

Zorraquín Becú, Ricardo
La función de justicia en el derecho indiano. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1948.
Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho "Conferencias y Comunicados del Instituto de Historia del Derecho XXIII"



Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

XXIII

RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ

LA FUNCIÓN DE JUSTICIA EN EL
DERECHO INDIANO

BUENOS AIRES
IMPRENTA DE LA UNIVERSIDAD

1948

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo

La función de justicia en el derecho indiano. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1948.

Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho "Conferencias y Comunicados del Instituto de Historia del Derecho XXIII"

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

LA FUNCIÓN DE JUSTICIA EN EL
DERECHO INDIANO

Zorraquín Becú, Ricardo
La función de justicia en el derecho indiano. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1948.
Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho "Conferencias y Comunicados del Instituto de Historia del Derecho XXIII"

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

XXIII

RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ

**LA FUNCIÓN DE JUSTICIA EN EL
DERECHO INDIANO**

BUENOS AIRES
IMPRESA DE LA UNIVERSIDAD

1948

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Apartado de la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, de la Universidad de Buenos Aires, tercera época, año III, N° 10.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Carlos M. Lascano

VICEDECANO

Dr. Lucio M. Moreno Quintana

SECRETARIO

Dr. Jorge A. Dávalos

PROSECRETARIO

Samuel M. Nóblega Soria

CONSEJO DIRECTIVO

Consejeros titulares: Dres. Lucio M. Moreno Quintana, Hernán Maschwitz, Emilio B. Pasini Costadoat, Elena Julia Palacios, Guillermo A. Borda, Norberto Gowland, Marcelo Sánchez Sorondo, Osvaldo R. Z. Pérez Pardo, Alfredo R. Zuanich y Julio N. San Millán Almagro.

Consejeros sustitutos: Dres. Carlos Alberto Alcorta, José M. Caramés Ferro, Javier López, Alfredo J. Molinario, Jesús H. Paz (h.), Hernán A. Pessagno, Jorge Bengolea Zapata, Carlos M. Moyano Llerena, Carlos Cossio, Manuel P. Gómez Carrillo y Esteban Oscar Domínguez.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO

DIRECTOR

Dr. RICARDO LEVENE

MIEMBROS TITULARES

Doctores Ricardo Levene, Carlos Mouchet, Juan Antonio Villoldo y Ricardo Zorraquín Becú y señor Álvaro Melián Lafinur.

Doctores Walter Jakob, Armando Braun Menéndez, Carlos A. Pueyrredón y José M. Mariluz Urquijo y señor Ricardo Piccirilli.

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

En España: doctores Alfonso García Gallo, Luis García Arias, Jaime Delgado, Jesús E. Casariego, Juan Manzano y Manzano, Manuel Hidalgo Nieto, Antonio Muro Orejón y José de la Peña Cámara.

En Estados Unidos de Norte América: doctor Clarence H. Haring.

En Méjico: doctores Rafael Altamira, Silvio Zavala y Lucio Mendieta Núñez.

En Colombia: doctor José María Ots Capdequí.

En Perú: doctor Jorge Basadre.

En Chile: doctores Aníbal Bascuñán Valdés y Alamiro de Ávila Martel.

En las Provincias: doctores Manuel Ibáñez Frocham (Buenos Aires), Ricardo Smith (Córdoba), Fernando F. Mó (San Juan), Manuel Lizondo Borda (Tucumán) y Atilio Cornejo (Salta).

JEFE DE INVESTIGACIONES

Dr. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO

JEFE DE INFORMACIONES Y PUBLICACIONES

SIGFRIDO A. RADAELLI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE HISTORIA
DEL DERECHO

COLECCIÓN DE TEXTOS Y DOCUMENTOS

PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. ANTONIO SÁENZ, *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1939.
- II. PEDRO SOMELLERA, *Principios de derecho civil* (reedición facsimilar). Noticia preliminar de Jesús H. Paz, 1939.
- III. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del derecho* (reedición facsimilar). Noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, 1942.
- IV. MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de práctica forense* (reedición facsimilar). Con apéndice documental. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1945.
- V y VI. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, dos tomos, 1945.
- VII. BERNARDO VÉLEZ, *Indice de la Compilación de derecho patrio (1832)* y *El Correo Judicial*, reedición facsimilar (1834). Noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, 1946.

COLECCIÓN DE ESTUDIOS

PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

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

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

— 10 —

COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PATRIO

EN LAS PROVINCIAS

- I. ATILIO CORNEJO, *El derecho privado en la legislación patria de Salta. Notas para el estudio de su evolución histórica*. Adver-tencia de Ricardo Levene, 1947.

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

[VOL. I]

- I. RICARDO LEVENE, *Juan José Montes de Oca, fundador de la cátedra de Introducción al derecho*, 1941.
II. JORGE A. NÚÑEZ, *Algo más sobre la primera cátedra de Ins-tituta*, 1941.
III. RICARDO PICCIRILLI, *Guret Bellemare, Los trabajos de un ju-risconsulto francés en Buenos Aires*, 1942.
IV. RICARDO SMITH, *Función de la historia del derecho argentino en las ciencias jurídicas*, 1942.
V. NICETO ALCALÁ ZAMORA, *Impresión general acerca de las leyes de Indias*, 1942.
VI. LEOPOLDO MELO, *Normas legales aplicadas en el Derecho de la navegación con anterioridad al Código del Comercio*, 1942.
VII. GUILLERMO J. CANO, *Bosquejo del derecho mendocino inter-medio de aguas*, 1943.
VIII. JUAN SILVA RIESTRA, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, 1943.
IX. CARLOS MOUCHET, *Evolución histórica del derecho intelectual argentino*, 1944.
X. JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *Las ideas sociales en el Congreso de 1824*, 1944.

[Portada para encuadernar el volumen I, formado por los folletos números I a X.]

[VOL. II]

- XI. RODOLFO TROSTINÉ, *José de Darregueyra, el primer conjuer patriota (1771-1817)*, 1945.

— 11 —

- XII. RICARDO LEVENE, *La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García*, 1945.
XIII. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Aspectos del derecho penal india-no*, 1946.
XIV. SIGFRIDO A. RADAELLI, *Las fuentes de estudio del Derecho patrio en las Provincias*, 1947.
XV. VICENTE O. CUTOLO, *La enseñanza del derecho civil del pro-fesor Casagamas durante un cuarto de siglo (1832-1857)*, 1947.
XVI. FERNANDO F. MÓ, *Valoración jurídica de la obra minera de Sarmiento*, 1947.
XVII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La justicia capitular durante la dominación española*, 1947.
XVIII. SIGFRIDO A. RADAELLI, *El Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano a diez años de su fundación*, 1947.
XIX. RAÚL A. MOLINA, *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo*, 1947.
XX. RICARDO LEVENE, *En el tercer centenario de "Política In-diana"*, de Juan de Solórzano Pereira, 1948.

[Portada para encuadernar el volumen II, formado por los folletos números XI a XX.]

[VOL. III]

- XXI. VICENTE OSVALDO CUTOLO, *El primer profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continua-dores*, 1948.
XXII. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Los matrimonios entre perso-nas de diferente religión ante el derecho patrio argentino*, 1948.
XXIII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La función de justicia en el de-recho indiano*, 1948.

Pertenece a la biblioteca del
Instituto de Derecho Civil

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

LA FUNCIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO INDIANO

Opus justitiae pax.
ISAÍAS, XXXII, 17.

AL sancionar la *Recopilación* de 1680, Carlos II recordaba que fué "el primero, y más principal cuidado de los Señores Reyes nuestros gloriosos predecesores, y nuestro, dar leyes con que aquellos Reynos sean gobernados en paz, y en justicia" ⁽¹⁾. Esta afirmación no era exagerada. Todo el ordenamiento legal ideado para el nuevo mundo procuraba, en el fondo, crear comunidades regidas pacífica y justicieramente, al amparo de una legislación protectora de todos los derechos. Y examinando esas normas en su conjunto, es fácil advertir que ese mismo era el fin supremo de la monarquía indiana, si se la despoja de su aspecto misional. Desde el punto de vista exclusivamente político, en efecto, el Estado de las Indias se creó fundamentalmente para eso: para que los grupos sociales autóctonos o adventicios gozaran en paz de un régimen jurídico que asegurara el imperio de la justicia en el orden.

No tuvo España un puro deseo imperialista, ni quiso dar a las comarcas americanas el aspecto de colonias. El nuevo mundo era la prolongación natural de la metrópoli, y se implantaron en él las mismas orientaciones políticas que constituían el acervo tradicional de la monarquía castellana. Como ésta se había caracterizado desde antiguo por su vocación jurídica y por su es-

⁽¹⁾ Ley que declara la autoridad que han de tener las leyes de esta *Recopilación*, mayo 18 de 1680.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

piritu religioso, ambos fines pasaron lógicamente a ocupar el primer plano entre las preocupaciones del Estado indiano. De tal manera que al lado del propósito evangélico, y completándolo, puede colocarse a la justicia como la finalidad primordial del régimen así creado. Los demás objetivos posibles quedaron subordinados a aquéllos, y sólo eran perseguidos en cuanto no los contrariaran. Por eso se descuidaron los factores materiales, y España no supo ni quiso fomentar el engrandecimiento de las nuevas comunidades, prefiriendo mantenerlas en un ordenamiento estático más favorable al desarrollo de aquellos propósitos. No porque la religión, la paz o la justicia se opongan al progreso material, pues antes bien lo facilitan, sino porque ello hubiera significado en cierto modo el abandono o la subordinación de esos objetivos que constituían las bases inquebrantables del orden americano.

Coincidía esa orientación, por lo demás, con los principios doctrinarios que prevalecían en el derecho hispánico. El bien común, objetivo supremo del estado en la doctrina católica, no era simplemente el bienestar material ni el progreso de los individuos. Era un propósito sublime al que concurrían parejamente la Iglesia y el Estado, procurando ambos el perfeccionamiento moral de la sociedad para que sus componentes realizaran una vida virtuosa alcanzando así la salvación. Por un lado se desdeñaban la libertad, la felicidad o la riqueza tal cual las concibe el mundo moderno. Por el otro se comprendía que el gobierno no era el único intérprete de esa finalidad. La misión que este último se impuso fué, sobre todo, la de asegurar las condiciones adecuadas para conseguir ese perfeccionamiento moral. Con este objeto se dictaron leyes inspiradas en ideales de justicia, y se organizó un régimen político que tendía a idéntica finalidad, olvidando o descuidando los demás objetivos concurrentes de la acción estadual; hasta que el cambio de las doctrinas políticas dió a lo que era secundario un lugar de predominio.

El fin del Estado, así concebido, no era una novedad en el

momento de la conquista. Desde antiguo la monarquía visigótica se había caracterizado por implantar un sistema jurídico muy superior al de cualquier otro estado contemporáneo. Y su obra fundamental explicaba: "Ca de la mesura de los principes nace el ordenamiento de las leas, et de las leas nacen las bonas costumpnes, et de las bonas costumpnes nace ela paz et ela concordia entre los poblos, et de la concordia de los poblos nace el vencimiento de los enemigos" (2). Siglos después, cuando fué posible reestructurar los reinos hispánicos destruidos por la invasión arábica, las *Partidas* volvían a señalar los mismos objetivos a la acción del Estado: "Justicia —decía este Código— es una de las cosas porque mejor, e mas endereçadamente se mantiene el mundo" (3), "faziendo beuir a cada vno en paz, segund su estado" (4).

Y es que, más que ninguna otra comunidad medieval, España había recibido y asimilado cabalmente las dos influencias superiores de todas las épocas: el derecho romano y la religión católica. Ambas, aunque inspiradas en móviles diversos, coincidían en dar a la justicia un puesto sobresaliente en el ordenamiento social, ya para mantener la paz en el imperio (5), ya para conseguir por este medio el desarrollo y eclosión de las demás virtudes. Al asimilar la tradición jurídica de Roma, España supo agregarle los ideales religiosos que le dieron un contenido de que antes carecía, elevándola a la categoría de suprema finalidad política.

La justicia fué colocada por encima de todas las virtudes,

(2) *Fuero Juzgo*, lib. I, tit. i, ley 4.

(3) *Part. 3ª*, tit. i, proemio.

(4) *Part. 3ª*, tit. i, ley 2. Ya lo había dicho el profeta Isaías: "la obra de la justicia será la paz, y el efecto de esta justicia el sosiego y seguridad sempiterna" (XXXII, 17; traducción Petisco-Torres Amat).

(5) "Rien ne maintenait tant la paix de l'empire, que l'ordre de la justice. L'ancienne république l'avait établi: les empereurs et les sages l'ont expliqué sur les mêmes fondements: tous les peuples, jusqu'aux plus barbares, le regardaient avec admiration, et c'est par là principalement que les Romains étaient jugés dignes d'être les maîtres du monde" (BOSSUET, *Discours sur l'histoire universelle*, 3e. partie, chap. VI).

puesto que las comprende y perfecciona ⁽⁶⁾, y por encima de los demás fines que el Estado podía ambicionar. Sabían los españoles que la libertad o la riqueza sólo se aprecian en un régimen justiciero y bajo el imperio de la ley. Más que el prestigio o la grandeza de la monarquía, aspiraban a crear un orden justo, a fin de no caer en el despotismo ni en la idolatría del Estado. Y aplicando el pensamiento político católico, reconocían que sólo la justicia daba existencia legítima a una comunidad, diferenciándola de otras asociaciones que no tuvieran esa inspiración sublime ⁽⁷⁾.

Estos ideales se trasladaron de inmediato a la legislación indiana. La *Recopilación* afirmaba que "la buena administración de justicia es el medio en que consisten la seguridad, quietud y sosiego de todos los estados" ⁽⁸⁾; y un siglo después la *Real Ordenanza de Intendentes* recomendaba a estos funcionarios "mantener la paz entre los pueblos de sus provincias, evitando que las Justicias de ellos procedan con parcialidad, pasión o venganza" ⁽⁹⁾. De tal manera, el establecimiento de un régimen jurídico era el medio escogido para gobernar pacíficamente las comunidades del nuevo mundo. Antes que la fuerza se empleaba el derecho, procurando que del respeto a la ley derivara un orden libremente admitido.

La imposibilidad de utilizar otros sistemas coactivos obligó también a buscar por este procedimiento la forma de arraigar la colonización. Aún así, no fué tarea sencilla la que este aspecto

⁽⁶⁾ ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, lib. V, cap. 1; SANTO TOMÁS, *Suma Teológica*, II-II, qu. 58, art. 12. "La justicia... comprende todas las otras virtudes principales" (*Part. 3ª*, tít. i, ley 1). "Justicia es natural en el hombre, y comprende en sí todas las otras virtudes principales" (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores*, I, 262, Madrid, 1775).

⁽⁷⁾ *Remota justitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?* (SAN AGUSTÍN, *De civitate Dei*, lib. IV, cap. IV). Ver, sobre estos temas, JOSÉ ANTONIO MARAVALL, *Teoría española del estado en el siglo XVII*, 108, 137 y 146, Madrid, 1944.

⁽⁸⁾ *Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias*, lib. I, tít. X, ley 2 (en adelante: *Recop.*, I, X, 2).

⁽⁹⁾ *Real ordenanza para el establecimiento é instruccion de Intendentes de Ejército y Provincia en el Virreinato de Buenos Aires*, art. 17, Madrid, 1782.

de la conquista impuso a la metrópoli. El clima de la empresa no era propicio a la consolidación de un sistema de derecho. Tenían mayor impulso, en el nuevo escenario, el desborde de las pasiones incontenidas y la altanería de los caudillos sin control que el deseo, puramente idealista, de gobernar a éstos y aquéllas por principios que apartaran a la fuerza del manejo de las relaciones sociales. Incapaz de imponerse por la violencia, el estado indiano tuvo lógicamente que recurrir al derecho para ser respetado y mantener el orden en esas comunidades levantiscas, aisladas en medio de los salvajes y a enormes distancias de las autoridades superiores. Pero es preciso agregar que el respeto a la ley —en la medida en que fué logrado— no pudo obtenerse sino gracias al auxilio de la religión que lo predicaba, cuyo predominio moral contribuyó enormemente a afianzar el orden en el nuevo mundo. Así la Iglesia y el derecho indiano convirtieron a los hirsutos conquistadores en pacíficos habitantes, que formaron comunidades regidas por ideales superiores.

Cabe ahora preguntarse cuál era el concepto preciso que los españoles tenían acerca de la justicia, y qué ámbito abarcaba. Adviértese, ante todo, que esta función gubernativa no parece limitada en su ejercicio a ciertos órganos o poderes del Estado, sino que concierne a la generalidad de éstos. La justicia supera el campo de las acciones privadas y de las decisiones judiciales para extender su esfera de aplicación a todas las materias de gobierno. De tal manera, los actos de los funcionarios públicos debían también inspirarse, en principio, en las normas impuestas por esta virtud de tan amplia difusión.

Era el Rey el primer encargado de llevar a la práctica esos ideales: "su proprio officio, es hacer juicio, y justicia", según repitieron las leyes desde la más remota antigüedad ⁽¹⁰⁾. Era ésta

⁽¹⁰⁾ *Ordenanzas Reales de Castilla*, lib. II, tít. i, ley 1; *Nueva Recopilación de Castilla*, lib. II, tít. ii, ley 1; *Novísima Recopilación*, lib. III, tít. vi, ley 1. *Constitui te Regem, ut faceres judicium, et justitiam* (I Reyes 10, 9).

la primera de las regalías de la corona ⁽¹¹⁾, de la cual derivaban su jurisdicción los otros magistrados ⁽¹²⁾. Pero este supremo poder no procedía simplemente de las leyes o del consentimiento de los súbditos, sino que era una especie de delegación divina otorgada precisamente para ejercer la justicia. "Vicarios de Dios son los Reyes, cada uno en su Reyno, puestos sobre las gentes, para mantenerlas en justicia, e en verdad quanto en lo temporal" ⁽¹³⁾. Era la más pura doctrina escolástica: "el Rey es puesto en la tierra en lugar de Dios, para cumplir la justicia, e dar a cada uno su derecho" ⁽¹⁴⁾.

Esta obligación de justicia se completaba naturalmente con otra: la sumisión a la ley. Es cierto que el soberano podía modificar el derecho, como supremo legislador que era ⁽¹⁵⁾; pero mientras no recayera una expresa decisión al respecto, el monarca tenía el deber de cumplir las leyes ⁽¹⁶⁾, lo cual era precisamente el signo que distinguía a la realeza de la tiranía ⁽¹⁷⁾. Y para mantener el imperio de la justicia, el mismo rey ordenaba

(11) *Fuero Viejo de Castilla*, lib. I, tít. i, ley 1.

(12) "Jurisdicción suprema civil y criminal pertenesce a Nos, fundada por derecho común, en todas las ciudades y villas y lugares de nuestros Reynos y Señoríos" (*Nueva Recopilación*, lib. IV, tít. i, ley 1; *Novísima Recopilación*, lib. IV, tít. 1, ley 1).

(13) *Part. 2ª*, tít. i, ley 5.

(14) *Id.*, *ibid.* Sobre la doctrina de los reyes como vicarios de Dios, ver MARAVALL, 196 y sig. Ya San Pablo había dicho: "el príncipe... es ministro de Dios, para ejercer su justicia, castigando al que obra mal" (*ad Rom.*, XIII, 4). No fué ésta, sin duda, la doctrina que prevaleció en el siglo XVIII, pero las leyes citadas no fueron objeto de una expresa derogación.

(15) "Emperador ó Rey puede facer leyes sobre las gentes de su Señorío, é otro ninguno non ha poder de las facer en lo temporal: fueras ende, si lo ficiesen con otorgamiento dellos" (*Part. 1ª*, tít. i, ley 12; conf.: *Ordenamiento de Alcalá*, tít. 28, ley 1; ley 1 de *Toro*; *Nueva Recopilación*, lib. III, tít. ii, ley 3).

(16) "Guardar debe el Rey las leyes..." (*Part. 1ª*, tít. i, ley 16; conf.: *Fuero Juzgo*, lib. II, tít. i, ley 2; *Fuero Real*, lib. I, tít. vi, ley 4; *Ordenamiento de Alcalá*, tít. 28, ley 1; ley 1 de *Toro*, *Nueva Recopilación*, lib. III, tít. ii, ley 3). Sobre este punto, ver MARAVALL, 201 y sig.

(17) "Faciendo derecho el rey. deve aver nomne de rey, et faciendo torto, pierde nomne de rey. Onde los antigos dicen tal proverbio: Rey serás, si ficieses derecho, et si non fecieres derecho, non serás Rey" (*Fuero Juzgo*, lib. I, tít. i, ley 2; ver también *id.*, lib. II, tít. i, ley 2).

que no se cumplieran sus mandatos cuando hubieran sido expedidos violando la legislación imperante ⁽¹⁸⁾.

La justicia del rey se ejercía, sobre todo, mediante la alta función rectora que le incumbía, ya fuera legislando, ya dirigiendo o vigilando la actuación de los demás organismos del Estado. En este sentido, se establecía una relación de orden general entre el monarca y los súbditos, correspondiendo a aquél ordenarlos al bien común. La justicia que preside esa relación "es la justicia general, la cual llámase así, ya del objeto y fin, pues el bien común es general de todos; ya también del efecto y propio oficio, a saber, por que ordena todas las virtudes a tal bien común... Y por que este orden de partes hácese al bien común por las leyes por las cuales el Príncipe instituye a todos para el mismo bien, la misma justicia llámase también legal" ⁽¹⁹⁾.

Así el rey, en quien residía esta virtud "casi arquitectónica" ⁽²⁰⁾, era el artífice que orientaba a la comunidad hacia el bien común mediante el ordenamiento legal inspirado en la justicia. Y rara vez ha de haberse recurrido más a ella en la historia, que al organizar el régimen jurídico de las comunidades americanas. Pues no solo se estableció el derecho para los españoles que pasaban al nuevo mundo y que constituían la clase dominante, sino que también se elaboraron normas inspiradas en un supremo afán justiciero para regir la vida de los naturales de América, evitando o corrigiendo las consecuencias del predominio español. La protección del grupo más débil —llamada aho-

(18) "Porque nuestra voluntad es que la nuestra justicia florezca, y aquella non sea contrariada, establecemos, que si en nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley ó fuero ó derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida" (*Nueva Recopilación*, lib. IV, tít. xiv, ley 2; *Novísima Recopilación*, lib. III, tít. iv, ley 4; ver también *Part. 3ª*, tít. xviii, leyes 29 a 31).

(19) DOMINGO SOTO, *Tratado de la justicia y el derecho*, vertido al castellano por Jaime Torrubiano Ripoll, II, 237, Madrid, 1926. Sobre la distinción entre justicia general y justicia particular ver también SANTO TOMÁS, *Suma Teológica*, II-II, qu. 58, art. 5, y TOMÁS D. CASARES, *La justicia y el derecho*, 2ª ed., 47 y sig., Buenos Aires, 1945.

(20) DOMINGO SOTO, 1. c., II, 239.

ra justicia social— se completaba con un adecuado sistema de garantías jurídicas para los otros grupos, de tal manera que la sociedad colonial constituía un organismo compuesto por elementos diversos, en el cual se respetaban tanto las jerarquías naturales como los derechos de cada individuo dentro de ese orden. Aquellas garantías, por lo demás, eran a veces tanto o más amplias que en los sistemas constitucionales modernos, pues incluían recursos contra las resoluciones del monarca o de los funcionarios, y normas de respeto y protección a los derechos de la personalidad adecuados a las posibilidades y a las ideas de esos tiempos.

Además de esa justicia general o legal, la doctrina escolástica estudiaba la justicia particular, o sea aquélla que rige las relaciones de la autoridad con cada uno de los súbditos, y las de éstos entre sí. De lo cual se deduce que hay dos clases de justicia particular: la distributiva, “llamada a repartir proporcionalmente el bien común de la sociedad entre sus miembros” (21), y la conmutativa, que rige las relaciones individuales conforme al derecho privado. Ya Aristóteles había distinguido ambas especies, estudiando “la justicia distributiva de los honores, de la fortuna y de todas las demás ventajas que pueden alcanzar todos los miembros de la ciudad”, y la justicia conmutativa “que regula las condiciones legales de las relaciones civiles y de los contratos” (22). En ambas lo justo se rige por una cierta proporción, que es geométrica en la primera porque debe hacerse el reparto atendiendo a los méritos, la jerarquía o los servicios de cada uno, y aritmética en la segunda, que prescinde de la calidad de las personas para dar simplemente a cada uno lo suyo (23).

El constitucionalismo moderno, al atribuir a uno solo de los poderes del Estado la función de impartir la justicia, parece dar a entender que esta virtud no debe inspirar también los actos

(21) SANTO TOMÁS, *Suma Teológica*, II-II, qu. 61, art. 1.

(22) *Ética a Nicomaco*, lib. V, cap. 2.

(23) *Id.*, *ibid.*, caps. 3 y 4; SANTO TOMÁS, I. c., qu. 61, art. 2.

de los demás. Sin embargo, el poder judicial sólo puede hacer cumplir la ley en las controversias privadas, de tal manera que sólo ejerce o aplica la justicia conmutativa. El derecho español e indiano no cayó en este equívoco, que parece derivarse del predominio del individualismo igualitario. Reconocían los españoles que “non tan solamente ha logar Justicia en los pleytos que son entre los demandadores, e los demandados en Juyzio; mas avn entre todas las otras cosas, que auienen entre los omes” (24); “ca la justicia non es tan solamente en escarmentar los males, mas aun en dar gualardon por los bienes” (25).

Al rey y a las autoridades superiores correspondía, en primer término, ejercer la justicia distributiva, mientras la conmutativa era normalmente del resorte judicial. También pertenecía aquélla a los virreyes y gobernadores como ejecutores de la voluntad real y delegados administrativos (26). Y en tal sentido la aplicaban al repartir tierras o encomiendas a los conquistadores, en retribución de sus afanes y sacrificios, al recomendar a los funcionarios o al proponer candidatos para llenar las vacantes eclesiásticas o civiles. También era justicia distributiva exigir que para los cargos concejiles fueran elegidos los vecinos principales de cada ciudad, premiar a los que se habían distinguido en el servicio del rey, conceder la propiedad del ganado a los primeros pobladores —como ocurrió en Buenos Aires— y repartir entre los vecinos las permisiones mercantiles (27). En sentido inverso —

(24) *Part.* 3ª, tít. i, ley 1.

(25) *Part.* 2ª, tít. xxvii, ley 2.

(26) “En lo que mas se deben esmerar los Virreyes es en el zelo, de que se administre bien, y con igualdad la justicia en las Audiencias, y Provincias, que tuvieren a cargo: porque... esta virtud encierra en sí las demás, y para que se consiga fueron criados los Reyes principalmente. Y supuesto que la conmutativa corre en lo ordinario por las Audiencias, y otros Ministros, deben cuidar mucho de la distributiva, que es la que corre por sola su mano” (JUAN DE SOLÓRZANO Y PEREIRA, *Política Indiana*, II, 371, Madrid, 1726; conf.: *id.*, *Disputationum de Indiarum Jure*, lib. IV, cap. ix, nº 50-51, p. 1017, Matriti, 1639).

(27) Las reales cédulas de agosto 20 de 1602 y otras posteriores, que autorizaron un tráfico limitado por Buenos Aires, disponían que el permiso de comerciar

porque la justicia distributiva rige también las relaciones de los súbditos con el príncipe — a los encomenderos se les imponían diversas obligaciones para con los indios y en defensa de la tierra, evidenciando así que las jerarquías sociales tienen altos deberes que cumplir.

Por ello es que las leyes no se limitaban a recomendar la justicia a los magistrados, sino a todos los funcionarios; pues todos debían, en la medida de sus posibilidades, ejercitar aquella virtud. Y por eso es que también — como veremos más adelante — no existía una separación estricta entre los organismos jurisdiccionales y los administrativos; pues como a todos concernía la obligación de justicia, no se pensó en distinguir poderes que perseguían en el fondo idénticos fines.

La justicia, elevada a la categoría de fin primordial del Estado y concebida como una de sus funciones características, tenía por objeto amparar los derechos particulares de los habitantes sin mengua del interés general, a fin de conceder a cada uno el tratamiento equitativo que le correspondiera. La legislación organizó de tal manera un sistema de garantías, sorprendente para esa época, encargando a los organismos estadales la protección jurídica de los miembros de la comunidad, y la permanencia y respeto del régimen legal establecido. No se conoció la antinomia moderna entre el individuo y el Estado, pues era éste el que se encargaba precisamente de ampararlo contra los abusos de los funcionarios o las injurias de los particulares.

Es que el sistema político indiano no era tan absolutista y despótico como se ha repetido. Es cierto que el rey no está sujeto a ninguna potestad superior, pero el ejercicio de ese poder no puede llamarse absoluto en el sentido actual del vocablo. La religión, el derecho de gentes, las leyes fundamentales de la monar-

debía repartirse entre los vecinos de este puerto (RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Orígenes del comercio rioplatense, 1580-1620*, en SOCIEDAD DE HISTORIA ARGENTINA, *Anuario*, vol. V, 87, Buenos Aires, 1947).

quía, los fueros y privilegios, el respeto al derecho establecido y la prudencia política limitaban y restringían las facultades del monarca, impidiendo que cayera en el despotismo y en la arbitrariedad. El mismo rey se imponía la obligación de respetar las leyes, y ordenaba que sus mandatos no fueran obedecidos si violaban la legislación imperante, según hemos recordado. Fuera de este caso, tampoco era obligatorio cumplir las resoluciones del soberano cuando tenían los vicios de obrepción o subrepción (información falsa o incompleta) ⁽²⁸⁾. Y por último, se acordaba a las autoridades superiores de las Indias la posibilidad de pedir la revocación de las órdenes reales ⁽²⁹⁾. Mediante estos recursos que daban mayor elasticidad a la función gubernativa, podía conseguirse que el rey, mejor informado y contando con el asesoramiento de los organismos especiales, modificara las providencias inconsultas. Es que ni la teoría ni la práctica de la monarquía indiana admitían la fórmula absolutista: *quod principi placuit, legis habet vigorem*. Por el contrario, la corona misma había organizado todos esos contrapesos a su autoridad, precisamente para que la opinión pública le hiciera llegar sus aspiraciones por intermedio de los organismos gubernativos. Y esto era lo contrario del despotismo.

Conviene advertir asimismo, para juzgar con precisión el sistema político indiano, que en la realidad de los hechos era excep-

(28) *Recop.*, II, i. 22. Conf.: *Part.* 3^a, tít. xviii, ley 36 y sig.; *Nueva Recopilación*, lib. IV, tít. xiv, leyes 1 y 2. El Obispo del Río de la Plata, fray Martín Ignacio de Loyola, sobrino de San Ignacio, explicaba en 1606 esta doctrina: "el fin que tiene el Rey Nuestro Señor como catholico y cristianismo en las cédulas que destiene el Rey Nuestro Señor y el bien y aumento de la rrepublica y pacha es el servicio de Dios Nuestro Señor y si alguna zedula emagnase contraria deste fin seria por falsa y de sus vasallos y si alguna zedula emagnase contraria deste fin seria por falsa y siniestra informazion y los Governadores la an de rreverenciar pero no executalla en quanto es repugnante al dicho fin y deven dar quenta y rrelacion fiel y verdadera a Su Magestad" (ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, [serie I], I, 193, Buenos Aires, 1907).

(29) *Recop.*, II, i. 24. En este caso, la providencia debía ejecutarse a pesar de la suplicación, "salvo siendo el negocio de calidad, que de su cumplimiento se seguiría escándalo conocido, o daño irreparable". Si se trataba de órdenes dictadas en favor de los indios, era obligatorio cumplirlas aunque estuvieran suplicadas (*Recop.*, II, i. 5).

cional la adopción de medidas inconsultas. Uno de los defectos más señalados en la administración colonial fué la lentitud de los trámites y la tardanza de las resoluciones. Y ello obedecía al deseo de asesorarse cabalmente antes de tomar una determinación. Estas, a su vez, muy pocas veces eran influenciadas por las inclinaciones personales o por preferencias políticas. La misma distancia y la falta de contacto directo entre los gobernantes españoles y los súbditos americanos constituían garantías de justicia que no existían en la misma metrópoli. Pueden señalarse, sin embargo, algunas notorias excepciones a aquella práctica de la consulta previa, sobre todo en el siglo XVIII. El tratado de 1750 con Portugal, y la expulsión de los jesuitas en 1767, fueron resueltos sin oír a los organismos que hubieran, sin duda, manifestado su opinión adversa. Pero lo corriente era, no obstante, que el asesoramiento y la deliberación precedieran todas las órdenes reales.

Existían también, en la legislación imperante, otras garantías directamente vinculadas con los derechos particulares. Así por ejemplo no debían cumplirse las cartas reales para desapoderar a alguno de sus bienes, sin haber sido antes oído y vencido⁽³⁰⁾. Lo mismo ocurría si se trataba de encomiendas de indios⁽³¹⁾. La legislación reconocía la garantía del juicio previo⁽³²⁾, y la real cédula de febrero 19 de 1775 insistió en que los tribunales "Se arreglen a las leyes en la formación de Procesos criminales y no se cometan atentados de prender y Sentenziar a ningun Basallo sin formar autos ni oírle". Cuando ésta fué presentada al Cabildo de Buenos Aires, su alcalde de primer voto dijo que era muy "útil a los Vasallos por ponerlos a cubierto de Tropelias, y opreciones"⁽³³⁾.

(30) *Nueva Recopilación*, lib. IV, tít. xiii, ley 7. La *Part. 3ª*, tít. xviii, ley 31 organizaba la expropiación por causa de utilidad pública.

(31) *Recop.*, VI. viii. 45. La ley siguiente ordenaba no quitar a nadie los indios encomendados, si no hubiera cometido algún delito que entrañara pérdida de bienes. Ver también *Recop.*, II. i. 19.

(32) *Nueva Recopilación*, lib. IV, tít. xiv, ley 4.

(33) *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, cit., serie III, V, 517-518. Concordaba con lo dispuesto en la *Nueva Recopilación*, lib. III, tít. iv, ley 6.

Fuera de la autoridad del monarca, que rara vez intervenía por su propia iniciativa en los asuntos de ultramar, el ordenamiento político estaba calculado para impedir los abusos del poder. El prestigio y la prudencia del Consejo de Indias constituían un eficaz correctivo a la arbitrariedad siempre posible, pues su opinión determinaba las resoluciones en la inmensa generalidad de los casos. Y en cuanto a las autoridades de América, puede afirmarse que estaban organizadas de tal manera que ejercían un recíproco control, sin que ninguna tuviera un poder absoluto y superior.

Un signo característico del sistema implantado en el nuevo mundo fué, en efecto, la existencia de ciertos contrapesos que impedían asignar categoría suprema a ningún organismo estatal. Cada uno tenía poderes limitados, y estaba sujeto a la vigilancia y al control de los demás. El virrey don Francisco de Toledo advirtió con disgusto el cercenamiento de su autoridad, escribiendo: "Hase llevado el intento a que esta tierra se gobierne por muchos, y que cada uno tenga su pedazo de poder, con el cual pueda interpretar que no es sujeto a otro, y que cada uno se tenga por encargado de la ejecución de las cosas, no para ejecutarlas, sino para estorbar que las ejecute el otro"⁽³⁴⁾.

Entre los organismos de mayor jerarquía en América, eran las Audiencias las encargadas de mantener celosamente el imperio de la ley. "Sintiéndose algunas personas agraviadas de cualesquier autos, ó determinaciones, que proveyeren ú ordenaren los Virreyes, ó Presidentes por via de gobierno, puedan apelar á nuestras Audiencias, donde se les haga justicia, conforme á Leyes y Ordenanzas"⁽³⁵⁾. Mediante este importantísimo recurso contencioso el más alto tribunal podía corregir los abusos de los

(34) Carta de mayo de 1573 al rey, citada por CONSTANTINO BAYLE, S. J., *El protector de indios*, 45, Sevilla, 1945.

(35) *Recop.*, II. xv. 35. Este recurso no se acordaba en "las materias de gracia y provisiones de oficios y encomiendas" (id., II. xv. 34). Ver Pío BALLESTEROS, *La función política de las reales chancillerías coloniales*, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XV, 98-104, Madrid, 1946.

funcionarios. A los particulares y a las corporaciones —entre ellas los Cabildos— les quedaba siempre abierta una vía para lograr que se hiciera justicia a sus reclamos. Y de esta manera eran los jueces los encargados de decir la última palabra en innumerables conflictos administrativos y políticos.

Se había creado así un sistema dúctil y adecuado a las posibilidades de la vida colonial. Aunque en la práctica se notaron abusos y se cometieron arbitrariedades, ello no fué un resultado del régimen establecido sino de los hombres encargados de aplicarlo. Aquél procuró en lo posible realizar el ideal de justicia que se había propuesto la monarquía, y no es posible dejar de reconocer que casi siempre lo consiguió.

¿Cuáles eran los organismos encargados de ejercitar la función de justicia? Ya hemos visto que la amplitud de este concepto impide limitarlo al simple propósito de dar a cada uno lo suyo, según la clásica definición. Pero aún restringiendo el contenido de la pregunta a la tarea de impartir la justicia conmutativa, se advierte de inmediato que no existieron órganos con facultades exclusivamente jurisdiccionales, ni tribunales dedicados por entero al cumplimiento de esa función.

Mientras en los sistemas constitucionales modernos existe, por lo general, un poder del Estado encargado especialmente de la tarea judicial, en la administración indiana no ocurre nada parecido. Resultaría además imposible asimilar o encontrar semejanzas entre los poderes actuales y los organismos encargados de regir los destinos de las Indias. No existía entonces la separación estricta de funciones que hoy se estila, ni podrían comprenderse las antiguas aplicándoles los calificativos modernos. En vez de los tres poderes que la doctrina constitucional distingue, encontramos en el derecho indiano cuatro grandes categorías de funciones netamente separadas: el gobierno, la justicia, la guerra y la administración de la real hacienda.

La distinción entre las funciones de gobierno y de justicia

fué claramente establecida desde que se organizó con caracteres estables la administración colonial. La real cédula de febrero 15 de 1567 concentró en una sola mano las funciones políticas, afirmando que “conuiene a Nuestro seruicio y a la buena gouernacion de essa tierra que las cossas del gouierno della las tenga vna persona, y no esten diuididas, porque por spirencia sean visto los yncombinientes que destar diuididas se siguen”; y por ello mandaba a los oidores —limitados desde entonces casi exclusivamente a su función judicial— que “no os entremetais en el gouierno del destrito de essa Audiencia” (36). Más tarde, la real cédula de octubre 15 de 1595 ordenaba al tribunal de Charcas: “todo lo que acostumbrais eserebir en muchas cartas, lo reducireis a quatro por sus materias distintas; Gouierno, Justicia, Guerra y Hacienda” (37). Análoga orden se impartió a los virreyes (38). Al promulgar la *Recopilación* de 1680, el monarca dijo que era preciso que llegaran a noticia de todos “las leyes con que son gouernados y deben guardar en materias de gouierno, justicia, guerra, hacienda, y las demás, y las penas en que incurren los transgresores” (39). Y por último, la *Real Ordenanza de Intendentes* reproducía la misma distinción de funciones (40).

No hubo separación de poderes, porque derivando todos del rey, era imposible dividir lo que emanaba de una fuente única. Así por ejemplo, en virtud de una ficción legal que implicaba al mismo tiempo un homenaje a la soberanía del monarca, todos los magistrados impartían la justicia en nombre del rey, aunque no hubieran sido designados por él. Y los alcaldes, que recibían

(36) *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía*, XVIII, 76-77, Madrid, 1872. La *Recop.*, V. ix. 1 ordenaba a su vez “que los virreyes no se introduzgan en materias de justicia”.

(37) *Colección de documentos inéditos, etc.*, XVIII, 279.

(38) *Recop.*, II. xvi. 6 y III. xiv. 1.

(39) Ley citada en la nota 1.

(40) La función de gobierno es allí llamada de “policía” (con el antiguo sentido griego), por la naturaleza peculiar y en cierto modo subordinada de las atribuciones que tenían los intendentes.

su título del Cabildo, llevaban "la vara de la real justicia", símbolo a la vez de su jurisdicción y del sistema político que integraban.

Pero si no existieron en el derecho indiano poderes separados, se impuso en cambio una marcada distinción de funciones adecuada a la naturaleza simple de las materias que entonces formaban la competencia estadual. Las cuatro enumeradas eran, en efecto, las funciones esenciales del organismo político, sin las cuales éste no habría podido subsistir. Y como su naturaleza diversa obligaba a organizar una legislación y un tratamiento diferentes para cada una, la recordada distinción se realizó lógicamente en el derecho indiano. Pero no se la llevó a sus últimas consecuencias separando también los funcionarios que debían impartirlas, sino que se limitó a acordarles cierta autonomía, amoldándose a las características particulares de estas materias tan diversas. De tal manera, la división de funciones no siempre coincidía con una idéntica separación de funcionarios; pero se dictaron normas especiales y hubo sistemas propios para regir el desenvolvimiento de cada una.

Por extraño que parezca dada la gravitación que el régimen indiano asignó a la justicia, no hubo magistrados encargados exclusivamente de esta función. El gobierno y la guerra quedaron a cargo de los virreyes y demás funcionarios menores; el manejo de la hacienda correspondía a los oficiales reales; pero la función judicial no tuvo magistrados autónomos. Todos los jueces de primera instancia fueron a la vez mandatarios de otras categorías: los alcaldes ejercían también funciones administrativas en el gobierno comunal; los gobernadores, corregidores y tenientes acumulaban atribuciones políticas, militares y judiciales; los oficiales reales, además del cobro, cuidado y aplicación de las rentas, podían perseguir a los deudores del fisco sin necesidad de recurrir a los tribunales. Una superposición análoga de funciones existía en los demás magistrados con poderes jurisdiccionales, configurando una modalidad característica del sistema. Y

si analizamos la organización de las audiencias, que eran los tribunales superiores en América, es fácil advertir que a sus facultades predominantemente judiciales unían otras de índole gubernativa, realizando idéntica acumulación.

Es que la división de funciones ya expuesta se vinculaba estrechamente a otra de índole jurisdiccional. A cada una de las materias en que se dividía la competencia del Estado —exceptuando naturalmente a la justicia— correspondía un fuero especial cuyos magistrados ejercían la totalidad de la función. Así los mandatarios políticos entendían por lo general en las llamadas "causas de gobierno", o sea en los juicios de orden contencioso-administrativo. Los capitanes generales (virreyes y gobernadores) tenían competencia exclusiva para conocer en las causas pertenecientes al fuero de guerra. Y los oficiales reales, como ya hemos dicho, podían perseguir judicialmente a los deudores del fisco. Los juicios ajenos —*ratione personae* o *ratione materiae*— a estos fueros especiales debían tramitarse ante los alcaldes ordinarios de los cabildos o ante los funcionarios políticos (gobernadores, tenientes, corregidores, etc.), siendo competente el primero que comenzara a entender en la causa (sistema de la prevención). Y por encima de todos estos jueces —exceptuando a los militares— las audiencias venían a constituir el tribunal de alzada cuyas decisiones eran generalmente definitivas.

Esta distinción de magistrados no fué motivada por el deseo de llegar a la especialización judicial —como ocurre actualmente— sino por la necesidad de reunir en las mismas manos cada categoría de funciones, con entera independencia del concepto moderno relativo a la separación de los poderes. De tal modo, la respectiva competencia de los órganos jurisdiccionales coincidía, por lo general, con aquella distinción de funciones que hemos señalado.

Pero la enumeración de todos estos magistrados no agota el complejo mecanismo de la justicia en Indias. A su lado aparecieron jueces especiales para entender en determinadas materias o

personas, como el Consulado, los jueces de bienes de difuntos, el fuero universitario, el protomedicato, los alcaldes de aguas, los alcaldes de la santa hermandad, los jueces pesquisidores y de comisión que nombraban las audiencias, los que residenciaban a los funcionarios, y los que se crearon al implantarse el régimen de las intendencias. Y por último, además de todos estos magistrados civiles, tuvieron considerable importancia por la amplitud de su competencia los jueces ordinarios eclesiásticos y los que formaban el tribunal de la inquisición.

Esta abundancia de magistrados diferentes era un resultado de la forma en que se fué organizando la justicia en las Indias. No hubo un plan preconcebido y sistemático, sino que se crearon los órganos jurisdiccionales a medida que resultaban necesarios. Al principio, un solo funcionario tuvo poderes absolutos en lo gubernativo y judicial. Luego se trató de restringir esa amplitud de atribuciones mediante la implantación de las audiencias. Al fundarse las ciudades aparecieron los alcaldes ordinarios encargados de dirimir los pleitos del fuero común. La multiplicación de funcionarios no impidió que cada uno conservara los poderes que originalmente había tenido el primero de su categoría. De ahí el excesivo número de jueces, las contiendas de competencia entre unos y otros, y la superposición de atribuciones que en muchos casos se advierte.

Pero lo característico de esta organización judicial reside sobre todo en la inexistencia de organismos exclusivamente destinados a esta función. A pesar de la importancia acordada a la justicia, no hubo magistrados especializados. Y es que, coincidiendo en ello con el derecho público coetáneo, no se creía necesario separar la tarea judicial de las otras materias gubernativas, y antes bien se procuraba que éstas se ejercieran con el espíritu que debía inspirar a aquéllas. En el caso del nuevo mundo, el deseo de no multiplicar los organismos políticos debió influir.

sin duda, en esa concesión de poderes que hoy se consideran excluyentes a un mismo funcionario.

Tampoco estos magistrados eran hombres de leyes dedicados por entero a impartir el derecho. Con excepción de los oidores y del asesor letrado de cada intendencia —cargo que aparece recién a fines del siglo XVIII— todos los demás magistrados son ajenos al tecnicismo jurídico. Se atendía más a su honorabilidad y rectitud. Las leyes de partida exigían "que sean leales, e de buena fama, e sin mala cobdicia. E que hayan sabiduría, para judgar los pleytos derechamente por su saber, o por uso de luego tiempo. E que sean mansos, e de buena palabra, a los que vieren ante ellos a juyzio. E sobre todo, que teman a Dios, e a quien los y pone. Ca si a Dios temieren, guardarse han de fazer pecado, e auran en si piedad, e justicia" (41).

Más importante era, por consiguiente, la rectitud de conciencia que el saber jurídico. Tan señalada estuvo esta preferencia que hasta se llegó a formar al principio de la conquista un clima adverso a los abogados, temiendo que éstos perturbaran con sus litigios el desarrollo de las nuevas comunidades. Pero más tarde, ya impuesta la dominación hispánica y afianzada la colonización, fué preciso admitir y aún buscar el auxilio de los profesionales del derecho. De tal manera, éstos se convirtieron en asesores técnicos de los jueces, que buscaron el acierto en su dictamen. Y ya en el siglo XVIII, la opinión del jurisperito se hizo obligatoria antes de emitir el fallo, que se ajustaba naturalmente a aquélla. El asesor letrado se transformó, por último, en magistrado con imperio propio al implantarse el régimen de las intendencias; pero los demás jueces de primera instancia continuaron, por lo común, sin los conocimientos jurídicos que hoy se consideran indispensables en la función judicial.

Y ello se explicó al advertir que esta última, más que el desempeño de un cargo técnico, era considerada como un deber de

(41) Part. 3ª, tít. iv, ley 3. Conf.: Nueva Recopilación, lib. III, tít. ix, ley 1.

conciencia para todos los funcionarios, y como un altísimo honor que se les discernía. La magistratura se vinculaba estrechamente a los principios religiosos. Entre muchos documentos emanados de las autoridades españolas, no es inoportuno reproducir —con la inexperta ortografía del escribano— la exhortación que dirigió a los vecinos de Buenos Aires el gobernador del Río de la Plata y Presidente de la primera Audiencia de esta ciudad, porque define con precisión y elocuencia el concepto que entonces se tenía sobre la misión de los jueces: “bosottros señores que administrays Justizia exerciendo los offizios de Correxidor y alcaldes ordinarios y como criollos e yjos desta ttierra saveys y Conozeis Las ynclinaciones y costumbres de sus avitadores Y deveys entender que las varas que traes en las manos siendo de ttanto onor Son juntamente carga y obligazion prezisa de velar y attender al vien publico en ttanta Manera que delante de Dios se os a de azer terrible cargo de la Omission y flojedad que en esto tuvieredes Por ser el ffin principal y vazo en que se ffunda el mayor servizio de la magestad divina y Umana y que más Grava la conziencia” (42). Es que el derecho, que entonces estaba en formación y no había alcanzado un perfecto tecnicismo, quedaba subordinado naturalmente a los principios de equidad que no buscan tanto el rigorismo legal cuanto derivan de un ideal de justicia fundado en las normas morales y religiosas. En otras palabras, la misión de los jueces no era ajustarse a la ley sino procurar el bien público, el bien común, supremo objetivo de la acción estadual. Y en tal sentido la función judicial integraba la compleja actividad gubernativa.

La doctrina y la legislación españolas asignaban a la función judicial una importancia sobresaliente. Mientras en otros países de Europa, contemporáneamente, se habían organizado castas de funcionarios que adquirirían y trasmitían a sus herederos los cargos jurisdiccionales, en España quedó establecido desde

(42) Manifiesto del Maestre de Campo José Martínez de Salazar, julio 6 de 1671, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, cit., [serie I], XIII, 337.

época remota “que agora ni de aquí adelante no se pueda vender ni comprar oficio de jurisdicción” (43).

No hubo, por consiguiente, una casta judicial, ni los magistrados ejercieron su elevada misión con espíritu de grupo. La atribución de otras funciones a los jueces los obligó a mantener estrechamente el contacto con la comunidad, cuyos intereses estaban confiados a su custodia. Se obtuvo así, o se quiso conseguir, un mayor sentido de la realidad en el desempeño de la magistratura, tratando también de que el espíritu de justicia privara en los demás campos sujetos al poder de cada juez. Y este espíritu, resultado o combinación de principios religiosos y de normas éticas más que de reglas jurídicas, fué el que inspiró la acción de esos magistrados huérfanos muchas veces de sabiduría pero plenos de sentido común y de rectitud moral.

No es posible, sin embargo, emitir un juicio de conjunto respecto al ordenamiento judicial de las Indias. Las diferencias de tiempo, de lugar y de personas impiden apreciar el valor o la eficacia de tantos jueces y tribunales como los que se sucedieron durante los tres siglos de la dominación hispánica. Existieron con frecuencia jueces venales o corrompidos, y se dictaron sentencias pronunciadas con deliberada parcialidad. Estos defectos humanos, que todavía no se han podido extirpar totalmente, ¿pueden fundar un cargo a la organización judicial del nuevo mundo? ¿Podía aspirarse a la perfección en este medio de violentas pasiones y de lejanos recursos? No hay duda alguna que los errores y las deficiencias que la historia recuerda no fueron consecuencia del sistema. Este aspiró a crear magistrados íntegros inculcándoles los principios morales que forman la base incommovible del espíritu de equidad. También quiso adecuar el desempeño de esa justicia a las necesidades simples de las comunidades americanas, que no requerían un profundo saber jurídico sino un amable sentido humano. Y desde estos puntos de vista, es indudable que el sistema fué digno de admiración.

(43) *Nueva Recopilación*, lib. VII, tít. iii, ley 7. Conf.: *Recop.*, VIII. xx. 1.

Zorraquín Becú, Ricardo

La función de justicia en el derecho indiano. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1948.

Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho "Conferencias y Comunicados del Instituto de Historia del Derecho XXIII"

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico



ESTE FOLLETO
NÚMERO XXIII DE LA SERIE
«CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES»
DEL
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL 18
DE DICIEMBRE DE
1948