Por razones que se desconocen, pero fáciles de imaginar, Paniagua silencia que el proyecto que él presenta es prácticamente el mismo de León. Sólo hay algunas disposiciones nuevas agregadas y algunos cambios de ubicación. En 1680 se encuentra totalmente concluido el trabajo y se pide al rey apruebe lo actuado y disponga su publicación. Accede Carlos II promulgando la obra mediante real provisión de 18 de mayo de 1680. Dice ahí que las leyes ahí contenidas

se guarden, cumplan, y executen y por ellas sean determinados todos los pleytos, y negocios, que en estos, y aquellos Reynos ocurrieren, aunque algunas sean nuevamente hechas, y ordenadas, y no publicadas, ni pregonadas, y sean diferentes, ó contrarias á otras leyes, capítulos de Cartas, y Pragmáticas de estos nuestros Reynos de Castilla, Cédulas, Cartas acordadas, Provisio-

nes, Ordenanza, Instrucciones, Autos de gobierno, y otros despachos manuscritos, o impresos: todos los quales es nuestra voluntad, que de ahora en adelante no tengan autoridad alguna, ni se juzgue por ellos, estando decididos en otra forma, o expresamente revocados...

Pero quedaban en vigencia todas las disposiciones que no fueran contrarias a las nuevas disposiciones; "quedando en su fuerza y vigor las Cédulas, y Ordenanzas dadas a nuestras Reales Audiencias, en lo que no fueren contrarias a las leyes de ellas".

g) Contenido de la *Recopilación de Leyes de Indias*

La *Recopilación* fue publicada en 1680 en un crecido número de ejemplares, enviándose éstos a todos los virreinos, gobernaciones, audiencias y todo tipo de distritos. Se halla dividida en nueve libros, que contienen 218 títulos divididos, a su vez, en leyes. La inclusión de materias en los diversos libros es a veces un tanto forzada; pero, en general se sigue un orden lógico que permite ubicar con facilidad lo que se busca. Al comienzo de cada disposición se halla la referencia a la ley o leyes de donde se tomó, lo que muchas veces es defectuoso.

El libro primero, que contiene 24 títulos, trata de asuntos eclesiásticos en que impera el tema del real patronato. Se fija el estatuto jurídico de obispos, clérigos y religiosos (incluidos los doctrineros) así como el de las iglesias catedrales y parroquiales, monasterios (y sus inmunidades), hospicios, casas de recogidas, cabildos eclesiásticos, doctrinas, concilios y sínodos. Trata de bulas y de tributos eclesiásticos como diezmos, mesada y Santa Cruzada. Fija normas sobre sepulturas y derechos al respecto. También sobre limosnas. Visitadores eclesiásticos son objeto de un título. Termina con universidades, colegios, seminarios y la impresión de libros y pase de éstos a Indias.

El libro segundo, que contiene 34 títulos, se refiere a leyes, Consejo de Indias y Junta de Guerra, Audiencias, juzgado de bienes de difuntos, informaciones de méritos y servicios y visitadores.

El libro tercero, con 16 títulos, trata del dominio sobre las Indias, virreyes, gobernadores, guerra, castillos, fortalezas, presidios, militares, corsarios y piratas, terminando con precedencias, ceremonias y cortesías y con cartas, correos e indios chasquis.

El libro cuarto, con 26 títulos, versa sobre descubrimientos, pacificaciones, poblaciones, cabildos, comercio, minas, casas de moneda, pesquerías y obrajes.

El libro quinto, de 15 títulos, habla de gobernadores, corregidores, alcaldes mayores, alcaldes ordinarios, alcaldes de Mesta, protomédicos, escribanos, derecho procesal civil y residencias.

El libro sexto, de 19 títulos, trata de los indios, protectores, tributos, encomiendas, servicio personal. Destina sendos títulos a ciertos indios: de Chile, Tucumán, Paraguay, Río de la Plata y Filipinas.

El libro séptimo, de ocho títulos —el más corto—, trata de derecho penal: juegos prohibidos, separaciones indebidas, vagabundaje, fugitivos y cárcel.

El libro octavo trata de Real Hacienda: oficiales reales, tribunales de cuentas, cajas reales y diversos tributos como alcabala, quinto real, almojarifazgo, etcétera.

El libro noveno, con 46 títulos —el más largo— trata de la Casa de Contratación, comercio y navegación.

h) Juicio crítico sobre la Recopilación de 1680

La *Recopilación* nació atrasada. Sabemos que León Pinelo la había terminado en 1636 y que, con leves retoques, fue promulgada en 1680. Adolece, pues, de casi medio siglo de retraso. Con todo, tuvo de positivo el haber puesto al alcance del pueblo y de los juristas lo más medular de la legislación indiana.

Fue positivo, también, el que disposiciones que se habían dictado para un lugar determinado o con una intención muy casuística pudieran ser aplicadas en lugares diversos o a situaciones diferentes.

En general, como no existía aún el estricto marco legalista actual, las autoridades políticas y judiciales supieron extender o limitar el contenido de la *Recopilación* a las nuevas situaciones que se iban planteando. No deja de ser sintomático que a poco de recibida la *Recopilación*, el virrey del Perú duque de la Palata encargó a Juan Luis López, el célebre marqués del Risco, y a Pedro Frasso, que la glosaran. Ninguno de ambos trabajos logró mayor trascendencia: el primero porque sólo tomaba como partida la *Recopilación*, que le daba pábulo para sus disquisiciones; el segundo, porque su obra, si es que existió, no dejó huellas.

f) Glosas, comentarios y adiciones a la *Recopilación*

Habiendo llegado recién la *Recopilación* a Lima, el virrey duque de la Palata encarga a dos importantes juristas, Juan Luis López, futuro marqués del Risco y a Pedro Frasso que escribieran sendos comentarios. El primero escribe tres tomos de observaciones o comentarios, titulados los dos primeros *Observaciones theopolíticas*, y el tercero *Observaciones político-sacras*. Frasso alcanzó a redactar, según parece, unos pocos comentarios que la muerte le interrumpió. Posiblemente como contrapartida de la posición marcadamente regalista de López el jesuita Eugenio López redactó un comentario al libro primero de la *Recopilación*. Tomás Salazar, catedrático de San Marcos, escribió un comentario, al parecer extenso, que se perdió en el terremoto de Lima en 1746.

La circunstancia de haber llegado al trono de España una nueva dinastía, la de los Borbones, con una concepción del poder y su ejercicio radicalmente diversa de la de los Habsburgo, hizo que se notara con mayor crudeza la diferencia entre la nueva legislación —absolutista ilustrada— y la antigua. Rápidamente la *Recopilación* quedó sobrepasada por la nueva legislación, que modificaba o dejaba sin efecto normas contenidas en aquella.

El oidor de la Audiencia de Chile, Juan del Corral Calvo de la Torre (La Plata 1666-Santiago de Chile 1737) recibió comisión real para elaborar unas glosas a la *Recopilación*. Entregó en 1719 su *Comentaria in legum iudicarum recopilationem*, relativa a todo el libro 1o. y a dispersas disposiciones de los libros 2o., 3o., 4o. y 5o. Fue impresa por orden del Consejo entre 1751 y 1756, pero se retuvo su circulación, quizá en espera de que la obra fuera completada. Su muerte, acaecida en 1737, detuvo la obra, cuya continuación fue encargada en 1750 al protector de indios de Chile Tomás de Azúa, quien nada hizo, falleciendo en octubre de 1757. Recayó la tarea, luego, en el fiscal de la Audiencia de Chile José Perfecto de Salas, quien no le dio al encargo el interés que merecía.

En 1740 intentan la tarea de poner al día la recopilación Antonio José Álvarez de Abreu, marqués de la Regalía, y José Carvajal y Lancaster. Por su parte, en 1748 propone una edición adicionada Miguel José de Aoiz. Todo ello queda sin resultado.

Con la práctica finalidad de poder desempeñar mejor sus funciones diversos oidores y abogados acometen en Indias la ocupación de poner al día la *Recopilación*. Aprovechan, generalmente, los amplios márgenes de ésta para hacer anotaciones, concordancias entre las mismas normas indianas y con las castellanas, acotaciones doctrinales —las más veces de derecho común— y observaciones de distinta índole. Entre los que hicieron estos trabajos podemos mencionar a Prudencio Antonio de Palacios (oidor y fiscal de la Audiencia de México, más tarde oidor de la de Guatemala), José de Lebrón y Cuervo (abogado mexicano), José de Rezábal y Ugarte (oidor en la Real Audiencia de Chile) y Ramón Martínez de Rozas (mendocino, bachiller en leyes por la Universidad de San Felipe de Santiago de Chile y asesor del virreinato del Perú), cuyas obras nos son conocidas.

La falta de ejemplares de la *Recopilación* se hacía, entre tanto de tal manera extrema, que se llama a concurso para su reimpresión, el que es ganado en definitiva por Bartolomé de Ulloa, que inicia la primera reedición. Estando ésta en prensa un abogado, Gaspar Soler, propone editar unas adiciones. No poniéndose de acuerdo el Consejo sobre si éstas debían ir al final de cada título o en libro separado, se decide suspender pronunciamiento sobre ello a la espera de que se imprimiera la obra. Que hubo interés por la Corona en ello lo demuestra que una disposición de 2 de julio de 1755 ordena se estudie cómo se podría llevar a efecto la adición.

Salida la nueva impresión, se enfría el interés, hasta que en 1764 el fiscal del Consejo propone que el medio más fácil para la adición era encargarla a persona de letras, inteligente en las materias y negocios de Indias.

Un funcionario del Consejo, el panameño Manuel José de Ayala, creyó tener los méritos para emprender la adición. Se había dedicado a acumular material legislativo y de toda clase sobre las Indias, lo que originó, entre otras cosas, un *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, un *Cedulario Indico*, etcétera. Por ello se ofrece desde 1767 para emprender la tarea ofreciendo unas Adiciones, Exposición y Glosa, a lo que el Consejo da largas.

Al plantearse en 1768 la necesidad de una segunda reedición de la *Recopilación*, se revive el tema de las adiciones. Sin perjuicio de autorizarse la segunda reedición, se ordena a dos consejeros que estudiaran la conveniencia de tales adiciones,

siendo su dictamen, emitido en 1773, desfavorable. Proponían, en cambio, que se corrigiera la *Recopilación* por una persona idónea, Juan Crisóstomo de Ansótegui, agente fiscal del Consejo.

j) El proyecto de Nuevo Código de Indias

Una consulta de aquel año motivará el real decreto de 9 de mayo de 1776, que no sólo rechaza la petición de Ayala sino que prohíbe para siempre comentarios, glosas o comentarios. En 1778, sin embargo, el fiscal de la Audiencia de México, Baltasar Ladrón de Guevara, propone a José de Gálvez un proyecto de comentario a la *Recopilación* que quedó sin efecto. Se establece una comisión compuesta por el referido Ansótegui y Miguel José Serrador, oficial segundo de la Secretaría Universal del Despacho de Indias para la redacción de un *Nuevo Código de Leyes de Indias*. Su desempeño sería revisado por una junta revisora integrada por cinco consejeros, secretario de la cual sería Manuel José de Ayala.

Por haber jubilado Serrador, la tarea recae exclusivamente sobre Ansótegui, quien el 21 de julio de 1780 presenta al Consejo el primer libro del *Código*, que pasó a ser examinado por la Junta. Ésta cambia de integrantes, destacando entre los nuevos el conde de Tepa. Muere Ansótegui en 1781, lo que impide que el órgano revisor pueda conocer sus ideas. En 1790 se eleva el proyecto revisado y mejorado a Carlos IV, quien lo aprueba el 25 de marzo de 1792, oportunidad en que prohíbe nuevamente su glosa. Sin embargo, sólo cobraron efectiva vigencia ocho leyes.

Se pensó nuevamente en reformar la *Recopilación* para lo que fue comisionado Antonio Porcel, que había llegado a ser secretario de la Junta revisora; pero su obra se limita a agregar algunas disposiciones nuevas al libro primero.

La invasión napoleónica y la guerra de independencia frenó los avances. Restituido Fernando VII al trono, volvió a pensarse en un Nuevo Código sin éxito.

Si bien tardías, dos obras contribuyeron a paliar la falta de un texto oficial al día: las de Pérez y López y Matraya y Ricci. Constituyó una obra de mucha utilidad para los juristas que necesitaban conocer la legislación posterior a la *Recopilación de Indias* el *Teatro de la legislación universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no*

recopiladas de Antonio Xavier Pérez y López, publicada en 28 volúmenes en Madrid entre 1791 y 1798. Aunque tiene algunos defectos, cubrió ampliamente la necesidad de conocer la dispersa legislación indiana así no más fuera en resumen. En Lima José de Matraya y Ricci publica en 1819 *El moralista filatélico americano o El confesor imparcial instruido en las obligaciones de su ministerio*, que contiene un interesante compendio de la legislación posterior a la Recopilación de Leyes de Indias. Fue obra de indispensable consulta y que se la encuentra con frecuencia en las bibliotecas de abogados.

2. Legislación criolla

Las autoridades radicadas en Indias tuvieron abundantes facultades legislativas, tanto en el gobierno temporal como en el eclesiástico, de donde proviene la llamada legislación criolla, que debía ser confirmada por la Corona, sin perjuicio de tener hasta que ello ocurriera, vigencia efectiva. Una disposición de Felipe III de 8 de marzo de 1619, incorporada a *Rec. Ind.* 2, 1, 34 decía:

mandamos a nuestros virreyes, presidentes y oidores que con intervención de los fiscales hagan sacar traslado de todas las ordenanzas y demás autos y acuerdos con que se gobernaren y tuvieren proveídos para la conservación de la tierra y administración de la justicia para que nos le envíen autorizado y en forma que haga fe, y siempre que determinaren el el acuerdo algún auto tocante al gobierno público sobre materias que hagan regla o se dé orden para lo venidero, nos avisen de ellos con los motivos en que se hubieren fundado...,

lo que se aplicaba también a obispos y cabildos eclesiásticos. Veamos las normas correspondientes al gobierno temporal:

A. Legislación secular

a) Reales provisiones de los virreyes

Los virreyes podían dictar reales provisiones, similares en su forma a las dictadas por el Consejo de Indias, en virtud de lo cual representaba plenamente al rey. Fue atribución dada expre-

samente a Cristóbal Colón por privilegio rodado de 28 de mayo de 1493, que se otorgó después a su hijo Diego en las ordenanzas dadas para la Audiencia de Santo Domingo y que se extendió después a todos los virreyes indianos. La Corona procuró que sólo se dictaran para asuntos de incumbencia del virrey y jamás jurisdicciones:

ordenamos que los virreyes del Perú y Nueva España no despachen por sí solos provisiones con nuestro nombre y sello real en negocios de justicia de que toca conocer a las Audiencias por apelación, suplicación u otro recurso, así seculares como eclesiásticos y en cuanto lo demás, se guarde la costumbre (*Rec. Ind.* 3, 3, 42.)

b) Bandos de virreyes y gobernadores

También virreyes y gobernadores dictan o “echan” bandos, que constituyen la publicación de una resolución propia o ajena. Si es ajena, el virrey está sancionando su aplicación de modo que llegue a conocimiento público. Si es propia, está publicando un auto, decreto o providencia suyo. Se terminó por dar al acto publicitado el nombre de su publicidad y en vez de autos se terminó hablando de bandos. Particularmente frecuentes y famosos fueron los bandos de buen gobierno, que normalmente versaban sobre asuntos de baja policía y que fue corriente que se reiteraran de virrey en virrey o de gobernador en gobernador. Fue facultad igualmente de los corregidores el dictar bandos referidos, por cierto, a su radio jurisdiccional. Ejemplo de un bando virreinal que transcribe auto propio es el siguiente de 1 de junio de 1776: “que a los fieles contrastes se les paguen sus justos derechos por la visita de pesos y medidas, y que puedan recibir juramento a los comerciantes y tratantes de que no tienen otras, aunque sean de fuero exceptuado”. Un bando relativo a cumplimiento de disposiciones es el siguiente que comienza así: “Bando de 11 de junio de 1757. Que conforme a repetidas reales cédulas y órdenes del asunto, todos los extranjeros en el término de un mes salgan del lugar de su residencia con precedente pasaporte del justicia territorial para presentarse con él en el pueblo de Jalapa a la diputación de la flota, etcétera.”

c) Ordenanzas de virreyes y gobernadores

También los virreyes y gobernadores dictan *ordenanzas*, que son disposiciones que regulan en forma más o menos amplia una materia, como las *Ordenanzas de minas* de Francisco de Toledo y muchas más de este prolífico virrey. A él se refiere *Rec. Ind.* 2, 1, 37: “los virreyes del Perú vean y hagan guardar y cumplir todo lo ordenado por don Francisco de Toledo, virrey que fue de aquellas provincias en la visita general que hizo en materias de gobierno espiritual y temporal y guerra y administración de nuestra Real Hacienda y otras tocantes al bien común”. Entre ordenanzas de gobernadores, son muy importantes aquellas que regulan las tasas de encomiendas como, por ejemplo, en Chile la llamada tasa de Gamboa del gobernador mariscal Martín Ruiz de Gamboa, de 1580.

d) Autos o decretos de virreyes y gobernadores

Dictan los virreyes y gobernadores generalmente autos o decretos, que constituyen la forma administrativa de expresar su poder. Si incidieren en asunto contencioso, podía apelarse ante la Audiencia. En la *Recopilación de algunos mandamientos y ordenanzas del gobierno de esta Nueva España hechas por los Excmos. Señores Virreyes y Gobernadores de ella* de 1678 de Juan Francisco de Montemayor y Córdova de Cuenca se da el nombre de ordenanzas a todo mandato virreinal, por ejemplo:

Ordenanza de 7 de enero de 1631. Que ninguna persona, de cualquier estado, calidad o condición que sea pueda en toda la Nueva España hacer, vender, ni trajinar directa ni indirectamente aguardiente de maguey; para cuyo efecto, desde luego se revocan cualesquiera licencias que para ello se hubieren dado para que no valgan. Y sólo se permite a los boticarios poder hacerla, con la limitación que las demás cosas tocantes a la salud, pena de que incurra el que lo contrario hiciere en las penas impuestas contra los que hacen y tiene pulque con raiz y tepache.

Además de la colección de Montemayor recién citada es de sumo interés la que hizo Eusebio Ventura Beleña en 1787 de que se habla más abajo.

e) Reales provisiones de las Audiencias

Las Reales Audiencias, por su parte, dictan reales provisiones en cuanto Chancillerías que representan la persona del monarca y poseen su sello real. Al hacerlo deben cumplir con todas las formalidades propias de este tipo de legislación y de que se ha hablado más arriba.

f) Autos acordados de las Audiencias

Dictan, también, autos acordados, decididos en los reales acuerdos y que versaban sobre variadas materias. En la *Recopilación sumaria de todos los Autos Acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España y providencias de su Superior Gobierno i de varias Cédulas y Ordenes que después de publicada la Recopilación de Indias han podido recogerse, así de las dirigidas a la misma Audiencia o Gobierno como de algunas otras que por sus notables discusiones convendrá no ignorar* (México, 1787) de Eusebio Ventura Beleña, oidor de la misma Audiencia, se puede apreciar la gran cantidad de temas a que se referían estos autos acordados: abogados, audiencia pública, asistencias, bienes de comunidad de indios, discordias, entierros de ministros, fianzas, fiscales, indios, juramento de empleados, libros, porteros, procesos, receptores, recursos de fuerza, receptores, residencias, tasación de costas, tributos, visitas de cárcel, etcétera (*vid.* cap. 5, VIII, c), bb).

g) Ordenanzas de los cabildos

De los cabildos emanaban las ordenanzas, que versaban sobre temas atinentes a esos órganos representativos de la república de españoles. Podían ser llevadas a los virreyes para su confirmación, y de su resolución podía apelarse a las Reales Audiencias: *Rec. Ind.* 2, 1, 33. Éstas examinaban normalmente las ordenanzas capitulares “y hallando que son justas y que se deben guardar las hagan cumplir y ejecutar por tiempo de dos años y las remitan a nuestro Real Consejo de Indias para que en cuanto a su confirmación provea lo que convenga”, *Rec. Ind.* 2, 1, 32. El absolutismo borbónico mediatizó en el siglo XVIII a los

cabildos que, por lo general, se encontraron muy disminuidos frente a los representantes del poder central.

B. *Legislación eclesiástica*

En cuanto al gobierno eclesiástico, puede verse en el capítulo dedicado a la regulación de la Iglesia cómo los: a) cánones conciliares; b) sínodos y c) consuetas debían ser confirmadas por la Corona. Eran las consuetas una suerte de colección escrita de costumbres por las que se regían las iglesias catedrales en su administración y gobierno.

II. COSTUMBRE

Es la norma que surge por la repetición de ciertos actos con el convencimiento de que corresponden a un deber jurídico. Ya se ha visto que podía ser metropolitana —la que se fraguaba en España con relación a las Indias: por ejemplo costumbres sobre fletes incoadas en Sevilla— o indiana propiamente tal y ésta, según quien la creara podía ser criolla o indígena. La costumbre indiana metropolitana no ha sido objeto de estudio hasta el momento, por lo que nos referiremos a la costumbre indiana propiamente tal.

1. *Costumbre criolla*

Veamos primero la costumbre *criolla*, o sea la que emana de españoles y criollos. En el título 2 de la partida primera, Alfonso X, siguiendo la tradición romana, daba a la costumbre una enorme importancia. Podía tener valor según la ley, cuando ésta se remitía a ella; valor en silencio de la ley, cuando nada se decía en la legislación y aun en contra de ley, a la que se refiere Juan de Hevia Bolaños en 1603 en su *Curia Filipica* 1a. parte, VIII, núm. 18. Decían las partidas 1, 2, 6 de la costumbre que:

puede tirar las leyes antiguas que fuesen hechas antes de ella, pues que el rey de la tierra lo consintiese usar contra ellas tanto tiempo como sobre dicho es o mayor. Esto se debe entender cuando la costumbre fuere usada generalmente en todo el reino; mas si la costumbre fuere especial entonces no desataría la ley sino en aquel lugar tan solamente donde fuere usada.

La doctrina se refirió particularmente a la costumbre contra ley, que es la más llamativa, a la que se exigía: a) repetición de

actos (comprobado por dos sentencias o aun podían bastar dos casos en que se hubiera invocado la costumbre); b) que fuera racional (lo que, siguiéndose a Enrique de Susa y Juan Andrés quedaba entregado al criterio del juez, quien con su arbitrio la moderaba); c) públicamente utilizada; d) por un cierto tiempo, que se equiparó al de la prescripción, distinguiéndose diez años entre presentes y veinte entre ausentes (para Gregorio López el pueblo siempre estaba presente por lo que sólo se utilizaría el plazo de diez años; Hevia Bolaños, en cambio, admite la diferenciación y agrega que, en materia de derecho canónico, el plazo es de cuarenta años); d) tolerada por el príncipe; e) que no fuera contraria al derecho natural; e) que no fuera contra el bien común, y f) que se estableciera sin error, a ciencia cierta. Aun se admitió, como se ha visto, la costumbre contra derecho canónico, caso en el cual el tiempo de uso era considerablemente mayor.

La amplitud de utilización de la costumbre es explicable por lo casuística y fragmentaria que era la legislación, de manera que aquella permitía integrar lagunas legales. Además, y sobre todo en su vertiente contra ley, permitía adecuar el derecho a la realidad. Mucho se la utilizó en derecho público, al punto que generalmente los títulos expedidos hacían referencia al desempeño del oficio en los términos en que lo habían hecho los antecesores. También se esgrimió frecuentemente la costumbre a efectos de determinar la etiqueta que debía presidir las relaciones entre diversas autoridades. Los cabildos recurrieron a ella para temas protocolares, determinación de sus funciones y muchos más. El derecho agrario se desenvuelve utilizando profusamente la costumbre. Los tribunales, y en particular las Reales Audiencias, fueron constituyendo un estilo de actuar que sale corrientemente a relucir en diversos escritos donde aparecen prácticas originales en el radio jurisdiccional respectivo que no se hallan en otros.

2. Costumbre indígena

La costumbre indígena obtuvo sanción oficial habiendo sido confirmada en 1530, 1542 y 1555, entre otras. Los corregidores de indios creados en Nueva España se rigieron por unos *Capítulos*, de 12 de julio de 1530, en los que se les encargaba, entre otras cosas,

que vean la orden y manera de vivir, que en los mantenimientos y policía tienen los naturales indios en los pueblos que estuvieren debajo de su gobernación, y lo envíe al presidente y oidores para que lo ven y con su parecer de lo que ordenaren, lo envíen al Consejo, y entre tanto se guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fueren contra nuestra religión cristiana.

A petición de Juan Apobezt, cacique en Vera Paz (Guatemala), declaraba Carlos I en real cédula de 6 de agosto de 1555:

aprobamos y tenemos por buenas vuestras buenas leyes y buenas costumbres que antiguamente entre vosotros habéis tenido y tenéis para vuestro regimiento y policía, y las que habéis hecho y ordenado de nuevo todos vosotros juntos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y nuestro y a vuestra conservación y policía cristiana, no perjudicando a lo que vosotros tenéis hecho ni a las buenas costumbres y estatutos vuestros que fueren justos y buenos...,

que algo modificado originó *Rec. Ind.* 2, 1, 4: “ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten...”.

En consecuencia, la costumbre indígena tenía como limitaciones el no afectar la religión católica ni la legislación real. El conocimiento del derecho indígena fue rastreado por misioneros y laicos. Algunos lo ponderaron debidamente como Juan Polo de Ondegardo en su famosa *Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros* y Gaspar de Escalona y Agüero que consideraba las costumbres aborígenes entre los “privilegios reales”. Al establecerse en Chile en 1580 pueblos de indios, se les dio una organización de policía, y expresamente se permitió juzgar de acuerdo a sus usos y costumbres en lo que no fuesen contrarios al derecho natural. Un estudio del derecho indígena americano rebasa los límites del presente *Manual* atendida la enorme variedad de pueblos cuyas costumbres eran también diferentes entre sí: desde el elemental sistema de vida de los caribes, de

los que en las Leyes de Burgos de 1512 se dice que “de su natural son inclinados a ociosidad y malos vicios” hasta los aztecas, de los que dice Cortés

que en su servicio y trato de la gente de ella hay la manera casi de vivir que en España, y con tanto concierto y orden como allá... Las bondades de algunos aspectos del derecho indígena fueron tales que sirvieron de modelo en algunas materias al derecho castellano.

IV. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES

Como hemos dicho, había dos clases de ella: la creada en los tribunales metropolitanos relativa a Indias y la creada en Indias o jurisprudencia de los tribunales criolla. Nos referiremos globalmente a ambas.

Gregorio López en su glosa de 1555 a *Partidas* 1, 2, 5 da a la jurisprudencia de los tribunales el mismo valor que a la costumbre por confluir en ellas el pueblo y el soberano. A diferencia del juez actual, que está estrictamente sometido a la ley, el indiano tenía una libertad de actuación bastante grande, sobre todo en materia penal. La drasticidad de muchas disposiciones, que provenían de la Edad Media, hacía que el juez hiciera uso del arbitrio judicial para morigerar penas excesivas. Se observa en la práctica, como lo ha señalado Alamiro de Ávila Martel en su *Esquema del derecho penal indiano* una actitud un tanto paternalista de los jueces que no sólo aplicaban las penas sino que, además, recriminaban al delincuente, todo ello, naturalmente, con las debidas matizaciones. En materia civil, si bien el juez tiene un arbitrio más reducido, no deja de utilizarse sobre todo cuando se trata de personas miserables como indios, mujeres, niños, entre otros.

La práctica judicial castellana, que Carlos III por disposición de 1778 aplicará a Aragón, era la de no motivar las sentencias. Escuetamente se daba por bien probado el derecho de alguien y se fallaba en su favor declarándose por no probadas las argumentaciones del contrario. Sin embargo, no deja de haber pistas que muestren los criterios seguidos por el tribunal. Desde luego, las alegaciones del demandante y demandado a lo largo de los escritos del juicio; el o los dictámenes de los asesores letrados, que con frecuencia hacen referencia explícita a los

textos legales o a la jurisprudencia doctrinaria y los informes fiscales —en las Audiencias— muchos de los cuales son macizas piezas jurídicas. A pesar de la parquedad de los tribunales para indicar sus fundamentaciones no son raras las sentencias en que se regaña a las partes por haber dejado de hacer algún inventario u otro aspecto de este cariz. Hay que agregar a ello las obras de los decisionistas que dan, incluso para tribunales castellanos e indianos, decisiones de los tribunales con señalamiento de las argumentaciones, derechos invocados y decisiones. El mismo Solórzano Pereira a lo largo de las páginas de su *Política Indiana* va señalando diversos casos en los que le correspondió intervenir con explicación de la solución respectiva y su individual postura al respecto. Con todos estos elementos se puede reconstituir lo que fue el estilo de fallar de un tribunal. Aunque no existía en el derecho indiano el sistema de precedentes que hubo en la Alta Edad Media castellana o en otras latitudes, sí hay una tendencia de los tribunales a reiterar su modo de fallar determinados casos.

Prueba del interés por las decisiones judiciales es *Excubationes semicentum ex decisionibus Regias Chancellariae Sancti Dominici insulae, vulgo dictae Española, totius Novi Orbis primatis compaginatas editio* (México, 1667) de Juan Francisco Montemayor y Córdoba de Cuenca.

V. JURISPRUDENCIA DOCTRINARIA O LITERATURA JURÍDICA

Hemos dicho que en cuanto a fuentes del derecho indiano pueden distinguirse dos aspectos en la literatura jurídica: una, creada en España relativa a las Indias y otra, creada en Indias, lo que metodológicamente es exacto. Sin embargo, determinar dónde se creó una obra es difícilísimo. ¿Hasta qué punto la *Política Indiana* fue elaborada en Indias o en España y correspondería a uno u otro tipo de la clasificación? Por ello, nos referiremos a ambas en conjunto. Cabe hacer presente que no sólo consideramos juristas indianos a los nacidos en Indias, sino también a otros —aun no españoles como Pedro Frasso—, que se impregnaron de las peculiaridades del derecho indiano y a ellas se refirieron publicando sus estudios en Indias o fuera de ellas o aun sin editarlos. Aunque se encuentra mucho material jurídico en diversas obras históricas, teológico-morales y de diversa índole, nos centraremos en los autores que hayan pro-

ducido obras propiamente jurídicas. Además, por habernos referido ya a la labor recopiladora y comentarios en su torno, no consignamos aquí a los autores ya tratados.

La cultura jurídica que hubo en Indias durante la dominación española fue, sin duda, muy alta. Lo prueba el contenido de las bibliotecas, que hoy conocemos bastante bien por estudios monográficos que se han desarrollado en diversas partes de América. En ellas se halla lo mejor de la producción intelectual desde el *mos italicus* hasta los autores de mayor avanzada que pueden encontrarse en el siglo XVIII. Pero, además, los estudios en las universidades demuestran, por sus programas y por las exigencias que se hacía recaer sobre los estudiantes, un nivel bastante elevado.

Pero no se limitaron los habitantes de las Indias (europeos y criollos) a leer lo que se había escrito para otras latitudes y en otros momentos, sino que procuraron pensar por sí mismos elaborando textos de derecho relativos a la vida de las Indias. En ellos se suelen hacer presentes las peculiaridades del nuevo derecho; se plantean y resuelven los problemas jurídicos más corrientes; se contrasta (como lo hace Solórzano, por ejemplo) el nuevo derecho plasmado en y para las Indias con el derecho metropolitano, y se inserta ese nuevo derecho en la tradición del *ius commune*. Al efecto no sólo se utilizan criterios de creación de derecho similares a los empleados por glosadores, comentaristas y humanistas, sino que se procura insertar las soluciones indianas en el *ius commune*. Actitudes de Solórzano como asimilar las reales cédulas a los rescriptos, o de Matías Nicolás del Campo de aplicar al protector las normas romanas y castellanas sobre tutores y curadores prueban la postura señalada.

La obra más general que encontramos es la de Juan de Solórzano Pereira (1575-1655). Natural de Salamanca y catedrático en esa Universidad; oidor de la Real Audiencia de Lima en 1609 permaneció ahí casi veinte años y al regresar a España fue consejero de Hacienda y desde 1629 consejero de Indias pasando en 1633 a fiscal de ese órgano. En 1629 publica el primer tomo de su *De Indiarum iure disputationes sive de iusta Indiarum Occidentalium inquisitione, acquisitione et retentione* y en 1639 el segundo. Por su postura vicarialista extrema fue prohibida por la Santa Sede, veto que no afectó al mundo hispanoindiano. Una versión castellana fue la *Política indiana*

editada en 1647, objeto posteriormente de varias reediciones, de las que una de las más prácticas es la de 1736 con notas adaptantes de Francisco Ramiro de Valenzuela. Es admirable el conocimiento de autores que demuestra Solórzano, así como su versación en derecho romano y canónico y su captación de las peculiaridades del derecho indiano.

Uno de los juristas más destacados de Indias fue Antonio de León Pinelo, al cual se debe nada menos que la principal autoría de la *Recopilación de Leyes de Indias*, habiendo publicado en 1623 su *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la recopilación de leyes de las Indias Occidentales*. Nacido en Valladolid llegó a corta edad a Lima donde estudió derecho en San Marcos junto con su hermano Diego, autor también de interesantes obras jurídicas publicadas en Lima. Llegó a ser relator del Consejo de Indias. Gran bibliófilo, fue autor de una de las más importantes obras de ese tema: *Epítome de la Biblioteca Oriental y Occidental, Náutica y Geográfica*. Su *Tratado de las confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos en que se requieren para las Indias Occidentales* (Madrid, 1630) es obra de consulta obligada y fue muy citada por juristas.

Otra obra, relativamente amplia, es *Gobierno del Perú*, de Juan de Matienzo (1510-1579), oidor y presidente de la Real Audiencia de Caracas, quien colaboró grandemente con el virrey Francisco de Toledo. Ahí trata de los temas más variados, desde algunos relativos a los indígenas mismos (como las plantaciones de coca y la relevancia que para ellos tenían) hasta otros sobre españoles (como la expulsión de los que estaban separados de sus mujeres). Fue, además, autor de un excelente comentario del libro 5o. de la *Nueva Recopilación* donde trae algunas referencias a Indias: *Comentaria in Librum V Recollectionis Legum Hispaniae* (Madrid, 1580).

Otros comentaristas del derecho castellano son: Diego Gómez Cornejo, oidor en Guatemala y después en México, autor de *Adición a los comentarios del doctísimo Antonio Gómez* (Salamanca, 1598) y el hondureño Francisco Carrasco del Saz, ex alumno de San Marcos en Lima, donde fue rector pasando luego a la Audiencia de Panamá en calidad de oidor, a quien se debe *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae* (Sevilla, 1620).

Al derecho romano se refirieron Sebastián Caballero de Medina, natural de México, catedrático de la Universidad de Salaman-

ca y oidor en las Audiencias de Manila y Guadalajara, que dio a los moldes en Madrid en 1637 unas *Praelectiones turis habitae in Academia Salmanticaense*; el fiscal de Buenos Aires y después fiscal y oidor en Guatemala, Diego Ibáñez de Faria, que publicó en Madrid en 1659-1660 unas *Additiones* a las *Variarum Resolutionum* de Diego Covarrubias de Leyva, seguidas de unas *Novae Additiones* (Lyon, 1688); el limeño José de Arriz, agente fiscal de la Real Audiencia de Lima y más tarde oidor honorario de Caracas, que dejó una relección para obtener la cátedra de Código, *Extemporanea relectio ad legem Quisquits 16. Codice Si certum petatur* (Lima, 1785); Eusebio Ventura Beleña (1736-1794) oidor en Guatemala y México, quien además del trabajo referido al tratar de los autos acordados escribió *Elucidationes ad Quatuor Libros Institutionum Imperatoris Iustiniani opportune locupletatae legibus decisionibusque turis Hispani a Doctore Domino Jacobo Magro* publicada en México en 1787, que se encontraba en la nueva línea de confrontación de la romanística con el derecho castellano, y el ilustrado peruano José Baquíjano y Carrillo, futuro marqués de Vistaflorida, protector de naturales y más tarde alcalde del crimen en la Audiencia de Lima, quien con ocasión de participar en la oposición a la cátedra de Prima de Leyes en la Universidad de San Marcos (que perdió) elaboró una *Relectio extemporanea ad explanationem legis Pamphilo XXXIX D. De Legatis et Fideicomissis III* (Lima, 1788), en que se aprecia su inclinación por los autores del humanismo jurídico.

En derecho financiero la obra más relevante es la de Gaspar de Escalona y Agüero (1590-1650), natural de La Plata, ex-alumno de San Marcos en Lima, oidor de la Real Audiencia de Chile donde murió. Fue autor del *Gazophilactum regium perubicum* (Madrid, 1647), obra de general difusión. Fue también autor de un tratado sobre la apelación de autos de gobierno, cuyo manuscrito se encuentra en el Archivo Nacional de Chile firmado por Escalona. Debe de haber sido interesante la *Suma de los tributos*, relativa a los de los indios, escrito por Alonso de Zorita, que desgraciadamente se perdió. Este jurista, que fue oidor en México entre 1556 y 1566 y del cual hemos referido su *Cedulario* terminado en 1574, fue autor también de una *Breve y sumaria relación de los señores de la Nueva España* y de una *Relación de las cosas notables de la Nueva España* en que hay mucho material jurídico de provecho relativo a

derecho indígena pre y poscortesiano, utilizado por el jesuita Francisco Javier Clavijero (1731-1787) en su *Historia antigua de México*. Fray Alonso de la Veracruz, de quien se habla más adelante, fue autor en 1555 de *De Decimis*, en que afirmaba que los indios estaban exentos del pago de diezmos en atención a su colaboración laboral y de otra índole con las órdenes religiosas. De 1556 es la obra de Juan Díez Freile publicada en México: *Sumario compendioso de las cuentas de plata y oro que en los reinos del Perú son necesarias a los mercaderes y todo género de tratantes. Con algunas reglas tocantes a la aritmética*. En 1621 Juan Suárez de Gamboa publica en Madrid *Advertencia de los daños que se siguen para el Real interés de S.M. como en el de la Nueva España*. Manuel Gaitán de Torres publicó en 1625 *Reglas para el gobierno destos Reynos y de los de las Indias con aumento en su población y en la Real Hacienda y armas de la mar*. En 1726 publica en Lima Dionisio de Alcedo y Herrera, presidente de la Audiencia de Quito, un *Memorial informativo sobre diversos puntos tocantes al estado de la Real Hacienda y del Comercio en las Indias* (Lima, 1726) y *Justificación de los asientos de avería, almojarifazgos y alcabalas en satisfacción de las respuestas de los fiscales del Consejo Real de las Indias y de la Audiencia de Lima* (Lima, 1726).

El tema de los indios fue, obviamente, muy tratado. Entre los muchos informes que escribió el oidor y luego obispo de Michoacán, Vasco de Quiroga, tiene particular interés un *Informe en derecho sobre algunas provisiones del Real Consejo de Indias* (1535) que se conservó manuscrita y que ha sido últimamente publicada. Pueden citarse además, entre muchas otras, las obras de Juan Polo de Ondegardo, aludido más arriba; de fines del siglo XVI es el *Tratado de la importancia y utilidad que hay en dar por esclavos a los indios rebeldes de Chile* del canónigo de la catedral de Santiago de Chile, Melchor Calderón, obra que fue impresa en Lima; *Tratado y consulta sobre el servicio personal de los indios* (Lima, 1604) del dominico valenciano Miguel de Agia, relativo a la abolición de repartimientos de indios; el *Tratado sobre el oficio de protector general de los indios* publicado en Madrid en 1626 por el limeño Juan de la Rynaga Salazar, oidor en Panamá; Juan Ortiz de Cervantes publicó en 1619 y 1620 dos memoriales sobre perpetuidad de las encomiendas en tanto que en Nueva España

aparece *Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros de justicia de las Indias y para sus confesores*, del dominico fray Jerónimo Moreno (1561-1631) publicado póstumamente en México en 1637. El padre Alfonso de la Peña Montenegro, obispo de Quito escribió *Itinerario para párrocos de indios* (Madrid, 1668), obra de suma utilidad y por ello, muy reeditada. Nicolás Matías del Campo y de la Rynaga, futuro oidor en Panamá, Quito y Caracas, sobrino del ya mencionado Juan de la Rynaga, publica en Madrid en 1671 un *Memorial histórico y jurídico que refiere el origen del Oficio de Protector general de los Indios del Perú...* que destaca por la erudita proliferación de citas, fruto de un conocimiento jurídico poco común.

Sobre el mejor derecho de los indios a oficios eclesiásticos y civiles hay muchas obras. El mexicano Juan de Zapata Sandoval, agustino, que llegó a ser obispo de Chiapas y Guatemala, publica *De iustitia distributiva* (Valladolid, 1609) en que se refiere a las causas por qué se los ha de preferir en diversos cargos. Juan Ortiz de Cervantes, nombrado más arriba, publica en 1620 su *Información en favor de los derechos que tienen los nacidos en Indias a ser preferidos en las prelacías, otros beneficios eclesiásticos y oficios seculares de ellos*. Luis de Bettancourt y Figueroa edita en Madrid en 1637 su *Derechos de las iglesias metropolitanas y catedrales de las Indias sobre que sus prelacías sean proveídas en los capitulares de ellas y naturales de sus provincias*. Buenaventura de Salinas y Córdova, que fue secretario de gobierno del marqués de Montesclaros e ingresó después a la orden franciscana llegando a ser comisario general de ésta en Cuernavaca publicó en Madrid en 1643 un *Memorial, Informe y Manifiesto [...] en que [...] informa la buena dicha y méritos de los que han nacido en las Indias de padres españoles...* Pedro de Bolívar y de la Redonda escribe un *Memorial, informe y discurso legal histórico y político* (Madrid, 1667) y Juan Antonio de Ahumada en 1725, *Representación político-legal*. A la misma materia se refirió en diversos puntos de su *Política* Solórzano.

En tema de derecho civil es interesante la *Praxis civile de exercitio practicarum actionum tam in communi quam reglure sancta iuxta hodiernum* (Madrid, 1614) de Juan de Montealegre, gobernador en León, Alcántara y Llerena y posteriormente oidor en la Real Audiencia de Caracas, la que fue

proseguida por su hijo Jerónimo de Montealegre, abogado de la Real Audiencia de Caracas. Fue bastante utilizada la *Práctica e instrucción para albaceas, tutores y curadores* de Domingo Gómez de Silva (Lima, 1640). También lo fue *Relectiones iuris civilis* (Madrid, 1669) del arequipeño Francisco Jaraba y Buitrón, oidor en Panamá. Una obra de particular importancia fue *Tractatus de fructibus* (Madrid, 1686) del fiscal de la Audiencia de Quito y luego oidor en Lima Matías Lagúnez, la que fue reeditada frecuentemente. Muy utilizada por el servicio que prestaba fue *Práctica de testamentos en que se resuelven los casos más frecuentes que se ofrecen en la disposición de las últimas voluntades* (Manila, 1745) de Pedro Murillo Velarde.

En derecho procesal, la maciza obra de Juan de Hevia Bolaños (1570-1623), *Curia Filípica* (Lima, 1603), fue una de las aportaciones más grandes a ese campo del derecho. Es Hevia un curioso personaje de origen asturiano (nació en Oviedo), cuyos estudios de derecho se desconocen, que tiene oscuros puestos en Quito y Lima y que, sin embargo, redacta este interesante trabajo práctico, que demuestra unos conocimientos jurídicos poco corrientes. Nicolás de Irolo, escribano real en México, publicó ahí en 1605 una *Primera parte de la política de escrituras* que facilitaba estas tareas. Hubo varias obritas prácticas que circularon manuscritas como el llamado *Cuadernillo de Gutiérrez* o *Instrucción forense del modo y orden de sustanciar y seguir los juicios con sus respectivos recursos, según el estilo de esta Real Audiencia de la Plata...* del abogado paceño Francisco Gutiérrez de Escobar y el *Materialismo de modo de libelar y decretar en las causas ejecutivas* del doctor José Alberto Díaz, abogado de la Real Audiencia de Chile.

A Hevia se debió también el *Labyrintho del comercio terrestre y naval donde se trata de contratación de tierra y mar* (Lima, 1617), que posteriormente se publicó junto con la *Curia*. El sevillano José Manuel Domínguez Vicente (1706-1767) actualizó la *Curia* en su *Ilustración y continuación a la Curia Philippica* (t. I, Madrid, 1736; t. II, Madrid, 1739 y t. III, Madrid, 1770). Uno de los estudios más interesantes sobre derecho comercial es la *Suma de tratos y contratos de mercaderes dividido en seis libros* (Salamanca, 1569) de fray Tomás de Mercado (1523-1575), que tuvo muchas ediciones y fue sobradamente comentada. Mercado ingresó a la orden de los dominicos en México en 1553; estudió en la Universidad de México donde posterior-

mente llegó a ser catedrático, perfeccionándose más tarde en Salamanca. Probablemente date de 1608 un memorial de Pedro Bravo de Acuña que comienza *Este Memorial me mandó el Conde de Lemos que hiciese... sobre la manera y medios para que la especiería de Maluco se llevase a Filipinas, de aquí a Acapulco y Panamá*. Sobre derecho mercantil hay también obras del portugués Duarte Gómez Solís, *Discurso sobre los comercios de las Indias, donde se trata materias importantes de estado y guerra* (1622) y *Alegación en favor de la Compañía de la India Oriental y comercios ultramarinos que de nuevo se restituyeron en el Reyno de Portugal* (1628); el *Confesionario general, luz y guía del cielo con advertencias por donde se ha de confesar al christiano y explicación de los pecados de comisión y omisión oculta y ajenos, partir del pecado, sus causas morales y circunstancias con los contratos y tratos de las Indias del Pirú y Nueva España y explicación de sacramentos y excomuniones con un sumario de las indulgencias de Ntra. Sra. del Carmen* de fray Antonio Vázquez de Espinosa (Madrid, 1623) y *De contractibus* (Roma, 1646-1654) del jesuita Pedro de Oñate, provincial en Paraguay. Data de 1645 probablemente *Sobre reapertura del comercio y navegación entre Acapulco y Callao* de José Ferriol. José de Veitia y Linage (1623-1688) publicó su *Norte de la Contratación de las Indias Occidentales* (Sevilla, 1672), interesante obra en que aprovechó sus conocimientos como oficial de la Casa de Contratación de Sevilla, lo que le valió su elevación a secretario del Consejo de Indias. Jerónimo de Ustáriz publica en 1724 *Teoría y práctica de comercio y marina*, que se refiere a las modificaciones mercantiles introducidas por los Borbones, en particular al proyecto de galeones de 1720. Tomando pie en Ustáriz Bernardo de Ulloa publica en Madrid en 1740 su *Restablecimiento de las fábricas y comercio español: errores que se padecen en las causales de su decadencia cuales son los legítimos obstáculos que le destruyen y los medios eficaces de que florezca. Parte primera: que trata qué sea comercio, cuáles sus partes y diferencias, cuál el que goza España y el que necesita mantener con las naciones para el restablecimiento de las fábricas y tráfico terrestre en un extracto del libro de D. Gerónimo Uztáriz. Theórica y Práctica de Comercio y Marina. Segunda parte: que trata del comercio y tráfico marítimo que tiene España con las naciones y en la América;*

causas de su decadencia y medios con que se debe aumentar y estender para beneficio de estos Reynos y aumento de las fuerzas marítimas de ellas y su población. En 1732 publica en Madrid el marqués de Santa Cruz de Marcenado, comandante general de Ceuta y Tenerife, una curiosa *Rapsodia económico-político-monárquica. Comercio suelto y en compañías, general y particular, en México, Perú, Filipinas y Moscovia: población, fábricas, pesquerías, plantíos, colonias en Africa: Empleo de pobres y vagabundos y otras ventajas que son fáciles a la España con los medios aquí propuestos, extractado o comentados por el [...].* De Antonio Álvarez de Abreu es *Extracto historial del expediente que pende en el Consejo Real y Supremo de las Indias a instancia de la ciudad de Manila y demás de las Islas Filipinas* (Madrid, 1736) sobre temas de comercio. José Gutiérrez de Rubalcava edita en Cádiz en 1750 *Tratado histórico, político y legal del comercio de las Indias Occidentales pertenecientes a los Reyes Católicos con forme al tiempo de paz y guerra en interpretación de las leyes de la Nueva Recopilación a ellas. Primera parte. Compendio histórico del comercio de las Indias desde su principio hasta su actual estado.* De plena época de reformas borbónicas es la *Colección legal de cartas, dictámenes y otros papeles en derecho* (Lima, 1761) de Pedro Bravo de Lagunas y Castilla. Inmensamente importante fue el *Nuevo sistema de gobierno económico para la América* (Madrid, 1789) de José Campillo y Cossío, así como el *Proyecto económico en que se proponen varias providencias dirigidas a promover los intereses de España con los medios y fondos necesarios para su implantación, escrito en el año de 1762 por Bernardo Ward, del Consejo de S.M. y su Ministro de la Real Junta de Comercio y Moneda. Obra póstuma* (Madrid, 1770) reeditado en varias oportunidades. Una obra que permaneció manuscrita fue la *Guía de negociantes. Compendio de la legislación mercantil de España e Indias* de José María Quirós, que fuera entregada por su autor al Consulado de Veracruz en 1810. Poco se sabe de Quirós salvo que era de origen andaluz, matriculado en 1797 en el Consulado de Veracruz. En Madrid, en 1797 fueron impresas las *Memorias históricas sobre la legislación y gobierno del comercio de los españoles con sus colonias en las Indias Occidentales*, de Rafael Antúnez y Acevedo.

En derecho canónico, el franciscano Juan Focher, profesor de la Universidad de México, inicia el tema del vicariato regio en su *Itinerarium catholicorum profiscentium* (Sevilla, 1574). En el mismo año fue editado en México el *Tratado de que se deben administrar los sacramentos a los indios* de fray Pedro Agurto. El agustino fray Alonso de la Veracruz publica *Speculum coniugiorum* (1556) sobre derecho canónico matrimonial, y elabora un interesante estudio sobre los justos títulos, *De dominio infidelium et iusto bello*. El dominico Miguel de Agia mencionado más arriba fue autor de una obra sobre el importante tema del auxilio civil a la jurisdicción eclesiástica, titulado *De exhibendis auxillis sive de invocatione utriusque brachii tractatus* (Madrid, 1600). Esteban de Ávila (1519-1601), jesuita, profesor de teología en Lima, apodado *el Oráculo del Perú*, publica *De censuris ecclesiasticis* (Lyon, 1607-1610) y *Compendium Summae Doctoris Navarri* (Brujas, 1609). Sobre capellanías versa *De anniversariis et capillantiis libri duo* de Ildefonso Pérez de Lara, alcalde del crimen de Lima. Muy citada fue la obra del limeño Feliciano de Vega, doctorado en San Marcos, obispo sucesivamente de Popayán y La Paz y arzobispo electo de México *Relectionum canonicarum in secundum Decretalium libros* (Lima, 1663); en 1605 había publicado una *Relectio legis* para obtener la cátedra de Prima de leyes en San Marcos. De similar interés que las anteriores es la obra del catedrático de Decreto de la Universidad de México Miguel de Ibarra, *Annuae relectiones ad Canonicae Iuris explicationes in duas partes divisae* editada en 1674. Una de las obras cumbres en derecho canónico, y más concretamente, sobre Real Patronato es la del agustino quiteño fray Gaspar de Villarroel (1587-1665), obispo de Santiago de Chile y luego arzobispo de Caracas, autor de *Gobierno eclesiástico pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio* (Madrid, 1656-1657), obra que es citada profusamente y que se encuentra en la mayor parte de las bibliotecas indianas. Más cargado de tintas en su posición regalista es el sardo Pedro Frasso, fiscal de la Audiencia de Guatemala, luego de la de Caracas, oidor en Quito, fiscal y oidor en Lima autor de *De Patronatu Indiarum* (Madrid, 1677-1679). Es también intensamente partidario de los derechos del rey en asuntos eclesiásticos el futuro marqués del Risco, Juan Luis López, alcalde del crimen en la Real Audiencia de Lima y gobernador del mineral de Huancavelica, a quien se deben

Alegación histórico-jurídica política en defensa de la jurisdicción (Lima, 1685), *Historia legal de la Bula de la Cena*, que aunque escrita entre 1684 y 1685 sólo se imprimió en 1768 con prólogo de Pedro Rodríguez de Campomanes y *Observaciones theopolíticas*, de 1690, glosa al libro 1o. de la *Rec. Ind.* Recopilan cánones conciliares y sínodos Francisco Haroldo en *Lima Limata* (Roma, 1673), José Sáenz de Aguirre en *Notitia conciliorum Hispaniae et Novi Orbis* (Salamanca, 1686) y el obispo Francisco Antonio Lorenzana en *Concilios Provinciales Primero y Segundo celebrados [...] en México [...] en 1555 y 1565* (México, 1769). Según nos acerquemos al siglo XVIII el regalismo se va espesando. Antonio José Álvarez de Abreu publica en Madrid en 1726 su *Víctima real legal, discurso único, jurídico-histórico-político, sobre que las Vacantes mayores y Menores de las Iglesias de las Indias Occidentales pertenecen a la Corona de Castilla y León con pleno y absoluto Dominio* sobre el derecho de la Corona a las vacantes, que por ser una de las más fuertes en el tema le valió a su autor el título de marqués de la Regalía. Pedro de Hontalva Arce imprime en Madrid en 1737 *Manifiesto canónico legal*. Contra el regalismo se escribió publicándose en 1749 en Lima la obra del jesuita Antonio de la Cueva y Ponce de León, *Concordia de la discordia*, a la que respondió con la posición contraria titulada *Discordia de la concordia* el limeño Pedro Bravo de Lagunas, ex alumno de San Marcos, a quien se deben además un *Voto consultivo* sobre el comercio de trigo con Chile (Lima, 1755) y una *Colección legal de cartas, dictámenes y otros papeles de derecho* (Lima, 1761). Ultrarregalista es el mexicano Antonio Joaquín de Ribadeneyra y Barrientos (c. 1710-1772), egresado de la Universidad de México, oidor supernumerario de Guadalajara en 1748, fiscal del crimen en la Audiencia de México en 1753, de lo civil en 1760 y oidor en la misma Audiencia designado en 1761, autor de *Manual compendio del Regio Patronato Indiano* (Madrid, 1755), de crecida circulación. En el mismo 1755 el canonista mexicano Ignacio Zubía edita el puntual trabajo *Unica quaestio circa sacerdotis excommunicati & denuntiati, haeretici, chismatici & degradati iurisdictionem absolventi in articulo mortis constitutum* relativo a si los sacerdotes excomulgados o denunciados por herejes o cismáticos conservaban potestad para absolver en peligro de muerte. La obra más comprensiva de derecho canónico es *Cursus Iuris*

canonici Hispani et Indici (Madrid, 1743) de Pedro Murillo Velarde, sacerdote de la Compañía de Jesús que residió por largo tiempo en Manila.

Una obra capital, profusamente citada desde que se editó fue *Tractatus de officio fiscalis atque fiscalibus privilegiis* (Valladolid, 1606) de Francisco Alfaro, fiscal en las Audiencias de Panamá (1594) y Caracas (1597), más tarde oidor en Lima y finalmente presidente de la Audiencia de Caracas.

Además de incursiones en temas políticos que se hallan en diversas historias relativas a diferentes puntos de Indias, hay algunas más específicamente atinentes al tema. Así, *Historia real y sagrada, luz de príncipes y súbditos* (Puebla, 1643) del insigne Juan de Palafox y Mendoza (1600-1659), obispo de Puebla y luego de Osma y *Perfecta razón de Estado. Deducida de los hechos del señor don Fernando el Católico, quinto de este nombre en Castilla y segundo en Aragón. Contra los políticos ateístas* de Juan Blázquez Mayoralgo (México, 1646). Inciden también en temas políticos *Estatua de Nabucho* de Esteban de Aguilar, poeta y orador sagrado mexicano nacido en Puebla y muerto en México en 1668, autor de diversos elogios y panegíricos y *Theatro de virtudes políticas, que constituyen a un príncipe* (1680) del mexicano Carlos de Sigüenza y Góngora (1645-1700), clérigo de múltiples inquietudes filosóficas y matemáticas, materia de que fue catedrático en la Universidad de México. Una obra muy crítica sobre el imperio hispánico fue la *Memoria sobre el gobierno de las Indias españolas* de Francisco de Seijas y Lobera (1650-1705), un aventurero gallego que fue fugaz alcalde mayor de Tacuba en Nueva España y que recorrió buena parte del continente americano.

Gabriel Álvarez de Velasco, oidor en Santa Fe de Bogotá, escribió *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum* (Madrid, 1630-1636), relativo a pobres y miserables; *Judicem item perfectum*; *Eptome de legis humanae y Axiomata et loca communi turis* (Madrid, 1631) muy citada.

En derecho internacional, tenemos la ya mencionada obra de fray Alonso de la Veracruz; el *Discurso político, histórico y jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados* (México, 1658) de Juan Francisco Montemayor y Córdova de Cuenca y *Tratado jurídico-político sobre las presas de mar y calidades que deben concurrir para hacerse legítimamente*

el corso (Cádiz, 1746) de Félix José de Abreu y Bertodano, natural de Caracas, obra traducida al francés en 1748. Al mismo autor se debe una *Colección de tratados de paz, alianza, neutralidad...* (Madrid, 1769-1801).

Incide en derecho militar *De officio praefecti militaris anno-nae*, sobre el proveedor general de las reales armadas de la Mar del Sur, de Pablo de Santiago Concha publicada en Madrid en 1704. En la segunda edición del *Discurso* sobre presas de Juan Francisco Montemayor y Córdoba de Cuenca hecha en Amberes en 1683 se advierte que va añadido y aumentado con algunas máximas y preceptos o reglas militares. Trae muchísimo material jurídico militar *Juzgados militares de España y sus Indias* (Madrid, 1788) de Félix Colón de Larriátegui de obligada consulta en tales materias.

El derecho penal tiene como representante máximo al novohispano Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820) natural de la hacienda de San Juan del Molino en Tlaxcala, colegial de San Ildefonso con estudios universitarios en Valladolid. Perteneció a la Academia Geográfica-Histórica de Valladolid y después a la Real Academia de la Lengua, de la que fue secretario perpetuo. Ocupó importantes cargos en España, tales como alcalde del crimen y de hijosdalgo en la Real Audiencia y Chancillería de Granada, fiscal del crimen en Madrid y fiscal del Supremo Consejo de Castilla. Recibió encargo de resumir el derecho penal desde los visigodos con el objeto de formar un Código Carolino de derecho penal. Estuvo así asociado a la junta de tres consejeros de Castilla encargados de tan importante tarea. Publica en 1782 *Discurso sobre las penas contraído a las leyes penales de España*, que constituye el primer tratado específico de penología del mundo por concreción que no posee el célebre *Dei delitti e delle pene* de Beccaria.

Sobre derecho de minas la obra de mayor difusión fue la del mexicano Francisco Javier Gamboa, natural de Guadalajara, egresado de la Universidad de México, ex alumno del Colegio de San Ildefonso, regente de la Real Audiencia de Santo Domingo y luego alcalde del crimen y oidor en México titulada *Comentarios a las Ordenanzas de Minas* (Madrid, 1761), de enorme difusión. De gran interés para la comprensión del derecho minero es el *Diccionario* que en *El Mercurio Peruano* publicó José Rossi y Rubí. El *Código Carolino de ordenanzas reales de las minas de Potosí y demás provincias del Río de*

la Plata del paraguayo Pedro Vicente Cañete y Domínguez, ex alumno de las Universidades de Córdoba y de San Felipe de Santiago de Chile, asesor de la intendencia de Potosí es obra que, aunque no obtuvo sanción oficial, es científicamente importante, pues muestra el conocimiento acabado que en estas materias tenía su autor. A Cañete se debe una *Historia física y política de Potosí* que trae información jurídica relevante, y *Syntagma del Real Patronazgo*. No menos versados en derecho minero fueron los mexicanos Lucas de Lessaga y Joaquín Velázquez de León, autores de esa pieza de concreción jurídica que fueron las *Ordenanzas de Minas* de Nueva España.

En torno al derecho de aguas la única obra indiana es el *Tratado sobre las aguas de los valles de Lima*, de Ambrosio Cerdán y Pontero publicado en *El Mercurio Peruano* de Lima en 1793. Fue Cerdán fiscal del crimen y protector de naturales en la Audiencia de Chile en 1777 pasando dos años más tarde a Lima como alcalde del crimen y luego oidor de la misma Audiencia. Accesoriamente se desempeñó como juez de aguas, lo que le dio la experiencia necesaria como para escribir el referido tratado. En 1795 asciende a regente de la Real Audiencia de Guatemala.