FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

REVISTA
DEL
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

Número 23

Homenaje al doctor SAMUEL W. MEDRANO

Investigaciones. ABELARDO LEVAGGI, *La pena de muerte en el derecho argentino precodificado. Un capítulo de la historia de las ideas penales;* JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *La comunidad de montes y pastos en el derecho indiano;* ALICIA GABBI DE PADÍN, MARTA DUDA DE DE ROSAS, CARMEN MAÑAS DE RUIZ, ANÍBAL MARIO ROMANO. Bajo la dirección de MARGARITA HUALDE DE PÉREZ GUILHOU y DARDO PÉREZ GUILHOU, *Constitución y revolución en Mendoza 1889-1910 ;* RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *El concepto y las divisiones del Derecho: de Cicerón a Santo Tomás;* RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *El oficio de gobernador en el derecho indiano; Reunión de estudio sobre la vigencia y aplicación de la Novísima Recopilación Española de 1805 en el Río de la Plata.*

Notas. WALTER JAKOB, *Sumario de las ordenanzas mineras del Perú;* ABELARDO LEVAGGI, *El régimen civil del menor en la historia del derecho argentino;* JUAN T. BATTINI VIDAL; *La forma de Estado y el punto de vista provinciano. (A propósito de Vélez Sársfield, constituyente por San Luis).*

Documentos. MARÍA HAYDÉE MARTÍN, *Un proyecto de ley sobre el divorcio y las separaciones voluntarias de los matrimonios en 1824;* EDUARDO MARTIRÉ, *Las ordenanzas de minas del Conde de Nieva y los Comisarios (1561).*

Crónica. *Fallecimiento del doctor Samuel W. Medrano. Profesores de Historia del Derecho Argentino. Ayudantes de Cátedra. Conferencias. Cursos de Doctorado. Publicaciones.*

Noticias. *Tercer Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.*

BUENOS AIRES
Imprenta de la Universidad
1972

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

REVISTA

DEL

NSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

Número 23

BUENOS AIRES
Imprenta de la Universidad

1972

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

AÑO 1972

RECTOR

DR. BERNABÉ J. QUARTINO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

DECANO

DR. ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

CONSEJEROS TITULARES

Dr. AQUILES H. GUAGLIANONE
Dr. LUIS ESTEBAN NEGRI PISANO
Dr. HUGO CAMINOS
Dr. ALBERTO JOSÉ RODRÍGUEZ GALÁN
Dr. JOSÉ DOMINGO RAY
Dr. CARLOS ALBERTO DECURGEZ
Dr. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA

CONSEJEROS SUPLENTES

Dr. MARIO JUSTO LÓPEZ
Dr. EDUARDO AGUIRRE OBARRIO
Dr. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI
Dr. GUILLERMO MICHELSON
Dr. AGUSTÍN A. GORDILLO
Dr. FRANCISCO A. DE LA VEGA
Dr. GASTÓN DASSEN

Impresos
Encuadernaci
ENC
IMPRE
LIBRE
Lavalle 13
Tel./

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

DIRECTOR

Dr. Ricardo Zorraquín Becú

JEFE DE INVESTIGACIONES

Dr. Víctor Tau Anzoátegui

JEFE DE CURSOS Y PUBLICACIONES

Dr. Eduardo Martiré

JEFE DE DEPARTAMENTO

Carlos O. F. Bianchi

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

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 facsímil). Noticia preliminar de Jesús H. Paz, 1939.

III. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, 1942.

IV. MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de práctica forense* (reedición facsímil). 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, *Índice de la Compilación de derecho patrio (1833)* y *El Correo Judicial, (1834),* reedición facsímil. Noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, 1946.

VIII. GURET BELLEMARE, *Plan de organización judicial para Buenos Aires* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1949.

IX. MANUEL J. QUIROGA DE LA ROSA, *Sobre la naturaleza filosófica del Derecho (1837),* reedición facsímil. Noticia preliminar de Ricardo Levene, Editorial Perrot, 1956.

X. BARTOLOMÉ MITRE, *Profesión de fe y otros escritos publicados en "Los Debates" de 1852.* Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1956.

XI. DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD, *Escritos jurídicos.* Editorial Abeledo-Perrot, 1971.

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 del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano.* Prólogo de Ricardo Levene, dos tomos, 1943.

V. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte, 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional,* 1954.

Impresos
Encuadernaci
ENC
IMPRE
LIBRE
Lavalle 13
Tel./

VI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispánico*, 2ª edición, Editorial Perrot, 1962.

VII. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Formación del Estado Federal Argentino (1820-1852). La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales*. Editorial Perrot, 1965.

VIII. y IX. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, dos tomos Editorial Perrot, 1966 y 1970.

X. ABELARDO LEVAGGI, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Derecho Eclesiático*, Editorial Perrot, 1969.

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.* Advertencia de Ricardo Levene, 1947.

II. MANUEL LIZONDO BORDA, *Nuestro derecho patrio en la legislación de Tucumán, 1810-1870*, Editorial Perrot, 1956.

III. TEÓFILO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *El derecho privado patrio en la legislación de Jujuy*, 1958.

IV. ARTURO BUSTOS NAVARRO, *El derecho patrio en Santiago del Estero*, 1962.

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

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 Instituta*, 1941.

III. RICARDO PICCIRILLI, *Guret Bellemare. Los trabajos de un jurisconsulto 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 de Comercio*, 1942.

VII. GUILLERMO J. CANO, *Bosquejo del derecho mendocino intermedio 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 socialcs en el Congreso de 1824*, 1944.

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

XII. RICARDO LEVENE, *La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García*, 1945.

XIII. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Aspectos del derecho penal indiano*, 1946.

XIV. SIGFRIDO RADAELLI, *Las fuentes de estudio del Derecho patrio en las Provincias*, 1947.

XV. FERNANDO F. MÓ, *Valoración jurídica de la obra minera de Sarmiento*, 1947.

XVI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La justicia capitular durante la dominación española*, 1947.

XVII. SIGFRIDO RADAELLI, *El Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano a diez años de su fundación*, 1947.

XVIII. VICENTE O. CUTOLO, *La enseñanza del derecho civil del profesor Casagemas, durante un cuarto de siglo (1832-1857)*, 1947.

XIX. RAÚL A. MOLINA, *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo*, 1947.

XX. RICARDO LEVENE, *En el tercer centenario de "Política Indiana" de Juan de Solórzano Pereira*, 1948.

XXI. VICENTE O. CUTOLO, *El primer profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores*, 1948.

XXII. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Los matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio argentino*, 1948.

XXIII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La función de justicia en el derecho indiano*, 1948.

XXIV. ALFREDO J. MOLINARIO, *La retractación en los delitos contra el honor*, 1949.

XXV. RICARDO LEVENE, *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del Derecho patrio en la Argentina*, 1949.

XXVI. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Panorama de la historiografía jurídica chilena*, 1949.

XXVII. ARMANDO BRAUN MENÉNDEZ, *José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio de Chile*, 1951.

XXVIII. RICARDO LEVENE, *Contribución a la historia del Tribunal de Recursos Extraordinarios*, 1952.

XXIX. AQUILES H. GUAGLIANONE, *La Historia del Derecho como afición y como necesidad para el jurista*, 1971.

LECCIONES DE HISTORIA JURÍDICA

I. EDUARDO MARTIRÉ, *Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico*, Editorial Perrot, 1968.

II. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, Editorial Perrot, 1968.

REVISTA DEL INSTITUTO

Número 1, Año 1949 (133 páginas). *Agotado.*
Número 2, Año 1950 (241 páginas). *Agotado.*
Número 3, Año 1951 (222 páginas). *Agotado.*
Número 4, Año 1952 (250 páginas). *Agotado.*
Número 5, Año 1953 (286 páginas). *Agotado.*
Número 6, Año 1954 (192 páginas). *Agotado.*
Número 7, Años 1955-56 (192 páginas). *Agotado.*

Impresos
Encuadernaci
ENC
IMPRE
LIBRE
Lavalle 13
Tel./

Número 8, Año 1957 (316 páginas). *Agotado.*
Número 9, Año 1958 (172 páginas). *Agotado.*
Número 10, Año 1959. Homenaje al doctor Ricardo Levene (238 páginas). *Agotado.*
Número 11, Año 1960. Homenaje a la Revolución de Mayo (238 páginas). *Agotado.*
Número 12, Año 1961. (224 páginas). *Agotado.*
Número 13,.Año 1962 (226 páginas). *Agotado.*
Número 14, Año 1963 (206 páginas). *Agotado.*
Número 15,.Año 1964 (243 páginas). *Agotado.*
Número 16, Año 1965 (259 páginas).
Número 17, Año 1966. Homenaje al Congreso de Tucumán (340 páginas).
Número 18, Año 1967 (276 páginas).
Número 19, Año 1968 (328 páginas).
Número 20, Año 1969 (380 páginas).
Número 21, Año 1970 (380 páginas).
Número 22, Año 1971 (400 páginas).

HOMENAJE AL
DOCTOR SAMUEL W. MEDRANO

Impresos
Encuaderna
ENC
IMPRE
LIBR
Lavalle 1
Tel.

SAMUEL W. MEDRANO

1899-1972

PRESENTACIÓN

Dedicamos este volumen de nuestra Revista *a la memoria del profesor Samuel W. Medrano, Director interino del Instituto desde noviembre de 1966 hasta marzo de 1970, durante una prolongada ausencia de su titular. Rendimos así el merecido homenaje de reconocimiento y de amistad a quien se destacó con singular relieve, en una larga carrera universitaria, por su inteligencia, su dedicación y su notable aptitud para la enseñanza.*

El doctor Medrano, nacido en Buenos Aires el 28 de septiembre de 1899, descendía de una familia que había prestado grandes servicios a la Patria y a la Iglesia. Antepasado directo suyo fue don Pedro Medrano, recibido en Chuquisaca, uno de los diputados que en Tucumán proclamó nuestra independencia, y cuya actuación política ulterior se cumplió en el grupo directorial y luego entre los federales. Su hermano mayor, Monseñor Mariano Medrano, tuvo el honor de ser el primer Obispo de Buenos Aires después de la emancipación, destacándose siempre como defensor de una ortodoxia que no era común profesar en su época.

Esa ilustre prosapia de rasgos tan definidos orientó e impuso su impronta en la personalidad de Samuel W. Medrano, siempre fiel a su acendrado catolicismo y poseedor a la vez de un espíritu patriótico hondamente arraigado en el culto a la nacionalidad. En ambos campos coincidentes quería hacer revivir —dar nueva vitalidad— a las modalidades tradicionales, para asegurar el desarrollo espiritual de la República, cuyos problemas sentía como propios. Por eso publicó en 1940 "Construcción de la Cristiandad en la Argentina". Por eso, tiempo antes, fue Secretario de redacción de la revista Criterio *en su primera época (1928-30), y contemporáneamente uno de los fundadores y más asiduos concurrentes a los Cursos de Cultura Católica, que crearon las condiciones necesarias para un renacimiento intelectual de signo religioso, preparando así la fundación de la Universidad Católica Argentina.*

En 1947 se incorporó Medrano a nuestra Facultad como profesor de Historia Argentina en los cursos de Ingreso. Posteriormente fue designado adjunto de Introducción al Derecho (1954), y en esta asig-

Impresos
Encuaderna
EN
IMPRE
LIBR
Lavalle 1
Tel.

natura continuó desempeñándose hasta su muerte. Desde noviembre de 1966 estuvo a cargo de la cátedra, y en 1968 —ya vencido el límite de edad que fijan los Estatutos— la Universidad lo nombró profesor consulto, reconociendo así los méritos adquiridos en su larga trayectoria docente. Entre fines de 1966 y mayo de 1968 tuvo también a su cargo la cátedra de Historia del Derecho Argentino. No se limitaron sus actividades al desempeño de las funciones mencionadas, pues dictó asimismo durante varios años cursos especiales de historia constitucional y otros correspondientes al doctorado.

Tan asidua labor en la enseñanza —que había comenzado en 1936 en establecimientos secundarios, continuando en ellos hasta 1965— lo impuso naturalmente como uno de los primeros profesores de la recién creada Universidad Católica Argentina (1958), en la cual fue titular de Historia del Derecho Argentino, y también profesor de Ciencia Política en el doctorado del mismo nombre.

Esta enumeración de funciones vinculadas con la enseñanza del derecho y de la historia pone en evidencia la continuidad de una auténtica vocación, que perduró durante más de tres décadas sin desfallecimientos y sin rehuir nuevas responsabilidades que le eran requeridas por su notoria capacidad y porque se conocía su sentido del deber. Era un expositor claro y didáctico, empeñado en inculcar ideas generales más que nociones de detalle, impulsado en esto por sus propias tendencias arraigadas en profundas creencias y pensamientos nacionales y jusnaturalistas. Era afable con los estudiantes, y el diálogo con ellos prolongaba la enseñanza impartida. En los exámenes surgía siempre su innata bondad para facilitar la exposición del alumno y suplir de algún modo las deficiencias o lagunas de sus conocimientos.

Medrano era un lector perseverante y un estudioso disciplinado y erudito. De otra manera no hubiera podido cumplir eficazmente —como lo hizo— con sus tareas en la docencia. Pero además fue un escritor de estilo clásico, que sabía captar y exponer con agudeza los problemas que abordaba. Sus temas preferidos fueron los relativos al catolicismo en la Argentina y los de nuestra historia política, combinada frecuentemente con el análisis de las instituciones. En uno y otro aspecto sus trabajos eran la continuación natural de la cátedra, y a través de ellos se advierte el contenido de sus orientaciones filosóficas, religiosas y políticas que daban características definidas a su personalidad. No ocultaba sus ideas. Las exponía en las clases, en sus publicaciones o en el diálogo ameno y agradable, con profunda con-

vicción y con calor humano, seguro como estaba de encontrarse en posesión de la verdad.

Sin abandonar aquellas actividades intelectuales, Medrano ocupó varios cargos públicos que le valieron una gran experiencia de los hombres y las cosas. Ejerció siempre esas funciones con plena dedicación y con singular espíritu de servicio. Fue Subsecretario de Gobierno y luego Interventor Federal interino en la provincia de Corrientes (1931-32), en donde contrajo matrimonio con su digna compañera doña Nilda Goytía. Más tarde cumplió una prolongada carrera administrativa en la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, hasta llegar a Secretario de Salud Pública y Abastecimientos (1944-46). Y en 1967 fue Secretario de Estado de Seguridad Social en el Ministerio de Bienestar Social de la Nación.

También deben recordarse sus inclinaciones editoriales. Ya dijimos que fue Secretario de redacción de Criterio. *Tiempo después dirigió la* Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales *(1953-55), junto con otras tareas conexas; fundó la* Revista Argentina de Política *(1958), que solo pudo editar su primer volumen; y tuvo a su cargo la* Revista *de nuestro Instituto en la época en que estuvo a su frente. También colaboró en otras publicaciones, como* Nueva República, Nueva Política, Sol y Luna *y* Presencia, *destinadas todas ellas a difundir los ideales que él sustentaba.*

Desde que se incorporó a la docencia en esta Facultad, Medrano fue un activo colaborador del Instituto. Ya en el número 2 de esta Revista *aparece un artículo suyo, y en los sucesivos hay otros trabajos importantes, casi todos de historia constitucional argentina, sin contar algunas notas bibliográficas. En 1966 contribuyó a la fundación del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, a cuyos dos primeros Congresos asistió (el de Buenos Aires en 1966 y el de Santiago de Chile en 1969). Como Director del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene le tocó organizar y presidir las Primeras Jornadas de Historia del Derecho Argentino, que se celebraron en esta ciudad en octubre de 1967. De esta manera, durante los últimos años de su vida, antes de acogerse a un bien merecido descanso, Medrano participó activamente en la expansión nacional e internacional de nuestro Instituto, en un esfuerzo destinado a profundizar y difundir el conocimiento de la historia jurídica. El relativo reposo que se impuso después de su designación como profesor consulto no le impidió dictar en el mismo Instituto una conferencia sobre "La*

Impresos
Encuadernac
ENC
IMPRE
LIBRI
Lavalle 1
Tel.

condición humana en las Partidas'', que fue su última colaboración en las comunes tareas.

El doctor Medrano falleció el 28 de marzo de 1972. Las dos Facultades de Derecho en las cuales había desempeñado tan asiduas e importantes tareas adhirieron al duelo. En otra sección de esta Revista publicamos los discursos que se pronunciaron en el cementerio de la Recoleta, así como la bibliografía del destacado profesor.

RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ

LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO ARGENTINO PRECODIFICADO.

UN CAPITULO DE LA HISTORIA DE LAS IDEAS PENALES

Por ABELARDO LEVAGGI

SUMARIO: I. Introducción. II. El marco doctrinal de la Ilustración y el Liberalismo. III. Estado de la cuestión en Buenos Aires, desde la Revolución de Mayo hasta la sanción de la Constitución Nacional. IV. Primeras reacciones positivas contra la pena de muerte. El ejercicio de la facultad de perdonar. V. El proceso contra Clorinda Sarracán de Fiorini. Se suspende la aplicación de la pena capital. VI. Sucesión de leyes restrictivas de la pena de muerte. VII. El proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor. VIII. Triunfo de los criterios limitativos de la pena capital. IX. Epílogo precursor. El primer proyecto abolicionista.

I. INTRODUCCIÓN.

Nos proponemos en este trabajo estudiar la pena de muerte en el Derecho patrio precodificado, especialmente en una etapa que consideramos fundamental dentro de la evolución de las ideas penales argentinas, como fue la comprendida entre los años 1855 y 1870. Durante su transcurso se desarrolló, en efecto, en Buenos Aires, un vigoroso movimiento de opinión, que alcanzó desde la población anónima hasta los más altos niveles del Gobierno y de la Judicatura, y que se caracterizó por su general oposición al sistema penal vigente y su particular rechazo de la pena de muerte, destinada a ser reemplazada —en plazo más o menos breve— por un moderno régimen penitenciario que fuera acorde con las más recientes doctrinas, que hacían de la reforma del delincuente uno de los fines principales, si no el más importante, del castigo.

Circunscribimos el campo de nuestra investigación a Buenos Aires donde, por obra de factores tanto universales como locales, tomó forma e impulso esa corriente de pensamiento y de acción que deja-

Impresos
Encuadernac
ENC
IMPRE
LIBR
Lavalle 1
Tel.

mos señalada, y que representó a la postre —dicho sea con la perspectiva del tiempo— la primera etapa de un proceso irreversible que culminaría años más tarde con la abolición legal de la última pena.

Si en otros centros culturales del país surgieron contemporáneamente iniciativas similares, no lo sabemos. Suponemos que sí. La investigación pertinente no se ha hecho todavía. Pero, cualquiera haya sido la realidad del interior, estamos en condiciones de afirmar, y pretendemos demostrarlo con las páginas que siguen, que tanta fue la fuerza de los estímulos locales que actuaron en la génesis y desenvolvimiento de este proceso, que su solo estudio viene a resultar bastante para explicar los cambios operados durante medio siglo en nuestro Derecho penal.

Como, por otra parte, no fue ésta una floración vernácula sino la manifestación local de un fenómeno universal, producto del cultivo del pensamiento penal clásico, será indispensable partir —como lo haremos— de las fuentes genuinas de ese pensamiento para estar en condiciones de apreciar su eco y recepción en nuestro medio.

II. El marco doctrinal de la Ilustración y el liberalismo.

La prédica de los filósofos y juristas de la segunda mitad del siglo XVIII y primeras décadas del XIX, iluministas y liberales, constituyó el marco ideológico de las reformas penales emprendidas en el Río de la Plata, tal como lo revelan las continuas y profusas citas que de los más difundidos autores, desde Montesquieu hasta Rossi, adornaron los escritos y las disertaciones de nuestros juristas y hombres de Estado abocados a esa empresa. Es por ello que, para establecer la debida filiación del pensamiento argentino de la época, vamos a repasar las ideas de los autores europeos que mayor influjo ejercieron sobre él a través de sus obras.

La jurisprudencia de la Ilustración y la del Derecho penal liberal, más tarde denominada Escuela Clásica, marcaron la reacción contra el sistema penal de raigambre romana vigente en el occidente europeo desde la Baja Edad Media, y que con exagerados trazos dibujó Luis Jiménez de Asúa "cubierto de sangre y que amadriga en su recóndito seno tanto sadismo" [1]. Sin ser así, ese sistema resultaba de todos modos incompatible —por la connotación religiosa de su concepto del delito, la severidad y desproporción de las penas, y el empleo de métodos procesales como el tormento— con el raciocinio y la

1 *Tratado de Derecho penal*, I, 241, Buenos Aires 1956.

sensibilidad de los nuevos tiempos, proclives a la secularización del Derecho, a la dulcificación de los castigos y a la ampliación de las garantías individuales.

De allí que los escritos de los filósofos y juristas alistados en esas escuelas hayan servido de fuente doctrinal, tanto en España como en América, para los proyectos reformistas referidos tanto al sistema penal en general, como al uso de la pena de muerte, en particular, como piedra de toque que fue de las críticas formuladas contra el régimen romano [2].

Dado que, entre toda la literatura penal de la época, se destacó, por la notable difusión alcanzada, el folleto de Beccaria *Dei delitti e delle pene,* para una más ordenada exposición del punto separaremos a los autores en dos grupos: anteriores unos y posteriores otros a la publicación del folleto, hecho que ocurrió en 1764.

Los precursores de Beccaria más citados entre nosotros fueron Montesquieu y Rousseau, y muy poco Gianbattista Vico. Montesquieu se ocupó de las penas en el Libro VI de *El espíritu de las leyes* (1748) y, con la moderación y equilibrio que caracterizan a toda su obra, sin haber sido un penalista, produjo honda impresión entre los filósofos y juristas de su tiempo —incluso en Cesare Bonesana, único autor al que menciona— y de tiempos posteriores, siendo en tal sentido remarcable su influencia sobre nuestro Carlos Tejedor, que expresamente adheriría a sus opiniones, como lo comprobaremos oportunamente.

Montesquieu condenaba la severidad de los castigos, como "más propia del gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que de la monarquía o de la república, las cuales tienen por resorte, respectivamente, el honor y la virtud". Recomendaba abstenerse de conducir a los hombres por las vías extremas y valerse, en cambio, de los medios brindados por la naturaleza, con la convicción de que "la causa de todos los relajamientos" estaba siempre en la impunidad y no en la

[2] A propósito de España, escribe FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE que "si el conocimiento de autores como Montesquieu y Beccaria fue en España tan temprano, tan intenso y duradero como acabamos de comprobar; si un penalista español como Lardizábal menciona constantemente no sólo a aquellos dos escritores, sino también a Rousseau y a Brissot de Warville entre otros; si Meléndez Valdés poseía en 1782 obras de Montesquieu, Puffendorf, Brissot de Warville, Dagge (*Considerations on the criminal Laws,* London, 1774), en su biblioteca particular, demostrando estar al día de lo que se publicaba en Europa, y si análogos conocimientos poseían hombres como Sempere, Jovellanos o Foronda, es lógico concluir que desde 1770 aproximadamente hubo entre nosotros un grupo de pensadores identificados con las reformas de la legislación penal propuestas por aquellos autores extranjeros que ellos conocían directamente" (*El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI-XVII-XVIII,* pp. 103-4, Madrid, 1969).

moderación de las penas. Sin embargo estas consideraciones, Montesquieu, como muchos otros escritores, no se opuso totalmente a la aplicación de la pena de muerte [3].

También Rousseau, sin ser penalista, trató *Del derecho de vida y muerte* en uno de los capítulos de *El contrato social* (1762). El gran éxito político alcanzado por el libro del ginebrino, favoreció, sin duda, la divulgación de sus ideas penales, recogidas asimismo por nuestros juristas. Rousseau justificaba la pena de muerte en base al mismo pacto social. "Quien quiere conservar su vida a expensas de otros, debe darla también por ellos cuando es necesario [...] es para no ser víctima de un asesino, por lo que se consiente en morir si se llega a ser asesino [...] todo malhechor, al atacar al derecho social, resulta por sus fechorías rebelde y traidor a la patria, deja de ser miembro de la misma al violar sus leyes y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya, es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se ejecuta al culpable es más como enemigo que como ciudadano". Hasta aquí sostenía la legitimidad de la pena capital, pero a renglón seguido, y tal como Montesquieu, agregaba que "la frecuencia de los suplicios es siempre un signo de debilidad o de pereza en el gobierno. No hay hombre malo del que no se pudiera hacer un hombre bueno para algo. No hay derecho a hacer morir, ni siquiera por ejemplaridad, más que a aquél al que no se puede conservar sin peligro" [4].

Las ideas atemperadas de Montesquieu y de Rouseau fueron desbordadas por Cesare Bonesana, el Marqués de Beccaria, en su ya recordado alegato, *De los delitos y de las penas* (1764), que, al decir de Francisco P. Laplaza, fue "la primera obra acabada donde las ideas renovadoras alcanzaron plena unidad temática y se dieron las bases necesarias para levantar un *estado de derecho* contrapuesto al estado de arbitrariedad" [5].

El fin de las penas, según Beccaria, "no es otro que el de impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos, y el de disuadir a los demás de hacer como hizo aquél. En consecuencia, las penas y el método de infligirlas debe ser escogido de modo que, al conservarse la proporción, produzca una impresión más eficaz y más duradera

[3] I. pp. 117-8 y 122, ed. Garnier.
[4] 90-2, ed. Aguilar, Buenos Aires 1965.
[5] *Estudio preliminar*, p. 53, a la edición crítica bilingüe Arayú, Buenos Aires 1955.

en el ánimo de los hombres y menos atormentadora en el cuerpo del reo'' (p. 209).

Partiendo de esta premisa, llegó a proponer la sustitución de la pena de muerte por la de penitenciaría, fijando un criterio que pasaría a ser vertebral dentro de los modernos proyectos de reforma criminal. ''No es el espectáculo terrible, pero pasajero, de la muerte de un malvado, sino el prolongado y doloroso ejemplo de un hombre privado de su libertad, que se ha convertido en bestia de carga para resarcir con sus fatigas a la sociedad que ofendió —escribe Beccaria—, lo que constituye el freno más potente contra los delitos [...] La pena de muerte se convierte en espectáculo para la mayoría, y para otros en objeto de compasión mezclada de desdén, sentimientos ambos que en el ánimo de los espectadores ocupan más lugar que el saludable temor que la ley pretende inspirar. En las penas moderadas y continuas, por el contrario, el sentimiento dominante es este último, ya que es el único''.

El Marqués no descartó sin embargo, en forma absoluta, el uso de la pena capital, antes bien la reservó para quien ''aun encontrándose privado de la libertad, tenga todavía relaciones y poderes tales que comprometan la seguridad de la nación, es decir, cuando por su existencia pueda producirse una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida'' y ''cuando su muerte fuese el único y verdadero freno para impedir que los demás cometan delitos'' (pp. 253-55).

De todas maneras, no fueron las excepciones contempladas por Beccaria, sino sus rotundas y lapidarias afirmaciones contra el sistema penal imperante las que hicieron impacto en sus lectores y desataron la corriente reformista que ya no tendría fin. Valga como exponente una frase como ésta: ''Paréceme absurdo que las leyes, expresión de la voluntad pública, que abominan y castigan el homicidio, cometan uno también ellas y ordenen, para apartar a los ciudadanos del asesinato, el asesinato público'' (pp. 257-8).

De los delitos y de las penas tuvo tal éxito que enseguida se multiplicaron sus ediciones, circulando sus ejemplares, cual voraz incendio, por todo el mundo occidental, ilustrados generalmente con otros escritos del mismo autor o de comentaristas de la obra. A Buenos Aires llegó en 1823 la edición madrileña del año anterior —que no fue la primera—, con las notas de Voltaire, Hautefort, Brissot de Warville, etc. [6], habiendo sido saludada su presencia por *El Argos* en

[6] *Tratado de los delitos y de las penas.* Por BECCARIA. Nueva traducción. Con el Comentario de VOLTAIRE, la Respuesta de BECCARIA a las Notas y Obser-

ıpresos
ıcuadernac
ENC
IMPRE
LIBRI
Lavalle 1
Tel./

relación con los proyectos, acariciados entonces, de reforma de la justicia criminal [7].

Entre los comentaristas del libro, destacamos dos que sumando su prédica a la del Marqués contribuyeron a propagar entre nosotros las ideas abolicionistas: Voltaire y Carlos Augusto Hautefort. En su extenso *Comentario sobre el libro De los delitos y de las penas* (1766) Voltaire dedicó el capítulo X a la pena de muerte y lo hizo bajo los efectos del resonado caso que le había tocado vivir, el caso Calas, suceso notorio de error judicial, que sirvió para desacreditar hasta el extremo al sistema penal entonces vigente [8].Con su estilo sagaz y penetrante, apuntó como "evidente que veinte ladrones vigorosos, condenados a trabajar en las obras públicas todo el curso de sus vidas, son útiles al estado por sus suplicios, en igual que su muerte es únicamente útil para el verdugo, que se paga para que mate a los hombres en público"; para concluir exhortando a que "en este siglo [que] queremos perfeccionarlo todo ¡tratemos pues, de perfeccionar las leyes, de que dependen nuestras vidas y fortunas!" [9]. Por su parte Hautefort, en sus *Observaciones* aparecidas en Amsterdam, en 1767, insistió en el concepto del uso limitado de la pena capital para que causara el efecto

vaciones de FACCHINEI, las Observaciones de HAUTEFORT, las Cartas relativas a la obra, las Consideraciones de M. ROEDERER sobre la pena de muerte, las Notas (entre las cuales algunas inéditas) de DIDEROT, de MORELLET, de BRISSOT DE WARVILLE, de MIRABEAU, de SERVAN, de RIZZI, de M. BERENGER, etc. Precedida de una noticia sobre BECCARIA, Madrid. En la imprenta de Alban, 1822. La anterior edición madrileña era de 1820. Ambos ejemplares se encuentran en la Biblioteca Nacional.

7 "Desde que las luces empezaron a difundirse —decía—, nada se deseó más, ni debió desearse con más justicia, que una reforma de los códigos penales ... Ocupados los estados de esta idea, sucesivamente se han ido apresurando en suavizar las leyes con que la justicia criminal sacrifica sus víctimas. A menos de tener un corazón de bronce, no podemos excusarnos de desear esta misma reforma en las leyes que nos rigen" (Nº 35. Miércoles 30 de abril de 1823. Tomo 2º). La colección de *El Argos de Buenos Aires* se halla en el salón hemeroteca de la Biblioteca Nacional.

8 Refiere TOMÁS Y VALIENTE que el suceso "tuvo comienzo en Toulouse el 13 de octubre de 1761, con la muerte sospechosa de un tal Pierre Calas, hijo de una familia protestante, odiada por ello en la ciudad y comarca, claramente católicas. El proceso penal acabó con la condena a muerte del padre del fallecido, al cual se ejecutó el 10 de marzo de 1762. Hasta aquí el proceso no parecía susceptible de provocar ninguna alteración considerable en el sistema procesal-penal de entonces. Pero enterado casualmente Voltaire de las irregularidades que se habían producido en la instrucción, al conducirla los jueces de modo parcial hacia la condena (al parecer injusta) del ya ejecutado Calas, se decidió a intervenir y a utilizar como piedra de escándalo el asunto, hasta lograr la casación de la sentencia" (*op. cit.*, p. 99).

9 En *Tratado de los delitos y de las penas*, edición citada en la nota 6, pp. 278 y 355.

deseado de inspirar horror y apartar del crimen, pues de no ser así venía a resultar "un mal de más" [10].

Después de Beccaria, la moderna doctrina recorrió toda la gama de opiniones posibles en torno de la cuestión de la pena de muerte, pero sin caer, ni en el extremo de su aplicación indiscriminada, ni tampoco en el de la abolición total e inmediata, de modo que las diferencias de matiz oscilaron entre su más o menos temprana sustitnción por otras penas y el número más o menos reducido de delitos que debían ser castigados capitalmente.

Los más avanzados —caso de Pastoret y de Bentham, para no citar sino a dos autores bien conocidos en el Río de la Plata— abogaron por el reemplazo de la pena de muerte por la prisión prolongada o perpetua, y por la aplicación de aquélla a los autores sólo de delitos atroces. Otros en cambio, los más, cautelosos en sus juicios y en sus proposiciones, propulsores de la reforma de las costumbres antes que de las leyes, generalmente escépticos de las bondades del sistema penitenciario, fueron venero intelectual para la mayoría de nuestros juristas y hombres de Estado hasta las últimas décadas del siglo XIX, pudiendo recordarse, de ese calificado conjunto, a los nombres de Filangieri, Romagnosi, de Mably y Lardizábal.

Gaetano Filangieri (1752-1788), napolitano, expuso en *La ciencia de la legislación* sus ideas moderadas acerca de la pena capital, comenzando por refutar a quienes habían puesto en duda el derecho a su uso argumentando que el derecho de quitar la vida al transgresor de las leyes naturales, que en el estado de naturaleza tienen todos los hombres, en el contrato social se había transferido a la sociedad y depositado en las manos del soberano. Pero una vez afirmado el derecho de castigar, aun con la última pena, advertía Filangieri que "quitar la vida a un hombre; inmolar a la pública tranquilidad la existencia de un individuo; emplear la misma fuerza que defiende nuestra vida, para privar de ella a quienes con sus atentados han perdido el derecho a conservarla: remedio violento es éste que no puede ser útil, sino cuando es empleado con la mayor economía, porque a poco que se abuse de él, degenera en un veneno mortífero, que puede conducir insensiblemente al cuerpo político, a la disolución y a la muerte". En consecuencia proponía reservar la pena de muerte para el homicida feroz y para el traidor a la patria; y que su ejecución fuese con todo el aparato necesario, para volverla más imponente ante los ojos del pue-

[10] En *id.*, p. 364.

Impresos
Encuadernac
ENC
IMPRE
LIBRI
Lavalle 1
Tel.,

blo, pero a la vez lo menos dolorosa posible para el delincuente, y que se proscribieran todos los suplicios crueles [11].

Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), figura prominente de la Escuela Clásica italiana, abordó el asunto no tanto en su famosa *Génesis del Derecho penal* (Pavia, 1791), como en su *Memoria sobre las penas capitales*, publicada en los *Annali Universali di Statistica, Economia Pubblica, ecc.*, en 1830, donde, si bien se pronunció por la reforma del sistema penal, dejó a salvo la subsistencia de aquéllas.

"Aborrecéis la sangre —escribe Romagnosi—; también yo la aborrezco. Pero si aborrecéis la sangre derramada por la justicia, yo aborrezco mucho más la sangre derramada por el asesino; y me horrorizo de los estragos, de las angustias, de las violencias y de los terrores causados por los malvados. El sentido moral común, que huye de la atrocidad de una pena no merecida, se rebela también contra una indulgencia farisaica". Y también: "para la defensa, ya sea individual o social, *necesaria* a la incolumidad y a la seguridad más completa de los derechos, el delincuente no suele contraponer ningún derecho; de otra suerte, deberíamos decir que el hombre probo y pacífico puede ser despojado, maltratado y asesinado con derecho por un criminal. Por consiguiente, el mal irrogado al criminal por defensa necesaria, es un hecho de derecho .Por lo mismo, si este mal hubiese de ser llevado hasta la muerte del criminal, esta muerte le sería dada con derecho. Y aquí vuelvo a repetir que la fuerza del principio es tal, que o hay que quitar el derecho hasta de arrancarle un cabello al criminal, o hay que entregarlo al verdugo, si es preciso" [12].

Otra personalidad destacada de la ciencia jurídica europea, Pellegrino Rossi (1787-1848), toscano, de proficua labor en Suiza y en Francia, publicó en 1829 su *Tratado de Derecho penal*, difundido en Hispanoamérica a través de la versión castellana de Cayetano Cortés, editada en 1839. Rossi coincidió con sus coterráneos en desechar la idea de la ilegitimidad de la pena de muerte, la que, según sus palabras, "no ha conmovido todavía a la conciencia humana y provocado sus remordimientos; porque no sería lógico alegar contra este hecho de la humanidad la indignación y el horror que puede haber ocasionado el abuso". De todas maneras hacía votos para que el cadalso llegara a ser "un acontecimiento tan raro, tan lúgubre y hasta tal punto solemne" que su conveniencia no fuera ya motivo de disputa [13].

11 *La scienza della legislazione*, t. II, Firenze 1872, pp. 212, 219, 220 y 223.
12 *Génesis del Derecho penal*, ed. Themis, Bogotá 1956, pp. 594 y 598.
13 *Tratado de Derecho penal*. Escrito en francés por Mr. P. ROSSI, profesor

Pasando de los autores italianos a los franceses, encontramos en primer lugar al abate Gabriel Mably (1709-1785), autor de los *Principios de las Leyes*. Con argumentos iguales a los esgrimidos por Filangieri, atribuyó a los magistrados el mismo derecho de muerte que a los particulares en el estado de naturaleza, contra quienes amenazaban su vida, pero aclarando que "no hay sino dos reos que merecen la muerte; el asesino, y el que traiciona a su patria, sea para establecer un poder arbitrario, sea para someterla a una potencia extranjera" [14].

El renombrado jurista Charles Pastoret (1756-1840) trató extensamente esta cuestión en su libro *De las leyes penales*, publicado en 1790. Sólo en caso de necesidad absoluta, cuando la sociedad no podía conservar sin peligro al culpable, justificaba el uso de la pena capital, negando en cambio el derecho de aplicarla por otros crímenes que no fuesen la conjuración o la traición a la patria. La efusión de sangre —sostenía— no espanta a los hombres ni disminuye los delitos, y la rechazan tanto la naturaleza y la humanidad como la utilidad pública [15].

Jean-Louis Eugène Lerminier (1803-1857) dedicó a su vez parte de su *Filosofía del Derecho* —que tanta influencia ejerciera sobre el joven pensamiento de Alberdi, al revelarle a Savigny y a su Escuela Histórica— al tema que nos ocupa, para fijar una posición equilibrada, que reconocía los inconvenientes de la pena —"el más grande es el de asestar un golpe irreparable"— pero también aspectos positivos, concluyendo con que "la pena de muerte debe seguir los progresos de la civilización y que según todas las probabilidades morales e históricas, desaparecerá naturalmente, como un último homenaje tributado a la caridad del género humano" [16].

El mejicano Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), el jurista

de Derecho Político y Constitucional en la Universidad de París, y de Economía Política en el Colegio de Francia. Traducido al idioma español por don CAYETANO CORTÉS, t. II, Madrid 1839, pp. 237-8 y 245. La obra de ROSSI, estudiada en la segunda mitad del siglo en la Universidad de Buenos Aires, fue objeto de la tesis doctoral de TEÓFILO EUGENIO DÍAZ, presentada en 1876 bajo el título *La doctrina de Rossi. La pena de muerte.* El proponente aceptaba en algunos aspectos la doctrina, pero la refutaba en otros —como ser la restricción de la justicia moral por el principio de conservación social—, para concluir rechazando a la pena capital y a las costumbres de la época. La tesis puede consultarse en la Biblioteca de la Facultad de Derecho (Nº 10.00934).

[14] No habiendo podido hallar la obra original, la citamos a través de CH. PASTORET, *Des loix pénales*, t. I, Paris 1790, pp. 18-24.

[15] *Op. cit.*, pp. 50 ,52 y 58.

[16] *Philosophie du Droit*, par E. LERMINIER. Ancien professur au Collège de France. Troisième édition. Paris MDCCLIII, pp. 113 y 114. Por no haber podido hallar en bibliotecas la obra de CHARLES LUCAS, no la incluimos en esta reseña, a pesar de su importancia en nuestro medio, durante el siglo pasado.

Impresos
Encuaderna
EN
IMPRI
LIBR
Lavalle 1
Tel

más importante de la Ilustración española, y el penalista más autorizado entre los de habla castellana, aproximándose a Montesquieu en la misma medida en que se apartaba de Beccaria, analizó en su *Discurso sobre las penas* (1782) el problema de la pena de muerte. Su uso constante, prueba cierta para él de su utilidad y necesidad, dio paso en todos los tiempos y naciones al abuso, y con ello a modernas tentativas para su proscripción.

"¿Qué diremos pues —se interrogaba Lardizábal— a vista de dictámenes tan opuestos? Negar a las Potestades supremas la facultad de imponer la pena de muerte, sería arrancar temerariamente a la justicia y a la soberanía uno de sus más principales atributos. Imponerla sin discernimiento y con profusión, sería crueldad y tiranía. Abolirla enteramente en un Estado, sería acaso abrir la puerta a ciertos delitos más atroces y peligrosos, que casi no pueden expiarse sino con sangre [...] Entre estos extremos hay un medio que dicta la razón misma y el conocimiento de los hombres, y es usar de mucha circunspección y prudencia en imponer la pena capital, reservándola precisamente y con toda escrupulosidad para solos aquellos casos en que sea útil y absolutamente necesaria" [17].

Jeremías Bentham (1748-1832), célebre filósofo y legista inglés, muy difundido entre nosotros a partir de la década del 20, sostuvo sus ideas abolicionistas en los *Tratados de legislación civil y penal*, y en la *Teoría de las penas*, obras ambas traducidas al castellano, en términos coincidentes con la opinión de Beccaria, al extremo de decir que "este punto está tan bien tratado en su obra, que después de ésta, ya se puede omitir el tratar de él" [18].

Por su parte Juan Anselmo von Feuerbach (1775-1833), autor del Código Penal bávaro de 1813, fuente principal del proyecto de Carlos Tejedor y paradigma de su generación, escribió en la *Introducción* al mismo, a propósito de la relación que debe existir entre la pena y el delito, que toda legislación penal había de ser de una "severidad mesurada, sin dureza ni crueldad inútiles. Nada de torturas en nuestro código; nada de refinamientos, aunque sean aparentes, en el modo de

17 *Discurso sobre las penas contraido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, por Don MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE, del Consejo de S. M. su Alcalde del Crimen y de Hijosdalgo de la Real Chancillería de Granada. Madrid MDCCLXXXII, pp. 165 y 166.

18 *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada de los manuscritos del Señor JEREMÍAS BENTHAM, jurisconsulto inglés, por ESTEBAN DUMONT, miembro del Consejo Representativo de Ginebra, y traducida al castellano, con comentarios por RAMÓN SALAS, ciudadano español, y doctor de Salamanca. Tomo III, Madrid 1822, p. 66.

aplicar el último suplicio; nada de mutilaciones''; sólo la muerte simple y "limitada a esos crímenes atroces para los cuales la conciencia de todo hombre razonable" la reclama: para el que asesina a sangre fría a su padre, su esposo o su amigo, y para el reo de alta traición. Así circunscripta, debía mantenerse en su opinión. "La experiencia de todos los tiempos y de todos los lugares, y los ensayos mismos efectuados para reemplazar la pena de muerte, han demostrado que, en el estado de imperfección de las instituciones humanas, este castigo es necesario'' [19]. El mismo argumento lo oiremos repetido innúmeras veces en Buenos Aires por boca de sucesivos oponentes a los proyectos abolicionistas varias veces intentados.

Cerramos este panorama de la ciencia penal europea de fines del siglo XVIII y primera mitad del XIX, que —lo reiteramos— fue modelo y guía para nuestros propios jurisconsultos y estadistas, con el célebre catedrático francés Louis Eleazar Ortolan (1802-1873), cuyo curso de Derecho penal de 1839-1840, editado en 1841, permitió la circulación de sus ideas profundamente reformistas. Para el Derecho del siglo XVIII las penas fueron, según sus palabras, "unos instrumentos de venganza y de terror'' cuyo grado más alto no era la privación de la vida, porque, por distintos medios de ejecución, se había buscado la intensificación del suplicio; no satisfecha la venganza pública con la muerte, debía prolongarse la pena sobre el cadáver, expuesto en la picota, o arrastrado hasta un basural, o incinerado y dispersas sus cenizas a los vientos.

Si bien iniciada antes, la reforma se concretó con Beccaria, que abrió el camino posteriormente transitado por otros. "Los escritos de los filósofos prepararon la reforma; los de los filósofos penalistas la reclamaron especialmente, y a ellos se unió la voz de los magistrados ganados a su causa''. Cuatro nombres destaca Ortolan entre los criminalistas de fines del siglo XVIII: Pastoret, Bentham, Romagnosi y Feuerbach [20].

[19] *Code pénal du Royaume de Bavière.* Traduit de l'allemand, avec des explications tirées du commentaire officiel (Exposé des motifs), et un appendice renfermant. 1° Des Notes historiques; 2° la traduction d'appréciations critiques du Code de Bavière, par MM. ROSSHIRT et MITTERMAÏER; 3° et les Prolégomenes du Traité du Droit pénal, de FEUERBACH; par CH. VATEL, Dr. en D., Avocat près le Tribunal de Versailles. Paris. Auguste Durand, Libraire Éditeur. 1852, p. 21.

[20] *Cours de législation pénale comparée. Introduction historique. Histoire du Droit Criminel en Europe depuis le XVIIIe siècle jusqu'a ce jour.* Par M. ORTOLAN, professur a la Faculté de Droit de Paris. Analyses du Cours de 1839-1840. Recueillies et publiées par M. G. NARJOT. Paris. Joubert, Libraire Éditeur. 1841, pp. 109-150.

Todos ellos contribuyeron a sembrar la simiente que germinaría en tierras del Plata para impulsar también aquí el proceso renovador del Derecho penal.

III. Estado de la cuestión en Buenos Aires, desde la Revolución de Mayo hasta la sanción de la Constitución Nacional.

Desde los primeros años de la Revolución de 1810 aparecieron entre nosotros síntomas reveladores de que nuevas orientaciones liberales iban adueñándose del campo de las ideas penales, tanto en sus aspectos procesales como sustantivos. Las leyes hispano-indianas, que continuaron vigentes, sancionaban con la pena capital especialmente al homicidio y al robo calificado, además del delito de lesa Majestad.

Asso y Manuel enumeran los siguientes delitos castigados entonces con la pena de muerte: asonadas y levantamientos, tratándose de la tercera vez (*Recopilación*, VIII, 15, 6); alcahuetes, también por tercera vez (*id.*, VIII, 11, 4); defraudadores de rentas reales (*ibid.*, IX, 8, 1); duelista (*ibid.*, VIII, 8, aut. 1); desflorador de monja (*Partida* VII, 19, 2); falsarios de sellos reales y moneda (*id.* VII, 7, 6, y *Recop.* V, 21, 11 y 67, y VIII, 17, 3 y 5); homicidas (*Part.* I, 6, 25, y 8, 13, y VII, 8, 8, 10 y 15, y *Recop.* VIII, 23, 2 y 3); incendiario (*Recop.* III, 12, 6); ladrón de hurto calificado, por haber sido cometido en camino, iglesia, casa, en la Corte, etc. (*Part.* VII, 14, 8); pecador nefando (*Recop.* VIII, 21, 1); el que resiste con armas a la Justicia (*id.*, VIII, 22 ,1 a 4); ladrones de ganados (*Part.* VII, 14, 7); quebrantador de sepultura, con armas y maltratando el cadáver (*id.* VII, 9, 12), y traidor (*Recop.* VIII, 18, 2) [21]. Sin embargo, los casos usuales de imposición de la última pena, eran los que citamos antes, debiendo considerarse a los demás como excepcionales [21 bis]. Para sufrir-

21 *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, que escribieron los Doctores Asso y Manuel, enmendadas, ilustradas, y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802. Por el Doctor Don Joaquín María Palacios, colegial huésped en el Imperial y Mayor de Santiago, y catedrático de prima de Leyes del Reyno de la Universidad de Huesca. Tomo segundo. Séptima edición. Primera ilustrada. Madrid. Año de 1806, pp. 165-190.

21 bis Por ejemplo, la inaplicabilidad del castigo capital, previsto por las leyes, contra los falsificadores de moneda, está testimoniada en el oficio pasado por el Gobernador de Mendoza, Pedro Molina, a la Legislatura, el 1º de diciembre de 1823, al consignar: "V.H. en su respetable sanción de 25 del que ha concluido ,me ordena ponga en riguroso ejercicio todas las leyes vigentes contra los monederos falsos y que a fin de descubrirlos y castigar el crimen donde se halle, ponga igualmente en acción todas las providencias que crea más conducentes. Puedo asegurar a V.H. sin engañarme, que la publicación de las penas con la severidad que designan las leyes, va a ser la salvaguardia de los delincuentes, por

la, el reo debía tener diecisiete años cumplidos (*Recop.* VIII, 11, aut. 19). No había en cambio edad máxima; las Partidas se limitaban a decir que "más crudamente deben escarmentar al mancebo que al hombre viejo" (VII, 31, 8).

La pena solía administrarse por medio de la horca, el garrote y el arcabuceo. La ejecución, escribió Carlos Tejedor, debía tener lugar públicamente, con excepción de los días festivos, en el paraje designado por la sentencia o por el Poder Ejecutivo, prefiriéndose el lugar del delito para que la impresión fuese más profunda en las personas que habían conocido al culpable y oído los detalles del hecho. Si la que había de ser fusilada era una mujer encinta, se suspendía la ejecución hasta el parto, porque "si el hijo que es nacido no debe recibir pena por el yerro del padre, mucho menos la merece el que está en el vientre por el yerro de su madre" (*Part.* VII, 31, 11). Opinaban asimismo los autores que debía suspenderse la ejecución cuando el reo que iba a ser ahorcado caía fortuitamente en tierra, "por el milagro que en ello había",y también en caso de sobrevenirle demencia. Intervenían en la ejecución el verdugo, a quien correspondían las ropas del ajusticiado (*Recop.* IV, 23, 2); el escribano, encargado de redactar el acta de la ejecución y dar cuenta al tribunal, y la tropa, para que no hubiese resistencia. Para dar sepultura al cadáver, lo que debía hacerse sin aparato alguno, se entregaba a los deudos, si lo reclamaban, y en su defecto a las cofradías destinadas a este objeto piadoso (*Part.* I, 13, 7) [22].

Después de la Revolución, sucesivas leyes patrias ratificaron o ampliaron el uso de la pena capital para la represión de la delincuencia, coincidiendo, las más de las veces, con situaciones de emergencia

que jamás pueden presumirse éstos, ni remotamente, que en nuestros días se castigue a los acuñadores falsos con la pena de muerte de fuego, que entre otras señala la Ley 9, t. 7. Part. 7 ... Estas pequeñas observaciones que elevo a la consideración de V.H. fuera de las que no se esconden a su alta penetración, deben mover su celo, para dictar otra clase de penas, que siendo más moderadas puedan llevarse hasta el fin su cumplimiento. De este modo cree el Gobierno poder cortar si no en el todo al menos en su mayor parte los rápidos progresos de la falsa amonedación. Y si por las graves atenciones que hoy ocupan a V.H. le fuese embarazoso entrar en la reforma de aquellas L.L. y hacer nuevo establecimiento de penas, puede muy bien facultar al Gobierno para que tome las medidas que crea conducentes para atajar este mal que se aumenta por momentos, con escándalo de toda la Nación; entre tanto V.H. sanciona los arbitrios de su total prohibición" (ARCHIVO HISTÓRICO DE MENDOZA, *Carpeta 401, Oficios, 1823-1824*). La fotocopia de este documento nos fue enviada gentilmente por el Prof. CARLOS SEGRETI.

[22] *Curso de Derecho criminal, Parte primera,* Leyes de fondo, Buenos Aires 1860, pp. 99-101.

derivadas de la guerra contra los enemigos exteriores o de las luchas intestinas. A esa serie de leyes penales pertenecen: el oficio del Presidente de la Primera Junta al Comandante de las fuerzas británicas en el Río de la Plata, del 4 de julio de 1810, recordatorio de que las leyes del país prohibían los desafíos, castigados —como se ha dicho— hasta con la última pena [23]; el bando de la misma Junta, del 31 de julio de 1810, que sancionaba con dicha pena a quienes fomentaban divisiones contra el nuevo régimen [24]; el bando del Gobierno Ejecutivo, del 4 de octubre de 1811, castigando del mismo modo a los reos de robo calificado y robo simple hasta la cantidad de cien pesos [25]; el

23 "Dos comerciantes ingleses residentes en esta ciudad han sostenido ayer un desafío público a tiros de pistola, en desagravio de resentimientos privados que mediaron entre ambos. El Pueblo se ha escandalizado justamente a vista de un duelo que proscriben nuestra religión, nuestras leyes y nuestras costumbres; y si semejantes excesos se repitiesen con impunidad, la fuerza del mal ejemplo arrastraría a muchos jóvenes incautos, y veríamos introducido un uso que ataca el orden público de estas Provincias./ En precaución de tan funestas consecuencias ha acordado la Junta se pase oficio a V. S. para que se sirva intimar a los oficiales y comerciantes ingleses residentes en esta ciudad, que las leyes del país proscriben los desafíos, y que ni puede quedar impune la persona que los cometa, ni es compatible con el honor de los extranjeros que residen en estos países, cometer un acto prohibido por las leyes y que horroriza a sus habitantes./ Dios guarde a V. S. muchos años./ Buenos Aires, 4 de Julio de 1810./ CORNELIO DE SAAVEDRA./ Sr. Comandante de las fuerzas de S.M.B. en el Río de la Plata" (AURELIO PRADO Y ROJAS, *Leyes y decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876*, t. I, pp. 38-9, Buenos Aires 1877).

24 "La Junta Provisional Gubernativa de las Provincias del Río de la Plata, por el Sr. D. Fernando VII./ Por cuanto la moderación y la templanza no producen fruto alguno, y son repetidos los desengaños de esta Junta Gubernativa que ve convertidas en desprecio de las leyes las medidas suaves, con que ha procurado reducir a los díscolos a su deber, y que algunos hombres que deberían avergonzarse de su origen y sus principios han huído asombrados de sus mismos delitos, y para hallar protección en nuestros hermanos de la banda oriental; fingen saqueos y desastres, que aunque quedan desmentidos a los dos días, logran intimidar en el momento, y arrancan un favor a que no son acreedores: Por tanto, para contener estos males ha resuelto esta Superioridad hacer las siguientes prevenciones, en cuya ejecución será inexorable: [...]/ Tercera: Toda persona a quien se encuentre arma de Rey contra los bandos en que se ha ordenado su entrega, será castigada con todo género de penas, sin exceptuar el último suplicio según las circunstancias./ Cuarta: Todo el que vierta especies contra Europeos o contra Patricios, fomentando división, será castigado con las penas que establecen las leyes contra los sediciosos./ Quinta: Todo aquel, a quien se sorprendiera correspondencia con individuos de otros pueblos, sembrando divisiones, desconfianzas, o partidos contra el actual Gobierno, será arcabuceado sin otro proceso que el esclarecimiento sumario del hecho. .../ Buenos Aires treinta y uno de Julio de mil ochocientos y diez años. MANUEL BELGRANO. MIGUEL AZCUÉNAGA. Dr. MANUEL ALBERTI. DOMINGO MATEU. JUAN LARREA. Dr. MARIANO MORENO, *Secretario*" (*La Revolución de Mayo a través de los impresos de la época. Primera Serie 1809-1815*. t. I, 1809-1811, pp. 401-3, Buenos Aires 1965).

25 "El Gobierno Ejecutivo de las Provincias del Río de la Plata a nombre de S. M. el Señor Don Fernando VII [...] se ordena y manda, que por todo el tiempo que este Gobierno tenga por necesario, que será en proporción de la en-

decreto del referido Gobierno Ejecutivo, del 3 de abril de 1812, imponiendo la pena de fusilamiento a los corsarios enemigos que cometían depredaciones en nuestras costas[26]; el reglamento del 19 de abril de 1812, de la Comisión de Justicia establecida por aquel Gobierno para juzgar las causas de robos y asesinatos, y que preveía la inmediata ejecución de las sentencias, aun las de muerte[27]; el bando del 5 de oc-

mienda, y mientras no se publique orden contraria; todo el que perpetrase algún robo calificado, esto es, violentando una persona, horadando, o escalando alguna casa, frangiendo o falseando puerta, sea de la cantidad que fuese en moneda o especie, será condenado a muerte de horca; todo el que cometiese un robo simple, esto es, que no conviene cualquiera de las circunstancias expresadas, llegando a la cantidad de cien pesos en moneda o especie, será efecto a la misma pena; y no llegando a dicha cantidad, se le aplicará la de diez años de presidio, en el trabajo de las obras públicas. Debiéndose entender, que esta sanción tendrá un cabal y pronto efecto, con derogación de todo fuero, privilegio, clase o excepción, que comprende todo el distrito de doce leguas en contorno de esta capital: que la observancia de esta disposición en todas sus partes se la reservará este Gobierno por caso especial, con exclusión de toda otra justicia o autoridad: y que todos los reos que en ella se comprenden serán juzgados militarmente, y sentenciados por este Gobierno, o por especial comisión suya; y se previene, que toda causa referente a la naturaleza expresada, deberá concluirse y fenecerse en el perentorio e improrrogable término de diez días, entregándose para la ejecución a la justicia ordinaria todo el que resulte condenado [...] Buenos Aires, 4 de Octubre de 1811./ FELICIANO ANTONIO CHICLANA. MANUEL DE SARRATEA. JUAN JOSÉ PASSO'' (PRADO Y ROJAS, *op. cit.*, t. I, pp. 100-1).

[26] ''El Gobierno Superior Provisorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata a nombre del Señor D. Fernando VII [...] ordena y manda: que todo corsario armado que se aprehenda haciendo el robo sobre nuestras costas, sea tratado como pirata, que los individuos de tripulaciones de los buques apresados que se hallen a su bordo, y los que de las mismas, o las de cualquiera otro barco armado, se encuentren robando en tierra, o hayan saltado con armas al propio objeto, sin otra justificación que el hecho de ser aprehendidos, sean fusilados dentro de dos horas perentorias por las justicias o comandantes más inmediatos del lugar de la aprehensión, quedando solamente excluidos de la referida pena, los que se desembarquen con el fin de pasarse a nosotros toda vez que las circunstancias de su aprehensión no acrediten lo contrario. [...] Buenos Aires, 3 de Abril de 1812./ MANUEL DE SARRATEA. FELICIANO A. CHICLANA. BERNARDINO RIVADAVIA'' (*Id.*, pp. 129-30).

[27] ''6º La Comisión debe conocer en todas las causas pendientes sobre robos, muertes y asesinatos, avocándoselas exclusivamente y de las que en adelante ocurran sobre los referidos delitos./ 7º Los delincuentes todos que resulten quedan sujetos a su jurisdicción sin excepción ni privilegio de fuero, por reunirse en ella ambas jurisdicciones ordinaria y militar para los casos expresados y declararse a más desaforados y privados de toda distinción a los que incurran en tales crímenes. [...]/ 13 Las causas deberán juzgarse y sentenciarse sobre el solo sumario esclarecimiento del hecho y sin más audiencia que la que tiene y que se da al reo en el acto de formarle culpa y cargo en su confesión, con cuyas excepciones y defensas se da por salvada la citación y audiencia que por derecho natural se compete en lo general, a reserva únicamente de las audiencias, cargos y reconvenciones personales que tenga a bien conceder la comisión si lo estimare necesario y conveniente en el acto de pronunciar, para la mayor seguridad de sus fallos./ 14 Las sentencias serán ejecutadas inmediatamente sin apelación, súplica, ni otro algún recurso o instancia más que la primera; excepto uno u otro caso extraordinario en que por sus circunstancias exija el asunto una revista en la que

tubre de 1812, del Gobierno Superior, firmado por Pueyrredón, Chiclana y Rivadavia, amenazando —en vísperas de la apertura de una Asamblea— "que serán castigados irremisiblemente en el acto, con el último suplicio, los que despreciando esta determinación y encargo del gobierno, se atrevan a perturbar el orden promoviendo la sedición, o el tumulto"[28]; el decreto de la Asamblea General, del 23 de marzo de 1813, ordenando que fuese pasado por las armas todo soldado de-

se procederá también por un término abreviado. [...]/ 20 Las ejecuciones hasta la pena capital inclusive se harán sin más término que el de doce horas desde su pronunciamiento, e intimación hasta las diez del día siguiente./ 21 El Señor alguacil mayor de la ciudad o su teniente se recibirán de los reos, como es de derecho y práctica, luego de intimados de la pena y disponiendo su ejecución en los términos prevenidos darán cuenta de ella a la noche siguiente" (*Ibid.*, pp. 125-9). La Comisión de Justicia fue disuelta por decreto del 18 de agosto de 1812, sin embargo los arts. 7, 12, 13, 14 y 20 del Reglamento fueron restablecidos por decreto del Director Posadas, del 17 de noviembre de 1814, y confiada su aplicación a la Cámara de Apelación (*Ibid.*, pp. 294-5), hasta que el Reglamento Provisorio de 1817 declaró "abolido en todas sus partes el reglamento de la Comisión de Justicia de 20 de Abril de 1812, y restablecido el orden de derecho para la prosecución de las causas criminales" (Secc. IV, Cap. III, art. VI).

Las *Memorias curiosas* de JUAN MANUEL BERUTI registran al respecto: "El 26 de enero de 1813. Para escarmiento de otros, se ahorcaron por ladrones ocho hombres que con uno que días anteriores se ahorcó por lo mismo, son nueve: los tres fueron fusilados en esta ciudad y después colgados y los seis restantes, dos en los de Quilmes, dos en la cañada de Morón, los cuales a una misma hora salieron al cadalso de la capilla; los de aquí, a la plaza Mayor y los demás a su destino, los que fueron conducidos en coches, dos en cada uno y sus confesores dentro, escoltados de dragones penquistas, que en el punto donde habían de morir los habían de fusilar, y en unos palos altos los habían después de colgar a la expectación pública; para lo que iban en carretillas unos negros de prevención. siendo de advertir que ya no se les pone asiento o banquillo para morir, sino arrodillados en tierra son fusilados.

"Terrible ejemplar, para terror y enmienda de los malvados, nunca visto en esta capital quitar la vida a ladrones, si no castigo de azotes por las calles, y destierro, según las leyes de estos dominios; pero ha sido preciso adoptar este rigor. por no bastar a sujetar a esta gente, el anterior castigo de manera, que son tantos los ladrones que han abundado que no está seguro ningún hombre honrado en su casa, no estando eximidos de ellos, ni los transitantes de la campaña, porque salen a los caminos y roban las tropas de carretas y pasajeros.

"También hoy, 28 de enero de 1813. Fueron ahorcados cinco ladrones, dos aquí y tres afuera..." en SENADO DE LA NACIÓN, *Biblioteca de Mayo. Colección de obras y documentos para la Historia Argentina*, t. IV, Buenos Aires 1960, p. 3840).

[28] EMILIO RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. VI, 1ª pte., p. 725, Buenos Aires 1939.

Ante un pedido del defensor, de reforma de este Bando y del Reglamento del 19 de abril de 1812 (aprobado el 20), la Asamblea resolvió lo siguiente: "Buenos Aires, Marzo 12 de 1813./ La Asamblea general ordena no haber lugar a la solicitud del defensor, aumentando a veinte y cuatro horas de capilla las doce que al presente se les concede a los reos, que por esta clase de delitos se hiciesen acreedores a semejante castigo./ Dr. TOMÁS VALLE,/ *Presidente.*/ HIPÓLITO VIEYTES,/ *Secretario*" (PRADO Y ROJAS, *op. cit.*, t. I, p. 179).

sertor [29]; el decreto del Director Posadas, del 30 de diciembre de 1814, renovando las leyes sobre aplicación de la pena de muerte a los duelistas y sus padrinos [30]; el decreto del Director Alvear, del 28 de marzo de 1815, amenazando con pasar por las armas a todos los individuos que atacaban al Gobierno, los que divulgaban o inventaban noticias falsas, los que promovían la deserción o seducían a los soldados, los que formaban conspiraciones y los que conociendo su existencia no la delataban [31]; el decreto del Congreso de Tucumán, del 3

29 "Buenos Aires, Marzo 23 de 1813./ La Asamblea General ordena, que todo soldado de la patria que desertase de sus banderas, en cualquier punto que se halle, perteneciente al territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, desde el día de la publicación de este decreto, aun siendo por la primera vez, será pasado por las armas. [...]/ Dr. TOMÁS VALLE,/ *Presidente.*/ HIPÓLITO VIEYTES,/ *Secretario*" (*Id.*, p. 183).

30 "Departamento de Gobierno./ Buenos Aires, Diciembre 30 de 1814./ Aunque para contener los odios y enemistades particulares, y que las vidas de los ciudadanos que sólo deben exponerse por el bien de la Patria no queden pendientes de los caprichos de la venganza, están por repetidas disposiciones prohibidos los duelos bajo las penas más severas, a cuyo efecto se han aplicado a los duelistas el rigor de las leyes, que los consideran como a verdaderos asesinos, no obstante que un falso criminal punto de honor se esfuerce en disculparlos, habiéndose recientemente experimentado en esta Capital un funesto suceso de esta clase; vengo en renovar para contener tales excesos y adoptando la práctica que está establecida por las naciones civilizadas, todas las penas que están fulminadas contra los desafíos, declarando que en adelante serán tratados con todo rigor, los que salgan a ellos y se les aplicará irremisiblemente la pena de muerte, como igualmente a los que concurran a ellos en clase de padrinos. [...]/ GERVASIO ANTONIO DE POSADAS./ Por ausencia del Señor Secretario,/ MANUEL MORENO" (*Ibid.*, p. 294).

31 "El Director Supremo del Estado se ha servido expedir el decreto siguiente: [...]/ Art. 1º Los Españoles sin excepción alguna que de palabra o por escrito directa o indirectamente ataquen el sistema de libertad e independencia que han adoptado estas Provincias serán pasados por las armas dentro de 24 horas; y si algún americano, (lo que no es de esperar) incurriese en semejante delito, sufrirá la misma pena./ Art. 2º Todo individuo sin excepción alguna, que invente o divulgue maliciosamente especies alarmantes contra el Gobierno constituido, y capaces de producir la desconfianza pública, el odio o la insubordinación de los ciudadanos, será castigado con las penas que fulminan las LL. 1ª y 2ª, Tít. 18, Libro 8 de la Recopilación de Castilla, y en el caso de que de resultas de dichas especies acaeciese algún movimiento que comprometa el orden público sufrirá la pena de muerte./ Art. 3º Todo individuo sin excepción alguna que directa o indirectamente trate de seducir a los soldados o promueva la deserción de los ejércitos de la patria será pasado por las armas, dentro de veinte y cuatro horas./ Art. 4º Todos los que sepan que se prepara una conspiración contra la autoridad constituida de un modo indudable, están obligados a denunciarla bajo la pena de ser reputados como consentidores y cómplices del mismo crimen; pero en caso de que sólo sean sospechas graves las que se tengan de semejante atentado, al honor y al celo de todo buen ciudadano corresponde dar avisos oportunos a la comisión para que tome las medidas precaucionales que juzgue convenir./ Art. 5º Una comisión especial juzgará de estos delitos privativa y militarmente conforme al Reglamento que se le dará en oportunidad [...]/ Dado en Buenos Aires, a 28 de Marzo de 1815./ CARLOS DE ALVEAR./ NICOLÁS DE HERRERA,/ *Secretario*" (*Ibid.*, pp. 302-3).

de agosto de 1816, similar al anterior[32]; las leyes penales para el personal militar, que imponían la última pena a quienes arriaban la bandera y promovían motín, al capitán maliciosamente responsable de la pérdida de un buque, al oficial que agredía con armas a otro, a la tropa y marinería que se insubordinaba o desobedecía las órdenes de sus superiores y a sus cómplices[33]; el acuerdo del Congreso Nacio-

32 "Fin a la revolución, principio al orden, reconocimiento, obediencia y respeto a la autoridad soberana de las provincias y pueblos representados en el Congreso y a sus determinaciones. Los que promovieren la insurrección, o atentaren contra esta autoridad y las demás constituidas o que se constituyeren en los pueblos, los que de igual modo promovieren u obrasen la discordia de unos pueblos a otros, los que auxiliaren o dieren cooperación o favor, serán reputados enemigos del Estado, y perturbadores del orden y tranquilidad pública, y castigados con todo el rigor de las penas hasta la de muerte y expatriación, conforme a la gravedad de su crimen, y parte de acción o influjo que tomaren. No hay clase ni persona residente en el territorio del Estado exenta de la observancia y comprensión de este decreto y ninguna causa podrá exculpar su infracción [...]/ Congreso en Tucumán a 3 de Agosto de 1816./ Dr. JOSÉ IGNACIO THAMES./ *Presidente.*/ JUAN JOSÉ PASSO,/ *Secretario*" (*Ibid.*, p. 341).

33 "*Leyes penales extensivas a Oficiales de Guerra.*/ Art. 1º El que arriare la bandera sin orden expresa del comandante, dada personal y directamente, o disimulare e indujere a que así se verifique, sufrirá la pena de muerte, como también todo aquel que violentare al capitán a rendirse, o promoviere la reunión de otros para concurrir a este atentado, que justificado por el comandante, como el haber sido inútiles sus esfuerzos de todas clases para mantener el orden y subordinación, quedará exento de cargo./ Art. 2º Por cualquier pérdida marinera de un buque se pondrá en consejo de guerra a su comandante, que resultará libre de cargo si se justificare haber sino irremediable a pesar de los medios regulares para evitar el fracaso; pero probándose malicia en el hecho, será sentenciado a muerte: si ignorancia, perderá el empleo; y si omisión y falta de cuidado, se le impondrá además el tiempo de presidio que el consejo de guerra le señalase. [...]/ Art. 6º Asimismo se prohibe a todos los oficiales tomar las armas unos contra otros a bordo o en tierra, pena de ser privados de sus empleos, y de muerte contra el que se justificare agresor./ Art. 7º Cuando la inconsideración de algunos comandantes de los bajeles, de cuerpos o destacamentos, diere margen para que alguno de ellos anime a sus súbditos a que obren ofensivamente contra los del otro bajel o cuerpo, se prohibe a los oficiales, soldados y marineros que obedezcan, bajo pena de ser diezmados para perder la vida; y el comandante del bajel, cuerpo o destacamento sufrirá el mismo castigo, si con su gente obrare ofensivamente contra la de otro, conocidos por tales."

"*Penas por delitos comunes a Tropa y Marinería embarcada.*/ Art. 1º Todo oficial de mar, sargento, cabo o soldado de marina y del ejército, tropa de artillería y gente de mar, debe obedecer los oficiales de guerra de la armada y del ejército con quienes estén empleados, en todo lo que les manden perteneciente al servicio, siendo de su profesión, pena de la vida./ 2º El oficial de mar o marinero de cualquier clase, el soldado, cabo o sargento que maltratare de obra a cualquier oficial de guerra a bordo o en tierra, o lo amenazase poniendo mano a la espada u otra arma contra él, o levantare la mano para herirle, aun ejecutándolo por haber sino maltratado por el oficial, será castigado con pena de la mano cortada, y enseguida con la de horca./ 3º Cuando los soldados o marineros a bordo o en tierra tuvieren las armas en las manos para reñir, y que algún oficial de guerra les diga que se separen, estarán obligados a ejecutarlo inmediatamente, pena de ser puestos en consejo de guerra, el cual podrá según las circunstancias extender la sentencia hasta la de muerte, y si a bordo se dispusiese

nal, del 28 de junio de 1817, autorizando al Director Supremo la formación de una comisión militar encargada de reprimir sumariamente los hurtos y aun de aplicar la pena capital "en los casos determinados por las leyes"[34]; el acuerdo del mismo Congreso, del 4 de marzo de 1819, autorizando la creación de otra comisión militar para las causas de conspiración y traición, con facultad para imponer asimismo la última pena[35]; el bando del Gobernador Sarratea, del 14 de marzo de

algún hombre de tropa o de mar a hacer resistencia contra el sargento o cabo de escuadra de guardia, se condenará a diez años de presidio, y a muerte si hiciere armas contra ellos, igualmente que todos los cómplices de cualquiera jurisdicción que sean: como también todo aquel que incitase a quimera o pendencia suscitada a bordo entre las tripulaciones o guarniciones, llamase a otro para que acudan a sostenerla, diese voces o ejecutase acción inductiva a sedición o a motín, será sentenciado a muerte, y asimismo el que en cualquiera ocasión amotinase la gente de un buque, ocasionando desobediencia, o excitando a resistir a los oficiales, será ahorcado, y si alguno echare mano a las armas a bordo o en tierra para favorecer el motín, se le cortará la mano./ 4º Todo súbdito de cualquiera calidad que fuese, que faltare al debido respeto a sus superiores, bien sea con razones descompuestas, o con insulto, amenaza u obra, se pondrá irremisiblemente en consejo de guerra, aun siendo en caso no señalado expresamente en este reglamento, en el cual juzgará ese tribunal la pena que corresponda a las circunstancias de la culpa, y calidad del superior y del inferior, pudiendo gravarla hasta la de muerte, y en precaución de estos lances desapasibles se encarga a los superiores que cuando reprendan y reconvengan a sus súbditos, no se excedan en términos que verifiquen mal trato, pues, todo abuso de autoridad será castigado severamente", etc etc. (*Ibid.*, pp. 388-96). El Reglamento no lleva fecha de sanción.

[34] "Exmo. Señor:/ Vista en sesión de 21 del corriente la nota de V. E. de 14 del mismo, relativa a crear una comisión militar que entienda en las causas de hurtos que se cometen en el invierno, acordó el Soberano Congreso los artículos siguientes para la dirección de V. E.:/ 1º Que V. E. forme la comisión a su arbitrio con calidad de nombrar dos letrados, al menos, fuera del defensor de los reos./ 2º Que las sentencias pronunciadas por la comisión, pasen en consulta a V. E. para su confirmación asesorada./ 3º Que en estos juicios se proceda breve y sumariamente, anunciándose las sentencias por un suplemento a la gaceta./ 4º Que la comisión esté autorizada para imponer penas arbitrarias./ 5º Que esta facultad no se extienda a aplicar la pena capital, sino en los casos determinados por las leyes./ 6º Que la facultad, expresada en el artículo cuarto, se entienda con los que delinquiesen después de la promulgación del decreto./. 7º Que la duración de la comisión, sea hasta el mes de Noviembre próximo./ Se comunica a V. E. de orden soberana, para su inteligencia./ Sala del Congreso y Junio 28 de 1817./ JOSÉ MARÍA SERRANO./ *Presidente.*/ Dr. JOSÉ EUGENIO DE ELÍAS./ *Secretario*" (*Ibid.*, pp. 403-4).

[35] "Buenos Aires, Marzo 4 de 1819./ Tomada en consideración la nota del Sr. Director relativa a los reos de conspiración, exponiendo las dilataciones que sufren esta clase de procesos, y los peligros a que está expuesta la tranquilidad pública por la morosidad que resulta de las formas y trámites ordinarios;/ El Congreso Nacional resolvió:/ Autorizar al Supremo Director del Estado para la creación de una comisión militar, por el término de seis meses, que conozca privativamente de las causas de conspiración y traición./ La comisión se compondrá de cinco individuos, debiendo intervenir en ella al menos un letrado de probidad en calidad de vocal y otro de Asesor con voto consultivo. Queda a cargo del Poder Ejecutivo la designación de las personas./ Sustanciará las causas conforme al Reglamento militar de 7 de Mayo de 1814; mas las penas serán regladas con-

1820, castigando con pena de muerte a todo el que robaba, hería, mataba o desertaba [36]; el decreto de la Junta de Representantes, del 26 de setiembre de 1820, previendo la imposición de penas hasta la de muerte, para los que perturbaban la tranquilidad pública [37]; el decreto de la misma Junta, del 30 de octubre de 1821, estableciendo la pena de muerte para los autores y cómplices del delito de falsificación de billetes [38]; el decreto del Presidente Rivadavia, del 5 de abril de 1826, ordenando se fijaran en lugares públicos las sentencias contra reos de delitos graves [39]; el decreto del Gobernador Rosas, del 5 de enero

forme al Soberano Decreto de 1º de Agosto de 1816 y ejecutadas sin más trámite ni recurso./ Las penas últimas de muerte y expatriación perpetua, no se ejecutarán sino en virtud de sentencia pronunciada por tres votos conformes'' (*Ibid.*, t. II, pp. 7-8).

36 ''D. Manuel de Sarratea Gobernador de la Provincia, etc. etc. [...]/ 7ª Todo el que fuere aprehendido robando o con prenda robada de cualquiera valor que fuere, será fusilado en el instante, y colgado./ 8ª Todo el que hiriere o matare, por embriaguez o deliberadamente, será fusilado en la hora y ahorcado previo un corto sumario verbal del mismo Juzgado. [...]/ 13 El soldado que desertare después de publicado este bando, si fuere aprehendido, será pasado por las armas, sin más formalidad que la justificación expresada en el anterior artículo simple informe que el Jefe del Estado mayor general pedirá al cuerpo [...]/ Buenos Aires, Marzo 14 de 1820./ MANUEL DE SARRATEA'' (*Ibid.*, pp. 53-5).

37 [...] Los que promovieren la insurrección, perturbasen la tranquilidad pública, o atentaren contra esta autoridad, y las demás constituidas, o que se constituyeren en la provincia, los que de igual modo promovieren, u obrasen la discordia entre los pueblos de la misma, los que auxiliaren, o dieren cooperación o favor directa, o indirectamente, serán reputados enemigos de la provincia, y perturbadores del orden y tranquilidad pública, y castigados con todo el rigor de las penas, hasta la de muerte, y expatriación, conforme a la gravedad de su crimen, y parte de acción, o influjo que tomaren. No hay clase ni persona residente en el territorio de la provincia, exenta de la observancia, y comprensión de este decreto, ninguna causa podrá excusar su infracción. [...]/ Sala de Sesiones, Buenos Aires, a 26 de Setiembre de 1820./ FRANCISCO ANTONIO DE ESCALADA, *Presidente*, etc. etc.'' (*Ibid.*, p. 77).

38 ''La Honrable Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires, usando de la Soberanía ordinaria y extraordinaria que reviste, ha acordado y decreta los artículos del tenor siguiente, con todo el valor y fuerza de ley./ [...] Capítulo II [...]/ 5º Sufrirá la pena de muerte el que falsifique o altere cualquier billete; la misma pena sufrirán los cómplices en la falsificación o alteración fraudulenta y los que con mala fe circulen billetes falsos''. El artículo siguiente, que se refiere a la forma de los billetes, incluye en su texto la advertencia: ''La ley castiga con pena de muerte al falsificador y cómplice'' (*Ibid.*, pp. 178-84). Ver nota 21 bis.

39 ''Buenos Aires, Abril 5 de 1826./ El Presidente de la República ha acordado y decreta:/ 1º Las sentencias criminales contra reos de delitos graves, y especialmente las de muerte, se fijarán impresas, al ser ejecutadas, en todos los lugares públicos, y en particular en aquellos en que se cometieron los delitos./ 2º El Tribunal de Justicia ordenará la impresión de las expresadas sentencias, cubriéndose esta erogación de los fondos destinados a gastos de justicia./ 3º El Tribunal de Justicia pasará en su caso al Departamento de Policía, el ejemplar o ejemplares respectivos, para el cumplimiento de lo prevenido en el artículo primero./ 4º Comuníuese a quienes corresponde, y dése al Registro Nacional./ RIVADAVIA./ JULIÁN S. DE AGÜERO'' (*Ibid.*, t. III, pp. 141-2).

de 1830, reprimiendo el abuso del cuchillo hasta con pena de fusilamiento, si de las heridas resultaba muerte [40]; el decreto del mismo Gobernador, del 20 de febrero de 1830, autorizando a su hermano Gervasio proceder en forma sumaria y castigar hasta con la última pena a los asesinos, ladrones y salteadores de la campaña [41], y el decreto, también de Rosas, del 31 de octubre de 1840, sancionando con pena de muerte toda forma de ataque contra la persona o propiedad de argentinos y extranjeros [42].

Simultáneamente con esta legislación represiva se dictaron otras medidas, de cuño liberal, que al decir de Levene "revelan la inspira-

40 "Buenos Aires, Enero 5 de 1830./ Para reprimir el abuso del cuchillo. que a pesar de las medidas de Policía ha causado últimamente desgracias deplorables; y con el objeto de aumentar las mejores garantías a la seguridad de los habitantes de esta Capital y su Campaña, el Gobierno ha acordado y Decreta:/ Art. 1º Cualquier individuo acusado de haber herido a otro con instrumento punzante, o con bala, de que no resulte muerte, será sumariamente juzgado, y con la confesión del reo, acusación del agente del crimen, y defensa del reo se pronunciará el juez, si el reo no alegare excepción alguna de hecho que le favorezca [...]/ 6º Si de las heridas resultase muerte con circunstancias que llamen la expectación pública, ya por alevosía o premeditación, el orden de los juicios para los reos será el mismo que se prescribe para los que infiriesen heridas, y el autor y cómplices serán pasados por las armas. [...]/ ROSAS./ TOMÁS GUIDO" (*Ibid.*, pp. 440-15.

41 "Buenos Aires, 20 de Febrero de 1830. [...]/ Art. 1º El coronel D. Gervasio Rosas, comisionado especial para la organización de la sección del sud de la campaña, es autorizado con las facultades que la ordenanza general del ejército acuerda para obrar en casos extraordinarios con toda la plenitud de ellas, contra los asesinos, ladrones y salteadores./ 2º Aprehendidos que sean, se les formará un breve sumario, y con audiencia verbal del reo, y demás formalidades prevenidas, será castigado hasta con la última pena, según la naturaleza del delito. dando cuenta con el sumario y diligencia de ejecución. [...]/ ROSAS./ TOMÁS GUIDO" (*Ibid.*, p .449).

42 "Buenos Aires, Octubre 31 de 1840./ Considerando: [...]/ Que en esta tierra de orden, de libertad y de honor, no hay para los ciudadanos garantía más sólida que el respeto al dogma sacrosanto de la opinión pública que ha proclamado la Federación de la República, a completa sumisión a las leyes y la obediencia a las autoridades constituidas./ Pero que si es laudable una expresión tan ardorosa y vehemente de patriotismo, justo es también que un pueblo valiente, y siempre dispuesto a todo lo que es grande y generoso, cuando acaba de afianzar sus derechos por una Convención honorífica con la Nación Francesa, cesando con ella las diferencias que sirvieron de apoyo a los salvajes traidores unitarios, vuelva a gozar del sosiego y seguridad en que el Gobierno le había conservado a costa de fatigas inmensas, para que la autoridad pueda contraerse exclusivamente a exterminar para siempre el bando salvaje de inmorales aventureros que infestan la República, y afianzarle su poder y ventura./ Por tales consideraciones el Gobierno ha acordado y decreta:/ Art. 1º Cualquiera individuo, sea de la condición o calidad que fuese, que atacare la persona o propiedad de Argentino o extranjero sin expresa orden escrita de autoridad competente, será tenido por perturbador del sosiego y castigado como tal./ 2º La simple comprobación del crimen bastará para que el delincuente sufra la pena discrecional que la Suprema Autoridad le imponga./ 3º El robo y las heridas, aunque sean leves, serán castigados con la pena de muerte. [...]/ ROSAS" (*Ibid.*, t. IV, pp. 371-2).

ción del sentimiento cristiano y una penetración ideológica en favor de la benignidad de las penas, la supresión de los tormentos y la reforma del régimen criminal y carcelario, debido principalmente al pensamiento renovador del Marqués César de Beccaria'' [43].

De esta tendencia reformista participaron, además de disposiciones generales como el decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811, el reglamento de institución y administración de justicia del 23 de enero de 1812 y algunas leyes de la Asamblea de 1813, como la del 21 de mayo sobre abolición del tormento y que fueron reflejo de la obra reformadora emprendida por las Cortes de Cadiz, estas otras, directamente vinculadas con nuestro tema, a saber: el Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817 que, en su capítulo sobre administración de justicia, a la vez que sujetó la validez de las sentencias en causas criminales a que fuesen pronunciadas ''por el texto expreso de la ley'', dejó a salvo la práctica de no observar las penas atroces e inhumanas [44]; el auto acordado de la Cámara de Apelaciones, del 2 de abril de 1821, reiterando la necesidad de consultar, previo a su ejecución, las sentencias de primera instancia que establecían penas corporales [45], y el decreto del Director Provisorio Urquiza, del 7 de agosto de 1852, proscribiendo la pena de muerte por delitos políticos [46].

43 RICARDO LEVENE, *El 'Plan General de organización judicial...', de Guret Bellemare. Contribución a la historia de las ideas penales en la Argentina*, pp. XVII-XVIII. Noticia preliminar del libro: GURET BELLEMARE, *Plan general de organización judicial para Buenos Aires*, reedición facsímil (1829), ed. Instituto Historia del Derecho. Buenos Aires 1949.

44 ''Sección IV./ Del Poder Judicial. [...]/ Capítulo III./ De la Administración de Justicia [...]/ XI. Queda prohibida toda licencia para ejecutarse las sentencias de presidio, azotes, o destierro sin consultarse antes con las Cámaras, bajo la pena de dos mil pesos, e inhabilitación perpetua al Juez que se excediere en este gravísimo punto./ XII. Se exceptúa el extremo caso en que por conmoción popular u otro inminente peligro de la salud pública no pueda diferirse la ejecución de lo sentenciado, dándose siempre cuenta con autos a las Cámaras./ XIII. Toda sentencia en causas criminales, para que se repute válida, debe ser pronunciada por el texto expreso de la ley y la infracción de ésta es un crimen en el Magistrado, que será corregido con el pago de costas, daños y perjuicios causados./ XIV. No se entienden por esto derogadas las leyes que permiten la imposición de las penas al arbitrio prudente de los Jueces, según la naturaleza y circunstancia de los delitos, ni restablecida la observancia de aquellas otras, que por atroces e inhumanas ha proscripto o moderado la práctica de los Tribunales superiores'' (PRADO Y ROJAS, *op. cit.*, t. I, p. 420).

45 Citado por el auto confirmatorio del 29 de agosto de 1854. Ver nota 68.

46 ''Buenos Aires, Agosto 7 de 1852./ El Director Provisorio de la Confederación Argentina./ Simpatizando vivamente con el sentimiento humanitario, que ha inspirado al Consejo de Estado, al proponerle la necesidad y conveniencia de proscribir la pena de muerte por delitos políticos; y deseando que toda la República se ponga en este punto a la altura de los principios de civilización y

La década de 1820 en Buenos Aires fue surcada por vientos renovadores también en materia penal. Una serie de circunstancias, en particular la presencia del distinguido jurista francés Guret Bellemare, activo sostenedor de las nuevas ideas, contribuyó a ello.

El 18 de agosto de 1821, en oficio a la Cámara de Apelaciones, el Ministro Rivadavia había anunciado el propósito de incluir dentro del plan de reformas de la Provincia, la sanción del Código Penal y "las penas de más trascendente aplicación: como la de muerte"[47]. De esa tarea se iba a encargar, precisamente, Bellemare. Fue así que después de haber redactado y expuesto un proyecto de Código de Instrucción Criminal[48], proyectó también un Código Penal y 'lo presentó por sí mismo en el Salón de la Biblioteca en una reunión de varios ciudadanos"que comenzó el 16 de noviembre de 1822, por la tarde, y prosiguió el día 17 por la mañana. Informó al respecto *El Argos de Buenos Aires* que, según opinión de los asistentes, "aunque el mérito de una obra, que gira sobre materia tan vasta y de tan profundas combinaciones, no puede ser calificado a una primera lectura, no obstante la habían oído con singular complacencia, advirtiendo en todo el plan una regularidad científica, aprovechadas en las disposiciones excelentes principios, a más de varias reformas o adiciones, a los Códigos más conocidos, que sólo pueden ser fruto de una larga práctica en la abogacía y magistratura"[49]. Si bien no se conoce hoy día el texto del pro-

humanidad que hoy rigen al mundo, ha acordado y decreta:/ Art. 1º Desde la publicación del presente decreto, queda proscripta en toda la República la pena de muerte por delitos políticos./ 2º Esta última pena, sólo podrá imponerse en el caso que los criminales hayan atacado con armas la seguridad pública, o la autoridad de los Gobiernos, y cuerpos constituidos; pero aun en este caso, para que pueda aplicarse la pena de muerte, debe proceder un juicio legal ante los jueces competentes./ 3º El presente decreto será comunicado a los Gobiernos de las Provincias Confederadas, para su ejecución y cumplimiento y oportunamente sometido a la sanción del Congreso General Constituyente./ 4º Comuníquese a quienes corresponda, publíquese y dése al Registro Oficial./ URQUIZA./ LUIS J. DE LA PEÑA" (*Id.*, t .IV, p. 470).

47 Citado por LEVENE en la obra y páginas mencionadas en la nota 43.

48 Según *El Argos de Buenos Aires*, del 30 de octubre de 1822: "Ultimamente tuvimos el gusto de ver concluido el código de instrucción criminal; nosotros lo creemos recomendable tanto por la claridad, como por la sencilla organización de justicia que en él se desenvuelve, además el autor ha hecho en este código aplicación de los mejores principios del fruto de su experiencia, y conocimiento de nuestras costumbres y localidad. El autor ha presentado este trabajo a la sociedad de jurisprudencia acompañado de una carta dedicatoria". Sobre el tema ver *Discurso pronunciado por M. Bellemare antiguo juez en materia civil y criminal, a la apertura de sus cursos*, en RICARDO LEVENE, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*. Con apéndice documental, Buenos Aires 1941, y la obra citada en la nota 42.

49 Miércoles 20 de noviembre de 1822, t. I, Nº 88.

yecto, en base a otras declaraciones de su autor puede inferirse que, o prescindía de la pena de muerte, o reducía su aplicación a casos excepcionales [50].

La siembra de Bellemare, que fue intensa, dio sus primeros frutos con la tesis doctoral presentada por Florencio Varela en 1827 bajo el título de *Discurso sobre los delitos y las penas*, en la que el joven abogado siguió a pies juntillas las enseñanzas de Bentham. Tras ensalzar la obra de Beccaria y del legista inglés, exclamaba: ¡"ojalá ya hubiera llegado el día de gala para la humanidad, en que todo el mundo viese abolidos los asesinatos legales!... Este día ha de llegar inevitablemente: los obstáculos que lo han alejado no existen ya, a mi juicio, en la opinión de los legisladores, sino en la disposición de las masas. La pena de muerte es hoy universalmente proscripta por la filosofía, la gran cuestión debe ser únicamente si es posible, si es ventajoso, o no, el abolirla; y esta cuestión no puede tratarse sino de un modo enteramente práctico, y con relación a cada pueblo en particular. Sólo el estado de las costumbres y de la civilización de las masas puede decidir en ella".

Sentados estos principios, Varela los aplicaba del siguiente modo a la sociedad argentina: "aunque mi opinión desapruebe esta pena, creo que será imposible suprimirla en mucho tiempo, con especialidad en nuestro país. Para ello es menester remover inconvenientes muy grandes; crear instituciones costosas, capaces de disponer las masas a obrar por resortes menos crueles; y sobre todo, trabajar mucho en la elección de la pena que debería sustituirse a la capital. En este punto especialmente hay a mi juicio un gran peligro de errar, y de que fallen las observaciones más profundas de la filosofía" [51].

Después de haber desarrollado la parte teórica de su *Discurso*, de la mano de Bentham, Varela se soltó de ella para intentar hacer un esfuerzo de aplicación de sus doctrinas a nuestra circunstancia local, y he aquí que prácticamente vino a negar lo que en el plano de la pura idea había aplaudido. Más aún, las reflexiones de Varela sobre la necesidad de mantener la pena de muerte, marcaron la que por espacio de más de medio siglo sería la línea mayoritaria de pensamiento

50 Nos referimos a la réplica de BELLEMARE a la disertación de VALENTÍN ALSINA en favor de la pena de muerte, de la que nos ocuparemos párrafos más adelante. Más datos sobre la personalidad del jurista francés pueden hallarse en RICARDO PICCIRILLI, *Guret Bellemare, los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires*, ed. Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires 1942.

51 *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. V, pp. 45-84, Buenos Aires 1870.

en la materia, apoyada por un lado en las seductoras doctrinas abolicionistas, pero por el otro en el temor de errar en llevar a la práctica una reforma tan a fondo del sistema penal.

Si la tesis de Varela no tuvo más repercusión que la del círculo reducido de la Universidad, la polémica que se suscitó poco después entre Pacheco, Alsina y Bellemare sobre la última pena llevó el tema a la opinión pública y dio lugar, quizás por primera vez, a un amplio debate acerca del mismo.

A principios de 1828, el juez de primera instancia José Manuel Pacheco, leyó en la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires una disertación en contra de la pena de muerte, cuyo texto no llegó hasta nuestros días, pero que posiblemente fue también eco de las lecturas de Bentham y de Beccaria, y de la prédica de Bellemare, como las de mayor difusión en ese tiempo. Tanta fue la impresión causada por la conferencia, que el joven Valentín Alsina se impuso el encargo de responder a ella, y así lo hizo en la misma Academia, el 15 de abril del mismo año, siendo "muy probable —según el editor de su discurso— que él sea el primero que en aquella capital haya defendido públicamente la pena de muerte' [52]. Así estaba formada la opinión entonces.

"Parecerá tal vez extraño, señores —comenzó diciendo Alsina—, el que en estos tiempos, y en este lugar, se presente un joven abogando por la pena de muerte. Sí; en estos tiempos en que la tendencia general de las ideas conspira fuertemente a la abolición de esa pena: en este lugar, en que otra vez se oyó un discurso elocuente y fundado, sosteniendo la necesidad de su absoluta extinción". Pero invitando a examinar el asunto a la luz de "una razón imparcial y tranquila", sostuvo: "quizá convendréis conmigo en que la pena de muerte es útil e indispensable en muchos casos; ya que los inconvenientes que pueda tener, son menores que los males que su extinción puede producir; y en que todos los argumentos, todas las razones, que se aducen contra la pena de muerte, o nada prueban, o también prueban que debe extinguirse todo el código penal".

Afirmó la existencia de delitos y de delincuentes, de tal modo corrompidos, que sólo podían ser castigados proporcionalmente con la muerte, apoyando su opinión en Rousseau, Montesquieu, Filangieri y

52 *Discurso sobre la pena de muerte, leído en la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires: por el Dr.* D. VALENTÍN ALSINA, *Secretario de ella, en sesión ordinaria del 15 de abril de 1828.* Publicado por el Dr. D. JUAN JOSÉ ALSINA, en Montevideo, en noviembre de 1829. Reproducción facsimilar en GURET BELLEMARE, *Plan general de organización judicial, etc.*, edic. cit. en la nota 43.

Mably, y aun en autores abolicionistas como Beccaria y Bentham, que no dejaron de admitir eventuales excepciones a sus principios.

Reparando luego en el más fuerte argumento opuesto a la pena de muerte: su irremisibilidad, infirió de él "la necesidad de economizarla en los códigos; de fijar la naturaleza y calidades de las pruebas; de examinarlas con una atención que jamás puede ser demasiada; y de establecer un modo de proceder, que aleje la precipicitación y las falsas ideas. Si a pesar de todo corre la sangre de un inocente —supuso—, no es la ley la que la derrama: es un error fatal, que en esto, como en todo, puede causar los más funestos extravíos. ¿Pero señores, habremos de renunciar a todos los medios de seguridad y de conservación, que sanciona la ley y la naturaleza, tan sólo porque a pesar de los arbitrios de la prudencia, estamos siempre sujetos a los errores de aplicación?"

Por último, Alsina descartó la posibilidad de que la reclusión perpetua sustituyese a la pena de muerte. "Y este convencimiento, agregado a todos los demás, que he producido, nos dan por resultado inevitable la necesidad de conservar la pena capital".

Tampoco el discurso de Alsina quedó sin réplica. Bellemare se ocupó de hacerlo, y a falta del texto de su exposición, que se desconoce, nos dice el editor Juan José Alsina, que "sostuvo con talento y solidez la conveniencia de extinguir la pena capital" y que también "fue leído, y discutido en la misma academia en sesiones extraordinarias".

El interés por el tema no decayó en los años subsiguientes; posiblemente la cátedra universitaria se encargó de mantenerlo vivo. Fue así que en 1831 se presentaron tres tesis doctorales sobre la pena de muerte. Dos de ellas, debidas a Angel y Nemesio López, afirmaron su falta de proporcionalidad, y la tercera, obra del abogado Miguel Valencia, propugnó su no abolición [53]. Las opiniones siguieron, pues, divididas.

Al año siguiente se repitió la presentación de tres tesis sobre el mismo asunto. Fueron sus autores Bernabé Caravia, Francisco Villanueva y Fernando del Arca. El primero defendió la proposición de que "la pena capital es útil, y por consiguiente necesaria en muchos

53 ANGEL LÓPEZ, *Tesis*, 28 de junio de 1831. MIGUEL VALENCIA, *Tesis*, 4 de julio de 1831. De ambas sólo se conservan las proposiciones. NEMESIO LÓPEZ, *Disertación sobre que las penas no son proporcionales a los delitos*, 14 de julio de 1831. Las tres en *Colección de Tesis de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires*, t. 1, Colecc. Candioti (Biblioteca Nacional Nº 249.705).

casos''; el segundo, a la inversa, que ''es inútil, injusta y contraria al Derecho Natural'', y el tercero, del Arca, en un pobre trabajo, sostuvo que ''nunca debe usarse arbitrariamente la pena de muerte'' [54].

En 1834 una nueva terna vino a engrosar el número de las disertaciones doctorales consagradas al tema de la pena capital. Las presentaron Marco M. de Avellaneda, Marcos Paz y José María Reybaud. Avellaneda defendió la proposición según la cual ''tiene la sociedad el derecho de infligir la pena de muerte, pero la justicia de acuerdo con la humanidad reclama su proscripción'', y con citas de Rousseau, Beccaria, Lardizábal y Bentham, propugnó —ironía del destino, él, una víctima de las luchas políticas— que no debía ser aplicada a esa especie de crímenes. Marcos Paz coincidió con su coterráneo en sostener que ''sólo puede ser autorizada por la necesidad absoluta o el derecho de propia conservación'' y que ''en las circunstancias actuales de nuestro país debe extenderse a los incorregibles solamente, pero si se aplica del modo que hoy se acostumbra es insuficiente y perjudicial''. Sin diferir sustancialmente de los anteriores, Reybaud defendió la tesis de que ''la pena de muerte es útil en muchos casos; por consiguiente no debe abolirse'' [55].

Los años posteriores, quizás en atención a las circunstancias políticas de la época de Rosas, registran sólo esporádicas incursiones sobre la materia. En 1835, Miguel Cané, en su disertación sobre las penas, formuló el deseo de que ''¡llegara el día en que se pueda abolir la pena de muerte!'' En 1837 y 1840, Felipe Rufino y Patricio T. Narvaja presentaron sendas tesis con los definitorios títulos de *Contra la pena capital* y *Sobre la abolición de la pena capital,* diciendo Narvaja que aun cuando reconocía la justicia de la pena, dudaba de su eficacia y sostenía que debían ''arrancarse de nuestros códigos las páginas en que se halle inscripta'' [56]. Eulogio Cabral dedicó una tesis más al tema, en 1845, pero ignoramos su contenido.

[54] BERNABÉ CARAVIA, *Tesis sobre la pena de muerte,* 20 de junio de 1832 (impreso). FRANCISCO VILLANUEVA, *Tesis sobre la pena de muerte,* 27 de junio de 1832 (copia). FERNANDO DEL ARCA, *Disertación sobre la pena de muerte,* 5 de julio de 1832 (copia). Las tres en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Tesis de Jurisprudencia,* t. 2, Colecc. Candioti (Biblioteca Nacional 249.706).

[55] MARCO M. DE AVELLANEDA, *Tesis sobre la pena capital,* 5 de mayo de 1834 (copia). MARCOS PAZ, *Tesis sobre la pena de muerte,* 3 de julio de 1834 (copia). JOSÉ MARÍA REYBAUD, *Tesis sobre la pena de muerte,* 1834 (copia). En id. nota anterior.

[56] MIGUEL CANÉ, *Disertación sobre las penas,* 1835 (copia), en *Ibid.* FELIPE RUFINO, *Contra la pena capital,* 1837 (copia), en *Ibid.,* t. 3 (Biblioteca Nacional 249.707). PATRICIO T. NARVAJA, *Disertación sobre la abolición de la pena capital,* 12 de diciembre de 1840 (oriiginal), en *Ibid.,* t. 4 (Biblioteca Nacional 249.708).

Para concluir con esta reseña de las tesis doctorales del período preconstitucional, debemos referirnos a la que escribió Antonio Cruz Obligado en 1849, para defender en 1850, sobre la necesidad de un nuevo sistema de codificación. Obligado, que se destacaría años más tarde como un ardoroso impugnador de la pena capital, perfiló en estas páginas juveniles esa misma línea de pensamiento manifestándose por la "esterilidad, inconveniencia y atrocidad" de esa pena. "Cada vez aumenta más el sentimiento de aversión que inspira la vista de un cadalso —escribe—. Llegará día —se puede asegurar sin ser profeta— en que ese sentimiento será general en todas las clases de la sociedad. Entonces los legisladores, por convencimiento y por necesidad, borrarán de los códigos la multitud de páginas que se escribieron en otro tiempo con sangre, y sancionarán la abolición completa de la odiosa pena de muerte, legado de los siglos de la barbarie, que cada día se hace más incompatible con las costumbres suaves de la civilización" [57].

IV. Primeras reacciones positivas contra la pena de muerte. El ejercicio de la facultad de perdonar.

Los constituyentes de 1853 sancionaron la abolición "para siempre de la pena de muerte por causas políticas" (actual art. 18), dando así jerarquía de norma constitucional al decreto del Director Provisorio Urquiza, del 7 de agosto de 1852 [58]. El proyecto de Juan Bautista Alberdi sólo había previsto, en cambio, la prohibición de "las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego", cláusula que finalmente no pasó al texto de la Constitución.

A propósito de Alberdi, es digno de destacar, con Francisco P. Laplaza, que se ocupó del estudio de sus ideas penales, que en su temprano *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* (1837), "malgrado el alto y paladino respeto que profesaba por el pensamiento de Carlos Lucas, no lo haya seguido en punto a la debatida y entonces palpitante cuestión de la pena de muerte", a la que decididamente se oponía el penalista francés. Laplaza interpreta el silencio de Alberdi como expresión de un deseo de permanecer neutral en la polémica que años antes —según comentamos— se había desarrollado entre Pacheco,

57 *Tesis sostenida en la Universidad de Buenos Aires por* Antonio Cruz Obligado *para obtener el grado de Doctor en Derecho Civil el día de octubre de 1849*, en esta *Revista*, Nº 19 ,pp. 229-262, Buenos Aires 1968. Con nota preliminar de Isidoro J. Ruiz Moreno.

58 Ver el texto completo en la nota 46.

Alsina y Bellemare, o bien para "no dificultar con definiciones comprometedoras la difusión de su libro que veía la luz en momentos azarosos para las ideas"; no obstante ello, la mención de nombres como los de Beccaria, Lucas y Guizot le hace descartar la posibilidad de una "oculta preferencia alberdiana por la pena de muerte" [59].

A juicio nuestro, no encontrando suficientes razones para abonar la hipótesis de la neutralidad en una polémica desarrollada nueve años antes, ni tampoco la del riesgo por la difusión de ideas semejantes que, como pudimos comprobar en el capítulo anterior, fueron libremente expuestas en otras disertaciones doctorales de la época, la falta de definición del publicista tucumano en este tema debe atribuirse a eso mismo, a una "indefinición" de su pensamiento, quizás oscilante entre el reformismo de Alsina y el radicalismo de Bellemare, o bien, dada la redacción de la cláusula constitucional recordada más arriba —prohibición de determinados modos de ejecución— a una inclinación de sus ideas, no precisamente hacia el abolicionismo, sino, antes que eso, hacia el liberalismo moderado, como lo profesara otro maestro suyo, Pellegrino Rossi.

En Buenos Aires, la derrota del jefe federal Hilario Lagos, alzado contra el gobierno separatista de Valentín Alsina, trajo aparejados, entre otros procesamientos, el de los ex mazorqueros Leandro Alem, Ciriaco Cuitiño, Silverio Badía, Floro Vázquez y demás, acusados de la comisión de crímenes durante la administración de Rosas [60].

Cupo al joven y talentoso abogado Marcelino Ugarte, que habría de hacer brillante carrera política y jurídica en la década del sesenta, asumir la defensa de los dos primeros y desafiar, por ello, las iras de una opinión pública deseosa de escarmiento. El escrito de defensa presentado por Ugarte el 6 de noviembre de 1853, además de su objeto específico, tuvo el carácter de verdadero alegato contra la pena capital, pedida precisamente por el fiscal para los acusados De este modo se adelantaba a la acción parlamentaria que iba a desarrollar años más tarde en igual sentido y que lo destacaría como uno de los más decididos opositores de la pena de muerte.

"¿La pena de muerte satisface en este caso las dos condiciones

[59] FRANCISCO P. LAPLAZA, *Las ideas penales de Alberdi en el "Fragmento preliminar al estudio del Derecho"*, ed. Arayú, Buenos Aires 1954, pp. 74 y 75.

[60] Ver CARLOS F. GARCÍA, *El proceso a los mazorqueros en el año 1853*, en *II Congreso Internacional de Historia de América*, t. II, pp. 231 y ss., Buenos Aires 1938, y ANDRÉS R. ALLENDE, *La reacción en Buenos Aires después del sitio de Lagos. Los grandes procesos*, en UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA, *Labor de los Centros de Estudio. Años 1938-1939*, pp. 121 y ss., La Plata 1940.

Impresos
Encuaderna
EN
IMPRE
LIBR
Lavalle 1
Tel

filosóficas de la penalidad? —se pregunta Ugarte, y contesta—: N
corrige a los culpables, porque la pena de muerte, una vez aplicad
no deja lugar a la enmienda. La pena de muerte no da tiempo
culpado para mostrar a la sociedad el espectáculo edificante de su arr
pentimiento y conversión: espectáculo que eleva la idea de la moralida
humana, y que es más provechoso para la sociedad que la agonía
un hombre. La pena de muerte, si bien ha servido de tópico a l
declamaciones de un sentimentalismo exagerado, ha sido también impu
nada con sólidas razones, que inducen a los espíritus reflexivos
reconocer que la sociedad no tiene derecho para usarla sino con mucl
circunspección".

Y tras evocar la opinión de Lerminier, Ugarte agrega: "Tampoc
en este caso, es necesaria para satisfacer al segundo objeto de la pen
lidad. La verdadera garantía de que no volverán a repetirse ent
nosotros actos como los que dan motivo a esta causa, está en las ter
bles lecciones que ha dejado el despotismo. La verdadera garantía es
en la conciencia de que el tiempo de los tiranos ha pasado"; para co
cluir: "Si, pues, la pena de muerte que se pide por el acusador públi
no satisface los objetos filosóficos de la penalidad; si no da tiempo
arrepentimiento del culpado; si es superflua para impedir la repe
ción de hechos semejantes —la pena de muerte no es legítima" [61].

La suerte de los procesados estaba, empero, decidida de antema
y de nada valió "esa elocuencia tribunalicia —al decir de Ricardo
rraquín Becú— que hubiera sin duda conmovido a jueces menos influ
ciados por la opinión" [62] para mejorarla. Anticipándose a la inc
rabilidad de la condena, el Superior Tribunal de Justicia, por acue
del 23 de diciembre de 1853, suscripto por su presidente, Valen
Alsina, y los vocales, Alejo Villegas, Eustaquio Torres, Domingo P
y Francisco de las Carreras, y ratificado al día siguiente por dec
del gobernador, Ireneo Portela, resolvió lo siguiente:

"1º Que la pena capital, según el espíritu de la mejor filoso
no tiene por objeto único y exclusivo vengar las ofensas con que
delincuente ha herido a la sociedad, sino también y muy especialme

61 *Defensa en 1ª Instancia de Ciriaco Cuitiño y Leandro Alen, present
el 6 de noviembre de 1853 ante el Juez de la causa que se les seguía por par
pación en los degüellos de 1840 y 1842*, p. 94, en *El Plata Científico y Litera
t. I, Buenos Aires 1854.

62 *Marcelino Ugarte 1822-1872*, ed. Instituto de Historia del Derecho, Bu
Aires 1954, p. 52.

el escarmiento para los demás a fin de retraerlos de cometer hechos semejantes.

"2º Que con este fin las leyes acompañan la imposición de esta pena de la publicidad y de imponentes solemnidades hasta sobre el cadáver yerto del condenado, para que los espectadores, viendo con sus propios ojos aquel espectáculo, aprendan con tan materiales ejemplos a detestar el crimen que lo ha producido.

"3º Que consecuentes con este objeto, nuestros mayores tenían la práctica de que un sacerdote a presencia del mismo patíbulo e inmediatamente después de la ejecución exhortase al pueblo desde la cátedra de la verdad para que se aprovechase de aquel ejemplo palpitante, valiéndose el orador en estas ocasiones de todos los resortes que la religión y sana moral le suministran para el desempeño de su ministerio.

4º Que si esta práctica saludable no podía dejar de producir buenos resultados en tiempos normales, hoy los produciría con mayor ventaja y sería más conveniente si se practicase en las ejecuciones a que diesen lugar los procesos judiciales que se están siguiendo por los hechos criminosos de los años 40 y 42, porque en estos casos no sólo hay que castigar los efectos de las pasiones brutales y de los instintos feroces de sus autores, sino también condenar y ejercer con todo el fervor de nuestra Santa Religión dos resultados de aquella antisocial institución llamada vulgarmente la *mashorca*, con que el tirano Rosas los azuzaba, para que sin piedad ni pudor se lanzasen ardorosamente en la carrera de los terribles y escandalosos atentados con que han causado la miseria y la orfandad de innumerables familias y han hecho derramar tantas lágrimas y tanta sangre a este desgraciado pueblo.

"Acordaron en virtud de todas estas consideraciones restablecer para los casos notables la mencionada práctica y que en su consecuencia se oficiase al Poder Ejecutivo pasándole copia de este acuerdo a fin de que si lo tuviese a bien se sirva dictar las medidas que para su realización fuesen necesarias."

Los encausados fueron efectivamente condenados a muerte y ejecutados, con excepción de Antonino Reyes, contra quien el juez Andrés Somellera había dictado sentencia de muerte con calidad de aleve el 4 de mayo de 1854, pero que fue absuelto por el Superior Tribunal el 30 de junio de 1855 [63].

[63] Ambas sentencias fueron publicadas por *El Judicial*, en su número 10, del 22 de agosto de 1855. *La Tribuna*, también de Buenos Aires, editó en fo-

Impresos
Encuaderna
EN
IMPR
LIBI
Lavalle 1
Tel

Estos nuevos derramamientos de sangre, aun cuando producidos en nombre de la Justicia, colmaron las resistencias del pueblo de Buenos Aires, provocando un general sentimiento de reacción contra el uso de la pena capital, que si no tendió, en la mayoría de los casos, a su abolición, propició su reducción a las situaciones estrictamente indispensables. De tal modo, iba a darse el primero de los tres pasos que Garraud indicaba dentro del proceso abolicionista, a saber: la abolición gradual, o sea la disminución de las ejecuciones; segundo, la abolición general de hecho, y tercero, la abolición general de derecho [64].

Muestras de ese sentimiento adverso que anotamos las podemos encontrar en el artículo del destacado jurisconsulto Miguel Navarro Viola, publicado en 1854 bajo el definitorio título de *Una palabra contra la pena de muerte* [65]; en otro artículo, aparecido en *El Orden* del 29 de noviembre de 1856, diciendo que "nuestra tierra está ya harta de tanta sangre derramada. El pueblo no quiere ver más patíbulos..." [66], y también en el discurso del ahora senador Portela, del 18 de agosto de 1857, con su concreta alusión al "sentimiento de repugnancia a la sangre vertida que hoy día existe en toda la sociedad" [67].

lleto: *Causas célebres. Sentencias pronunciadas en la causa criminal seguida contra Fermín Suárez y otros, por hechos criminosos ejercidos en 1840 y 1842.*

64 Cit. por RODOLFO MORENO (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, t. I, p. 345, Buenos Aires 1923.

65 *El Plata Científico y Literario*, t. III, p. 17-9. Se pronunció allí NAVARRO VIOLA en forma categórica contra esa pena, "que por desgracia nos rige todavía", y a la que calificó de injusta e inútil. "Es una pena impuesta sin derecho —escribe—. La sanción que la sociedad ha dado para imponerla, está escrita con caracteres de sangre, porque sólo el hecho ha podido con sus estragos acallar el derecho que se rebelaba contra el abuso; porque abuso era y no más el que la sociedad diese un derecho que ella misma no tenía, el de disponer de la vida de los hombres cuando Dios impuso a los hombres el deber de conservarla [...] la estadística demuestra, que los crímenes sólo disminuyen en razón de la educación y civilismo de los habitantes, y que la suavidad de las penas templa la ferocidad de los habitantes. La experiencia de todos los siglos enseña también, que el temor de la última pena no es bastante para contener a los malvados decididos a turbar la sociedad. Y si en esto nos concretamos a nuestros tiempos, y a nuestro país sobre todo, que es lo que más nos debe importar, hallaremos que en ninguna otra parte son tan aplicables y exactas las ideas que acabamos de emitir". Por último, apelando a la filosofía, expone que "los castigos horrorizan, corrigen más a la humanidad por su duración, que por un rigor fuerte pero efímero, atroz pero del momento, que deslumbra y se apaga. La cárcel perpetua, pues, esa sublime penitenciaría de los Estados Unidos y de Chile, en la que se reúne, el trabajo ,a la reclusión, debe reemplazar ya entre nosotros a la injusta, innecesaria, e inútil pena de muerte".

66 *Súplica en favor de una madre*, en *El Orden*, año II, Nº 379, Buenos Aires.

67 Todas las citas de actuaciones parlamentarias fueron hechas en base a los *Diarios de Sesiones de las Cámaras de Senadores y Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, en su edición oficial.

La primera de las medidas restrictivas determinadas por ese estado de ánimo colectivo, fue el auto acordado del Tribunal de Justicia, del 29 de agosto de 1854, suscripto por de las Carreras, Juan J. Cernadas, Villegas, Torres y Pica, que confirmó el del 2 de abril de 1821, "que entre otras cosas dispone que los Alcaldes del crimen, hoy jueces de primera instancia en lo criminal, no ejecuten sentencia alguna en causas cuya pena fuere corporal; ni tampoco la de libertad, sin consultar antes su aprobación". La confirmación obedecía a que los jueces del crimen no cumplían con las disposiciones de aquella acordada, que tendía, sencillamente, a asegurar la mayor justicia en la administración, sobre todo, de una pena de las graves consecuencias de ésta [68].

A diferencia de la Constitución Nacional, que en su art. 83 inc. 6º (actual 86, inc. 6º), autorizaba al Poder Ejecutivo a "indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente" y con la sola excepción de los "casos de acusación por la Cámara de Diputados", la del Estado de Buenos Aires, de 1854, facultó al mismo Poder, por su art. 108 (aprobado sin discusión y por unanimidad el 27 de marzo de ese año), únicamente a "conmutar la pena capital, previo informe del Tribunal, mediante graves y poderosos motivos, salvo los delitos exceptuados por las leyes". Esta referencia a "los delitos exceptuados por las leyes" dio ocasión, al intentarse el uso de la franquicia por la autoridad competente, a un amplio debate, tras el cual se llegó a establecer que la imposición por los tribunales de justicia de la pena de muerte con "calidad de aleve" configuraba la excepción prevista en la norma constitucional.

Poco después de promulgada la Constitución bonaerense, el Poder Ejecutivo desempeñado por Pastor Obligado, empeñado en conmutar la pena de muerte que con calidad de aleve había sido aplicada al homicida Dámaso Iramain, apeló al Poder Legislativo para salvar el vallado que le oponía el art. 108.

En sesión extraordinaria del 23 de diciembre de 1854, la Sala de Representantes accedió a concederle el permiso requerido, sólo para el caso planteado, a pesar de las mociones de Miguel Esteves Saguí, futuro catedrático de Derecho Penal, para que fuera "extensiva a los demás reos que se hallen sentenciados a muerte", y de Antonio Cruz Obligado, "a algunos otros reos que se hallen actualmente condenados a la pena ordinaria de muerte con calidad de aleve". Quien se opuso a

[68] *El Judicial*, Nº 23, 22 de enero de 1856.

estas ampliaciones fue otro catedrático en ciernes, y además codificador del Derecho Criminal, Carlos Tejedor, que provocó con su negativa el aplazamiento "sine die" de la decisión de la Sala.

Aun limitada a un solo caso, lo cierto es que la brecha constitucional había quedado abierta y que más de una vez transitarían por ella la compasión o la conveniencia públicas para sustraer de la muerte varios condenados a padecerla. Así venía a confirmarse entre nosotros el certero juicio de Bentham: "estando en contradicción la dulzura del carácter nacional con las leyes, las costumbres son las que triunfan, y las leyes son eludidas: se multiplican los perdones: se cierran los ojos sobre los delitos: son demasiado escrupulosos sobre las pruebas, y los jurados por evitar un exceso de severidad caen frecuentemente en un exceso de indulgencia" [69].

Al año siguiente, 1855, se renovaron, efectivamente, las instancias oficiales de tolerancia y perdón. La primera fue en la entonces famosa "causa de los ladrones", seguida contra Florencio Negri (alias Antonio Palma), Agustín Silva y Domingo Parodi, a quienes el juez Angel Medina había condenado a muerte el 16 de octubre de 1854, por encontrarlos reos del delito de "hurto calificado".

El Tribunal de Justicia, sin embargo, se propuso salvar de la muerte a los condenados y así, en su primera sentencia, del 24 de marzo de 1855, conmutó a dos de ellos, Parodi y Negri, la pena capital, al primero por haber desempeñado sólo "un rol secundario" en los hechos y al segundo porque "aunque es acreedor a la pena ordinaria de muerte militan en su favor circunstancias especialísimas para que se le conmute aquélla en otra menor, siempre que esto pueda hacerse sin perjuicio de la causa pública, como, en efecto, puede hacerse" y en mérito a que el esclarecimiento del caso había sido posible gracias a sus revelaciones, obtenidas por los comisarios de policía bajo la "promesa formal que la comisión entera le hizo de que las haría llegar al conocimiento de la autoridad de un modo favorable a sus procedimientos, por cuyo medio tal vez obtendría sino la conmutación de la pena, al menos la atenuación de ella".

Si no en vista, la gracia judicial alcanzó también al tercer reo, Silva, en grado de revista. La segunda sentencia del Tribunal, del 18 de mayo de 1855, le conmutó efectivamente la pena de muerte

69 *Tratados de legislación*, ed. cit., t. III, p. 67.

por la de diez años de trabajos públicos, con lo que una vez más vino a resentirse su aplicación en aras de la piedad [70].

Lo expuesto no significa que en 1855 se hubiesen cancelado todas las ejecuciones. Otros casos hubo, en el mismo año, en los que, no sólo la Cámara aprobó las condenas dictadas en primera instancia, sino que también, como en la causa incoada contra Juan José Acosta por homicidio alevoso, la "pena extraordinaria de diez años de trabajos forzados en la isla de Martín García o en cualquier otro punto que el Poder Ejecutivo tuviese por conveniente" impuesta por el juez Andrés Somellera el 31 de marzo, la elevó a "pena ordinaria de muerte, con calidad de aleve", a ser cumplida en la Plaza de la Residencia, el día y hora que designe el Poder Ejecutivo, "suspendiéndose el cadáver por cuatro horas en la horca", por sentencia del 13 de julio de ese año [71].

Un caso resonante de perdón, ocurrido asimismo en 1855, fue el del homicida José Adriano Gadea. José Barros Pazos expuso la situación en la Sala de Representantes, el 7 de mayo, en los siguientes términos: "el reo Gadea había cometido un asesinato alevoso en la persona de una mujer en el pueblo de Chascomús, y precisamente, por ese crimen, había sido condenado a muerte, con la calidad de aleve. Comunicada la sentencia al Poder Ejecutivo, el reo fue remitido al pueblo de Chascomús, para que allí cumpliese su condena. Esto sucedía precisamente al fin de Diciembre, es decir, en los momentos en que se acababa de firmar el tratado de paz celebrado con el General Urquiza, que nos pone en la feliz actitud de reanudar, los vínculos de la nacionalidad Argentina [72]. El Gobierno, que no quería que los anales en que debía grabarse un hecho tan feliz, fuesen manchados con sangre, y que las lágrimas de la familia del reo viniesen a borrar el júbilo del pueblo, no vaciló en mandar suspender la sentencia. A la sazón había llegado a Chascomús la noticia, e inmediatamente la mayor parte de los vecinos de ese pueblo, usando del derecho de petición, elevaron una solicitud pidiendo la conmutación

[70] *El Judicial*, Nos 5 y 6, del 9 y 23 de junio de 1855. Hay también folleto. La defensa de primera y segunda instancia, hecha por EDUARDO ACEVEDO, apareció publicada en *El Plata Científico y Literario*, t. III, pp. 20-46.

[71] *El Judicial*, Nº 8, 20 de julio de 1855.

[72] Se refiere al tratado de paz del 20 de diciembre de 1854, negociado entre José María Cullen y Daniel Gowland, por la Confederación, e Ireneo Portela, por Buenos Aires, y al de comercio, del 8 de enero de 1855, acordado entre Santiago Derqui y Juan del Campillo, por una parte, y Juan Bautista Peña, por la otra, respectivamente (cf. MARIANO A. PELLIZA, *La organización nacional*, Buenos Aires 1951, pp. 105-6).

ıpresos
ıcuaderna
EN
IMPR
LIBI
Lavalle 1
Tel

de la pena que los Tribunales habían impuesto a Gadea." En estas circunstancias, el Poder Ejecutivo dirigió a la Legislatura el proyecto de ley que era ahora objeto de consideración por los diputados.

Barros Pazos, miembro informante de la Comisión de Legislación, después de relatados los antecedentes, se declaró "muy lejos de creer que [sus colegas] negasen su voto, para llevar otra vez al patíbulo a un hombre que ha sido arrancado de él, en nombre de la paz y de la humanidad", y así fue. El proyecto se aprobó por afirmativa general de los representantes y, el 5 de junio, de los senadores, comprendiendo esta última sanción el perdón de Iramain, pendiente desde el año anterior. Ambos pasaron así a engrosar la lista de los beneficiarios de la piedad pública, con la reducción de su pena a diez años de presidio, es decir, la inmediata inferior establecida por las leyes.

El proceso abolicionista seguía, pues, su curso, a despecho de las restricciones impuestas por la Constitución al poder de perdonar. Eso fue precisamente lo que, desde el punto de vista legal, sostuvo Marcelo Gamboa en la ocasión: "ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo tienen el derecho de indultar delitos exceptuados", pero la Comisión de Negocios Constitucionales del Senado, por intermedio de su miembro informante, José Mármol, prefirió mirar el asunto por "el punto de la humanidad", limitándose a expedir en "un incidente de que pendía la vida de dos infelices que habiendo sido arrancados del patíbulo, no parecía humano volverlos otra vez a él". Las palabras de Bentham seguían teniendo vigencia: "... las leyes son eludidas: se multiplican los perdones..."

Un día después de sancionada la conmutación, por once votos contra tres, y como salvando escrúpulos de conciencia, el Senado aprobó una minuta de comunicación al Poder Ejecutivo precisando que "una tal concesión ha sido otorgada bajo el concepto expreso de que ella sea sin ejemplo, y sin que en ningún sentido sirva de regla en lo sucesivo, para casos de igual naturaleza". No obstante la declaración senatorial, lo cierto es que la pureza del art. 108 había quedado mancillada irremisiblemente. Por su parte, la Cámara de Representantes se negó a acompañar con su voto la resolución del Senado.

Durante el tratamiento de la iniciativa, en la sesión del 11 de julio, una vez más Esteves Saguí se manifestó contrario a la aplicación rigurosa de la pena de muerte y partidario del amplio poder de perdonar. Al preguntarse por el objeto del proyecto, adujo: "¿Ha sido acaso el de que el Gobierno no pueda usar del derecho que posee

de hacer gracia y que la Cámara tampoco lo tuviese ese derecho? Le es muy duro creer a la Comisión de Legislación que tal haya sido la mente del Senado; porque es imposible que ningún hombre de corazón pueda negar que el perdón en ciertos casos es una necesidad tan vital como la Ley misma".

El año 1856 se inició sin novedades en la materia, con la aplicación ritual de la pena de muerte en los pocos casos que registran las estadísticas bonaerenses, hasta que en el mes de octubre ocurrió un hecho de insospechada trascendencia, que concitó la atención pública y que pasaría a jugar un papel decisivo dentro del proceso que venimos exponiendo, orientado hacia la abolición del último suplicio.

V. El proceso contra Clorinda Sarracán de Fiorini. Se suspende la aplicación de la pena capital.

El 24 de octubre de ese año de 1856, la población de Buenos Aires conoció por la prensa la noticia de la "desaparición misteriosa" del señor Fiorini, antiguo vecino de la ciudad, casado y con propiedades en el país, que varios días atrás partiera a caballo desde su chacra en Santos Lugares rumbo a la capital [73].

Por varias jornadas se mantuvo la expectativa pública en torno a la suerte del desaparecido, pero ya el día 31, sin conocerse todavía las circunstancias y los autores, podía sospecharse fundadamente que había sido víctima de "un crimen atroz" [74]. Tres días más tarde empezaron a develarse los "misterios de los Santos Lugares", como se los llamó en la época. *El Nacional* informó que el asunto estaba en manos de la Justicia, detenidos los criminales, confesos, y que debía esperarse sentencia en breves días.

Efectivamente, el 27 de octubre había tenido principio de instruc-

[73] *El Nacional*, Nº 1332, y *El Orden*, Nº 369, ambos editados en Buenos Aires. El aludido Jacobo (Giacomo) Fiorini —que de él se trata— fue un pintor italiano, oriundo de la Lombardía, que llegó a Buenos Aires hacia 1829 y se destacó como uno de los retratistas y miniaturistas más reputados de la sociedad porteña. Fue así que, entre otros, pintó los retratos de Rosas, Mariano de Somellera, Miguel de Azcuénaga, Marcos Balcarce y Dolores Posadas de Meyer. Hacia 1856 debió estar, sin embargo, alejado de los pinceles, pues en ningún momento las crónicas de entonces evocan la actividad artística que había desarrollado sobre todo en la década del 30 (ver Adrián Merlino, *Diccionario de artistas plásticos de la Argentina*, Buenos Aires 1954, p. 147. Este autor atribuye erróneamente a Fiorini el nombre de Lorenzo). Agradecemos al Dr. José M. Mariluz Urquijo sus datos acerca de la personalidad artística de Jacobo Fiorini.

[74] *El Nacional*, Nº 1340.

mpresos
Encuaderna
EN
IMPR
LIBI
Lavalle 1
Te

ción el sumario, con el oficio del juez semanero Basilio Salas, al juez del crimen, Miguel Navarro Viola, en el que le daba cuenta de la desaparición de Fiorini y le pedía que ordenara las diligencias necesarias para averiguar los motivos [75]. Si bien en un primer momento se apoderó el desconcierto de los investigadores, el principal de los cuales era el comisario de la Villa de Luján, Nicolás Arnaud, los hallazgos hechos en la casa de la víctima permitieron orientar la pesquisa hacia la dilucidación del caso. Como consecuencia, el juez actuante ordenó la detención de la viuda, Clorinda Sarracán, que negó su participación en el crimen; del padre de ésta, Carlos Sarracán; de los peones Remigio y Crispín Gutiérrez, y de las criadas Nicolasa Merlo y Claudia Alvarez. Poco después recuperó su libertad Carlos Sarracán.

Las declaraciones de Crispín Gutiérrez —que "ofreció decir verdad a condición de que Su Señoría emplease con él toda indulgencia y le ofreciera que no le aplicaría la pena capital", a lo cual "Su Señoría le ofreció usar de toda la indulgencia que pudiese en el límite que las leyes le marcaban"— fueron las que posibilitaron a la Justicia la localización del cadáver y la averiguación completa del suceso. De este modo se supo que Crispín ,que mantenía relaciones ocultas con Clorinda, había urdido con ésta la muerte de su cónyuge, y que la decisión la llevaron a la práctica el domingo 12 de octubre, con ayuda de un hermano de Crispín, Remigio Gutiérrez, ultimando a Fiorini con disparo de pistola y golpes de maza.

La defensa de los hermanos Gutiérrez y de las criadas estuvo a cargo del defensor de pobres Marcelino (?) Aguirre, en tanto que Clorinda Sarracán eligió al efecto a una figura de la relevancia de Carlos Tejedor, que por tres veces se negó a aceptar el encargo, pero que finalmente debió ceder ante la orden terminante del Juzgado.

Dominado también él por las tensiones desatadas alrededor del caso, y reflejadas elocuentemente en los órganos de prensa, el fiscal, Emilio Agrelo, presentó su acusación el 7 de noviembre [76]. Partiendo

[75] Las constancias del proceso fueron tomadas del folleto: *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez por el asesinato de D. Jacobo Fiorini esposo de la primera.* Copiada del proceso con autorización superior. Buenos Aires, 1856. El expediente original, no obstante la búsqueda que él hicimos en el Archivo General de la Nación, Archivo de Actuaciones Judiciales y Notariales de la Ciudad de Buenos Aires, y Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, no puede ser hallado.

[76] Mientras el diario de Luis L. Domínguez sostenía con firmeza "que la esposa de Fiorini, ha mostrado en su prisión y ante el juez del crimen Dr. Navarro Viola una energía que asombraría aun si esta mujer infeliz fuese inculpable. Pero [que] no es una resignación cristiana, es más bien una especie de enajena-

de la premisa de que la viuda de Fiorini había negado toda participación en el asesinato de su marido, y de que carecían de valor probatorio las declaraciones hechas en su contra por los autores y cómplices del crimen [77], a pesar de reconocer que se trataba de "una perversa mujer", que había proyectado y ocultado el asesinato, concluyó que no le era aplicable la pena de muerte con que las leyes castigaban el homicidio.

Su razonamiento era el siguiente: habiendo "recorrido todas las leyes de Partida y de Recopilación que se ocupan de los homicidios, y en las veinte leyes del título 23 de la Recopilación castellana, y las 26 del título 8, partida 7ª encuentra que ellas sólo se dirigen *al* que mata de tal o cual modo; es decir que sólo se ocupan *del hombre que mata* y no de la mujer que comete igual crimen. El artículo *el* masculino usado en todas esas leyes —sigue diciendo—, ha dado las mayores dudas al Fiscal, mucho más cuando las mismas leyes se ocupan de la aplicación de varias y graves penas a las mujeres por señalados delitos que cometan. Se dirá tal vez que las leyes no han hablado de los homicidios cometidos por las mujeres, porque han usado el artículo *el* indeterminado para comprender hombres y mujeres; y aun cuando esta interpretación pudiera bastar en muchos casos, siempre que se trate de la pérdida de la vida, no debe estarse sino al sentido gramatical y claro de la ley, dejándose de interpretaciones que podrían tener lugar en las causas civiles".

En fin, el agente fiscal, comprendiendo "la necesidad, y la justicia del escarmiento para evitar la repetición de crímenes tan bárbaros como éste, lo cual no sólo se consigue con la pena de muerte, que por desgracia —opina— prescriben nuestras leyes, pide a V.S. se sirva condenar a Clorinda Sarracán de Fiorini a la pena extraordinaria

ción que prueba estar helado su corazón para los sentimientos que la naturaleza ha grabado en su sexo" (*El Orden*, Nº 378, 6 de noviembre de 1856); *El Nacional*, haciéndose eco de distintos pormenores que se habían venido publicando, advertía sobre "el inconveniente, repetimos, de que la prensa por un celo mal entendido (no queremos decir hipócrita) en contra del crimen, haga exclamaciones y aspavientos que pueden caer luego en el más completo ridículo, si es que recae por último un fallo absolutorio [...] No queremos decir que la señora de Fiorini sea inocente, pero mientras la causa está pendiente del fallo de los Tribunales, ¿a qué prevenir la opinión pública?..." (Nº 1345, 7 de noviembre de 1856).

[77] El Fiscal se apoyaba en la ley 10, tít. 16, *Part.* VI, a cuyo tenor: "Otrosí decimos, que aquel que estuviese preso en cárcel, o en cadena de Rey, o de Concejo, mientras que estuviese preso, no podría atestiguar contra otro, que fuese acusado en juicio sobre pleito criminal: y esto es porque muy bien podría ser, que diría falso testimonio por ruego de alguno, que le prometía que lo sacaría de aquella prisión en que yace...".

Impresos
Encuadernac
ENC
IMPRE
LIBR
Lavalle 1
Tel.

de quince años de presidio, debiendo presenciar la justicia que se veri ficará en las personas de los dos asesinos sus cómplices Crispín y Remigio Gutiérrez", para quienes solicitó, con arreglo a las leyes 2 tít. 8, Part. VII, y 7 y 10, tít. 23, Libro VIII de la Recopilación Castellana [78], la pena de muerte con calidad de aleve.

No cabe suponer que fuera por ignorancia del Derecho, sino más bien a impulso de sentimientos contrarios a la aplicación de la pena capital a una mujer, que el fiscal sostuviera interpretación tan pere grina, desmentida por el texto expreso de las leyes, la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales, como en la misma causa se lo vino a recordar, en la instancia siguiente, el fiscal de la Cámara doctor Torres.

En efecto, este último, en su vista del día 17, pudo afirmar que Clorinda, convicta y confesa de haber cooperado a la muerte violenta de su marido, quedaba sujeta a las mismas leyes penales que casti gaban a los hombres en iguales circunstancias, y añadir lo sensible que le era notar que su similar de primera instancia se hubiese "pre cipitado a asegurar que no hay ley de todas las que cita que impong a la mujer culpable de homicidio la pena de muerte. La ley 12, tít. 8 part. 7ª, declara parricidio, cuando el marido mata a su mujer, o la *mujer a su marido*, y les impone la terrible pena que por cruel ha esta do en desuso, sustituyéndose entre nosotros la de ser pasados por las armas el parricida [79]. La ley que cita el Juez en su sentenci

78 Establece la ley 2, tít. 8, *Part.* VII: "Matando algún hombre, o algu mujer, a otro a sabiendas, debe tener pena de homicida, ya sea libre, o siervo el que fuese muerto. Excepto ,si lo matase en defensa propia...".

Ley 7, tít. 23, lib. VIII *Rec. Cast.*: "El que matare a otro a traición, dad y otorgada tregua y seguro, o por asechanzas, o en otro cualquier caso porqu deba ser condenado a muerte, si después que fuere condenado, entrare en nuest Corte con cinco leguas en derredor, allende de la pena corporal pierda la mita de sus bienes para la nuestra Cámara".

Ley 10, id.: "Todo hombre que matare a otro a traición o aleve, arrástren por ello, y ahórquenlo; y todo lo del traidor háyalo el Rey; y del alevoso ha la mitad el Rey; y la otra mitad sus herederos; y si en otra manera lo mata sin derecho, ahórquenlo, y todos sus bienes hereden sus herederos, y no pague homicidio".

79 Ley 12, tít. 8, *Part.* VII: "Si el padre matare al hijo, o el hijo al padr o el abuelo al nieto, o el nieto al abuelo o a su bisabuelo, o alguno de ellos él; o el hermano al hermano, o el tío a su sobrino, o el sobrino al tío, o el mari a su mujer, o la mujer a su marido; o el suegro, o la suegra, a su yerno, o su nuera, o el yerno, o la nuera a su suegro, o a su suegra; o el padrastro, o madrastra a su entenado, o el entenado al padrastro, o la madrastra, o el lib al que lo libertó. Cualquiera de ellos que mate a otro contra derecho, con armas, con yerbas, públicamente, o encubierto, mandaron los Emperadores, y los Sabi antiguos que el que cometió esta maldad, sea azotado públicamente ante todo y luego, que lo metan en un saco de cuero, y que lo encierren con un can, y

habla expresamente de la mujer a quien se le impone la pena de muerte si es culpable. La que cita el Defensor de Pobres a foja 148 vuelta, que es la ley 6, tít. 33, part. 7ª, decide terminantemente las dudas que han asaltado al Agente Fiscal'' [80].

El defensor de pobres presentó su alegato el 12 de noviembre. En el caso de Crispín Gutiérrez, invocó la esperanza de indulgencia que abrigaba el imputado, dado que bajo esa fe había hecho confesión del crimen, y, asimismo, en mérito al precedente creado en la ''causa de los ladrones''. Se amparó también en la menor edad del reo —23 años—, la que si bien era suficiente para hacerle sufrir la pena del delito, no dejaba de ser a su juicio una circunstancia atenuante digna de consideración. Menor culpabilidad aún le atribuyó a Remigio Gutiérrez, de 19 años de edad, que se había preparado para marchar de la chacra una vez cobrado su conchabo, y opuesto a complicarse en un delito que nada significaba para él. Pidió, pues, para sus defendidos una pena proporcional a la requerida por el fiscal para Clorinda.

Cupo finalmente a Tejedor formular el día 16 su precipitada y no muy convincente defensa. Señaló el estado de inconfesión en que se encontraba Clorinda y se detuvo a considerar su relación con la víctima: marido y padrino a la vez, varios años mayor, relacionado ilícitamente con su madre. Recordó asimismo ''la miseria en que vivía y la soledad en que hacía dos años estaba'' y el fracaso de la demanda de divorcio que en su desesperación intentara ante la autoridad eclesiástica. En cuanto a la pena pedida por el fiscal, reconvino que no podía exceder de los diez años de prisión, pero que si la creencia era de que Clorinda sólo era culpable de no haber dado aviso del homicidio, la desproporción era notoria.

El mismo día 16, Navarro Viola, cumpliendo con el mandato de las leyes y acallando —posiblemente— sus sentimientos contrarios a

gallo, y una culebra, y un simio; y después que fuere en el saco con estas cuatro bestias, cosan la boca del saco, y lánceenlos al mar, o al río que fuere más cerca de aquel lugar donde acaesciere. Otrosí decimos, que todos aquellos que diesen ayuda, o consejo, porque alguno muriese en alguna de las maneras que de suso dijimos, sea pariente del que así muere, sea extraño, que debe tener la misma pena que el matador...''.

[80] Dispone la ley 6, tít. 33, *Part.* VII: ''Usamos a poner en las leyes de este nuestro libro, diciendo: Tal hombre, que tal cosa hiciere, haya tal pena. Entendemos por aquella palabra, que la prohibición pertenece también a la mujer como al varón, a pesar de que no hagamos mención de ello. Excepto en aquellas cosas notorias, que estipulan las leyes de este nuestro libro...''.

La vista completa apareció publicada en *El Orden*, Nº 407, del 12 de diciembre de 1856.

la imposición del último suplicio, dictó sentencia condenando a muerte, con calidad de aleve y clasificación de parricidas, contra Clorinda Sarracán y Crispín y Remigio Gutiérrez. Según ella, Clorinda debía ser ejecutada en la plaza del 25 de Mayo, en Buenos Aires, a las seis de la mañana, y los hermanos Gutiérrez, en la plaza del pueblo de San Isidro, a las ocho, debiendo quedar colgados sus cadáveres en la horca por seis horas [81].

El expediente fue elevado de inmediato, en consulta, al Tribunal de Justicia, oportunidad en la cual el fiscal produjo su parcialmente recordado dictamen. Pero aun sosteniendo, con razón, la aplicabilidad de la pena de muerte a la mujer, no dejó de señalar "la terrible idea del espectáculo sangriento de una mujer fusilada" y que "si pudiera seguir sus propias inclinaciones no pediría lo que su deber le manda pedir: la aplicación de la ley".

El 21 de noviembre, *El Nacional*, al par que informó a sus lectores sobre el trámite de la alzada —ayer terminó la lectura del proceso y Tejedor presentó su defensa— tomó decididamente el partido de Clorinda, encabezando así un movimiento que asumiría proporciones insospechadas. En réplica a *La Tribuna*, que "después de haber llamado *tigre* a esa desgraciada, y de haberle atribuido *descaro* en su ademán, hoy vuelve a decir que la viuda de Fiorini tenía un aire despreciativo que ha indignado al público", calificó su actitud de poco generosa y extraña en "un periódico cuyos redactores se precian de campeones del bello sexo", por referencia a los hermanos Varela. "Cualesquiera que sean los indicios vehementes ,por terminantes que puedan parecer las confesiones de los reos, es preciso no dejarse llevar por esos ímpetus del primer momento —siguió exhortando—. Si todo cuanto se ha dicho de la infeliz Clorinda fuese cierto, habría que declararla por loca y como tal absolverla".

Con el dictamen del fiscal Torres, el Superior Tribunal, integrado por Cernadas, Pica, de las Carreras, Salas, y el agente fiscal de lo civil, Federico Pinedo, aprobó el 26, en todas sus partes, la sentencia consultada y, no menos veloz que la Justicia, el Poder Ejecutivo, con las firmas de su titular, Pastor Obligado, y del Ministro de Gobierno, Dalmacio Vélez Sarsfield, estableció por decreto del día 27 que las ejecuciones tuvieran lugar el 2 de diciembre. Sin conocer todavía el

81 A diferencia de otras sentencias de muerte, la presente no fue publicada porque, como veremos enseguida, se suspendió su ejecución. *El Orden* del 1 y 2 de diciempre de 1856 se limitó a reproducir la relación de hechos.

pronunciamiento del Tribunal, el mismo 27 insistía *El Nacional* a voz en cuello: "¡Bello sexo porteño! No consientas que el respeto que inspiras en nuestra querida América sea puesto en duda. ¡Si la viuda de Fiorini resulta criminal, que la declaren antes por loca!"

El llamado del diario no cayó en el vacío. Diversos factores se aunaron para movilizar sectores de opinión en favor de la condenada: desde el hombre anónimo hasta las autoridades públicas, desde la Sociedad de Beneficencia hasta el resto del periodismo. Es que al creciente espíritu de oposición a la pena de muerte, se sumó en este caso la compasión que inspiraba la mujer, en general, como destinataria del castigo —según lo dijera el propio fiscal de Cámara—, y, en particular, la desgraciada existencia de Clorinda Sarracán, en quien, el idealismo de sus contemporáneos, llegó a ver reencarnada a la aun recordada y condolida Camila O'Gorman. La revelación de los detalles de la triste vida de Clorinda, desde su filiación natural y pérdida de su madre, hasta su mala crianza, matrimonio sin amor con Fiorini, treinta años mayor que ella, y quíntuple maternidad a sus veintiséis años, hizo impacto en el corazón de muchos hombres y mujeres que pasaron a convertirse en aliados de su causa e, indirectamente, en críticos de la pena capital.

El mismo día de la firma del decreto de cumplimiento de la sentencia se inició la campaña popular. *El Nacional*, punta de lanza del movimiento, publicó algunas de las "varias solicitudes que van a presentarse a las Cámaras pidiendo la conmutación de la pena a que ha sido condenada Clorinda", entre ellas la de las damas de la Sociedad de Beneficencia. Como el delito había sido calificado de "aleve", el pedido debía interponerse ante la Legislatura y no ante el Poder Ejecutivo. Y en seguida, el diario descargaba su enfado contra el defensor, sin miramiento alguno: "deploramos amargamente que la defensa de la pobre acusada no se haya encomendado a algún letrado entusiasta, que hubiese sabido tocar los mil resortes que no ocurren al pensamiento frío de un defensor impasible que se encarga de una causa por mera fórmula y sin fe en el corazón. No queremos ofender al Dr. Tejedor, pero en Europa después del presente proceso habría terminado su reputación forense". Aquí, sin embargo, pocos días después, el 18 de diciembre, iba a ser nombrado profesor titular de Derecho criminal y mercantil en la Universidad de Buenos Aires, prosiguiendo una carrera siempre ascendente en el Derecho y en la política.

Volviendo a los petitorios presentados en favor de Clorinda, re-

paramos que uno de ellos atacaba claramente a la pena capital, al expresar que "la severidad de las leyes aplicadas por los tribunales, pugna con los principios humanitarios de nuestra civilización, que tendiendo a la abolición de la pena de muerte, en un término más o menos remoto, proclama por una reforma penal que la reduzca a los casos de una necesidad extrema.

"La ley que impone a la mujer la pena de muerte —proseguía diciendo— será derogada indudablemente, así que las premiosas atenciones de V. E. le permitan contraerse a esa reforma.

"Entretanto la cabeza de Clorinda Sarracán va a caer por mandato de una ley, próxima a desaparecer de nuestros códigos [...]. Su ejecución dejaría hoy a la Sociedad el remordimiento de no haberse apresurado a la reforma, que le evitase el triste espectáculo de una mujer en el cadalso [...]. La conciencia pública no contemplaría en la pena el castigo del crimen sino la crueldad de la ley, y sería perdido para la Sociedad el efecto moral del escarmiento [...]. ¡Sea la sangre de Camila O'Gorman la última de mujer que riegue el patíbulo!..." [82].

Fijada la ejecución para el día 2 de diciembre, escaso era el tiempo que quedaba a las Cámaras para considerar el pedido de clemencia. Convocada de antemano la Asamblea Legislativa debido a otros asun-

82 En efecto, el Código Penal proyectado por Tejedor y adoptado por la Provincia mediante la ley 1140, abolió años después para la mujer, la pena de muerte.

No toda la opinión pública estaba volcada en favor de Clorinda. Había quienes miraban con ojos indignados tantas demostraciones de piedad en pro de la homicida, y que a la vez propiciaban el mantenimiento de la pena capital. Ejemplo palmario de esta actitud lo encontramos en la "publicación solicitada" aparecida también en *El Nacional* y que, entre otros conceptos, expresaba: "Pedir la abolición de la pena de muerte en nuestro país, es pedir que se dé pábulo a las pasiones, que se desborden las masas ignorantes, y que no haya dique ni barrera que detenga el mal en el camino, y por fin que se santifique el crimen [...] Es preciso, necesario, el convencimiento de que haya un ejemplar escarmiento, ejemplar terrible que conmueva todos los corazones, para que los demás aprendan a dominar sus pasiones y no se repitan en nuestra sociedad escenas tan tristes y repugnantes; para cortar de una vez por todas los malos precedentes. Los que en este caso se han titulado defensores de la mujer, no son más que defensores del crimen. Los que han tenido la audacia de comparar a Camila O'Gorman con Clorinda S. de Fiorini deben precisamente haber estado dementes, puesto que no han reflexionado que aquélla fue víctima inocente inmolada por un tirano y digna de una revolución en aquel día de funesta memoria, para haberla arrancado del mismo patíbulo, mientras que ésta es una infame asesina, condenada por las leyes con calidad de aleve".

Camila O'Gorman, unida ilícitamente al clérigo Uladislao Gutiérrez, había sido ejecutada por tal causa, por orden de Rosas, el 18 de agosto de 1848. Gutérrez fue fusilado junto a ella.

tos, pudo recibir directamente las solicitudes su Comisión Permanente y citar al plenario para el día 29, a las ocho de la noche.

La angustia de los redactores de *El Nacional* no cesaba, sin embargo. "¿Querrán reunirse las Cámaras?", interrogaban. "Claro es que la Legislatura si se reúne, no podrá hacer menos de lo que ha hecho en otras ocasiones", y tras vapulear nuevamente a Tejedor, se aferraban a una circunstancia salvadora, que ya había tenido difusión: Clorinda estaba en estado de gravidez y debía por ello suspenderse la sentencia.

El argumento del embarazo tenía, evidentemente, relevancia jurídica, ya que, como escribiría el mismo Tejedor en su *Curso de Derecho criminal,* "si la que debe ser fusilada, es una mujer que está encinta (basta que lo parezca, aunque no lo declare, y no importa que se haya embarazado, *in ipso carcere*), la ejecución se suspende hasta el parto, 'ca dice la ley, si el hijo que es nacido non deve rescivir pena por el yerro del padre, mucho menos la merece el que está en el vientre por el yerro de su madre' (ley 11, tít. 31, Part. 7, 5 Dig. de poenis, *non debet calamitas matris ei nocere qui in ventre est*)" [83].

Las quejas contra el defensor fueron esta vez infundadas, pues el mismo sábado 29 se había adelantado a pedir la suspensión de la ejecución. A consecuencia de ello hubo una reunión de jurisconsultos en el despacho del Gobernador —estuvieron Ferrera, Cárcova, Alsina, Barros, Acevedo y Vélez Sarsfield— tras la cual el Poder Ejecutivo ordenó la medida. Por la noche una junta de facultativos reconoció a la condenada.

Simultáneamente se reunieron las Cámaras, primero la de Diputados y después la de Senadores, ante "numerosísima" barra [84]. Luego de un breve debate aprobaron la siguiente minuta de comunicación al Poder Ejecutivo:

"Estando ocupada la Asamblea General de las peticiones que se le han dirigido para que se conmute la pena impuesta a Clorinda Sarracán, ha resuelto con esta fecha [29 de noviembre], en nombre del sentimiento público, que se suspendan los efectos de la sentencia pronunciada contra Clorinda Sarracán, como también contra Remigio y Crispín Gutiérrez, hasta la resolución que adopte sobre aquellas peticiones".

[83] Debe notarse que en el caso de Camila O'Gorman, no obstante haber existido esta misma situación de embarazo, y además manifiesto, la sentencia se cumplió contra la madre y contra el *nasciturus*.

[84] Cf. *El Nacional,* Nº 1364, 1º de diciembre de 1856.

Impresos
Encuadern
E
IMP
LIB
Lavalle
T

Recibida la comunicación, en seguida el Poder Ejecutivo, con rúbrica de Vélez Sarsfield, le puso el cúmplase. La Legislatura había avasallado la Constitución provincial, pero había también librado tres vidas de la muerte. La disculpamos —dirá en 1870 Carlos Keen, jurista y legislador, evocando el caso—; aunque no justificamos su proceder, "no sólo porque la nobleza de los móviles trae siempre a los labios la disculpa, sino porque en 1856 todo era revolucionario todavía, aunque hacía dos años que nos habíamos dado una Constitución". Para agregar: "el espíritu público que hacía poco tiempo estaba tan familiarizado con las escenas del crimen y de la muerte, había sufrido una violenta reacción, y estaba poseído de los sentimientos generosos de la piedad y de la clemencia [...]. En nombre del sentimiento público se había derramado tanta sangre; ¿por qué no disculpar si a nombre de ese sentimiento, se ahorraba una vida, aunque fuese con violación flagrante y confesada de la ley?" [85].

No todos fueron aplausos para las Cámaras legislativas. La suspensión de los efectos de la sentencia despertó también fundadas críticas. Bajo el título de *Cuestión constitucional* advirtió *El Orden* que "¡una sentencia suspendida, no es ni una absolución, ni un indulto! El reo queda bajo el peso de su condena; y por ese medio se puede establecer arbitrariamente la pena de prisión perpetua, que es quizá más terrible que la de muerte [...] una suspensión de la sentencia, ni corrije al delincuente, ni mejora su situación, ni causa el saludable escarmiento que las leyes penales se proponen" [86].

Pero el efecto inesperado, por cierto, de la medida fue el acuerdo extraordinario celebrado el 6 de diciembre por el Tribunal de Justicia, con participación de Cernadas, Pica, de las Carreras, Salas, y del fiscal Torres, en el cual se resolvió:

"Que invocándose en la mencionada sanción Legislativa, para suspender la ejecución de los reos, el sentimiento público, asaltaba la duda si el mismo motivo obraría en el ánimo de los Legisladores, en otras causas en que debiese por las Leyes, aplicarse la pena ordinaria duda tanto más atendible, cuanto que pudiera suceder, que el delito no viniese acompañado de las circunstancias agravantes que hay en las seguidas a aquellos procesados cuales son las de alevosía y parricidio; que actualmente el Tribunal conoce de dos causas de homicidio en

85 *Facultad de perdonar*, pp. 12 y 13, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. IV, Buenos Aires 1870.
86 Nº 101, 4 de diciembre de 1856.

las que los acusados han sido condenados a muerte en la primera instancia, y tiene noticia que se procesan otros en los distintos Juzgados del Crimen por homicidio. Que en este estado de vacilación en que se encuentra el Tribunal, ignorando la extensión y trascendencia que sobre el estado actual de nuestra Legislación penal, puede tener la resolución de la Hon. Asamblea, pues no es de su competencia la interpretación de la Ley, sino su aplicación a los casos ocurrentes, debían suspender la vista de las enunciadas causas; en que los reos son condenados a muerte en la primera instancia, como en las que en adelante entrasen de igual género, hasta tanto resolviese la Hon. Asamblea la duda que motiva este acuerdo. Que en tal virtud debía mandar como manda, se suspenda el conocimiento de las causas indicadas comunicándose con oficio este acuerdo al Poder Ejecutivo'' [87]. Un pedido de reconsideración del Poder Ejecutivo no consiguió torcer la decisión del Tribunal.

Esta acordada, al margen del conflicto de competencia que pudo desatar [88], tenía la grave consecuencia de suspender el trámite de todos aquellos procesos en los que había recaído sentencia de muerte en primera instancia, lo que equivale a decir que mientras duraba la suspensión, establecida sin término fijo, no se iba a aplicar la pena capital en Buenos Aires.

Al finalizar el año 1856, podía hacerse, pues, el siguiente balance: un fuerte movimiento de opinión contrario a la pena de muerte, al menos tal como estaba legislada entonces; una decisión del Poder Ejecutivo, basada en otra de la Asamblea Legislativa, suspendiendo la ejecución de la sentencia de muerte dictada contra Clorinda Sarracán y los hermanos Gutiérrez, y una acordada del Tribunal de Justicia, extendiendo la suspensión a la vista de todas las causas sentenciadas de igual manera en primera instancia. Con estos resultados, el partido abolicionista podía declararse satisfecho.

[87] *Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires*, año 1856, pp. 97-8.

[88] A esa posibilidad se refirió un artículo de *El Nacional*, Nº 1373, del 12 de diciembre de 1856. ''¿Niegan a la Cámara el derecho de suspender la ejecución de las sentencias que traen pena capital? —dijo—. En tal caso debieran entablar una cuestión de competencia, reclamar de la resolución de la legislatura; pero no paralizar la acción de la justicia en los nuevos casos que ocurrieren. Mas la cuestión de competencia sería entre el ejecutivo y la legislatura; pues ésta suspende el cúmplase del ejecutivo, requisito legal accesorio a la sentencia, que la legislatura no tacha de injusta o nula o ilegal, único caso en que el poder judicial se consideraría agredido''.

VI. Sucesión de leyes restrictivas de la pena de muerte.

Procurando hallar una solución al problema creado por el alto Tribunal, el Poder Ejecutivo, por medio de su entonces titular, Valentín Alsina, pasó a las Cámaras un proyecto de ley que, precedido de un artículo adicionado por la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados, quedó redactado en los siguientes términos:

"Art. 1º — Autorízase al Poder Ejecutivo para conmutar la pena de muerte con calidad de aleve a que han sido condenados los reos Clorinda Sarracán, Remigio y Crispín Gutiérrez, en diez años de reclusión o presidio.

"Art. 2, — El Tribunal Superior de Justicia procederá inmediatamente a conocer y fallar las causas pendientes ante él con sentencias de muerte pronunciadas por los jueces del crimen las cuales por un acuerdo las tiene suspendidas.

"Art. 3º — El Tribunal de Justicia en ningún caso podrá suspender el curso ordinario de ningún género de causas, sin previo consentimiento del Cuerpo Legislativo".

El 24 de julio de 1857 inició la Cámara baja el debate del proyecto, con el informe presentado en nombre de la Comisión citada por Eduardo Costa. "La Comisión —dijo entre otros conceptos— no ha entrado a examinar si sería justo o conveniente conmutar la pena que impusieron los Tribunales a los perpetradores de un crimen que con justicia puede decirse, que es uno de los más terriblemente calificados que registran los anales de nuestro foro. Partiendo de los hechos existentes, la Comisión ha creído que, después de suspendida la sentencia y cuando ha trascursado tanto tiempo, sería hoy inhumano mandarla ejecutar, porque ello importaría una doble condenación. Aún más, ha juzgado que tan terrible ejecución sería hoy sin objeto, porque el efecto moral que es el fin de toda pena está ya perdido en el presente caso.

"La Comisión ha creído también por esta razón —siguió diciendo Costa— que, aunque la petición del pueblo sólo era referente a Clorinda Sarracán, la conmutación de la pena debía comprender a sus cómplices, porque siendo ella la principal culpable, no era justo que fueran éstos castigados con mayor rigor.

"La Comisión, por último, no ha entrado tampoco a discutir si con arreglo a la Constitución las Cámaras tienen o no la facultad de indultar o conmutar las penas, porque esta cuestión quedó resuelta por

esta misma Cámara en los casos de los reos Iramain y Gadea, que forman un precedente de que no ha podido separarse".

Tras la aprobación en general del proyecto, por veintiún votos contra cuatro, se inició la discusión en particular. De ella se destacó la exposición de Tejedor, no sólo por su autoridad científica, sino también por el papel que había desempeñado en el proceso.

"Después de algunas vacilaciones —comenzó diciendo— voy a votar por el artículo de la Comisión pero por otros motivos que los que he oído alegar; así es que siento la necesidad de expresarlos". Se detuvo a considerar los artículos de la Constitución relativos a la facultad de conmutar del Poder Ejecutivo y a la de conceder indultos o amnistía del Legislativo. Este último, sostuvo, "da sólo el derecho de acordar indultos y amnistías: las palabras indultos, amnistía, significan perdón, no conmutación de la pena. Si pues en virtud de este artículo debiéramos autorizar al Ejecutivo para conmutar la pena a Clorinda y sus cómplices, deberíamos autorizarlo para perdonar, no para conmutar la pena". En cuanto al otro artículo, era a su juicio terminante en limitar el poder de conmutar a los delitos que no tenían la calidad de aleve. En consecuencia "ni el Poder Ejecutivo ni el Legislativo tenían la facultad de hacer lo que se ha hecho por ambos en casos anteriores, y lo que empezó a hacer la Asamblea General en el caso de Clorinda Sarracán".

Sin embargo esas objeciones, se propuso apoyar la iniciativa. Su razón fue la de que "esos juicios con la calidad de aleve son unos juicios desterrados hoy de todas las legislaciones modernas. Entre nosotros no tiene por objeto —continuó diciendo— clasificar el delito. Naturalmente todo delito en que hay premeditación hay alevosía. Pero no ha sido ese el objeto de las leyes al hablar de esta calidad en ciertos delitos, sino declarar privilegiado el procedimiento. De aquí ha venido la rapidez con que se tramitan esos juicios, y la prueba privilegiada que en ellos se admite. Siendo esto, pues, una monstruosidad en nuestra Legislación, yo creo que mientras ella exista conviene que el Poder Legislativo tenga la facultad de minorar la forma mientras no tiene el tiempo de corregir las leyes existentes y de hacer un código penal, y que el Poder Ejecutivo no pueda usar tampoco de ella sino por medio de la autorización".

Pero además de razones jurídicas, adujo consideraciones humanitarias. Para violar el artículo de la Constitución que no permite al Ejecutivo conmutar la pena cuando el delito tiene la calidad de aleve y conmutar la pena de Clorinda —fueron sus últimas palabras— "es-

tán los principios de la civilización actual que consideran una barbarie el fusilamiento de una mujer, y yo creo más grave esta consideración que las anteriores".

Habló a continuación Juan Cruz Obligado. Después de incursionar por el tema de la inconstitucionalidad, para refutar los argumentos en tal sentido, se preguntó si en este caso se había debido o no autorizar al Poder Ejecutivo para conmutar la pena.

"En cuanto a mí —contestó—, he votado con plena conciencia en favor de esa autorización, porque profesando el principio de que la pena de muerte debe ser abolida, dentro de un período de tiempo más o menos largo, ya que no pueda serlo actualmente en nuestro país, yo estaré siempre dispuesto a aceptar toda ocasión que se me presente de evitar su aplicación; así es que al votar por que se autorizase al Poder Ejecutivo para conmutar la pena de Clorinda Sarracán, lo he hecho en perfecto acuerdo con mis convicciones".

Puesto a votación en particular, el proyecto resultó aprobado por veintiséis votos a cinco en su artículo primero, por diecisiete a ocho, el segundo, y por dieciséis a nueve, el tercero.

El criterio del Senado fue sustancialmente distinto del de la Cámara iniciadora. Su Comisión de Legislación consideró oportuno dividir el proyecto aprobado por Diputados, de manera que el 18 de agosto se abocó a la consideración de la primera parte, pero redactada ahora en los siguientes términos:

"La Legislatura no tiene poder para conceder indulto ni conmutación de pena en los crímenes exceptuados, ni aun mediando motivos graves y poderosos que no militan en la causa de Clorinda Sarracán y cómplices".

Sarmiento informó en nombre de la Comisión y acto seguido tomó la palabra Vélez Sarsfield. El, que como ministro había firmado el decreto de ejecución de los reos, pronunció ahora un meduloso discurso.

"El proyecto que propone la Comisión de Legislación se votaría así —dijo— ¿se hace lugar al proyecto de indulto sancionado por la Cámara de Diputados? No, porque no hay facultad en las Cámaras para indultar; entraríamos a enmendar la Constitución, y Clorinda Sarracán sería ejecutada. Pero sería ejecutada en ese caso por falta de un poder público que pudiera indultar. Esta es una anomalía en la sociedad; así es que si se pone a votación si la Cámara tiene el derecho o no de indultar a Clorinda Sarracán, estoy por la negativa;

pero si se pone a votar, 'si hay un poder actual que pueda indultar, estoy por la afirmativa' ''.

"Veamos lo que dicen las antiguas Leyes —continuó—. Las de la edad media, las Leyes de Partida mandaban que no se presentase al despacho del Rey ninguna merced de indulto o perdón de alevoso o traidor. Siguieron después las Leyes recopiladas y ordenaron que para las gracias que el Rey hiciera, la Cámara de Justicia no presentara reos de delito de alevosía o traición, y declaró entonces, que alevosía era muerte segura; y muerte segura toda muerte no peleada. Después se dieron varias órdenes que están insertas en la Recopilación para que en los indultos que los Soberanos acostumbraban conceder los Viernes Santos no se le presentasen al Soberano autos de personas condenadas con la calidad de aleve. Este era el modo de conducirse el Soberano de estos países; y no diciendo no tengo facultad de perdonar, sino no se me presenten al perdón causas con calidad de aleve. Pero esto mismo quiere decir que tenía facultad de perdonar, porque si no hubiese dicho, el rey no tiene poder de perdonar. Si se consultan las disposiciones relativas a América se verá que en la ley principal de Indias que habla de las facultades que han de tener los Virreyes, dice que en materia de indultos tengan todas las facultades que el Soberano de España: éste podía indultar luego también los Virreyes de América. Bajo esta legislación nos hemos criado''.

Luego de descartar el argumento de que los congresos de estos países se abstuvieron de indultar, por la razón de que no procedieron por ninguna constitución escrita sino de acuerdo con las circunstancias, sostuvo la necesidad de "que alguno tenga el poder de perdonar, porque la calidad de aleve es juzgada por hombres, e impuesta por la declaración de los testigos de la causa. A veces el punto más controvertible es sobre ella principalmente. Por otra parte puede haber justicia en los Tribunales, pero por circunstancias extraordinarias el país puede necesitar el poder de perdonar''.

Refirió a continuación dos casos de error en la calificación de aleve y terminó su exposición proponiendo que el Cuerpo Legislativo se declarase incompetente para conceder indultos ni conmutación de penas, salvo en los delitos de traición y sedición, pero reformando a la vez la ley civil con la supresión de los casos exceptuados a fin de dejar al Poder Ejecutivo en situación de perdonar en éste y en otros casos semejantes.

Los posteriores oradores, si bien discreparon en puntos tales como la potestad de la Legislatura para conmutar penas, o el buen o mal

proceder del Tribunal de Justicia, fueron en cambio unánimes en el deseo de salvar la vida a los condenados.

Dijo Agüero: no soy apologista de la pena de muerte. "Mis principios son tal vez por la pena de muerte civil aplicada a ese mismo asesino. Por mis principios lo condenaría a una confinación perpetua, hasta la muerte", pero "la reclusión perpetua se adoptaría como pena universal de todo crimen, no por gracia, sino por una ley universal aboliendo la pena de muerte".

Ireneo Portela, que cerró esa sesión y abrió la del día siguiente, encaró frontalmente el problema. Se dirá, manifestó, que "estamos en la idea de abolir la pena de muerte. En hora buena trátese la cuestión; véase si es conveniente que ella sea abolida; cítense los ejemplos para probar que debe serlo e iremos allí; pero, con este motivo no podemos hacerlo, porque con este motivo, en este caso dado, no podemos sino declarar terminantemente que hemos salido fuera de la Constitución. No hay cosa más noble y grande que cuando se comete un error los mismos que lo hayan cometido declaren: *ha habido sentimiento, pero no razón.* Díganlo así las Cámaras y en este caso será lo que tienen derecho de hacer. Ha perdido, sin embargo, la Cámara el derecho de abandonar a Clorinda Sarracán, ya la tiene bajo su protección" [89].

Volvió a hablar Vélez Sarsfield para abundar en consideraciones de gran interés jurídico acerca de la verdadera noción de los delitos exceptuados. "No hay delitos exceptuados de perdón y esto es preciso que lo entiendan bien los que no son abogados —afirmó—. Citaré una ley de partida para que la tengan presente. La ley 16, tít. 23, p. 3, dijo: en toda clase de crímenes se puede apelar menos en los siguientes delitos: traición, alevosía, ladrón, robos de vírgenes y monederos falsos &c &c [90]. En esta materia no hay apelación. Cuando se dice, pues,

[89] Manifestó además PORTELA: "La pena de muerte es imponente por sí y no se puede negar que hasta cierto punto moraliza, en nuestro país sobre todo". "Aunque no sea muy del caso debo decir que hablando con uno de nuestros compatriotas que estuvo algún tiempo de comandante en la Colonia, el desgraciado coronel Estivao, me dijo que en el tiempo que él lo fue de ese punto, los crímenes eran tan frecuentes que frecuentemente también se mandaba fusilar a los hombres en un cuartel, porque así lo entendían en la campaña; hasta que él mismo comprendió que aquello no era eficaz e hizo hacer una ejecución con toda la solemnidad que debía tener, de modo que todo el mundo la viese, con el sacerdote y con todas las demás formalidades de la justicia; Señor, me dijo él, que desde entonces cesaron los crímenes que frecuentemente se cometían; hizo impresión". "Digo esto de paso porque en mi modo de ver, la resolución que se aconseja, importa tanto como abolir completamente la pena de muerte. ¿Basta la discusión para ello?"

[90] Establece la ley 16, tít. 23, *Part.* VII: "Ladrones conocidos, y revoltosos, de los Pueblos, y los Caudillos, o Mayorales de ellos en aquellos malos bullicios;

delitos exceptuados, se dice delitos exceptuados de apelación, no de perdón, porque si ha habido una ley que los hubiese exceptuado del indulto no habría cuestión. Los delitos exceptuados de apelación se procesan y concluyen sin este recurso. Los procesos pasan al Tribunal superior sólo en contra. No puede haber en ellos nuevas pruebas, ni escritos del condenado. La excepción es pues del recurso ordinario de apelación, de los trámites comunes y no del indulto. El artículo de la Constitución, se refiere, sin duda alguna, a delitos exceptuados de apelación, no de indulto''.

Nuestro máximo jurista, interpretando el sentido de la disposición que prohibía al Poder Ejecutivo conmutar la pena capital en el caso de los delitos exceptuados por las leyes, en base a la legislación española vigente, obtenía de esa correlación de normas una solución favorable al ejercicio del más amplio poder de perdonar, aun a expensas del sentido literal de la Constitución.

Continuando con su disertación, Vélez Sarsfield refirió dos casos en los cuales, no obstante la condición aleve del delito, el Tribunal de Justicia debió atenuar las respectivas penas, y agregó: ''Yo le digo al respetable Senador que sostuvo con Filangieri que todo perdón es violación de una ley, yo le digo con una filosofía más alta, que todos los filósofos reconocen el derecho de matar, pero nunca la obligación de matar; no hay obligación a priori. Hay derecho a matar, pero no hay obligación de matar a sus semejantes.

"Algo más, se dice que los jueces cuando condenan estos criminales, es por votación general; que la calidad de aleve no se da sino por una votación general de los miembros del Tribunal de Justicia [...] hay algo de cierto en esto [...] un juez que condena con la calidad de aleve, no manda el asunto en apelación. Si el Tribunal encuentra algún motivo por el cual la causa no haya debido venir por este orden extraordinario, o que la calidad de aleve no está debidamente probada y justificada, no revoca esa calidad de aleve, sino manda que venga el proceso por su orden, es decir, que venga por la

y los forzadores, o robadores de las vírgenes, y de las viudas, o de las otras mujeres religiosas; y los falsificadores de oro, o de plata o de moneda, o de sellos del Rey; o los que matan con yerbas, o a traición, o aleve: cualquiera de estos sobredichos, a quien sea probado por buenos testigos, o por su reconocimiento hecho en juicio sin apremio, que hizo de alguno de los yerros susodichos, luego que le fuere probado, mandamos que sea hecha la justicia que mandan las leyes de este nuestro libro; y aunque se quiera alzar de la sentencia que fue dada contra él, prohibimos que le sea recibida. Y esto tenemos por bien, porque los que tales yerros hacen, yerran mucho contra Dios, y Nosotros, y contra el pro comunal de los Pueblos''.

vía ordinaria de la apelación [...]. Otra cosa es lo que la ley manda en los delitos en que puede encontrarse interesada la tranquilidad pública. La ley autoriza a los Supremos Tribunales de Justicia para que después que han resuelto la causa, aunque hubiera venido en apelación, puedan ponerle la cláusula —*ejecútese sin embargo de la súplica*—. Entonces sí, es preciso la votación uniforme de todos los jueces, para quitar el recurso de súplica, no para quitar o reformar la sentencia de alevosía. Por consiguiente, es fácil errar en estas materias; es fácil no comprender las circunstancias atenuantes que pueda tener un delincuente".

En la última parte de su discurso, Vélez Sarsfield resumió su pensamiento con las siguientes palabras: "Las Cámaras no tienen facultad para perdonar, y por un proyecto que no se ha leído aún pasa esta causa al Poder Ejecutivo; el Poder Ejecutivo probablemente perdonará. Todos los Señores que han hablado, concluyen con que Clorinda Sarracán no puede ser condenada, el uno por un error, el otro porque no puede votar de otra manera; pues si es así, estamos conformes en el fondo, y a esto se han dirigido todos los discursos. Pero avanzamos más, y establecemos la jurisprudencia, para que no pueda volver a suceder lo que ha pasado, para que no se pueda repetir este error, si es que ha sido error".

Sometido a votación el proyecto de la Comisión, fue aprobado por mayoría, y lo mismo sucedió con los dos artículos del proyecto original del Poder Ejecutivo. El proyecto de la Comisión, adoptado por la Cámara, vino pues a decir que "La Legislatura no tiene poder para conceder indulto ni conmutación de pena en otras causas que las de traición o sedición contra el Estado".

Vueltos los ahora dos proyectos a la Cámara de Diputados, ésta, en la sesión del 28 de setiembre, mantuvo su discrepancia en lo referente al poder de indultar. En cambio dio sanción definitiva a la iniciativa del Poder Ejecutivo, tal como la había presentado y había sido votada por el Senado, es decir, como otra ley. El diferendo entre las dos ramas legislativas acerca de la cuestión del indulto nunca fue zanjado. La Asamblea General encargada de hacerlo jamás llegó a reunirse y la diversidad de criterios existente no pudo ser superada. El problema inmediato quedaba, sin embargo, resuelto: Clorinda Sarracán y los hermanos Gutiérrez estaban a salvo de la muerte y el Tribunal de Justicia debía reanudar el conocimiento de las causas que suspendiera por propia decisión.

El mismo día 28 de setiembre de 1857, la Cámara de Diputados

se contrajo al tratamiento de otro proyecto de ley íntimamente vinculado con la institución que nos ocupa, el proyecto de reforma del Tribunal Superior de Justicia, que ya contaba con la media sanción del Senado.

Disponía el artículo 6º que "Dos sentencias conformes, tanto en lo civil como en lo criminal, harán cosa juzgada con excepción de las sentencias en que hubiese condenación de muerte". El siguiente agregaba que "En las sentencias en que hubiese condenación de muerte, se otorgará el recurso a la otra Sala [Civil], cualquiera que sea la naturaleza del delito". Debe tenerse en cuenta que el proyecto dividía al Tribunal en dos Salas: Civil y Criminal. Y completaba la reforma el artículo 8º al decir que "Cuando las sentencias de cualquiera de las dos Salas, revoquen o alteren las sentencias de los jueces de 1ª Instancia en lo civil o criminal, habrá recurso de apelación de una a otra Sala, y su sentencia hará cosa juzgada. Si no se interpusiese apelación en tal caso en causa criminal, la sentencia pasará en consulta a la otra Sala".

La Cámara de Senadores, según señalamos, ya había votado el proyecto, el 22 de setiembre. Vélez Sarsfield fue entonces miembro informante del despacho de la Comisión, y en tal carácter pudo sostener que "viene bien con nuestras prácticas y costumbres de que toda sentencia de muerte corra los más trámites posibles para que no se dude de la verdad. Por esto se ha exceptuado en este artículo —aludía al 7º— el caso de muerte, es decir en cualquiera caso de muerte sea cual fuese la naturaleza del delito. Así destruimos los delitos privilegiados, es decir que en los casos que se sustancie con la calidad de aleve, si el Tribunal confirma la sentencia del juez del crimen se decía ejecútese sin embargo, quiere decir sin perjuicio de súplica, en cuyo caso era preciso pedir licencia al Tribunal para suplicar; y ahora decimos que en el caso de condenación a muerte haya recurso libre cualquiera que sea la naturaleza del delito: aquí acaba pues la calidad de alevoso".

La reforma, como puede advertirse a través de las propias palabras de Vélez Sarsfield, era de singular trascendencia porque, al suprimir la calidad de alevoso para ciertos crímenes, abría la posibilidad de apelación de las sentencias en todos los casos. Con ello Vélez Sarsfield daba satisfacción a un anhelo ya expresado en el debate anterior, acrecentando las garantías procesales para una más recta administración de justicia, sobre todo en situaciones como éstas, en las que estaba de por medio la vida de semejantes.

Esto mismo recordó Francisco de Elizalde en la Cámara de Diputados. En efecto, al apoyar el artículo 7º dijo que a juicio de la Comisión "cuando se trataba de la vida del hombre debían concederse todos los recursos". Con el voto favorable de la Cámara, el proyecto quedó convertido en ley y abolidas, en consecuencia, de la legislación bonaerense las viejas categorías de los delitos apelables y no apelables.

Al año siguiente, Rufino de Elizalde proyectó modificar la ley de organización del Tribunal Superior, previa consulta y aceptación —según sus propias declaraciones— por "casi todos" los camaristas [91]. De su paso por la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados, el proyecto salió sin embargo modificado en los siguientes términos:

"Artículo 1º — Cuando las sentencias pronunciadas en primera y segunda instancia, no estuviesen conformes en imponer la pena de muerte, no podrá ésta aplicarse, sino por unanimidad de votos en la Sala que conoce en último grado.

"Art. 2º — Cuando las sentencias pronunciadas en primera y segunda instancia, estuvieren disconformes, imponiendo pena corporal, la Sala que conoce en último grado, no podrá agravar la pena mayor, pero sí disminuirla o absolver.

"Art. 3º — Queda prohibida la suspensión en la horca de los cadáveres de los ejecutados.

"Art. 4º — Si la sentencia pronunciada en segunda instancia, tanto en causas civiles como criminales, modifica o altera la pronunciada en primera, sólo podrá apelarse de la parte en que haya sido ésta modificada".

Marcelino Ugarte, encargado de informar al cuerpo, expuso categóricamente que el objeto del proyecto era "minorar la aplicación de

91 Texto del proyecto presentado por RUFINO DE ELIZALDE:/ "Art. 1º La pena de muerte no podrá imponerse sino por sentencia pronunciada de conformidad de todos los Ministros que componen las Salas del Crimen y de lo Civil del Superior Tribunal, cuando no ha sido impuesta en primera Instancia./ 2º Cuando la sentencia de primera Instancia imponiendo la pena de muerte, fuese revocada por la Sala del Crimen imponiendo otra menor no podrá confirmarse la de primera Instancia en el último grado, sino por el Tribunal pleno por mayoría de votos./ 3º Si la sentencia del Juez o Tribunal de apelación altera la sentencia apelada, no se podrá apelar de la parte en que haya sido modificada la sentencia, tanto en las causas civiles, como en las criminales./ 4º Cuando se apelase de una sentencia disconforme con otra sobre pena aflictiva, el Tribunal que conoce en último grado, no podrá agravar la pena mayor, pero sí absolver" (*Diario de Sesiones* del 9 de junio de 1858).

la pena de muerte, mientras llega el momento de hacerla desaparecer enteramente de nuestro sistema penal. La Comisión cree que, a este respecto —añadió—, ha de encontrar una opinión tan uniforme en la Cámara, que no le será necesario hacer una extensa impugnación de esa pena, que el espíritu cristiano, los sentimientos del corazón y la filosofía del derecho condenan igualmente.

"Del modo como están organizados nuestros tribunales —continuó diciendo—, tres votos pueden castigar de muerte contra la opinión de ocho; tres votos de la sala civil pueden prevalecer contra la opinión uniforme del Juez de 1ª Instancia, de los cinco señores de la Sala del Crimen y de dos de la misma Sala Civil.

"Este resultado que es contrario al buen sentido, es contrario también al principio fundamental de las democracias, que supone que la razón y la verdad se encuentran donde se encuentra el mayor número. Con arreglo a este proyecto —explicó—, ese resultado no podrá presentarse en adelante, ni imponerse pena alguna, sobre todo, la de muerte, sin que reúna por lo menos el sufragio de seis en el número total de jueces que conozcan de la causa; es decir, sino que reúna una verdadera mayoría absoluta".

La intención de reprimir la aplicación de la pena de muerte, ínsita en el proyecto, venía confirmada con la inclusión de un artículo, como el tercero, relacionado en forma más directa con esta pena que con la organización del Tribunal Superior, tema general del mismo. A su respecto dijo también Ugarte que "tiene por objeto hacer cesar la práctica de suspender cadáveres en la horca, práctica cruel, sin eficacia como ejemplo para los otros, y que, en cierto modo usurpa derechos de la divinidad; persiguiendo al culpable más allá de la vida".

En respuesta a la observación hecha por Rufino de Elizalde al proyecto, de que "si el juzgado de lo Criminal absuelve de la pena de muerte, y es impuesta por la Sala del Crimen, no puede imponerse sino con la uniformidad de todos los miembros de la Sala de lo Civil", lo cual era a su entender una garantía muy grande que se daba a los reos, insistió Ugarte en su clara posición abolicionista, coincidente con el espíritu de la iniciativa. "Cuanto mayor número de votos sea necesario para imponer la pena de muerte —dijo—, tantos menos casos se presentarán en que se imponga: y puesto que la tendencia del proyecto es restringir la aplicación de esa pena, lejos de ser un reproche contra él [...] es un argumento que sirve para demostrar que satisface a su objeto, y que realmente dificultará y minorará la aplicación de esa pena".

Después de largas discusiones, el artículo 1º fue aprobado por treinta y un votos contra uno, los artículo 2º y 3º sin oposición, y el 4º, modificado de la siguiente manera: "Si la sentencia pronunciada en segunda Instancia, tanto en las causas civiles como en las criminales en que no haya condenación a pena de muerte o corporal, modifica o altera la pronunciada en primera, sólo podrá apelarse de la parte en que haya sido ésta modificada".

Remitido el proyecto, con media sanción, a la Cámara revisora, su Comisión de Legislación, formada por los senadores Juan José Alsina y Sarmiento, elaboró un nuevo texto, el cual, junto con el anterior, fue sometido a la consideración del Tribunal Superior de Justicia.

El Tribunal emitió su opinión el 29 de abril de 1859, con la firma de todos sus miembros: Cernadas, Pica, de las Carreras, Salas, Andrés Somellera, Tiburcio de la Cárcova, Juan J. Alsina, José A. Acosta, Benito Carrasco y Angel Medina [92]. Al haberse inclinado, entre ambos

[92] Informe del Superior Tribunal de Justicia: "Excelentísimo Señor:/ Emitiendo el dictamen que el Honorable Senado se sirvió encargar a V. E. recabase del Poder Judicial, este Superior Tribunal de Justicia a que V. E. se ha dirigido en consecuencia, considera conveniente el primer proyecto con algunas adiciones, y que no es aceptable el segundo./ En aquel cree que, cuando las sentencias pronunciadas en primera y segunda instancia, no estuviesen conformes en imponer la pena de muerte, debiera establecerse, a más de que no pueda aplicarse sino por unanimidad de votos, en la Sala que conoce en el último grado, el que ésta sea integrada precisamente con sus cinco miembros, declarándose que, si ninguna de esas dos sentencias impusiere la pena capital, no podrá hacerlo la tercera: que así como es bien arreglado que, si la sentencia pronunciada en la segunda instancia de los asuntos civiles, o de las causas criminales de pena pecuniaria, confirmando la de la primera, la modificase o alterase sin embargo, sólo puede apelarse de la parte modificativa, será esto de extenderse en las de pena corporal; a las modificaciones o alteraciones accesorias de la parte principal, estando sobre ésta completamente conformes las dos sentencias; y que, lo demás del proyecto, puede sancionarse como se halla escrito, encerrándose en él disposiciones, ya humanitarias y análogas a los principios predominantes o a los sentimientos de la época, y ya supletorias de vacíos existentes en nuestra legislación.

Pocas palabras son necesarias para razonar las ampliaciones que se acaban de proponer. Se introduce el requisito de la plenitud de la segunda Sala que conozca de la causa, porque, pudiendo constituirse con tres miembros, a virtud del artículo tercero de la ley del treinta de setiembre de mil ochocientos cincuenta y siete, se armoniza mejor con el objeto que se tiene en mira, la integridad mencionada, fuera de que sin ella, se facilitaría la unanimidad exigida y sería de menos peso; y si mediando una sentencia de muerte, contra otra distinta, la imposición de la pena capital en la tercera instancia, apenas podrá resultar de la unanimidad de los cinco votos, es consiguiente que ni aún ésta baste cuando no tenga una sentencia a que adherirse, entre las dos con que el proceso sube, conviniendo declararlo para evitar dudas y falsas interpretaciones. Respecto de las apelaciones en los casos de simple modificación o alteración, parece más propio no hablar de la condena de muerte, desde que, aun conformes en su imposición la primera y segunda sentencia, se hace todavía indispensable un tercer pronunciamiento, por los artículos seis y siete de la ley citada; pero sí es de inducirse el caso en que la sentencia de la segunda instancia, confirmando absolutamente

proyectos, hacia el de la Comisión del Senado, pero con algunas variantes, ésta las recogió e incorporó al texto, finalmente redactado de la siguiente manera:

"Artículo 1º — Cuando las sentencias pronunciadas en primera y segunda Instancia, no estuviesen conformes en imponer la pena de muerte, no podrá ésta aplicarse, sino por unanimidad de votos en la Sala que conoce en el último grado, integrada precisamente con sus cinco miembros, sin que por tanto pueda esta Sala imponer la pena capital, si ninguna de aquellas dos sentencias lo hubiesen hecho.

"Art. 2º — Cuando las sentencias de primera y segunda instancia, estuviesen disconformes, imponiendo pena corporal, la Sala que conoce en último grado, no podrá agravar la pena mayor, pero sí disminuirla o absolver.

"Art. 3º — Queda prohibida la suspensión en la horca, de los cadáveres de los ejecutados.

"Art. 4º — Si la sentencia de segunda instancia, tanto en las causas civiles, como en las criminales en que no haya condenación a pena de muerte, confirmase completamente la de la primera, alterándola no obstante a otros respectos accesorios; sólo podrá apelarse de la parte modificada o alterada".

La discusión del proyecto se llevó a cabo en la sesión del 31 de mayo de 1859 y fue breve. Alsina produjo el informe y no desperdició

la pena corporal de la primera, agregue algo sobre puntos accesorios, verbigracia, los daños y perjuicios, o los costos y costas, que no hubiese impuesto el Juez inferior.

En cuanto al segundo proyecto, piensa que él no concilia interés alguno positivo del público. Dejando en pie la misma mayoría vigente de votos, sólo tiende a satisfacer una estéril e indiscreta curiosidad, rompiendo el grave principio de la reserva del acuerdo, consagrado por la experiencia de una respetable antigüedad, bajo el compromiso solemne del juramento, aun en el juicio popular de los jurados. Estéril, porque no se cambiaría el resultado del negocio: indiscreta, porque complicando los resortes del despacho, su expedición se haría más lenta, y además porque, se despojaría a las resoluciones de una valla favorable a su independencia y rectitud, se menguaría el prestigio de ellas, y se produciría acaso una rivalidad entre los miembros permanentes del Tribunal, cuyas consecuencias no podrían dejar de ser fatales.

Entiende el Superior Tribunal ser suficiente lo expuesto, para llenar las intenciones del Honorable Senado.

Buenos Aires, Abril 29 de 1859.

JUAN J. CERNADAS - DOMINGO PICA - FRANCISCO DE LAS CARRERAS - BASILIO SALAS - ANDRÉS SOMELLERA - TIBURCIO DE LA CÁRCOVA - JUAN J. ALSINA - JOSÉ A. ACOSTA - BENITO CARRASCO - ANGEL MEDINA" (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, del 31 de mayo de 1859).

la ocasión de dar público testimonio de su oposición a la pena de muerte.

"Si este proyecto —expresó—, aboliese la pena de muerte, sustituyéndole la de prisión perpetua o temporal en una penitenciaría, según la naturaleza y gravedad del delito; la Comisión de Legislación, se habría sumamente complacido en adoptarlo, llenando así sus más ardientes votos y los del pueblo, por estar conforme a los principios sociales y humanitarios de nuestro siglo, tan fecundo como portentoso en progresos de todo género". Sin embargo, siguiendo el criterio del Legislador Ateniense, de dar a la Patria leyes "no las mejores, pero sí las más adecuadas a sus costumbres", agregó que "la ignorancia y los vicios de nuestro país, debidos a una tan bárbara y sangrienta tiranía, como la que nos ha oprimido por veinte años, no nos permiten por ahora adoptar en práctica el saludable y humanitario principio de la abolición de la pena capital".

Aprobado por el Senado, el proyecto volvió a la Cámara iniciadora, donde fue apoyado por Francisco de Elizalde en la sesión del 20 de junio de 1859, votado favorablemente por veintiocho votos contra uno y convertido por lo tanto en ley.

Apenas dos meses antes de esta sanción se había cumplido la última sentencia de muerte con suspensión del cadáver en la horca por dos horas, en la persona de José María Zúñiga, alias Chiquinaque, por haber dado muerte con cuchillo al extranjero Joaquín Pedro [93].

De aquí en más se siguió, desde luego, aplicando la pena capital, pero en forma más esporádica, demostración de que las medidas legales adoptadas por los poderes públicos fueron surtiendo el efecto deseado. Es así que las estadísticas criminales de la época revelan que entre 1858 y 1864 (la tendencia se mantuvo en años posteriores, según los testimonios que oportunamente invocaremos) sólo se cumplieron diez condenas de muerte y en todos los casos por delito de homicidio. En un onceno caso, ocurrido en 1858, el reo Facundo Díaz, sentenciado también a muerte y fijada la fecha de su ejecución, obtuvo la conmutación de esa pena por la de ocho años de prisión, con servicio de verdugo y pregonero, por decreto del Poder Ejecutivo del 11 de junio de

93 Cf. *Cuadro sinóptico, comprensivo de los principales datos de las sentencias ordinarias, capitales o adherentes, que han tenido lugar desde Agosto de 1858 a Noviembre de 1864*, en *El Judicial*, Nº 100, 20 de enero de 1865.

dicho año, renovándose así una vieja práctica que provenía de la época hispánica [94].

VII. El proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor.

Parece que durante algunos años, la cuestión de la pena de muerte perdió la resonancia que tuviera hasta 1859, satisfechos quizás sus impugnadores por los resultados obtenidos en la primera etapa de su lucha. No por eso, sin embargo, quedó desterrado el tema de la opinión especializada.

Carlos Tejedor, el defensor a su pesar de Clorinda Sarracán e ilustre jurista y hombre público, siguió desempeñando —lo hacía desde el 18 de diciembre de 1856— su cátedra de Derecho criminal y mercantil en la Universidad de Buenos Aires, con un intervalo producido entre los años 1858 y 1861. En 1864 se retiró definitivamente para dedicarse a la tarea de proyectar el Código Penal que le encomendara el Presidente Mitre. Como fruto de su labor docente dejó el *Curso de Derecho criminal*, que vio la luz en 1860 y que por más de dos décadas fue texto de enseñanza de la disciplina.

En su libro, receptáculo de las ideas y experiencias vividas por el autor, no dejó Tejedor de ocuparse del problema de la pena de muerte, "la primera y más terrible de las corporales", y le dedicó la parte I, título II, capítulo III, artículo I, según la división de la obra.

El tratamiento del tema no se caracterizó, empero, por su profundidad, antes bien, prefirió repasar algunos juicios favorables y desfavorables a la institución, de autores tales como Montesquieu, Beccaria, Rousseau, Voltaire, Filangieri y Boeresco, para concluir dando, brevemente, la siguiente opinión personal: la cuestión de la eficacia está pendiente todavía, porque toca a la estadística resolverla, y los datos suministrados no arrojan suficiente luz. En este estado, creemos, con Montesquieu que la pena de muerte puede ser remedio de una sociedad enferma: y que habría locura en su abolición, mientras las cárceles permanezcan en el estado en que hoy se hallan: reconociendo sin embargo con sus enemigos que está prodigada espantosamente en nuestra legislación, y tiene el gran defecto de ser irreparable".

[94] Cf. *El Judicial*, N° 91, 20 de junio de 1858. Otro caso fue el de Rosas, procesado en rebeldía y condenado a la "pena ordinaria de muerte, en calidad de aleve", por sentencia del juez Sixto Villegas del 17 de abril de 1861, confirmada por las Salas Criminal y Civil del Tribunal Superior el 2 de diciembre de 1861 y el 3 de abril de 1862, respectivamente (*El Judicial*, N° 103, 5 de marzo de 1865; 104, 29 de marzo, y 106, 20 de abril).

Probablemente por efecto de estas mismas enseñanzas, la tesis doctoral que también en 1860 presentó a la Universidad Antonio E. Malaver, pudo afirmar que "en países tan sujetos como el nuestro a convulsiones políticas, en el que la soltura de los criminales no es cosa que sorprenda ya a nadie, y en que faltan materialmente medios de seguridad que den las garantías de que las condenas serán irremisiblemente cumplidas, no puede pensarse seriamente en la abolición de la pena de muerte: las costumbres se forman lentamente, y las nuestras distan mucho de la suavidad necesaria para preparar los hombres a tales innovaciones". Para agregar enseguida, con exagerado énfasis, a la luz de las estadísticas antes recordadas, que "de ninguna pena se ha abusado tanto, y se abusa hoy en el día, como de la capital; y nuestras leyes —si bien no se aplican como el legislador Ateniense para todos los delitos— no la limitan tampoco a los grandes crímenes, como debiera ser, pues la prodigalidad de la sangre humana es el mayor ultraje que puede inferirse a la naturaleza" [95].

Tomando por fuente principal al Código de Baviera de 1813, redactado por Feuerbach, Tejedor elaboró el proyecto encargado por el Gobierno Nacional, dividido en dos partes, la primera, "Disposiciones generales", concluida en 1865, y la segunda, "De los crímenes, delitos y sus penas", en 1867. Siguiendo la tendencia de su modelo, afín por otra parte con el pensamiento cauto de Montesquieu, el codificador argentino mantuvo la pena de muerte, a la que dedicó los artículos 1º a 6º del cap. 2º, título 2º, libro 2º, de la parte primera, fundado en que "ella es una necesidad actual de las costumbres, y de la escasez de nuestros medios de represión; y esto sólo debe bastar a justificar entre nosotros su conservación para casos muy raros y con las pruebas más evidentes", e insistiendo en conceptos que tenía muy arraigados, añadió en la nota respectiva: "El legislador antes de acordar la supresión definitiva, debe esperar a que ésta pueda conciliarse con la seguridad de todos, a que ella haya sido adoptada por las costumbres. El legislador no debe anticiparse; sino seguir a la sociedad".

En el proyecto de Tejedor, la pena de muerte está limitada al homicidio cometido sin la presencia de circunstancias atenuantes. En cambio, haciéndose eco de la jurisprudencia de esos últimos años, el autor eximió a la mujer de la pena capital "1º por el sentimiento repugnante que despierta la ejecución de una mujer: 2º a fin de dis-

95 *Disertación jurídica de* ANTONIO E. MALAVER. Universidad. Mayo 15/60 (copia), en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Tesis de Jurisprudencia*, t. 10, Biblioteca Nacional Nº 249.714.

minuir por este medio indirecto la aplicación de una pena, que más o menos tarde debe quedar abolida de los Códigos modernos" (Nota). La figura paradojal de Clorinda Sarracán se erguía una vez más en defensa del derecho a la vida, con provecho ahora para sus congéneres, y a más largo plazo para todo delincuente, sin excepción.

Además de la mujer, Tejedor eximió de la pena de muerte a los menores de dieciocho años y mayores de setenta (arts. 4º y 8º, tít. 4º, lib. 2º, pte. 1ª), y dispuso su no aplicación por solas presunciones, aunque fuesen vehementes, ni tampoco cuando la tramitación de la causa excedía, sin culpa del acusado y bajo su detención, de los dos años (art. 10, idem). Por otra parte, prohibió ejecutar más de un reo por cada delito; cuando varios merecían la pena de muerte debía establecerse por sorteo quien la sufriera [96].

[96] Reproducimos a continuación las disposiciones pertinentes del proyecto: Parte 1ª, Libro 2º, Título 2º, Capítulo II: "Ninguna presunción por vehemente que sea dará lugar a la imposición de la pena de muerte" (art. 1º). "El condenado a la pena de muerte, será conducido al lugar del suplicio con su traje ordinario, acompañado del juez criminal, del escribano y de la fuerza militar necesaria, y precedido el cortejo del pregonero que leerá en voz alta la sentencia. El juez que asista al acto presidirá la ejecución hasta su fin, y el escribano redactará un acta que quedará unida al proceso" (art. 2º). En la nota respectiva apunta Tejedor: "las legislaciones no están conformes sobre el modo de ejecutar la pena de muerte [...] Nosotros suponemos continuada la práctica de pasar por las armas al reo". "La ejecución de la pena de muerte será siempre pública al día siguiente de la notificación de la sentencia irrevocable, y no podrá por lo tanto notificarse en víspera de domingo, ni de fiesta religiosa o nacional" (art. 3º). "El cadáver de los ejecutados será entregado a sus parientes, si lo pidiesen a los jueces que presidan la ejecución, pero no podrán enterrarlo con pompa, incurriendo de lo contrario en la pena de prisión de un mes a un año" (art. 4º). "Ninguna mujer será ejecutada. La que cometiere crimen que merezca esta pena, sufrirá la de penitenciaría por tiempo indeterminado, con opción a la reducción de que se habla en su lugar" (art. 5º). "Tampoco se ejecutará más de un reo por el mismo delito, aunque dos o varios incurriesen en la pena de muerte. Para saber en este caso quien ha de sufrir la pena se sortearán todos los condenados, y los que se salven por este acto quedarán sujetos a presidio por tiempo indeterminado, después de presenciar la ejecución de la pena capital. Exceptúanse de presenciar la ejecución los menores de 17 años, el marido y la mujer, y los parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto grado" (art. 6º). Tít. 4º: "Si en el momento de la consumación del crimen, los culpables son mayores de catorce años, pero menores de diez y ocho, y son además reconocidos capaces de imputabilidad, la pena se disminuirá de la manera siguiente: la pena de muerte, por la de penitenciaría de diez a quince años [...] Pasados los diez y ocho años no habrá lugar a moderación alguna. Sin embargo los tribunales podrán, según las circunstancias, reemplazar la pena de muerte con la de penitenciaría por tiempo indeterminado desde los diez y ocho hasta los veinte y un años cumplidos" (art. 4º). "La edad avanzada del culpable no producirá efecto sino después de los setenta años y este efecto consistirá sólo en conmutarle la pena de muerte en penitenciaría por el tiempo de vida que le falte..." (art. 8º). "En los crímenes capitales, la causa enunciada de atenuación [detención preventiva excesiva sin culpa del acusado], si dura dos o más años, impedirá la aplicación de la pena de muerte, que será conmutada por la de presidio o penitenciaría por

Aun cuando distante todavía de abrazar la causa del abolicionismo, el proyecto de Tejedor significó, con las limitaciones impuestas a la pena capital, un paso positivo dado en esa dirección, como claramente lo dejó dicho su propio autor. Si bien el proyecto no tuvo sanción como ley nacional, fue adoptado en cambio por la provincia de Buenos Aires —además de otras siete— por la ley Nº 1140 y se mantuvo en vigor desde el 1º de enero de 1878 hasta el 1º de marzo de 1887, en que fue sustituido por el Código Penal de la Nación, sancionado por la ley Nº 1920, del 25 de noviembre de 1886. Aun cuando en 1880 se había producido la federalización de la ciudad de Buenos Aires ,el Código de Tejedor siguió rigiendo dentro de sus límites, hasta 1887, por disposición especial de la ley Nº 1144, del 15 de diciembre de 1881 [97].

VIII. Triunfo de los criterios limitativos de la pena capital.

En 1865, después de los "años borrascosos" de la lucha de Buenos Aires con el resto de la Confederación Argentina, durante los cuales

tiempo indeterminado" (art. 10º). Pte. 2ª, Lº 1º, Tít. 1º, Cap. II: "Es calificado asesinato, y tiene la pena de muerte, el homicidio cometido con premeditación o alevosía" (art. 1º). "La premeditación consiste en el designio formado de antemano de atentar contra la persona de un individuo cierto o incierto" (art. 2º). "La alevosía consiste en dar una muerte segura, fuera de pelea o riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente" (art. 3º). "Es calificado también de asesinato y tiene la misma pena: 1º El homicidio cometido por precio o promesa remuneratoria. 2º El ejecutado con ensañamiento aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 3º La muerte dada por medio de inundación, incendio o veneno" (art. 4º). Cap. III: "Es calificado parricidio y castigado con la pena de asesinato la muerte de padre o madre, sean legítimos o ilegítimos. El parricidio no es excusable en caso alguno" (art. 1º). Tít. 8º, Cap. V: "El que a propósito incendiare edificio, buque o lugar habitado, arsenal, parque de artillería, almacén de pólvora o astillero, sufrirá de diez a quince años de presidio o penitenciaría. Si resultase uno o más muertos se aplicará la pena de muerte" (art. 1º) (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Doctor Don* Carlos Tejedor. Buenos Aires 1866/7).

97 Cf. Moisés Nilve, *El proyecto Tejedor en la Historia del Derecho patrio argentino (1865-8)*, en esta *Revista*, Nº 7, pp. 57-64, Buenos Aires 1955-56.

En 1863 se dictó la ley nacional Nº 49, referente a los delitos cuyo juzgamiento competía a los tribunales nacionales, sancionando con la pena ordinaria de muerte a "los autores o cabezas principales de la traición, y los funcionarios públicos de un orden superior, jefes del Ejército o de la Guardia Nacional que la hubieren apoyado o sostenido" (art. 2º), y con la misma pena o la de trabajos forzados por diez años a "los que cometieren el crimen de piratería: 1º Siempre que hubieren apresado alguna embarcación al abordaje, o haciendo fuego sobre ella; 2º Siempre que el delito fuere acompañado de homicidio, o de mutilaciones en la persona de los apresados; 3º Siempre que fuese acompañado de violación, estupro u otros atentados graves contra la honestidad; 4º Siempre que los piratas hayan abandonado algunas personas sin medio de salvarse; 5º En todo caso el patrón o capitán pirata sufrirá la pena primeramente indicada" (art. 13).

—como escribió Carlos Keen— "nadie se acordó ya de Clorinda que continuaba en la cárcel con la sentencia de muerte pendiente sobre su cabeza" ni de solucionar el problema derivado de la suspensión de su ejecución, el dictado de una nueva sentencia de muerte, seguido de la acostumbrada instancia de perdón, vino a reactualizar el gran debate sobre la última pena.

Los hechos sucedieron así. El 26 de agosto de 1861, Pastor Duré, que acababa de cumplir dieciocho años de edad, dio muerte en una estancia del Tandil a Lorenzo Armentúa, como respuesta a su pregunta "si venía a matarlo", que Duré consideró injuriosa. Muerto Armentúa, le robó "unos botones del tirador y ochenta pesos papel", dándose a la fuga. Capturado el 19 de setiembre del mismo año, permaneció detenido durante todo el proceso, que se prolongó hasta el 16 de febrero de 1865, día de la sentencia definitiva.

En conocimiento de ella, el Poder Ejecutivo, presidido por Mariano Saavedra, resuelto a ejercer la facultad de perdonar concedida por la Constitución, se dirigió al Superior Tribunal de Justicia para recabarle el informe necesario, diciendo en conclusión que "cuando pronto una Penitenciaría va a funcionar haciendo una verdad la pena del presidio, cuando se redacta ya el Código Criminal, que a la altura del siglo, sino prescribe la pena de muerte, la aplicará tan sólo para horrendos crímenes [98], entonces el Gobierno llenando una alta y humanitaria misión, debía como lo hace, dar un paso en una nueva vía, como medio único de poder salvar la vida de un hombre".

El criterio sustentado por el Poder Ejecutivo era que, tras la ley del 29 de setiembre de 1857, no había más delitos exceptuados del perdón, y que en consecuencia el ejercicio de esta potestad le era irrestricta. Coincidía en esto con la opinión de varios legisladores, entre ellos Vélez Sarsfield, expuesta durante el trámite de sanción de la ley, según lo recordamos oportunamente. En cambio el Superior Tribunal, adoptando el dictamen de su fiscal, Torres, sostuvo en su contestación la tesis contraria, esto es, que aquella ley se había limitado a reconocer a todos los condenados el derecho de apelación, sin extenderse a que "esos delitos exceptuados, a que se refiere el artículo de nuestra Constitución, queden comprendidos por eso entre los que puede el Poder Ejecutivo conmutar la pena capital". Entre los delitos

[98] Como señalamos en el capítulo anterior, el proyecto de Tejedor eximía de la pena capital a los menores de 18 años de edad —edad que Duré acababa de cumplir cuando cometió el crimen— y proscribía su aplicación cuando el proceso demoraba, sin culpa del reo y mediando su detención, dos años o más.

exceptuados figuraban, como sabemos, los aleves, cual era el que había cometido Duré [99].

Planteado el conflicto entre los Poderes Ejecutivo y Judicial, el primero recurrió al Legislativo en pos de la "interpretación auténtica" de la ley motivo de la controversia. En base a dos oficios del Poder Ejecutivo y a varias solicitudes presentadas en favor de la conmutación de la pena de muerte, la Comisión de Negocios Constitucionales del Senado, con la firma de sus miembros, Carlos Tejedor, Antonio C. Obligado y Juan J. Montes de Oca, formuló el 18 de setiembre de 1866 el siguiente proyecto de ley:

"Art. 1º Declárase que después de la ley de 29 de setiembre de 1857 han cesado los casos de aleve a que se refería el art. 108 de la Constitución de la Provincia.

"2º Devuélvanse al Poder Ejecutivo las solicitudes pendientes para que resuelva con arreglo a esta disposición lo que crea conveniente".

La fundamentación del proyecto, hecha en la sesión del 20 de setiembre, estuvo a cargo de Obligado, quien brevemente expuso, entre otros conceptos, que "aunque por la Constitución no puede ponerse en duda que no existen los casos exceptuados por las leyes, podría venir la cuestión de si la atribución del Poder Ejecutivo de conmutar la pena existe sin limitación alguna. A este respecto diré que en la generalidad de los países el derecho de conmutar existe en el Poder Ejecutivo sin limitación. Si se mira esta cuestión del punto de vista de la filosofía se verá que está fundada esa atribución en razones plausibles. Nadie puede responder de la infalibilidad de los jueces y en legislaciones tan imperfectas como la nuestra, que ni aun tenemos un Código criminal, es natural y conveniente que se admita en el Poder Ejecutivo esa atribución". El proyecto fue aprobado enseguida y por unanimidad.

Un año debió transcurrir hasta que la Cámara de Diputados se abocase a la consideración del tema. Es que la Comisión de Legislación, formada por Alejo B. González, José A. Ocantos, Amancio Alcorta y Anselmo Loyola, si bien coincidió con el Senado en el fondo del asunto, discrepó en cambio sobre la mejor forma de solucionarlo, viniendo a optar por el siguiente texto, presentado a la sesión del 25 de setiembre de 1867, y más perfecto, sin duda, que el anterior:

99 Tanto el oficio del Ministro de Gobierno, Pablo Cárdenas, al Superior Tribunal, como el informe de éste, fueron reproducidos en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires*, del 1º de agosto de 1868.

"Art. 1º Quedan derogadas las leyes sobre delitos exceptuados, a los efectos de la facultad acordada al Poder Ejecutivo por el art. 108 de la Constitución.

"2º Extiéndese a veinte años el máximo de la pena de presidio a que se refiere la ley 13, título 24, libro 8º de la Recopilación Castellana" [100].

Simultáneamente, la Comisión se pronunció sobre una solicitud que a la Asamblea Legislativa había elevado Clorinda Sarracán, para que, habiendo ya soportado más de diez años de prisión y siendo ése el máximo establecido por las leyes vigentes, fuese puesta en libertad en nombre del mismo sentimiento público que en 1856 intercediera en favor de la suspensión de su ejecución. El pronunciamiento de la Comisión fue que el pedido debía dirigirlo al Poder Ejecutivo.

Volviendo al proyecto de ley, sus fundamentos fueron expuestos por Alejo González. "La situación que se ha creado es muy singular y extraordinaria —dijo—. Los tribunales, en cumplimiento de las leyes que nos rigen, imponen la pena de muerte con calidad de aleve, y los Gobiernos, tanto el anterior [Saavedra] cuanto el actual [Adolfo Alsina], suspenden la ejecución de las sentencias. Existen varios de estos casos, y los reos se encuentran colocados en una posición indefinible, sin conocer cuál será su suerte, cuál su último destino".

El art. 7º de la ley del 29 de setiembre de 1857, prosiguió diciendo, "no ha hecho más que derogar la ley 16, tít. 23 de la part. 3ª, que, de acuerdo con el Derecho romano, negaba la apelación contra las sentencias de muerte impuestas a reos de ciertos delitos entre los cuales se hallaban los cometidos con alevosía o a traición".

Enseguida alegó Ocantos, autor de la iniciativa concretada en el art. 2º del proyecto, que "partiendo del principio de que no es oportuno todavía abolir la pena de muerte, ni es posible por ahora para llegar a ese gran desideratum que han alcanzado felizmente otros pue-

[100] Dispone la ley 13, tít. 24, lib. VIII *Rec. Cast.*: "...Que atendida la penalidad y afán de estos trabajos cumplidos con la exactitud correspondiente, y para evitar el total aburrimiento y desesperación de los que se vieren sujetos a su interminable sufrimiento, no puedan los Tribunales destinar a reclusión perpetua, ni por más tiempo que el de diez años en dichos arsenales a reo alguno; sino que a los más agravados, y de cuya salida al tiempo de la sentencia se recele algún grave inconveniente, se les pueda añadir la calidad de que no salgan sin licencia; y según fueren los informes de su conducta en los mismos arsenales por el tiempo expreso de su condena, el Tribunal superior, por quien fuere dada o consultada la sentencia, pueda después con audiencia fiscal proveer su soltura...".

blos, establecer un sistema penitenciario, la Comisión estudió en largas discusiones el medio de disminuir, en cuanto fuera posible, los casos en que hubiera de aplicarse la pena capital" y a tal efecto decidió elevar el máximo de duración de la pena de presidio, "no sólo para ampliar la facultad de los tribunales en la gradación de las penas, pésimamente calculada en esta parte por nuestra legislación, sino para facilitar al mismo tiempo en el Poder Ejecutivo el ejercicio del derecho de conmutar, de manera que la gracia pudiera ser más o menos extensa, según la más o menos gravedad en los delitos".

Se refirió luego a la "situación violentísima" en que se hallaban los tribunales y el Poder Ejecutivo después de la suspensión "sin derecho" de las ejecuciones de Clorinda Sarracán y sus cómplices, al tener que condenar y ejecutar, respectivamente, a otros reos de delitos menos atroces que el suyo, y previa cita de Montesquieu terminó afirmando que con la reforma proyectada en el art. 2º iban a alcanzarse dos resultados: "El primero, acercarnos insensible y paulatinamente a la abolición de la pena capital, que algún día vendrá a concluir con los horrores que rodean al espectáculo de la horca y a evitar el derramamiento de sangre que puede utilizarse en el bien común. El segundo, procurar el castigo condigno a los delitos, dejando en manos de jueces y gobiernos el poder de administrar la verdadera justicia y la verdadera gracia, sin obligarlos a medir con la misma vara a todos los reos de muerte, sea cual fuere el grado de atrocidad que distinga sus delitos".

En la sesión siguiente, del 30 de setiembre, fue aprobado el proyecto por veinticinco votos contra tres, y por afirmativa general fue proveído "ocurra donde corresponda" para la solicitud de Clorinda Sarracán.

Casi otro año debió esperar el proyecto para volver a ser considerado por la Cámara iniciadora. En la sesión del 1º de agosto de 18[illegible] la Comisión de Negocios Constitucionales, formada ahora por los señores Marcelino Ugarte, Guillermo Zapiola y Ambrosio P. Lezica, aconsejó la adopción de las modificaciones introducidas por la Cámara revisora.

El Ministro de Gobierno, presente en la Cámara, advirtió que tanto el Poder Ejecutivo "para hacer que se cumplan las sentencias del Tribunal correspondiente, y no para mandar los hombres al patíbulo, es casi seguro que conmutará siempre la pena, y por consecuencia viene indirectamente a quitarse la pena de muerte", de modo tal que

si había de sancionarse el proyecto, exhortó a que se pusiera alguna limitación a la facultad de conmutar.

Ugarte coincidió con el concepto de eliminación indirecta de la pena de muerte y, consecuente con sus ideas, se complació de ello. "Creo que la sanción de este proyecto —afirmó— es muy poco menos que la abolición definitiva de la pena capital [...] ¿Qué mal habría en que la pena capital desapareciese de nuestro código, cuando es la corriente de la opinión entre nosotros, y en todo el mundo, y es una exigencia de la civilización"?

A renglón seguido Esteves Saguí, sucesor de Tejedor en la cátedra de Derecho criminal, hizo también profesión de fe abolicionista: "vamos a abolir la pena de muerte, llenando así los deseos que los filántropos tienen. ¿Por qué? Por el horror del abuso; porque tememos solamente que las pasiones sean las que vengan a dar la sentencia, como lo hemos visto en nuestro país y en los otros también".

En vez, Mariano J. Haedo se esforzó para oponerse a la sanción del proyecto, considerando "un sarcasmo sangriento el hablar entre nosotros de presidios, porque no sé si llegará el día en que los tengamos" e invocando el bienestar de la sociedad, "que es mucho más alto que la vida de esos hombres, para los que por ahora no tenemos otro medio, sino que desaparezcan".

Finalmente el Senado aprobó las modificaciones, primero en general, por diez votos contra tres, y luego en particular, con lo que el proyecto quedó convertido en ley. De este modo desaparecieron los últimos obstáculos que se habían opuesto a la voluntad de perdonar del Poder Ejecutivo y quedó duplicado el máximo de duración de la pena privativa de libertad.

Obtenida la sanción legislativa, y como escribiera Carlos Keen, Clorinda no se hizo esperar. Buscando poner fin a la vida miserable que había venido arrastrando en la prisión, pidió al Poder Ejecutivo la conmutación definitiva de su pena de muerte y al mismo tiempo que le diese por cumplida la inmediata de prisión con los diez años que pasara en la cárcel.

Girada la solicitud al fiscal de Gobierno, José María Moreno, emitió un juicioso dictamen, favorable a la conmutación, pero por veinte y no por diez años de presidio, entendiendo que toda gradación de pena por el Ejecutivo suponía la usurpación de facultades que eran exclusivamente judiciales. Esta argumentación, seguía al siguiente párrafo, de interés para nuestro tema: "Las Cámaras Legislativas de la Provincia acaban de proporcionar a V. E. la gran prerrogativa

Impresos
Encuaderi
E
IME
LI
Lavalle
T

de poder evitar el triste espectáculo del patíbulo, en todos los casos que se juzgaban exceptuados de la facultad conferida al Poder Ejecutivo por el artículo 108 de la Constitución; y creo que V. E. no trepidará en ejercitarla, disminuyendo en lo posible la aplicación de una pena tan combatida, tan justamente reprochable como necesaria y como justa, y que subsiste aún en el sistema penal, en nombre de una dura necesidad".

Marcelino Ugarte, ahora asesor de Gobierno, debió también dictaminar sobre el pedido. Como era de prever, de acuerdo con su línea invariable de pensamiento, se apartó del criterio de Moreno, para sostener la facultad ilimitada del Poder Ejecutivo en la determinación de la pena que sustituyera a la de muerte [101]. Este fue también el criterio del fiscal del Superior Tribunal, Eleuterio J. Torres. La mayoría de los camaristas se excusó, en cambio, de emitir opinión, circunscribiéndose a declarar que no encontraba inconvenientes para que el Poder Ejecutivo ejercitase su facultad de hacer gracia. En cuanto a la minoría, juzgó, como Moreno, que sus atribuciones se limitaban a "conmutar únicamente la pena capital sustituyéndola sólo con la inmediata, en que ya no le es permitido conmutar".

La decisión final del Ejecutivo, adoptada mediante decreto del 1[illegible] de abril de 1869, suscripto por el gobernador Emilio Castro y el ministro Juan S. Fernández, coincidió con los dictámenes de Ugarte y Torres. Resolvió en tal sentido "conmutar la pena de muerte impuesta a Clorinda Sarracán por la de presidio que ha sufrido en la Cárcel Pública por más de doce años hasta la fecha de esta resolución, y hágasele saber que el Gobierno espera que, al volver a la sociedad y a la familia, observará en todo tiempo una conducta irreprochable, que demuestre haber sido merecedora del acto de clemencia que en un momento solemne para ella el pueblo inició primero, y que él viene hoy a cumplir durante la autorización que le confiere la ley" [102].

IX. Epílogo precursor. El primer proyecto abolicionista.

Corría el año 1869 y la pena de muerte, si no de derecho todavía de hecho estaba abolida en Buenos Aires, como consecuencia de las facilidades constitucionales y procesales obtenidas para su no aplica

101 Por decreto del Presidente Sarmiento, del 11 de noviembre de 186[illegible] había sido nombrado, junto con José Roque Pérez y Manuel Quintana, revisor del proyecto de Código Penal de Tejedor, tarea que nunca llevaron a cabo.

102 Los dictámenes, informes y decreto fueron transcriptos por C. Keen, *op. cit.*, nota 85.

ción, tanto por el reconocimiento del derecho ilimitado del Poder Ejecutivo a su conmutación, como por la concesión del recurso de apelación en todos los casos y la exigencia del mayor número de votos entre los magistrados intervinientes en las causas. Un año antes se había congratulado José L. Viana, en su tesis doctoral, de que "en nuestro país son muy raros los crímenes atroces; y hace mucho tiempo ya que esta capital no ve levantarse el *banquillo* en sus plazas públicas" [103], y en el propio 1869, Nicanor Larrain, presidiendo la cátedra de Derecho criminal un destacado abolicionista como Miguel Esteves Saguí, formuló su tesis bajo el lema de Víctor Hugo: "¡No más cadalso, muerte a la muerte!" [104] En este estado de la legislación, sólo situaciones excepcionales podían traspasar la tupida red de medidas tomadas para suprimir indirectamente la pena capital.

Pero aun esa remota posibilidad trató de ser borrada del Derecho penal de Buenos Aires. El asunto, no obstante los grandes progresos alcanzados en la materia en los últimos años, no decreció en interés ante la opinión pública. Diarios, como el novel *La Prensa*, se encargaron de mantenerlo vivo, en medio de noticias relativas a la terminación de la guerra con el Paraguay, ora informando que el Reichstag acababa de restablecer la pena de muerte por 127 votos contra 119 [105], ora reproduciendo un artículo de *La Epoca* de Madrid, *Sobre la pena de muerte*, basado en la tesis de que "lo que importa sobre todo es reformar las costumbres antes que las leyes" [106], ora dando cabida en sus páginas a alegatos abolicionistas como el de Manuel Gazcón, defensor del reo Castro Chavarría, condenado a muerte por los tribunales de 1ª Instancia [107], y el de Ruiz de los Llanos, "uno de los abogados

103 *Penalidad. Observaciones al Tít. 2º Lib. 2º del Proyecto de Código Penal.* Buenos Aires 1868, en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Tesis de Jurisprudencia*, t. 14, Colección M. Candioti.

104 *Sistema penitenciario en la República Argentina*, en *Id.*, t. 15.

105 Año 1, Nº 203, 1º de julio de 1870.

106 Nº 219, 20 de julio de 1870.

107 Nº 215, 16 de julio de 1870. Escribía GAZCÓN, entre otros conceptos: "Gracias a este espíritu liberal, la pena de muerte ha ido desapareciendo poco a poco de nuestros fastos criminales, y casi puede decirse que ella no existía de hecho, pues nunca llegaba el caso de aplicarla./ La condenación de Chavarría y la de los asesinos del Baradero ha venido a recordarnos que la pena de muerte existe consignada en nuestros códigos, y que ahora que la Convención de Buenos Aires se ocupa de fijar cuáles son los derechos del hombre y del ciudadano que habita esta tierra destinada a la libertad, ha llegado el momento de discutir esta grande e importante cuestión [...] Establezca como el primero de los derechos consagrados por la Constitución, el respeto absoluto de la vida y ordene la creación inmediata de penitenciarías y de cárceles seguras donde los criminales puedan recibir el castigo de sus delitos. Así habrá interpretado las aspiraciones del pueblo".

que se hacen notar en el foro, por su inteligente contracción al estudio de la jurisprudencia'' [108], y polemizando además con *El Nacional*, defensor de la pena [109].

Ramón B. Muñiz, Pedro Goyena, Leopoldo Basavilbaso, Bernardo de Irigoyen, José T. Baca y Cristóbal Aguirre fueron quienes presentaron ante la Cámara de Diputados provincial, en el mes de julio de 1870, el primer proyecto formal de abolición de la pena de muerte [110]. Su texto decía:

"Art. 1º Queda abolida en la provincia la pena de muerte.

''2º Los delitos que por leyes vigentes merezcan la pena de muerte serán penados con prisión de veinte a treinta años según los casos.

''3º Mientras se proceda a la construcción de una penitenciaría o cárcel de condenados el Poder Ejecutivo destinará a la cárcel central para los condenados a sufrir la pena de presidio, haciendo en el edificio las reparaciones necesarias para obtener el aislamiento y completa seguridad de aquéllos [111].

''4º Autorízase al Poder Ejecutivo para procurar un edificio aparente para cárcel de detenidos.

''5º Los gastos que demande la ejecución de esta ley serán imputados a rentas generales de la provincia''.

La Comisión de Legislación, integrada en su mayoría por firmantes del proyecto —Goyena, Irigoyen y Basavilbaso, además de Isaac P. Areco— aconsejó su sanción, pasando a considerarse en la sesión del 1º de agosto. Basavilbaso fue quien dio el informe. En un extenso discurso "hizo una reseña histórica sobre el origen, y éxitos sucesivos que había venido adquiriendo la teoría de la inviolabilidad de la vida, analizó las calidades de las penas demostrando cómo la de muerte no

108 Nº 220, 22 de julio de 1870.

109 En respuesta al artículo de RUIZ DE LOS LLANOS, *El Nacional* hizo en su número del 25 de julio de 1870 la defensa de la pena de muerte, contrarreplicando *La Prensa* al día siguiente.

110 Equivocaron, por lo tanto, el juicio, Villegas, Ugarriza y García, al afirmar, en los fundamentos de su proyecto de Código Penal, que desde la sanción de la Constitución Nacional, que proscribiera la pena de muerte para los delitos políticos, ''en ninguna otra ocasión se ha tratado de abolir directamente esta pena''. Tales fundamentos están reproducidos en RODOLFO MORENO (h), *op. cit.*, nota 64, t. I, pp. 359-60.

111 El 13 de julio la Cámara había aprobado un proyecto de autorización al Poder Ejecutivo para que ordenase ''la formación de los planos y presupuestos de un edificio de cárcel de detenidos y condenados, y de una cárcel penitenciaria''.

reunía las más importantes y concluyó tratando de probar a la Cámara que su abolición no era de consecuencias contrarias al orden social'' [112].

Francisco Alcobendas habló enseguida para combatir el dictamen, sosteniendo la inoportunidad e inconveniencia de la idea, por la carencia de penitenciarías y cárceles seguras en que se encontraba el país, y la necesidad previa de adquirir una larga experiencia sobre la eficacia de los sistemas de corrección sustitutivos de la pena de muerte. Hizo moción para que se aplazase la discusión ''hasta la sanción del Código Penal de la República''.

Retomando la defensa de la iniciativa, usaron a continuación de la palabra Goyena e Irigoyen. El primero expuso con elocuencia ''que las consideraciones de falta de oportunidad y de conveniencia, como razones accidentales, debían retroceder ante los principios inmutables de justicia y de moral que eran el fundamento genuino de la inviolabilidad de la vida humana'' y que la ignorancia y la barbarie eran la causa de crímenes últimamente cometidos en la campaña. Por su parte Irigoyen apeló a la autoridad de los autores que negaban derecho alguno a la sociedad sobre la vida de sus miembros y procuró probar la necesidad de abolir la pena de muerte, así como lo ''inmoral, injusto e ilegítimo'' de este castigo.

José María Moreno y Manuel Augusto Montes de Oca se sumaron al debate. Moreno negó, sin razones convincentes, la posibilidad de su abolición por una ley común, pues a su juicio ''la pena de muerte estaba cierto punto entrañada en la Constitución por cuanto ésta establecía en el Poder Ejecutivo la facultad de conmutarla''. En la misma tendencia, Montes de Oca intentó demostrar la inconveniencia de la abolición y los males que traería a la sociedad. Luis Lagos García y Carlos L. Paz cerraron la lista de defensores del proyecto. Puesto a votación, la mayoría decidió el aplazamiento ''sine die'', por veinticuatro votos a siete [113].

Dos días después, un maestro de la talla de José Manuel Estrada vino a darle su respaldo. En carta a Goyena, publicada en la *Revista*

112 Las sesiones de este año no fueron tomadas taquigráficamente, razón por la cual el *Diario* sólo incluye un resumen de los discursos.

113 *La Prensa* se ocupó del debate en sus ediciones del 2 y 3 de agosto. En esta última fecha comentó: ''El desencanto ha helado nuestras palabras; pero no ha quebrantado nuestra fe, ni ha torcido nuestras convicciones profundas. La resolución de las mayorías imponen y obligan (sic), mas no siempre convencen [...] Para nosotros, los *siete votos* que han sostenido la abolición de la pena de muerte, vencidos al presente, son la gran mayoría del porvenir, en que el triunfo de la verdad será un hecho espléndido''.

Argentina de su dirección, bajo el título de *Carta sobre la pena de muerte*, escribió: "Te saludo vencido. Y contigo y en ti, saludo a tus brillantes y ardorosos cooperadores en la cruzada abolicionista".

A renglón seguido pasó a desmenuzar y refutar los argumentos opuestos al proyecto. Entre otros conceptos dijo: "He oído decir a no pocos diputados: «yo no firmaría jamás una sentencia de muerte». Y entonces ¿por qué ordenan que otros las firmen? El mismo derecho que tienen ellos para no verse tras del juez, tendría el juez para no verse tras del verdugo, y el verdugo para no verse tras del hacha".

Más adelante acotó: "Irigoyen destruyó cuanto puede decirse en favor del miedo a la muerte como freno para los delincuentes. Se me ocurre una observación. Ya sabemos que la muerte es un accidente, una modificación de la vida que todos esperamos. Es verdad que nos espanta la idea de apresurar los términos de nuestra condición actual. Pero también es verdad que todos vivimos suicidándonos [...] Este olvido del terrible plazo en las condiciones normales de la existencia, es aún más absoluto, cuando una pasión vigorosa nos absorbe. Supongamos el predominio no ya de una noble y vivificante pasión sino de aquellas pasiones sombrías y brutales que arrojan los hombres en el crimen, absorbiéndolos en un deseo exclusivo y destructor, para preguntar entonces ¿si la idea de la muerte puede contenerlos, y si en el alma del envidioso, del vengativo, del avaro, cabe otra idea sino la idea de la envidia, de la venganza y de la avaricia"?

Raciocinio tras raciocinio, estampó luego, con su lógica inexorable: "Se dice que necesitamos medios eficaces de represión contra el crimen. Las penas eficaces son las posibles; y la pena de muerte no es aplicable en Buenos Aires porque el sentimiento público la rechaza; de donde se sigue que, siendo ella nula y no habiendo sido sustituida, los delitos atroces no tienen pena.

"Otra irregularidad se sigue de aquí, y es nada menos que la inversión de todos los principios de buen gobierno. Una ley de 1867 ha extendido el derecho de conmutar la pena de muerte que el Ejecutivo poseía a los delitos exceptuados por la legislación antigua, aumentando hasta veinte años de presidio graduables según las peculiaridades del crimen, el castigo que debe reemplazar a la muerte. Los tribunales tienen forzosamente que condenar a muerte a todo asesino. La causa va al Gobernador, y ¿qué Gobernador que pueda conmutar la pena de muerte dejará de hacerlo, estando sobre todo asediado por la opinión? Tócale a él señalar la pena en la cual cambia la conmutada. Para señalarla tiene que graduarla. Así, no hay más juez que

el Gobernador; y las funciones de los tribunales quedan reducidas a instruir el proceso y asesorar al único que en definitiva juzga y sentencia. La forma democrática de gobierno está invertida. ¿Qué queda de nuestras instituciones en este estado artificial y extravagante"?

Y antes de esto había consolado a Goyena con las siguientes palabras: "La victoria es cuestión de tiempo. Si la razón perteneciera siempre a las mayorías, el mundo progresaría con extremada rapidez o no progresaría nunca. Laboulaye ha dicho pintoresca y eficazmente que las paradojas de hoy son las verdades de mañana. Así lo creo. Por eso espero en la libertad argentina. Por eso espero en la abolición de la pena de muerte" [114].

A corto plazo había triunfado la accidental mayoría, pero a la postre se iba a cumplir la palabra profética de Estrada. El primer Código Penal, sancionado el 25 de noviembre de 1886, producto de la revisión que del proyecto de Tejedor hiciera la comisión parlamentaria formada por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, mantuvo la pena de muerte en condiciones casi idénticas a las del proyecto como "una necesidad inevitable, dado el estado de la civilización presente" y bajo la idea de que "su abolición gradual será sólo un resultado del adelanto en la educación del pueblo y de la perfectibilidad de los medios de represión que la sociedad posea".

En términos semejantes se expidieron sobre la institución las reformas y proyectos posteriores, hasta que el nuevo Código Penal, redactado por Rodolfo Moreno (h), sancionado el 30 de setiembre de 1921 y vigente a partir del 29 de abril de 1922, dio autoridad de ley al hecho de la proscripción, de nuestro sistema represivo, de la pena de muerte [115]. El tercer y último paso señalado por Garraud ya estaba dado.

[114] *Revista Argentina*, t. VIII, pp. 261-6, Buenos Aires 1870.

[115] Desde su cátedra de Derecho Penal, ejercida entre 1872 y 1887, MANUEL OBARRIO, adversario asimismo de la pena de muerte, declaraba que aún subsistiendo en nuestra legislación, estaba "abolida de hecho en la Provincia de Buenos Aires y en la Capital de la República para los crímenes comunes", ya que para los delitos políticos había sido suprimida para siempre por la Constitución Nacional (*Curso de Derecho Penal. Lecciones del Doctor Don* MANUEL OBARRIO *en la Universidad de Buenos Aires tomadas y publicadas por* MARIANO ORZABAL, estudiante de jurisprudencia y taquígrafo. Buenos Aires 1884, p. 175). Una exposición detallada de ideas y proyectos relativos a la pena de muerte, correspondiente al período comprendido entre la sanción del primer y segundo Código Penal, puede verse en la ya citada obra de RODOLFO MORENO (h), t. I, Cap. XIII.

LA COMUNIDAD DE MONTES Y PASTOS EN EL DERECHO INDIANO

Por JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO

SUMARIO: I. *Lineamientos generales de la cuestión.* Legislación castellana. El descubrimiento de América. Se plantea el problema. La solución de 1541. Las tierras de los indios. La derrota de mieses. La mesta. Los montes. Evolución en el siglo XVII. II. *El Río de la Plata.* Los orígenes de la colonización. Los montes. La aplicación de la Real Provisión de 1541. El ejemplo peninsular. Hacia la consolidación de la propiedad individual.

I

LINEAMIENTOS GENERALES DE LA CUESTIÓN

Legislación castellana

Al esbozar en otra oportunidad el régimen de la tierra en el Derecho Indiano anunciamos que nos proponíamos tratar en el futuro "determinados derechos comunitarios y formas de propiedad colectiva" que requerían una más amplia exposición. Intentaremos ahora cumplir parcialmente con ese programa abordando el tema de la comunidad de montes y pastos cuya importancia en un país esencialmente rural como lo fue desde sus orígenes el Río de la Plata parece innecesario subrayar.

Hacia el momento del descubrimiento del Nuevo Mundo en la Península estaban ya perfectamente definidos los conceptos de bienes comunales integrados por prados, tierras labrantías o bosques de propiedad del Municipio y destinados al aprovechamiento común de los vecinos y de bienes propios de los que el Ayuntamiento podía extraer una renta para atender a sus fines. Y los Reyes Católicos acababan de prohibir que ninguno de los favorecidos por mercedes que hubiesen otorgado en el Reino de Granada pudiera acotar sus terrenos sin licencia real ni vedar el uso de la hierba y frutos que nacen naturalmente, los que quedarían a disposición de los vecinos salvo que estuvieran plantados o empanados so pena de pérdida de sus tierras. También Fernando e Isabel habían derogado hacía muy poco una or-

denanza abulense que permitía cerrar las heredades disponiendo que los vecinos podían pacer y rozar como antes en ellas una vez levantada la cosecha. Estas disposiciones de 1490 y 1491 inspiradas en una tradición jurídica anterior y recogidas más tarde en la Nueva Recopilación (leyes 13 y 14, tít. VII, lib. VII) serían invocadas y glosadas frecuentemente por los juristas de la Edad Moderna.

— La restricción al derecho individual en pro del bien común, formulada más de una vez mediante el aforismo latino de "potest quis facere in alieno fundo quod ei prodest et domino fundi non nocet" no es ajena a las ideas jurídicas de teólogos renacentistas todavía embebidos de teología tomista. Pedro de Valencia, discípulo de Arias Montano, dirá que así como el Rey es juez supremo y capitán general es también labrador mayor y que en tal carácter puede disponer que los propietarios acomoden sus siembras a la conveniencia pública aunque les produzca menos ganancias[1]. El auge romanista si bien significará un freno para tales concepciones por difundir un concepto más absoluto del dominio las favorecerá indirectamente al consolidar el poder real del que habían emanado disposiciones tan claramente restrictivas de las facultades del propietario.

También a fines del siglo XV empieza a romperse el equilibrio entre labradores y ganaderos iniciándose una serie de medidas, bien estudiadas por Klein, que significan limitar el aprovechamiento de los pastos por el propietario del suelo en beneficio de los criadores de ganado agrupados en la Mesta.

El descubrimiento de América

Algo de todo este complejo panorama de leyes, ideas e intereses se trasladaría a América cuando comenzase a preverse la explotación de las tierras recientemente inventadas poniéndose en juego un criterio asimilista para tratar de aprehender la realidad americana y ordenarla según el instrumento legal disponible en Castilla. Así, la inexistencia de ananás en suelo peninsular no sería óbice para que la Corona pudiese resolver una protesta de los nuevos pobladores contra Diego Colón por haber prohibido el disfrute de dos montes de piñas. Asimilando el exótico ananá a los frutos silvestres conocidos en España, una R. C. de 1510 puede afirmar que dado que "semejante cosa nunca se

1 PEDRO DE VALENCIA, *Discurso sobre el precio del trigo*, en *Escritos sociales* con una *Introducción* de CARMELO VIÑAS MEY, Madrid, 1945, p. 141.

suele vedar" se dispone que "los dichos montes de la dicha fruta sean a todos comunes y que cada uno los puede llevar para poner en sus heredades y estancias y aprovecharse de ellos como cosa común"[2].

Cuatro años después hallamos un nuevo testimonio del deseo de proyectar el régimen agrario español al suelo americano en una R. C. dirigida a la Isla de San Juan (actual Puerto Rico) en la que se dispone que se dividan los términos de los pueblos para que "cada pueblo sepa lo que es suyo y goce de ello según y como se hace en estos reinos de Castilla"[3].

Pero todavía se estaba muy lejos de una adecuada regulación de la vida americana. La indefinición inicial convidaba a la apropiación exclusiva por parte de quienes habían recibido algún trozo de tierra y el recuerdo del régimen vigente en Castilla suscitaba las denuncias de quienes no se conformaban con esa apropiación individual contraria al aprovechamiento colectivo. La expansión de la colonización y la madurez que alcanzan algunos de los núcleos pobladores ponen cada vez más en evidencia lo que todavía faltaba resolver en torno a la campaña y determinan al comenzar la tercer década del siglo XVI quejas de particulares, informes de gobernadores y algunas muestras de inquietud por parte del Consejo de Indias. El problema no es todavía solucionado pero por lo menos se lo advierte y plantea con claridad examinándolo desde diferentes ángulos.

Una R. C. del 10 de agosto de 1530 nos demuestra que para entonces el Consejo no había aún formado opinión propia ya que se limita a solicitar a la Real Audiencia de Nueva España que informe sobre si convendría o no declarar que todas las tierras que rodean a las poblaciones en un radio de 15 leguas sean de "pasto común para todos los ganados y bestias conforme de lo que se usa y guarda en todas las ciudades, villas y lugares de nuestros Reinos" y a encargarle que entretanto provea lo que sea justicia[4].

[2] REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de Ultramar*, segunda serie, t. V, Madrid, 1890, p. 232; ANTONIO DE HERRERA, *Historia general de los hechos de los castellanos en las islas y tierra firme del Mar Océano*, t. II, Buenos Aires, 1945, p. 159 (década I, lib. 8, cap. 9).

[3] *Cedulario Puertorriqueño* con Estudio preliminar y notas por VICENTE MURGA SANZ, t. I (1505-1517), Río Piedras, 1961, p. 274.

[4] R. C. del 5-VI-1532 en la que se alude a la del 10-VIII-1530, en el Apéndice nº 1 de FRANÇOIS CHEVALIER, *La formation des grands domaines au Mexique. Terre et société aux XVIe siècles*, Paris, 1952, p. 411. En su excelente estudio, Chevalier ya utilizó algunas de las fuentes que citaremos en lo referente a Nueva España.

Se plantea el problema

Casi simultáneamente Diego de Porras solicita varias gracias a S. M. a nombre de la Villa de Antequera, Valle de Oaxaca, y entre ellas la de que mande que todos los pastos de la Nueva España sean comunes a todos sus vasallos por convenir así al real servicio y al bien de la tierra [5]. Como para ese momento todavía no se ha recibido en España el informe pedido a la Audiencia el Consejo prefiere adoptar una solución provisional. Hasta que se disponga de los elementos necesarios para proveer en definitiva, una R. C. resuelve que todos los términos de Antequera tanto realengos como de particulares sean de pasto común entre los moradores de dicho lugar una vez recogido el fruto [6]. Aunque la medida tiene un alcance limitado pues se refiere a Antequera y no a toda Nueva España como había solicitado Diego de Porras es interesante ya que insinúa la dirección hacia donde empieza a orientarse la voluntad hasta entonces indecisa del gobierno metropolitano.

Hacia esa misma dirección tienden también sendos escritos emanados de dos integrantes de la Real Audiencia de México. El primero, del oidor licenciado Salmerón, datado el 13 de agosto de 1531, informa que ha empezado a tratarse en la Audiencia acerca de la conveniencia de que en toda Nueva España sean comunes los pastos, montes y abrevaderos "guardando las heredades y ejidos y dehesas que se señalasen a cada uno de los pueblos porque de otra manera la tierra no se puede multiplicar ni poblar" [7]. El segundo, del Presidente de la Real Audiencia y Obispo de Santo Domingo Sebastián Ramírez de Fuenleal, incluye entre las cosas que no conviene hacer "el dar término redondo, ni montes ni aguas a ningún particular" y explica detalladamente a continuación el fundamento de su aserto. No conviene —dice— que haya diferencias sobre los pastos ni que se establezcan cotos cerrados que puedan dificultar la trashumancia de las ovejas merinas que sólo podrán prosperar existiendo libertad para que cada ganadero pueda llevar sus animales por los lugares que le plazcan. No podrán levantarse nuevos poblados de españoles donde no haya montes comunes para extraer la madera y leña necesarias "y si las fuentes y aguas

5 FRANCISCO DEL PASO Y TRONCOSO, *Epistolario de Nueva España 1505-1818*, t. II, México, 1939, p. 100.
6 R. C. del 5-VI-1532, en FRANÇOIS CHEVALIER, loc. cit.
7 FRANCISCO DEL PASO Y TRONCOSO, *Epistolario* cit., t. XVI, p. 12.

se acotasen no podrían abrevar ganados ni usar de ellas para otros provechos" [8].

Por esos mismos días se plantea y resuelve una situación especial vinculada al tema que tratamos: la de los montes y pastos del Marquesado del Valle de Oaxaca concedido a Hernán Cortés [9]. Ya en 1530 la Corona había aclarado que la fuente de Chapultepec, que proveía de agua potable a México, no debía considerarse comprendida dentro de la merced otorgada a Cortés sino del libre uso por parte de la ciudad [10]. Un año después, la Real Audiencia, en plena lucha contra el conquistador, se queja al Rey de que el Marqués del Valle impide a los vecinos de México utilizar los cercanos prados y montes de los pueblos de Coyoacán y Tacubaya, enclavados dentro del señorío cortesiano, y agrega que considera muy inconveniente el que "haya tal restricción y coto de los montes y pastos de estas tierras nuevas y que haya división de cosas tan públicas" [11]. Morosa en decidirse sobre algo que no termina de ver claro, la Corona evita pronunciarse y ya que la Real Audiencia tiene "allá la cosa presente" le encomienda que provea lo que fuese de buena gobernación y que dé cuenta [12]. Como era de preverse el tribunal no tarda entonces en decidir que fuesen comunes a todos los españoles las aguas, montes y pastos del señorío cortesiano y la Emperatriz ratifica lo mandado mediante un capítulo de carta de 1533 [13]. Queda así firme una solución que la Recopilación extenderá más tarde a todas las tierras de señorío que existan en las Indias [14].

La solución de 1541

Poniendo punto final a una época de decisiones provisionales, vacilantes o parciales, en 1541 se promulgan varias disposiciones que

8 *Colección de documentos para la historia de México* publicada por JOAQUÍN GARCÍA ICAZBALCETA, t. II, México, 1866, p. 168.

9 BERNARDO GARCÍA MARTÍNEZ, *El Marquesado del Valle. Tres siglos de régimen señorial en Nueva España*, México, 1969, p. 63.

10 *Cedulario Cortesiano*. Compilación de BEATRIZ ARTEAGA GARZA y GUADALUPE PÉREZ SAN VICENTE, México, 1949, p. 198.

11 *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía sacadas de los archivos del Reino y muy especialmente del de Indias*, t. XLI, Madrid, 1884, p. 49.

12 VASCO DE PUGA, *Provisiones, cédulas, instrucciones para el gobierno de la Nueva España*, Madrid, 1945, f. 75 v.; DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario Indiano*. Con estudio e índices de ALFONSO GARCÍA GALLO, t. I, Madrid, 1945, p. 62; *Cedulario Cortesiano* cit., p. 224.

13 DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario* cit., p. 63.

14 Ley 7, tít. XVII, lib. IV de la Recopilación de Indias.

concuerdan en la afirmación de la comunidad. El texto de la Real Provisión referente al Perú reza que sean comunes ahora y en el futuro las aguas, montes y pastos de la "provincia del Perú" y que cualquiera pueda instalar sus cabañas y ganados donde quiera haciendo pastar sus animales juntos o separados de los de otros ganaderos [15]. La amplitud de la comunidad, pues, no puede ser mayor tanto por las facultades conferidas a los criadores como por el área donde ha de regir la Real Provisión, que, según acabamos de ver, comprende a *todo* el Perú. Del mismo año de 1541 conocemos textos similares despachados para La Española [16] y para la Isla de San Juan [17].

Una unánime queja se alza en cuanto se pretende cumplir estas disposiciones. El Cabildo Eclesiástico de Puerto Rico puntualiza que las aguas y montes ya eran de uso común pero que se estilaba asignar parcelas determinadas para asegurar el buen aprovechamiento de los pastos y que la libertad de poner los ganados en cualquier parte no podría menos de perjudicar a todos y en particular a los cultivadores de maíz, mandioca, etc. Los dueños de hatos de ganado presionan duramente sobre el Cabildo secular y algunos regidores que votan por el cumplimiento de la Real Provisión deben refugiarse en sus casas temiendo perder la vida. Un oidor de la Real Audiencia de la Española enviado especialmente a Puerto Rico para acabar con el alboroto informa a S. M. que a su llegada debió poner presos a varios vecinos y que algunos contradecían la Real Provisión "con palabras desacatadas que merecían castigo" [18].

Aunque no conocemos lo ocurrido en La Española no parece aventurado conjeturar que también allí se registraran protestas ya que en 1550 se limitó la absoluta comunidad prevista nueve años antes a la zona comprendida dentro de las diez leguas en torno a la ciudad de Santo Domingo. Más allá, si bien se mantenía la comunidad de pastos, cada ganadero dispondría de una extensión determinada en la que no podrían levantarse casas o corrales ajenos [19]. Una parecida solución

15 DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario* cit., t. I. p. 61 y s.; *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento* cit., t. 18, p. 5.

16 REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Colección de documentos inéditos de Ultramar* cit., t. V, p. 165, nº 132.

17 Idem, p. 166, nº 135.

18 FEDERICO ENJUTO FERRÁN, *Cuatrocientos años de legislación comunal en la América Española*, México, 1945, p. 261 a 265. ALEJANDRO TAPIA Y RIVERA, *Biblioteca Histórica de Puerto Rico*, Puerto Rico, 1854, p. 324.

19 REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Colección de documentos inéditos de Ultramar* cit., t. V, p. 166, nº 133.

encontramos en las ordenanzas municipales de La Habana de 1574 [20].

En el Perú la resistencia a la Real Provisión de 1541 se evidencia al tratar el Cabildo de Lima acerca de su interpretación. En la discusión de 1549 los regidores se dividen conforme a tres diferentes criterios: 1º) que la Real Provisión sólo habla de montes y pastos baldíos y por consiguiente no atañe a las chacras de indios y a sus arboledas; 2º) que no convendría que las cabras anden en libertad y que "guardando lo que el uso y costumbre de sementeras y arboledas" sea el pasto común; 3º) que se cumpla sin reservas y en su totalidad y que los que proponen una interpretación restrictiva traigan una declaración del Virrey. Esta última fue la que triunfó en definitiva sin que el intento de retacear la aplicación de la Real Provisión alcanzase otras derivaciones [21]. Con todo, en 1572 el Virrey Toledo todavía se hallaba empeñado en hacerla cumplir en lo "que no se había osado tocar hasta aquí" [22].En Chile la Real Provisión no parece haber tenido inmediata aplicación ya que varios años después el Gobernador Valdivia aún dispone el aprovechamiento exclusivo de los pastos por los estancieros reconociendo su derecho a cercar corrales. Pero en 1556 —recuerda Góngora— la Real Audiencia de Lima la aplica en un juicio sobre las tierras de Talagante y a partir de entonces empiezan a otorgarse mercedes con la cláusula de que no confieren propiedad ni posesión y sólo dan el derecho de pastaje unido al de construir pequeños corrales. Como en las demás partes donde se aplicó, también en Chile se alzó la voz del descontento, esta vez por boca de uno de los alcaldes de Valdivia que, sintiéndose perjudicado, anunció que resistiría en defensa de sus derechos con las armas en la mano [23].

En síntesis, en el siglo XVI asistimos a un gigantesco forcejeo que tiene por teatro a todo el continente americano en el que pugnan por una parte quienes añoran las modalidades peninsulares o temen que unos pocos se apoderen de todo el suelo útil y por otra, los ganaderos

20 F. CARRERA Y JUSTIZ, *Introducción a la Historia de las Instituciones locales de Cuba*, t. II, Habana, 1905, p. 282 y 284.

21 CONCEJO PROVINCIAL DE LIMA, *Libros del Cabildo de Lima*. Libro cuarto (años 1548-1553). Descifrados por Bertram T. Lee, Lima, 1935, p. 161; MARIO GÓNGORA, *El Estado en el Derecho Indiano. Epoca de fundación 1492-1570*, Santiago de Chile, 1951, p. 145.

22 *Gobernantes del Perú. Cartas y papeles del siglo XVI*. Publicación dirigida por ROBERTO LEVILLIER, t. IV, Madrid, 1924, p. 180; JUAN DE MATIENZO, *Gobierno del Perú*. Ed. et étude préliminaire par GUILLERMO LOHMANN VILLENA, Paris-Lima, 1967, p. 273 y s.

23 MARIO GÓNGORA, *El Estado* cit., p. 145; JEAN BORDE y MARIO GÓNGORA, *Evolución de la propiedad rural en el Valle del Puangue*, t. I, Santiago de Chile, 1956, p. 35 y s.

que se resisten a ver mezclados sus rodeos con los de otros vecinos o a soportar forzadas intrusiones. En el fiel de la balanza, la Corona dilata pronunciarse pero cuando lo hace en 1541 es para volcarse enteramente hacia quienes propician la comunidad de montes y pastos, tan enteramente que al poco tiempo advierte que ha ido demasiado lejos y retrocede parcialmente en el caso de Santo Domingo. Hacia fines de la centuria la Real Provisión sigue en plena vigencia. Con referencia a Nueva España nos informa el Virrey Luis de Velasco el mozo, hacia 1590 que los pastos son comunes tanto en las estancias de ganado mayor como menor y que los estancieros "sólo tienen las casas, corrales y apriscos que hacen para sus ganados y para vivienda" [24]. En el Perú, habiendo comenzado ciertos propietarios a edificar algunas tapias a guisa de cercas, manda el Virrey García Hurtado de Mendoza en 1592 que las derriben y que en lo sucesivo nadie pueda cercar tierras ni chacras ni pastos si no fuera con licencia del Cabildo previa consulta al Virrey ya que las dichas tapias inciden generalmente en daño de la República por impedir los caminos y el libre disfrute de aguas y pastos [25].

Las tierras de los indios

Una cuestión especial vinculada al cumplimiento de la Real Provisión era la del perjuicio que podía traer a los indios el incluirlos en un sistema que dejaba sus tierras a merced del ganado de los españoles. A partidarios de la comunidad de pastos como Ramírez de Fuenleal o Matienzo no se les había pasado por alto esa eventualidad y para evitarlo habían propuesto diversas soluciones como la de excluir de la comunidad a los indios o la de rodear sus tierras de una faja de seguridad. No cabe duda de que sus temores tenían fundamento y de que el problema, bien real, sólo fue a medias remediado.

Una relación sobre la ciudad de Quito de 1573 denuncia que "el mayor daño que los naturales reciben es con el ganado vacuno de los españoles, muchos de los cuales tienen sus estancias en notable perjuicio de los indios" [26].

24 FRANÇOIS CHEVALIER, *La formation* cit., p. 415, apéndice 6.

25 CONCEJO PROVINCIAL DE LIMA, *Libros de Cabildo* cit., Libro undécimo (años 1588-1593), p. 610. A fines del siglo XVI observa Acosta que "en el Perú no hay pastos propios: cada uno apacienta do quiere" (JOSÉ DE ACOSTA, *Historia Natural y Moral de las Indias*, lib. IV, cap. XXXIII).

26 MARCOS JIMÉNEZ DE LA ESPADA, *Relaciones Geográficas de Indias. Perú*, t. II, Madrid, 1965, p. 212.

Pero quien formula una presentación más completa de la cuestión es el licenciado Francisco Falcón en un escrito elevado al Segundo Concilio Limense (1567). Insinuando un ataque frontal recuerda el licenciado que por Derecho Común, o sea por el Derecho Romano, cada uno puede prohibir que otro entre a pacer en sus tierras pero consciente, acaso, de que tal afirmación era insostenible a la luz del Derecho Real pasa luego a interpretar la comunidad de acuerdo al Derecho de Castilla y al Derecho Indígena. Por las leyes de Castilla —dice— la comunidad sólo comprende a los vecinos del pueblo, ergo, no corresponde que los españoles disfruten de la hierba de los pueblos de indios. A su vez el Inca tenía mandado que cada uno hiciera pacer los animales en sus propios pastos "y esto no era malo y S. M. tiene proveido que a los indios se les guarden sus usos y costumbres en lo que no fueran conocidamente malos". Por sino bastasen esos argumentos legales, Falcón agrega que es "muy desigual y contra razón" que españoles e indios participen de la comunidad ya que mientras los primeros están en condiciones de gozar de las tierras de los indios, "los indios no han de ir a Castilla a gozar de los pastos". En el peor de los casos, aunque se admitiera que los españoles son vecinos de los pueblos de indios, que no lo son, debería tasarse el número de animales que pueden echar en esos campos. En conclusión el licenciado Falcón pretendía que el Concilio negase la absolución a los españoles que no pagaran a los indios el derecho de pastaje por lo que consumieran sus animales [27]. Ignoramos si el Concilio llegó a tratar el escrito de Falcón pero lo que sí sabemos es que nada decidió sobre su contenido. La solución para el Perú y Chile parece haber llegado con la tardía adopción de algunas de las medidas defensivas que según veremos enseguida ya venían aplicándose en el Virreynato de Nueva España [28].

En México la lucha entre agricultores indios y ganaderos espa-

[27] Representación hecha por el licenciado Falcón sobre los daños y molestias que se hacen a los indios, en *Colección de libros y documentos referentes a la historia del Perú. Informaciones acerca de la religión y gobierno de los incas.* Con anotaciones y concordancias con las crónicas de Indias por HORACIO H. URTEAGA, Lima, 1918, p. 141 y ss. GUILLERMO LOHMANN VILLENA en *El licenciado Francisco Falcón (1521-1587)*, en *Anuario de Estudios Americanos*, t. XXVII, Sevilla, 1970, ha señalado que Falcón presentó su escrito al Segundo y no al Tercer Concilio Limense como se creía anteriormente. Unos años antes, en 1561, el lic. Polo de Ondegardo había recomendado que "los pastos de toda la tierra fuesen comunes así entre indios como lo son entre los españoles por cédula del Rey" (*Revista Histórica*, t. XIII, Lima, 1940, p. 186).

[28] Véase por ej. la ley 43, tít. XVI, lib. VI de la Recopilación de Indias o FERNANDO SILVA VARGAS, *Tierras y pueblos de indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico*, Santiago, 1962, p. 123 y 132.

ñoles comenzó pronto y constituyó, según Silvio Zavala, "una de las contiendas sociales más dramáticas de la época colonial"[29]. Ante las quejas de los indios sus tierras son excluidas de la comunidad de pastos con los españoles[30] y a partir de 1550 menudean las disposiciones por las que se fijan distancias mínimas entre los pueblos de indígenas y las estancias de españoles, se protege a muchos pueblos indios rodeándolos de una zona de seguridad en la que no pueden entrar animales, se suprimen las estancias demasiado próximas, se levantan en Toluca, Acámbaro y Matlalcingo formidables tapias divisoras, una de ellas de más de diez leguas de extensión, se designan visitadores encargados de calibrar los daños sobre el terreno y de adoptar los remedios convenientes, se autoriza a los indígenas a incautarse del ganado invasor hasta ser indemnizados o a flechar los animales que no puedan ser detenidos[31]. Aguzando su ingenio ante el peligro, los indios prolongan artificialmente sus sementeras y poblados ganando con ello una zona de seguridad adicional que les ayude a "amortiguar la presión de la avalancha"[32]. Este gran operativo en defensa de los campos de maíz de los indígenas prosiguió sin tregua a lo largo de varios decenios alcanzando resultados que variaron según épocas y zonas.

La derrota de mieses

Paralelamente al proceso que acabamos de esquematizar se afianza en la América del siglo XVI la derrota de mieses o sea el aprovechamiento de los rastrojos una vez levantada la cosecha, solución inspirada en los mismos principios que la comunidad de pastos. Ya al autorizarse en 1497 a Cristóbal Colón a repartir las tierras de la Española fue con la condición de que los beneficiarios no pudieran tener "cosa acotada ni dehesada, ni término redondo más de aquello que tuvieren

29 SILVIO ZAVALA y JOSÉ MIRANDA, *Instituciones indígenas en la colonia*, en *Memorias del Instituto Nacional Indigenista*, México, 1954, p. 45.

30 TORIBIO ESQUIVEL OBREGÓN, *Apuntes para la historia del Derecho en México*, t. II, México, 1938, p. 224.

31 VASCO DE PUGA, *Provisiones* cit., f. 173; JUAN N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas Hispano-Mexicanas*, t. II, México, 1852, p. 305; FRANÇOIS CHEVALIER, *La formation* cit., p. 122 y ss.; SILVIO ZAVALA y JOSÉ MIRANDA, *Instituciones* cit., p. 46 y 73; CHARLES GIBSON, *Los aztecas bajo el dominio español (1519-1810)*, México, 1967, p. 289, 294 y 301.

32 JOSÉ MIRANDA, *Notas sobre la introducción de la Mesta en la Nueva España*, en *Revista de Historia de América*, nº 17, p. 21. Según un autor los tupidos cercos de cactus del México actual habrían empezado a plantarse en el siglo XVI como defensa contra el ganado (LESLEY BYRD SIMPSON, *Explotation of land in Central Mexico en the Sixteenth Century*, Berkeley, 1952, p. 5).

cercado de una tapia en alto'' y que el resto debía quedar a la libre disposición de todos después de la recolección de los frutos [33].

Reglas semejantes aparecen consagradas en algunas disposiciones dictadas para Nueva España [34] y se generalizan luego, al señalarse tierras para diferentes poblaciones del Nuevo Mundo. Por ejemplo, al concederse en 1543 como términos de la ciudad de Nuestra Señora Santa María de los Remedios la extensión de ocho leguas a la redonda se especifica que "guardándose pan y vino'', es decir respetándose los sembrados de granos y las viñas, queden esos términos por pasto común de los vecinos, moradores y comarcanos de dicha ciudad todo el tiempo que "estuvieren desembarazados'' [35]. En alguna otra oportunidad la obligatoriedad de la derrota de mieses es consignada al permitirse que alguna autoridad local proceda al reparto de la tierra [36].

Por lo menos desde mediados de siglo el principio es acogido por ordenanzas municipales de diferentes ciudades. En las dadas en 1551 por Carlos V para la ciudad de Lima se lee que algunos, so color de recoger la panca u hoja de maíz extraen mazorcas en perjuicio de los dueños de las sementeras y para evitarlo se establecen varias penas en la que incurrirán quienes penetren en los campos antes de que haya sido recogido el último choclo o sea que, *a contrario sensu*, se permite el libre disfrute de los rastrojos una vez realizada la cosecha [37]. Encontramos una formulación casi idéntica en las ordenanzas dadas en 1569 para la ciudad de Santiago de Chile por la Real Audiencia de Lima [38]. Una redacción aún más terminante y precisa contienen las ordenanzas elaboradas por el Cabildo de la ciudad de la Asunción de la Isla Margarita y confirmadas por la Corona en 1596. Ordenamos y mandamos —dicen— "que acabado de coger las sementeras de maíz las pueda entrar y pastar cualquier género de ganado, desbaratando las palizadas de los tales conucos con que no sean donde hay algunos árboles

33 *Colección de los viajes y descubrimientos que hicieron por mar los españoles.* Coordinada e ilustrada por MARTÍN FERNÁDEZ DE NAVARRETE, t. II, Buenos Aires, 1945, p. 252.

34 REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Colección de documentos inéditos de Ultramar* cit., t. XXII, p. 162, nº 148, recopilada luego en la ley 6, tít. XVI, lib. IV; F. CHEVALIER, *La formation* cit.

35 *Cedulario de la Monarquía Española relativo a la Isla de Cubagua*, t. II (1535-1550), Caracas, 1961, p. 199, nº 368.

36 R. C. del 31-X-1543 en DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario* cit., t. I, p 6.5.

37 CONCEJO PROVINCIAL DE LIMA, *Libros de Cabildo* cit., Libro undécimo, p. 798; *Revista de Archivos y Bibliotecas Nacionales*, vol. V, 1ª entrega, Lima, 1900, p. 16.

38 CLAUDIO GAY, *Historia física y política de Chile. Documentos*, t. I, París, p. 202.

frutales o yuca sembrada donde puedan hacer daño y si fuere la yuca en gran cercado cerque la yuca no más y no todo el conuco'' [39]. Resultaría difícil encontrar testimonio más elocuente del carácter excepcional que se quiere dar a lo cercado; la valla sólo se admite como un mal necesario por el tiempo y en el lugar en que es absolutamente indispensable y debe desaparecer no bien cumplida su función.

Con carácter general para las nuevas poblaciones, las ordenanzas, largamente meditadas de 1573, disponen también que alzados los frutos sean comunes los pastos del término municipal excepto la dehesa boyal y consejil [40].

Sobre la aplicación de estos principios, José Miranda, después de recorrer la documentación pertinente de Nueva España, da testimonio de que la derrota de mieses fue una realidad efectiva [41].

Importante excepción a lo que acabamos de exponer fueron las tierras de los indios a las que no era lícito disfrutar ni aún después de alzado el fruto [42].

La mesta. Los montes

Una faceta especial del tema de los pastos era el de su aprovechamiento por parte de las ovejas que cambiaban estacionalmente de dehesas. Uno de los argumentos invocados por Sebastián Ramírez de Fuenleal para recomendar la comunidad de pastos en su ya mencionada carta de 1532 había sido, precisamente, la necesidad de instaurar un régimen que favoreciera la trashumancia acostumbrada en España. La mesta mexicana obtuvo, aunque atenuados, algunos de los privilegios de que gozaba la peninsular y así las ordenanzas de 1574 dispusieron que al marchar de sus estancias a los agostaderos o al regresar a aquéllas las ovejas podrían pastar libremente en los campos del camino con tal que no causasen perjuicios ni invadiesen terrenos sembrados donde aún no se hubiese verificado la cosecha [43]. A veces,

39 *Cedularios de la Monarquía Española de Margarita, Nueva Andalucía y Caracas*, t. I Cedulario de Margarita (1553-1604). Caracas, 1967, p. 248. Parecidos principios hallamos en ordenanzas novohispanas de 1576 y 1635 citadas en JUAN FRANCISCO DE SOTOMYOR Y CÓRDOVA DE CUENCA, *Recopilación de algunos mandamientos y ordenanzas del gobierno de esta Nueva España hechas por los señores Virreyes y Gobernadores de ella*, México, 1787, p. 110, nº CXXV.

40 DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario* cit., t. I, p. 240, cap. 95.

41 JOSÉ MIRANDA, *op. cit.*, p. 11 en nota.

42 Nota de FRANCISCO RAMIRO DE VALENZUELA apud JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, t. I, Madrid, 1930, p. 244 (lib. II, cap. XI, nº 20).

43 JUAN FRANCISCO DE SOTOMAYOR, *Recopilación* cit., p. 47, cap. 50.

posibles damnificados, como los naturales del pueblo de Tepexpa conseguían resguardos especiales para que en ningún caso pudieran entrar en sus términos los animales trashumantes [44].

En cuanto a los montes estuvieron ordinariamente comprendidos en las mismas disposiciones que regulaban los pastos aunque en algunos supuestos la comunidad significó aún mayores restricciones a la libre disposición del propietario del suelo. Así, según las ordenanzas municipales de la ciudad de la Asunción de la Isla de la Margarita los dueños de sembrados, que podían oponerse al uso de los pastos por parte de extraños, debían, en cambio, permitirles la extracción de la madera que necesitasen bajo pena de multa [45]. Respetando la comunidad de montes, algunas disposiciones reglamentaban el corte para evitar que faenas abusivas causasen su extinción: necesidad de licencia previa, obligación de dejar "horca y pendón", es decir dos ramas principales, etc. [46].

Evolución en el siglo XVII

Aunque hubiese triunfado oficialmente el concepto de comunidad persistió la oposición al sistema que, ya insinuada en el siglo XVI, continuaría tenazmente durante la siguiente centuria. Se va esbozando el reconocimiento de un derecho exclusivo a los pastos como una imposición de la gran crianza americana tan diferente de los reducidos rebaños pertenecientes a los vecinos de los pueblos de la Península, los conflictos entre cabañeros por el deseo de aprovechar a la vez los mejores prados desprestigian el régimen y obligan a pensar en concesiones exclusivas que hagan una más ordenada distribución de los campos. En muchos lugares del Nuevo Mundo la ganadería alcanza enorme importancia y los ganaderos, convertidos en uno de los grupos sociales de mayor gravitación, aspiran a conseguir seguridad convirtiendo el hasta entonces derecho a los pastos en un perfecto derecho de propiedad. Con el mayor valor alcanzado por la tierra comienza a cargarse de significado el deseo de poseerla de un modo exclusivo. Las concepciones colectivistas son atacadas en bloque por quienes atribuyen al sistema de comunidad de bienes existente en algunos pueblos indígenas el desinterés que demuestran los aborígenes por ciertos cultivos. Empiezan a otorgarse caballerías de "término cerrado", por la vía

[44] JOSÉ MIRANDA, *Notas* cit., p. 21.
[45] *Cedularios de la Monarquía Española de Margarita* cit., t. I, p. 245.
[46] JUAN FRANCISCO DE SOTOMAYOR, *Recopilación* cit., p. 68.

de las composiciones se obtiene el derecho de cercar las tierras, en algunas zonas desaparecen —muy significativamente— las cláusulas de las escrituras en el sentido de que las estancias no otorgaban derecho de propiedad ni de posesión [47].

Ese paulatino reemplazo de una absoluta comunidad de montes y pastos por una concepción más elástica que contemple los derechos del propietario del suelo es obstaculizado por la Recopilación de Indias que viene a incluir en 1680 las viejas disposiciones que instauraron el régimen comunitario más de un siglo antes, pero reaparece con mayor vigor al amparo de las ideas individualistas que casi inmediatamente empiezan a difundirse por el mundo.

Planteado de esta manera el sentido general del proceso durante los dos primeros siglos de la colonización española, corresponde ahora examinar ceñidamente algunos aspectos particulares de la cuestión en el Río de la Plata.

II

El Río de la Plata

Los orígenes de la colonización

En los orígenes de la población del Río de la Plata se expiden a pedido de los vecinos algunas disposiciones confirmatorias del consagrado aprovechamiento comunal de ciertos bienes. Así, dos RR. CC. de 1546 dirigidas al Gobernador ordenan que al fundarse nuevos pueblos se "dejen ejidos y tierras para pastos comunes y caminos y sendas y abrevaderos de aguas" y que "los usos de los ríos y lagunas sean libres y comunes a todos" [48]. Y en 1557, a raíz de una queja de los vecinos de la Asunción vuelve a mandarse que "las pescas y cazas sean comunes a todos y no se ponga prohibición alguna" [49].

Al fundarse Buenos Aires, Garay le señala ejido, tierras de labor y lugares para estancias de ganado y dispone que quien quiera hacer molino pueda aprovechar las aguas llevándolas o trayéndolas a través de cualquier heredad ajena con la sola condición de que los dueños de los respectivos terrenos puedan gozar a prorrata de dicha agua para sus propios riegos.

47 Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes* cit., t. II, p. 464; Diego de Encinas, *Cedulario* cit., t. I, p. 241, cap. 107; François Chevalier, *La formation* cit., p. 360 y s.; Jean Borde y Mario Góngora, *Evolución* cit., t. I, p. 36 y s.

48 Biblioteca Nacional, Colección García Viñas, nº 1121 y 1137.

49 Idem, nº 1356.

Para el momento de la fundación estaba perfectamente asentada la comunidad de pastos y ya se habían adoptado distintas providencias para impedir que los ganados perjudicasen las sementeras de los indios. Esas providencias fueron extendidas al Río de la Plata y Tucumán mediante las ordenanzas dictadas por Francisco de Alfaro en 1611 y 1612 respectivamente [50]. Ambas resuelven que las reducciones sean dotadas de un ejido donde los indios tengan sus ganados sin que se puedan mezclar con los ganados de españoles "por los daños que de lo contrario les podría resultar" y, con algunas variantes entre sí, establecen las distancias mínimas que deben separar los pueblos y sementeras de los indios de las chacras y estancias de ganado mayor y menor de los españoles: para contemplar en lo posible los intereses de los pobladores ya instalados las distancias son menores para los establecimientos ya existentes y aumentan para los que funden en lo sucesivo. Además de respetar esas distancias los españoles deberán cuidar de que sus ganados no invadan las tierras de los indios y en caso de ser perjudicados éstos podrán matar dicho ganado y exigir la reparación del daño. Es bien conocido el coro de protestas suscitado por las ordenanzas. En una queja de los vecinos de la Asunción se argumenta, justamente, que el establecer una distancia mínima aún para las estancias ya fundadas equivale a un injusto despojo a los españoles instalados [51].

Los montes

La comunidad de aguas y pastos no parece haber ocasionado problemas en los primeros momentos de la vida porteña pero sí la de los montes. Reunido el Cabildo de Buenos Aires bajo la presidencia del Gobernador Hernandarias en abril de 1608 y "atento al gran daño que viene a esta ciudad de que los de Córdoba cortan la ...leña de los montes cercanos" se decide que los "tales forasteros" no puedan

50 Véanse las ordenanzas dada en la Asunción, 12-X-1611 en PABLO HERNÁNDEZ, *Organización social de las doctrinas guaraníes de la Compañía de Jesús*, t. II, Barcelona, 1913, p. 661 y las ordenanzas dadas en Santiago del Estero, 7-I-1612 en *Correspondencia de la Ciudad de Buenos Aires con los Reyes de España.* Publicación dirigida por ROBERTO LEVILLIER, t. II, Madrid, 1918, p. 291. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, en *La reglamentación de las encomiendas en territorio argentino*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año I, nº 1, Buenos Aires, 1946 y en *Las ordenanzas de Alfaro y la Recopilación de 1680*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, nº 16, Buenos Aires, 1965, p. 182 ha llamado la atención sobre la diferencia de estas dos ordenanzas a menudo confundidas por los historiadores.

51 *Correspondencia* cit., t. II, p. 125.

cortar madera de los montes próximos a Buenos Aires y traerla a ésta so pena de perder la leña y pagar una multa aplicada por tercios al denunciante, al juez y a los gastos de República [52]. Es éste el primer intento porteño de excluir a los forasteros interpretando restrictivamente el concepto de comunidad en beneficio de sus vecinos. Al mismo tiempo y con la mira no ya de impedir el disfrute por parte de los extraños sino de evitar una explotación aniquiladora fijó los límites de lo que podían cortar los vecinos y la forma cómo habían de hacerlo para facilitar el rebrote [53]. Los cordobeses afectados reclamaron de inmediato a la Corona y suplicaron que se dejara sin efecto la prohibición en virtud de la comunidad de montes y pastos. La cual protesta no deja de ser extraña ya que unos pocos años antes el Cabildo cordobés había vedado a los forasteros que cortasen leña en las proximidades de su ciudad [54].

La Corona no se pronunció sobre el reclamo ni precisó el sentido de la comunidad. Se limitó a enviar sendas RR. CC. a Hernandarias y al nuevo gobernador Diego Marín Negrón para que informasen sobre la causa de la prohibición, sobre la "costumbre que en esto ha habido y si aquellos montes son comunes a ambas gobernaciones" [55].

Mientras tanto, las autoridades locales siguen reglamentando el corte de las maderas existentes dentro de su jurisdicción con medidas tendientes a conservar los montes naturales: exigen licencia previa, fijan épocas y zonas en las que no se permite actuar a los leñateros, etc. Se mantiene también a lo largo de los años la interpretación del concepto de comunidad fijada por Hernandarias y los cabildantes de 1608, o sea que los montes serán comunes, pero sólo para los vecinos de la ciudad. Así, el gobernador Alonso Juan de Valdés e Inclán explica en 1707 que no ha negado licencia para el goce de madera a ningún vecino y que en caso de no conocer al peticionante ha requerido informe sobre su calidad al alcalde de primer voto "para obviar

52 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, Serie I, t. II, Buenos Aires, 1907, p. 46. Sobre el tema de los montes puede ser útil la recopilación publicada por RAÚL R. MADUEÑO, *Evolución del régimen forestal argentino*, Buenos Aires, 1942, passim.

53 Idem y p. 311.

54 *Archivo Municipal de Córdoba*. Libro cuarto, Córdoba, 1883, p. 20, ses. del 26-VI-1603. Habiendo prohibido el Cabildo de San Luis que los vecinos de Mendoza y San Juan cortasen madera de los montes puntanos intervino el corregidor en 1627 para que se permitiera dicho corte en los montes del distrito "por ser comunes" (JUNTA DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE MENDOZA, *Actas Capitulares de Mendoza*, t. II, Mendoza, 1961, p. 22).

55 Biblioteca Nacional, Colección García Viñas, nº 4112 y 4113, RR. CC. del 10-VII-1610.

por este medio el que no disfruten los forasteros lo que deben gozar los vecinos'' [56].

Ese reconocimiento de que sólo los vecinos tienen derecho a la leña despierta el deseo de extraer algún provecho de las maderas que necesitan los forasteros, especialmente los marinos que anclan en el Río de la Plata. Frente a esa posibilidad chocarán a principios del siglo XVIII el cabildo local, empeñado en aumentar sus propios y el gobernador que retacea las pretensiones municipales basado en que el derecho a los montes era una regalía [57]. Desaparecido el gobernador, el Cabildo irá recuperando sus facultades de reglamentar el aprovechamiento de los montes de su jurisdicción.

Hacia fines del siglo XVII nuevos textos legales vienen a confirmar los derechos de los vecinos del puerto a sus montes comunes. El art. 7º del tratado provisional de paz de 1681 entre Portugal y España asegura a los vecinos de Buenos Aires el uso y aprovechamiento de la madera y labores de carbón de la zona de la Colonia del Sacramento como usaban y aprovechaban antes de que se levantase esa población [58]. Y una R.R., de 1695, que conocemos por gentileza de la señora Martínez Casado de Cornejo, confirma la comunidad de montes a instancias del procurador del Río de la Plata, Gabriel de Aldunate y Rada [59].

La aplicación de la Real Provisión de 1541

Sobre los pastos cabe recordar que la Real Provisión de 1541 regía en toda la provincia del Perú y por consiguiente en Buenos Aires, pero es probable que su texto completo no fuera conocido aunque más de uno tuviera noticias de su existencia. Por su parte, las mercedes solían incluir una cláusula según la cual la tierra comprendía "lo anejo y perteneciente, aguadas, pastos, montes, cazaderos y pescaderos''. Empero, en los primeros tiempos de la ciudad no parecen haberse planteado conflictos entre la comunidad establecido por la Real Provisión y los derechos que pudiera alegar el titular de las mercedes.

A casi un siglo de la fundación encontramos la primera cita de

56 Archivo General de la Nación, *Acuerdos* cit., serie II, t. I, p. 654.
57 Idem, p. 378, 379, 417, 649, 653, 658, 661.
58 Archivo General de la Nación, *Campaña del Brasil. Antecedentes coloniales*, t. I (1535-1749), Buenos Aires, 1931, p. 313. AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Reales Cédulas t. X, IX-24-7-4, f. 113.
59 Dicha R. C. fue confirmada por otras de 11-IX-1708 y 22-VI-1711. Véase esta última en AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Reales Cédulas, Provisiones y Decretos, t. XI, IX-24-7-5, f. 356.

la Real Provisión de 1541 cuando el síndico procurador pide al Cabildo se le dé vista "de una Cédula... del Señor Emperador sobre que los pastos y montes son comunes" [60]. El Cabildo resolvió que se buscara en el archivo, pero posiblemente no pudo ser hallada ya que su apoderado en Charcas solicitó a la Real Audiencia del distrito que la sobrecartase. De conformidad con ese pedido el tribunal despachó su Provisión Real del 14 de agosto de 1676 ,en la que se insertaba la de 1541 con fuerza de sobrecarta [61]. Y en 1695 una R.C., que mencionamos al tratar de los montes, vino a confirmar para el Río de la Plata la comunidad de aguas, montes y pastos ya establecida con carácter general para toda la provincia del Perú desde 1541. A partir de entonces la Real Provisión de 1541, sola o reforzada con sus posteriores confirmaciones, es a menudo alegada en las deliberaciones capitulares, en los estrados judiciales o en los escritos de los apoderados de Buenos Aires.

Pero en un sistema jurídico como el hispanoindiano en el que el no uso o la costumbre *contra legem* jugaban tan importante papel, interesa sobremanera dilucidar cual era el sentido y alcance que se le daba en los siglos XVII y XVIII a ese precepto de la comunidad de montes y pastos acuñado un siglo antes.

En las páginas anteriores hemos procurado subrayar la amplitud de la Real Provisión de 1541, que llegaba a permitir que se levantasen cabañas junto a otras ya existentes o a hacer pastar los animales en cualquier terreno juntos o separados del de otros propietarios. No cabe duda de que esa medida es bien representativa de un determinado momento histórico en el que se mantenían muy vivas las formas medievales comunitarias y en el que los asientos no implicaban dominio sobre el suelo sino sólo un derecho de uso de los pastos. Si aun entonces provocó las reacciones que hemos consignado es natural que la resistencia arreciase al variar el clima ideológico y las demás condiciones del mundo hispanoamericano. Las transformaciones a las que ya hemos aludido anteriormente son acompañadas de una correlativa evolución doctrinaria. En el segundo tomo de *De Indiarum Iure*, aparecido en 1639, Juan de Solórzano y Pereira propicia una interpretación restrictiva de la Real Provisión de 1541 fundada en el Derecho Romano. La comunidad —sostiene— se ha de entender de modo

60 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Acuerdos* cit., serie I, t. XIV, p. 192, ses. del 4-III-1675.

61 *Correspondencia de la ciudad de Buenos Aires* cit., t. III, p. 384.

que no perjudique a terceros lo que se conforma con las reglas del derecho común "quae statuunt neminem posse in alieno agro animalia sua pascere" [62]. Y lo mismo repite en su posterior *Política Indiana*.

Al redactar la ley 5 del tít .17 del libro IV, los recopiladores de 1680 unieron la Real Provisión de 1541, a la que dieron carácter general para la totalidad de las Indias, con una R.C. de 1550 que establece reglas particulares para Santo Domingo y preceptúa, entre otras cosas, que la comunidad habrá de ser "sin perjuicio de tercero". Esta cláusula contenida en la regla excepcional de Santo Domingo será invocada por los intérpretes posteriores de la ley 5 para negar la posibilidad de hacer pastar en fundo ajeno, pues ello significaría el "perjuicio de tercero" que la ley no puede consentir.

Sin embargo la contradicción entre la absoluta comunidad de pastos y montes de 1541 con la tendencia restrictiva de los intérpretes origina en el Río de la Plata una vacilante línea de decisiones. Así, ante la demanda de Mateo de Avalos, estanciero de la Cañada de Escobar, contra varios chacareros vecinos que gozaban de sus pastos y de la leña de sus montes, el alcalde de primer voto resuelve en 1725 intimar a dichos vecinos que no entren ni disfruten del monte sin licencia de Avalos, "a quien le pertenecen en fuerza de la merced hecha por el Señor Diego de Góngora" [63]. Pero a mediados del siglo XVIII el gobernador Andonaegui, fundándose en la comunidad de pastos y montes establecida por la ley, rechaza la petición formulada por el P. Cosme Agulló de que se reconociera a la Compañía de Jesús el exclusivo disfrute de las maderas que tenía en sus tierras de La Calera, Banda Oriental [64]. Coetáneamente la Real Audiencia de México, enfrentada a un problema similar, lo zanjaba resolviendo por un auto acordado que el propietario no podría prohibir que los extraños extrajesen maderas de sus montes para usos particulares, pero que nadie tendría derecho a cortar para vender sin permiso del dueño [65].

Las vacilaciones anotadas terminan justamente hacia mediados del siglo XVIII. En la segunda mitad de la centuria se registra un arro-

[62] JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Disputationum de Indiarum Iure sive de iusta Indiarum Occidentalium Gubernatione*, Tomus alter, Madrid, 1639, p. 76, lib. I, cap. X. El pasaje pertinente de la *Política Indiana* figura en el parágrafo 21, tít. XI, lib. II.

[63] AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales P 4, IX-41-9-7, exp. 2, f. 73 v.

[64] JOSÉ MANUEL PÉREZ CASTELLANO, *Observaciones sobre agricultura*. Publicación con una introducción y notas por BENJAMÍN FERNÁNDEZ Y MEDINA, Montevideo, 1914, p. 235.

[65] JUAN N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas* cit., t. II, p. 301.

llador avance de los principios individualistas y de la crítica a las técnicas agrarias que terminaría por hacer tambalear el concepto de comunidad determinando, si no una formal derogación, al menos un decisivo giro de la jurisprudencia que se mostrará cada vez más inclinada a moderar su importancia.

El ejemplo peninsular

Excedería notoriamente los límites de este trabajo el señalar los orígenes y manifestaciones del individualismo agrario europeo, pero no creemos ocioso recordar algunas muestras de lo que se pensaba o disponía en la Península sin cuya influencia resultaría ininteligible el proceso rioplatense.

En 1766 el Intendente de Badajoz logra que el Ayuntamiento reparta tierras consejiles a vecinos pobres, y esa medida, que cuenta con la aprobación del Presidente y del Fiscal del Consejo de Castilla —Aranda y Campomanes—, es pronto extendida a otros lugares de la Península. Según el plan puesto en práctica, el Municipio sigue conservando el dominio sobre la tierra y los beneficiarios no pueden subarrendarlas ni dejarlas de trabajar so pena de perderlas. No compartimos la opinión de Joaquín Costa que en su meritorio libro sobre el colectivismo agrario afirma que se trata de una medida acorde con la doctrina colectivista [66]. Lo que los repartos tiene de colectivismo, la propiedad del municipio, es lo que traen de arrastre, lo que viene impuesto por un pasado que no puede cambiarse de golpe. Lo novedoso de las reformas de 1766, lo que les imprime un carácter diferente, es lo que tiende a dividir lo hasta entonces indiviso, o sea que no por tímidas dejan de ser disposiciones individualistas, síntoma y pregón de futuros y más audaces proyectos.

El reglamento de 1767 para las nuevas poblaciones de Sierra Morena, cuyo valor de programa del ideario de los "ilustrados" ha sido varias veces destacado, suprime la derrota de mieses y establece que cada vecino aprovechará sus tierras con exclusividad [67].

66 JOAQUÍN COSTA, *Colectivismo agrario en España*, Buenos Aires, 1944, p. 95, primera parte, cap. III, parágrafo 11. Sobre las raíces medievales de los usos comunales puede consultarse JUAN BENEYTO PÉREZ, *Estudios sobre la historia del régimen agrario*, Barcelona, 1941.

67 SANTOS SÁNCHEZ, *Extracto puntual de todas las pragmáticas, cédulas, provisiones, circulares, autos acordados y otras providencias publicadas en el Reinado del Señor Don Carlos III*, t. I, Madrid, 1794, p. 76, cap. LXVII. El reglamento es luego recogido en la Novísima Recopilación.

Casi inmediatamente, al agitarse el problema de la situación agraria en Andalucía es llamado a informar el peruano Pablo de Olavide, que lo hace en un escrito de gran interés como suma de las nuevas ideas que circulan por la Península. Para Olavide el problema agrario es, en parte, un problema jurídico que debe ser resuelto dictándose leyes "que vayan dirigidas por los mismos principios luminosos que descubrió primero la Inglaterra y han adoptado ya todas las naciones logrando la prosperidad de sus Estados". Lo fundamental es persuadirse de que es imposible que la agricultura florezca donde se prohíbe al labrador el cercar sus tierras. Olavide se explaya extensamente sobre los inconvenientes de la derrota de mieses: los agricultores temerosos de la acción del ganado, se apresuran a cosechar antes de que las espigas hayan alcanzado su óptima madurez, la concurrencia de animales ajenos les impide conservar la paja que necesitarían para alimentar a sus animales de establo durante el invierno, no se forman praderas artificiales, la hierba apenas naciente es pisoteada y arruinada por la prematura invasión de animales lanzada por los ganaderos que desean adelantarse a otros rivales. La argumentación es reforzada con largas transcripciones de una *Disertación sobre el cultivo de los trigos*, impresa en castellano desde varios años antes, en la que el Marqués de Mirabeau condena la prohibición de cercar como violatoria del sagrado derecho de propiedad. "Lo que es de todos no se disfruta bien por nadie" —concluye Olavide—; de ahí la necesidad de cercar lo propio y de dividir los bienes comunales [68].

Aunque permaneció inédito hasta nuestros días el informe de Olavide, o por lo menos las ideas que defendía, tuvo vasta difusión: una síntesis fue incluida en el memorial ajustado sobre la ley agraria aparecido en 1784, ecos de sus frases resonaron a través del plagio que hizo José Cicilia Coello [69], premiado y publicado por la Sociedad Económica de Madrid o a través de una más honesta utilización por parte de otros agraristas de fines del siglo XVIII y, finalmente, el propio Olavide volvió a redactar una nueva presentación de las mismas ideas en su libro *El Evangelio en triunfo o historia de un filósofo desengañado* que fue el libro de mayor circulación en el Río de la Plata finisecular.

Para los espíritus avanzados esta obra tenía el prestigio de emanar

[68] RAMÓN CARANDE, *Informe sobre la ley agraria*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t. CXXXIX, cuaderno II, Madrid, 1956.

[69] Inadvertido por mucho tiempo el plagio fue denunciado por MARCELIN DEFOURNEAUX, *Pablo de Olavide ou l'afrancesado (1725-1803)*, Paris, 1959, p. 164.

de un perseguido por la Inquisición, para los tradicionalistas era el libro de un filósofo desengañado, de alguien que estaba ya de vuelta de los errores del siglo, para todos era el fruto de un distinguido americano. Los que por no ser juristas ni economistas carecían de acceso a la bibliografía especializada, tenían oportunidad de leer aquí una franca crítica de los bienes comunales y la tesis de que el prohibir el cierre de los campos equivalía a impedir una buena labranza [70].

Cuando la Sociedad Económica de Madrid recibe el encargo del Consejo de Castilla de estudiar el expediente sobre la ley agraria son los temas candentes del cerramiento de tierras y el de los montes y pastos comunes los que suscitan la inmediata atención de los socios, llegándose a la coincidencia unánime de mencionar entre las causas de decadencia de la agricultura española a la falta de libertad en el goce de la propiedad [71]. Comisionado Jovellanos para redactar el informe general, que llegó a ser una de las piezas polémicas más famosas del siglo, no vaciló en adoptar un criterio netamente individualista. Sobre tema tan ventilado como el de la oposición entre propiedad individual y derechos comunales expresa que al desear que las leyes autoricen los cerramientos no hace excepción alguna: "tierras de labor, prados, huertas, viñas, olivares, selvas o montes, todo debe ser comprendido en esta providencia y todo debe estar cerrado sobre sí" [72].

Por último, el núcleo de hombres interesados por la agricultura, que no eran pocos en la época de la fisiocracia, leyó con avidez en Europa y en América el *Curso* del Abate Rozier, traducido y anotado por Juan Alvarez Guerra y recomendado oficialmente por R.O. del 2 de octubre de 1803 [73]. Ni el autor ni el anotador utilizan medias tintas. Para Alvarez Guerra la comunidad de pastos, esa "aparente fraternidad", es uno de los muchos medios que emplean las ciudades y villas considerables para mantener abatidas las aldeas como los ricos para conservar su superioridad sobre el pobre". Y en cuanto a la

70 [PABLO DE OLAVIDE], *El Evangelio en triunfo o historia de un filósofo desengañado*. Nueva edición. t. IV, Madrid, 1815, p. 156 y 159, carta XXXVII.

71 GONZALO ANES, *El Informe sobre la Ley Agraria y la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País*, en *Economía e "Ilustración" en la España del siglo XVIII*, Barcelona, 1969, p. 116 y ss.

72 GASPAR MELCHOR DE JOVELLANOS, *Obras escogidas*, t. II, Barcelona, 1885, p. 190.

73 *Curso completo o diccionario de agricultura...*, escrito en francés por una sociedad de agrónomos y ordenado por el Abate ROZIER. Traducido al castellano por D. JUAN ALVAREZ GUERRA, Madrid, 1799-1803; ARCHIVO HISTÓRICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA, *Reales Cédulas, Reales Ordenes, Decretos, Autos y Bandos que se guardan en el Archivo Histórico*, Lima, 1947, p. 324.

derrota de mieses apoya a Rozier para quien la agricultura "no podrá florecer jamás a pesar de los esfuerzos del gobierno mientras dure una costumbre tan bárbara e injusta" [74].

Hacia la consolidación de la propiedad individual

Bajo la influencia de las nuevas corrientes ideológicas, y en una evolución totalmente coincidente con la registrada en la Península, cuyo rol ejemplar resulta patente en muchos casos, se afianza en el Río de la Plata la tendencia a reconocer los exclusivos derechos del propietario de la tierra. Algunos ejemplos de las últimas décadas del régimen español pueden ayudar a comprobarlo.

En 1772 el fuerte hacendado Francisco de Alzaybar se queja al gobernador Vértiz por haberse autorizado a varios carpinteros de Montevideo a cortar madera de unos montecillos que tenía en las riberas del Arroyo San José. La comunidad de montes —explica Alzaybar forzando los términos— se refiere a los montes interminables y no a los que están en terrenos de particulares. Consciente de que la ley no establece esas limitaciones, alega "el uso y práctica universal de las gentes, que es el mejor intérprete de la ley". Previo dictamen favorable del teniente general y auditor de guerra Lavardén, Vértiz dispone que cese el corte si el lugar está comprendido efectivamente en los terrenos de Alzaybar [75].

Los terratenientes dueños de extensiones arboladas suelen conceder de balde permisos para que el vecindario corte las maderas que necesite para su uso, pero se niegan a permitir su corte gratuito por leñateros o carboneros y son amparados por la autoridad aun en casos en que no hayan perfeccionado su dominio. Por ejemplo, María González, ocupante de hecho de un campo en Las Víboras, presentada a los oficiales reales con solicitud de composición, consigue en 1780 que el comandante del partido prohíba mediante un bando que terceros corten madera de los montes ubicados en dicho campo [76]. A su vez, leñateros que no prefieren talar los montes comunes de las tierras realengas celebran contratos con los propietarios en los que estipulan las carretadas de leña que podrán cortar, la zona en que operarán, las

[74] Idem, t. V, p. 370 y t. IV, p. 5.
[75] AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales 35, IX-35-6-1, exp. 4.
[76] AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales 106, IX-36-9-2, exp. 40.

especies de árboles que podrán cortar y cuáles deberán respetar y lo que pagarán por cada carretada que traigan a Buenos Aires [77].

Ya en 1783 Juan José de Sagasti denuncia que los propietarios de tierras estorban que se hagan faenas de leña y carbón en los bosques naturales que crecen en las márgenes de ríos y arroyos de la Banda Oriental del Uruguay. Y como el síndico procurador general de Montevideo insinúa algunas reservas, es el propio Cabildo el que refuerza la denuncia de Sagasti exponiendo que en su "apoyo pudiera este ayuntamiento citar algunos ejemplares sobre la usada práctica de pretender los dueños de inmensas tierras prohibir los cortes para leña, carbón, madera etc...." [78]. En esta Banda ocurre otro tanto y así vemos que cuando alguien pretende utilizar la madera de una isla de monte existente en el rincón que fuera de Clemente López, su yerno León Ortiz de Rozas, defendido por el doctor Pedro Medrano, sostendrá que "nadie que sea antiguo vecino de aquel partido ha dudado que ninguno sino mi expresado suegro y ahora sus herederos tenemos derecho para usar de ella" y ofrece una información en la que todos los testigos concuerdan en reconocer que cada vez que necesitaron madera de ese monte la pidieron a los propietarios o a sus capataces [79]. Años más tarde, recordando ese u otro parecido incidente ocurrido en el rincón de López, el Cabildo de Buenos Aires informará al Superior Gobierno que desde el Salado hasta las Islas del Tordillo no había terrenos realengos y que sus dueños "lo poseen con los montes" de que no pueden ser privados [80].

A fines del siglo XVIII no falta quien siga invocando la comunidad de montes para justificar su intrusión en fundo ajeno ni quien niegue todo valor a la fórmula ritual de las actas de toma de posesión de terrenos comprados a la Corona en la que se expresa que se recibe la tierra con todas sus entradas, salidas, pastos, montes, etc., pero quien tal haga será seguramente rebatido con el argumento de que

77 AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales B 7, IX-40-4-5, exp. 2, f. 46.

78 AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales 71, IX-36-3-5, exp. 44. Al escrito de Sagasti nos hemos referido en nuestro trabajo sobre *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1968, p. 42. Sobre algunos estancieros de Santo Domingo de Soriano que han comenzado a embarazar el corte de madera de sus montes véase MINISTERIO DE HACIENDA, *Colección de documentos para la historia económica y financiera de la República Oriental del Uruguay*, publicada bajo la dirección de JUAN E. PIVEL DEVOTO, t. I, Montevideo, 1964, p. 430.

79 AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales O 4, IX-41-9-3.

80 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Acuerdos* cit., serie IV, t. V, p. 63.

por dicha fórmula se concedió "todo el dominio y señorío que tenía la Real Hacienda sobre el monte disputado y lo hizo señor de todas las acciones, derechos, usos, costumbres y servidumbres, aguas, pastos, potreros, arboledas y montes comprendidos en el área de los terrenos comprados a S.M." y que precisamente la existencia del monte fue uno de los elementos tenidos en cuenta para establecer la tasación del precio que se pagó por el campo [81]. Y lo que es más interesante, el Virrey y la Audiencia se inclinan siempre o casi siempre a impedir que el propietario sea perturbado en el disfrute exclusivo de los árboles.

Una excepción la constituyeron los terrenos bañados por el Río de la Plata, que según expresaba el Cabildo porteño servían de "pesebrera general de los ganados" de la ciudad especialmente durante el rigor del verano [82]. También allí numerosos pescadores habían levantado sus ranchos y hacían pastar sus animales de trabajo validos de que "las playas de ríos, bañados y tembladerales con sus montes son realengos y no pueden entrar en la repartición de las tierras" [83]. A fines del siglo XVIII, y acorde con la tendencia general a que hemos aludido, un propietario de las tierras altas colindantes pretendió al menos por dos veces que su propiedad se extendía también a dichos bañados, pero la resolución le fue adversa y los pescadores pudieron continuar en la ribera [84].

El concepto de comunidad de pastos sufre una evolución paralela a la de los montes. La amplitud de 1541, semillero de conflictos entre ganaderos, es pronto limitada bajo la presión de la realidad. En el Río de la Plata, como en otros lugares de América, se empieza por impedir tener ganado a quien carece de tierra para sustentarlo y luego se perfecciona esa idea estableciéndose una relación —flexible pero cierta— entre la extensión del campo y el número de cabezas que puede criar el terrateniente. Censurando en 1751 la instalación de un

81 AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales 1, IX-34-9-4, exp. 7. Como una de las partes sostuviese que no era concebible que se hubiese vendido un campo con el monte en contravención a las leyes de Indias y en perjuicio de sus vecinos le replica su oponente que no ha entendido bien las leyes referentes a la comunidad y que "rara es la hacienda que no reconoce monte de su propiedad y dominio sin que haya persona que se lo dispute siendo legitimamente adquirido". Cuando las leyes hablan de pastos, aguas, montes y tierras comunes "se contraen a las que son precisamente necesarias para la subsistencia de los pueblos que toca graduar y regular al gobierno y no porque todos los montes sean por su naturaleza y por la ley comunes".

82 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Acuerdos* cit., serie II, t. VII, p. 235.

83 AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales 118, IX-37-2-2, exp. 40.

84 AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales 101, exp. 14.

elevado número de vacunos en un campo colindante con la estancia del Rey concluye el capitán Francisco de Gorriti que el "traer tanto ganado a paraje de tan poco pasto" no puede obedecer sino al malicioso propósito de utilizar las pasturas ajenas, y para evitarlo encarga a varios soldados que hagan respetar los límites [85]. Con el propósito de impedir que una extensión demasiado reducida induzca al propietario a hacer desbordar sus animales sobre los pastos de los circunvecinos, un bando de 1775 prohíbe que "las suertes completas de estancia puedan subdividirse en partes ni por título de herencia, venta u otro modo alguno de enajenarse" y en años sucesivos el Cabildo vela para que se mantenga esa invariabilidad de las suertes originales [86].

En un litigio tramitado poco después de la independencia un estanciero de Exaltación de la Cruz afirma que es una "práctica constante que el número de hacienda debe arreglarse a la capacidad y extensión del terreno" ya que acumular un número excesivo implica "hacerse dueño de los pastos y de las aguadas" del lindero [87]. Lejos ya de ser un bien de aprovechamiento común, los chacareros y quinteros de los alrededores de las ciudades venden el pasto que les sobra "a los pasteros que se ocupan de este trajín" [88]. Refiriéndose a la verdadera inteligencia de la ley 5, tít. 17, lib. IV de la Recopilación de Indias, que establece la comunidad de pastos, y con el manifiesto deseo de limitar su alcance expresa el estanciero José Isasa, en 1787, que "se ha de entender el espíriu de las leyes para hacer uso de ellas porque de lo contrario lo menos que producirán serán absurdos por fruto". Y reflejando el sentir dominante a fines del siglo XVIII, agrega que si se admitiera que dicha ley permite gozar de los pastos del vecino nadie compraría un palmo de tierra [89].

Tal vez ninguno sintetice mejor el estado de la cuestión a principios del siglo XIX que el sacerdote y chacarero José Manuel Pérez Castellano, buen conocedor de la legislación indiana y de las prácticas agrarias de ambas márgenes del Plata. En sus *Observaciones sobre agricultura* que termina de redactar en 1814, afirma: "Se dirá que

85 AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Montevideo 1731-1751, IX-2-1-4; JEAN BORDE y MARIO GÓNGORA, *Evolución* cit., t. I, p. 68.

86 JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen* cit.; MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Compilación de referencias documentales. Demuestran que las reservas para ribera en la costa noroeste de Buenos Aires son bienes públicos del Estado*, t. II, La Plata, 1935, p. 387; ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Acuerdos* cit., serie III, t. VIII, p. 682.

87 AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales B 1, IX-4-3-5, exp. 25.

88 AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales 71, IX-36-3-5, exp. 6.

89 AGN, División Colonia, Sección Gobierno, Tribunales 47, IX-35-8-2, exp. 16.

los pastos son comunes. Sí, son comunes, pero lo son para los caminantes que van y vienen, los que pueden mientras viajan echar a pacer sus bueyes y caballos sobre los pastos de heredad ajena con tal que no hagan daño en las huertas y sembrados; pero no son comunes para que se tome nadie la facultad de echar a pacer en heredad que no es suya, diaria y habitualmente manadas de mulas, piaras de puercos ni otros animales de cualquier especie que sean". Hacer lo contrario "sería un absurdo que traería a la sociedad un desorden y una confusión mayor que lo del primer caos que hubo en el mundo según los poetas"[90]. Podría agregarse que además de ese consumo de los pastos practicado por los viandantes, en la época de Pérez Castellano la comunidad era también admitida para cubrir el recíproco y no malicioso consumo que realizaban los propietarios de campos linderos.

Sobre la derrota de mieses en el siglo XVII cabe citar la opinión del fiscal de la primera audiencia de Buenos Aires, Diego Ibáñez de Faría, para quien correspondía "etiam invito domino"[91]. Pero carecemos de referencias seguras y continuadas como para trazar un cuadro satisfactorio sobre la práctica de la época y sólo contamos con documentación suficiente sobre las postrimerías de la época colonial. Una nota de un artículo del *Semanario de Agricultura, Industria y Comercio* nos informa que "aquí donde la propiedad es sagrada... no se ha introducido el derecho bárbaro que autoriza los baldíos para que pasten los ganados"[92].

En ese momento los chacareros y quinteros de Buenos Aires suelen acotar sus sementeras con estacas, zanjas o tunales y no son obligados a permitir el goce de los rastrojos por los ganados ajenos. Pero subsiste una reliquia, y es que no obstante la división entre tierras de ganadería y de pan llevar establecida desde la época de la fundación de la ciudad, las autoridades sólo hacen retirar los animales de la zona de tierras labrantías durante los meses en que pueden afectar a los sembrados permitiendo que pasten libremente allí durante el resto del año. A mediados de año —generalmente en agosto a veces en julio, a veces en setiembre— se publicaba un bando por el que se disponía el retiro de los animales de la zona de las chacras hasta

90 José Manuel Pérez Castellano, *Observaciones* cit., p. 499.

91 Diego Ybáñez de Faría, *Novae Additiones. Observationes et Notae ad Libros Variarum Resolutionum... Didaci Covarruvias a Leiva*, Ginebra, 1762, p. 219.

92 *Semanario de Agricultura, Industria y Comercio*, Buenos Aires, 15 de diciembre de 1802, p. 100.

el mes de marzo siguiente, en el que podrían volver. Durante el lapso de la exclusión sólo se permitía mantener los animales precisos para los servicios urbanos y faenas rurales con la condición de que fueran guardados por pastores durante el día y encerrados en corral durante la noche [93].

La aplicación de este sistema significaba que todos aquellos agricultores que careciesen de vallas permanentes y firmes —y eran los más— debían sujetarse a realizar sus labores dentro del forzado calendario impuesto por el bando si no querían arriesgarse a que se malograsen sus esfuerzos. Nadie siembra "hasta tanto no se amonesta por bando" observa un anónimo redactor del *Telégrafo Mercantil* [94]. De la fecha de publicación del bando dependía, pues, la iniciación de la siembra en todo el cinturón de chacras de Buenos Aires, y aunque algunos fuesen partidarios de las sementeras tempranas, las consideraban imposibles si no se anticipaba el bando y el consiguiente retiro de animales [95]. O sea que aunque en Buenos Aires no existiese la derrota de mieses obligatoria se daba de hecho una situación bastante semejante debido a la falta de cercados seguros y a la admisión temporaria de animales una vez levantada la cosecha.

Diversos testimonios del siglo XVIII coinciden en afirmar que el alejamiento previsto en el bando anual se cumplía sólo a medias y que los labradores vivían obsesionados por lo que Hipólito Vieytes llamaba "el diente destruidor de los ganados" [96]. Dueños de tambos y atahonas, carniceros, propietarios de carretas o de tropas de mulas, exceptuados de la orden general de alejamiento por ser sus animales necesarios para el abasto urbano, descuidaban vigilarlos adecuadamente permitiendo que cayesen sobre el trigo tierno. Esos conflictos, en los que la simpatía pública acompañaba a las víctimas, unida al afianzamiento del concepto de propiedad individual, considerada como uno de los sagrados derechos del hombre, vendría a minar el poco prestigio que pudiera conservar el régimen agrario existente.

93 FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS. SECCIÓN DE HISTORIA, *Documentos para la Historia del Virreinato del Río de la Plata*, t. I, Buenos Aires, 1912, p. 215, 239, 270 y 301; t. II, p. 18; MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Compilación* cit., t. II, p. 52 y 382; *Revista del Archivo General de Buenos Aires*, t. I, Buenos Aires, 1869, p. 345 y ss.

94 *Telégrafo Mercantil, Rural, Político-Económico e Historiógrafo del Río de la Plata*, Buenos Aires, 31 de enero de 1802 (ed. de la Junta de Historia y Numismática Americana, t. II, p. 67).

95 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Acuerdos* cit., serie III, t. IX, p. 602.

96 *Semanario* cit., Buenos Aires, 10 de diciembre de 1806.

La cerca, símbolo y garantía del exclusivo disfrute individual de la propiedad pasa a ser una preocupación constante de cuantos escriben sobre la campaña [97]. Ni una sola voz se alza para defender la comunidad de pastos y si algo se discute no es la conveniencia de cercar, lo que se da por bien probado, sino el tipo de cerco que convendría emplear. Asumiendo el patrocinio de los labradores dirá Pérez Castellano que éstos no piden "más que la observancia de esos primeros principios de derecho natural" que prescriben que todos los propietarios gocen de su derecho en plenitud [98]. Sin el "sagrado respeto hacia la propiedad individual", sin que las leyes tengan por base "un derecho tan precioso" —escribe Vieytes— no prosperará pueblo alguno [99]. Si alguien piensa no en el hombre sino en la sociedad, agregará un argumento más a la crítica del sistema aludiendo al "perjuicio que se infiere a la comunidad" con el consumo de grano hecho por los animales en perjuicio del abasto público [100].

Es que en vísperas de la Revolución resultan cada vez más inadmisibles estas cortapisas inspiradas en un colectivismo de raigambre medieval y la comunidad de montes y pastos ha ido esfumándose más y más para dar paso a un nuevo concepto de la propiedad caracterizado por la amplitud de las facultades del propietario.

97 Véase por ej. *Semanario* cit., 8 de enero y 23 de abril de 1806.

98 JOSÉ MANUEL PÉREZ CASTELLANO, *Observaciones* cit., p. 500.

99 *Semanario* cit., 24 de diciembre de 1806.

100 *Telégrafo Mercantil* cit., 31 de enero de 1802 (ed. cit., t. II, p. 67). En cambio en el Virreinato del Perú, en fecha tan tardía como la de 8 de junio de 1805 Eulogio Guinea eleva al Virrey una encendida apología de la comunidad de pastos en defensa de los indios de Huamachuco amenazados por las pretensiones de los hacendados lugareños. Basándose en el claro texto de las leyes recopiladas explica que éstos poseen sobre sus tierras "una especie de dominio imperfecto porque tienen sobre ellas el gravamen de la comunidad" (Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares, t. LXXIII, f. 136 a 155).

CONSTITUCIÓN Y REVOLUCIÓN EN MENDOZA
(1889 - 1910)

Por ALICIA GABBI DE PADÍN, MARTA DUDA DE DE ROSAS,
CARMEN MAÑAS DE RUIZ y ANÍBAL MARIO ROMANO
Bajo la dirección de MARGARITA HUALDE DE PEREZ GUILHOU
y DARDO PÉREZ GUILHOU

Introducción

La crisis que se vive en Argentina desde hace algunas décadas ha producido en el plano teórico una imprecisión conceptual en el orden político institucional. Creemos urgente tratar de clarificar esa confusa terminología si no queremos incurrir en serios errores de comprensión histórica.

Entre los términos que demandan esa dilucidación hay dos muy en boga en la actualidad: Constitución y Revolución.

Para abordar el estudio de la constitución hemos partido de la clásica tipología de García Pelayo [1] que distingue entre constitución material y formal y, sobre todo, de esta última como norma suprema y escrita que ordena racional y definitivamente la comunidad política; garantiza al individuo el pleno goce de sus derechos naturales y establece en el ejercicio del poder una distribución de funciones en órganos separados que se controlan recíprocamente.

En la medida en que el tema "Constitución" implica una conceptuación jurídico-política lleva implícitas dos particularidades que son inherentes a la sustancia misma de la existencia política de los pueblos. En primer lugar su carácter polémico y en segundo, la tendencia a la esquematización que si se exagera, convierte la riqueza de los contenidos en sistemas estáticos y rígidos.

García Pelayo reconoce que al elaborar su tipificación tiene que hacer abstracciones que no coinciden siempre con la realidad. No obstante dado lo didáctico de esta división, la tomamos como pauta.

Este autor distingue tres tipos de constitución. En primer lugar el racional-normativo, que para él es el conjunto de normas escritas,

[1] MANUEL GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Revista de Occidente, 1959.

establecidas de una vez para siempre, que rigen la vida de los pueblos y regulan los organismos del "Estado" y el ámbito de su competencia. El segundo concepto, es el histórico-tradicional, derivado de la corriente historicista, que considera a la Constitución, no como producto de la razón, sino como resultado de la lenta transformación histórica de las comunidades, que puede o no ser plasmado por la razón en un texto. Finalmente el concepto sociológico, que ve la Constitución no como el resultado del devenir histórico sino como la expresión de los factores reales de poder.

I

El lapso de historia mendocina que va de 1889 a 1910 [2], tiene desde el punto de vista doctrinario, la suficiente coherencia interna como para justificar su estudio, lograr una sistematización en sí misma y una inserción cómoda en el devenir histórico-político de la provincia y de la nación.

Esos veinte años aparecen plenos de sucesos fundamentales en el aspecto local y nacional que repercuten en el orden de las ideas jurídico-políticas y se traducen por su aplicación por momentos rigurosa y por momentos elástica, que se plasma en los tratadistas, en la prensa y en las discusiones de los convencionales encargados de las sucesivas reformas de la constitución [3].

2 Para conocer en detalle este período puede consultarse la siguiente bibliografía: AGUSTÍN ÁLVAREZ, *Breve Historia de la Provincia de Mendoza*, Buenos Aires, 1910; ENRIQUE DÍAZ ARAUJO, *Historia Institucional de Mendoza. Notas para servir a su estudio*, Mendoza ,1963; LUCIO FUNES, *Gobernadores de Mendoza (La Oligarquía)*, 2da. parte, Mendoza, Best, 1951; DARDO OLGUIN, *Dos políticos y dos políticas (Emilio Civit y José Néstor Lencinas)*, Mendoza, D'Accurzio, 1956; DARDO PÉREZ GUILHOU, *Influencia del Constitucionalismo norteamericano en el Argentino* (Separata del Boletín de Estudios Políticos y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo), nº 16, Mendoza, 1967; DARDO PÉREZ GUILHOU, *La revolución de 1889 en Mendoza (Una etapa en la consolidación del Unicato)*, En: Revista de Historia Americana y Argentina, Nº 1-2, Mendoza, 1956-7; DARDO PÉREZ GUILHOU, *Mendoza y la crisis del 90*, (separata del Boletín de la Escuela de Estudios Políticos y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo), nº 7, Mendoza, 1957; LAURENTINO OLASCOAGA, *Instituciones políticas de Mendoza*, T. I y II, La Paz - Bolivia, Escuela Tipográfica Salesiana, 1919; ARTURO ROIG, *La literatura y el periodismo mendocinos a través de las páginas del Diario "El Debate" (1890-1914)*, Mendoza, Extensión Universitaria de la Universidad Nacional de Cuyo, 1963; JORGE SCALVINI, *Historia de Mendoza*, Mendoza, Spadoni, 1965.

3 Respecto a Constitución y Revolución los periódicos muestran las opiniones siguientes: A) *Constitución*: *Los Andes* en 1894 se muestra partidario de la reforma, se queja del proyecto de los convencionales, afirmando que debe dismi-

Tres revoluciones nacionales[4], dos provinciales[5] y tres reformas de la Constitución mendocina de 1854[6] son acontecimientos que, por sí mismos, justifican el período elegido.

Por otra parte, a partir de 1889, se hace evidente en Mendoza la influencia de las ideas liberales de Spencer[7] con su naturalismo de tipo positivista, su progresismo fundamentado biológicamente y su individualismo político, social y económico, que le va a llevar a una concepción del Estado abstencionista.

Justo es aclarar que tanto las ideas de Spencer, como las de otros tratadistas[8], cuyas influencias pueden detectarse a través de los pensadores mendocinos, no llegan al medio local, ni tampoco al nacional, en forma pura. Precisamente, una de las características de la historia del país —no sólo en esta época— es el acentuado eclecticismo con que se asimilan y aplican los principios de los tratadistas extranjeros adaptándolos en menor o mayor medida a la realidad nacional.

Acerca de la utilización de la prensa local como fuente para la historia de las ideas, cabe hacer una advertencia de interés. El periodismo, es tanto regulador de la opinión pública como generador de ella y es imprescindible estar alerta con respecto a los compromisos de tipo

nuirse el poder del Ejecutivo; en 1895 no está de acuerdo con la Constitución sancionada y en 1898 opina que ésta debe ser reformada. Ya en 1899 comienza a oponerse a la Constitución vigente y en 1900 sostiene la inoportunidad de las reformas introducidas, declarándose contrario al nuevo texto sancionado; *El Debate* critica la Constitución de 1854 calificándola de "vetusta" y por esto, en 1894, se manifiesta partidario de su reforma; en 1895 opina que la nueva constitución es "perfecta". Se opone a la reforma en 1899, mientras aprueba la de 1909. *El Ferrocarril*, en 1889 realiza una amplia prédica en favor de la reforma. *La Discusión*, en 1893 brega continuamente por la modificación de la ley fundamental, mencionando las reformas a introducir en determinados artículos. *La Reforma*, en 1905, se pronuncia en favor de la modificación de la constitución. B) *Revolución*: *Los Andes* opina que la revolución provincial de 1889 es un "incidente no revolucionario"; en 1890 ataca a la Unión Cívica y afirma que la revolución del 26 de julio es un "motín de cuartel". Coherente con su línea de pensamiento critica las revoluciones de 1893 y 1905. *El Debate*, órgano oficial de la Unión Cívica, aprueba las revoluciones de 1890 y 1893. *El Ferrocarril*, en 1889 es partidario de la revolución contra el Gobernador Tiburcio Benegas. *La Discusión* justifica la revolución de 1893, apoya el programa de la Unión Cívica de ese año. *Eco de Mendoza*, de acuerdo a sus principios, reprueba la revolución de 1890.

[4] Las revoluciones nacionales de 1890, 1893 y 1905.

[5] Las revoluciones provinciales de 1889 y 1905.

[6] Las reformas de 1895, 1900 y 1910.

[7] La ideología spenceriana está contenida en sus obras *Estática Social; Fundamentos de Sociología*; *El Hombre contra el Estado*; *Filosofía Sintética*; *Instituciones Políticas*.

[8] Montesquieu, Locke, Rousseau, Bentham, Quinet, Buckle, los fisiócratas.

político que cada periódico tiene ante las distintas circunstancias, si no se quiere caer en juicios apresurados, que no serían el reflejo fiel de la realidad [9].

II

Constitución

A través de la investigación que hemos realizado en el periodismo, hemos comprobado que, si bien prevalece la concepción racional-normativa propia del liberalismo, aparecen también conceptos de la histórico-tradicional que se afirman progresivamente a medida que nos vamos acercando a 1910.

Por el contrario, en los textos constitucionales, el proceso es inverso, porque los intereses políticos que llevan a buscar el fortalecimiento del Poder Ejecutivo para facilitar el manejo discrecional de la cosa pública, necesitan del indiscutible acatamiento a la ley escrita que lo consagra.

Abundan los periódicos en definiciones normativas: "Nuestra Constitución es la ley fundamental que consagra en sus artículos los derechos que cada ciudadano tiene y que el pueblo puede ejercitar para defender su vida cuando se ve amenazada..." [10].

Predomina la opinión que los poderes del Estado derivan de la Constitución y "no son poderes ilimitados, son al contrario muy restringidos: aquellos que están escritos en la Constitución y no más que esos, como que son poderes delegados" [11]. "El ciudadano ha enajenado una pequeña parte de su libertad individual, pero sólo aquella parte que, haciendo beneficio a la comunidad más tarde se retribuye en su propia utilidad. Los pueblos civilizados siempre se han dado un gobernante... poniendo previamente en sus manos la cartilla a que debe ajustar su marcha". "Un gobernante no debe ser, no puede ser un señor con poderes omnímodos, sino un simple administrador que el pueblo nombra para que defienda sus intereses dentro de la órbita

9 *Los Andes, El Debate, Eco de Mendoza, La Discusión, El Ferrocarril, La Reforma.*

10 *Eco de Mendoza*, nº 10 del 6-II-1890; nº 275 del 8-I-1891; *El Debate* nº 31 del 7-V-1890; nº 4110 del 28-II-1905; *La Discusión* nº 328 del 7-IV-1893; *Los Andes* nº 1546, del 24-I-1890.

11 *El Debate* nº 115 del 26-VIII-1890; *El Ferrocarril* nº 1342 del 13-I-1889; *La Discusión* nº 309 del 11-III-1893; *Los Andes* nº 1245 del 2-I-1889; nº 1254 del 2-I-1889; nº 2166 del 12-III-1892.

que marca la Constitución''[12]. "No existen más principios que los escritos en la Constitución''[13]. Estas afirmaciones corroboran la característica del concepto "racional-normativo'' de considerar sólo como vigentes las constituciones escritas.

Hemos rastreado también la característica de que ese sistema de normas, tiene una validez permanente: ''La libertad y la justicia tienen en los preceptos constitucionales su mejor consagración: un espíritu liberal... que trace la estela de garantías que brinda el Estado a sus habitantes con el buen sentido práctico que debe inspirar una legislación de principios para el pueblo de mañana, de siempre...''[14].

Este tipo de constitución persigue regular los órganos del estado estableciendo su equilibrio en la división de funciones a fin de evitar extralimitaciones y garantizar los derechos individuales: "No hay facultades absolutas dentro del sistema en que funcionan armónicamente y en esferas independientes, los poderes ilimitados del gobierno responsable. Las facultades de cada uno concluyen donde empiezan las de los otros: mutuamente se limita; de su equilibrio, fundado en el recíproco respeto fluye el conjunto de la máquina gubernamental instituida por la Constitución''. La Norma Fundamental debe garantizar los derechos individuales: ''administrar justicia es proteger la vida, la seguridad, la libertad, el honor y la propiedad de los individuos...''[15].

En la doctrina liberal, la acción del Estado no debe invadir el campo propio de la acción individual, porque "el gobierno se ha hecho para el hombre y no el hombre para el gobierno''[16].

Estos conceptos surgen de la aplicación de las doctrinas racionalistas de la Ilustración al mundo jurídico-político. Sólo la razón es capaz de poner orden y sólo donde hay constitución en sentido normativo existe estabilidad política[17]. La Constitución no sólo expresa el

[12] *Eco de Mendoza* nº 17 del 14-II-1890; *El Debate* nº 907 del 16-VI-1893; nº 939 del 28-VII-1893; nº 1374 del 6-II-1899; *El Ferrocarril* nº 1409 del 6-IV-1889; *Los Andes* nº 1243, del 9-I-1889; nº 2024 del 18-IX-1891.

[13] *La Discusión* nº 441 del 28-VIII-1893; *Los Andes*, nº 1554 del 2-II-1890; nº 1896 del 10-IV-1891; nº 1933 del 24-V-1891.

[14] *Los Andes* nº 4153 del 2-I-1899.

[15] *Eco de Mendoza* nº 134 del 16-VII-1890; *El Debate* nº 27 del 2-V-1890; nº 939 del 28-VII-1893; nº 1162 del 14-XII-1894; *La Discusión* nº 436 del 22-VIII-1893; *Los Andes* nº 1035 del 1-X-1891; nº 1402 del 2-VIII-1889; nº 1630 del 9-V-1890; nº 1855 del 17-II-1891; nº 2204 del 30-IV-1892; nº 2246 del 23-VI-1892.

[16] *El Debate* nº 1091 del 20-IX-1894; *La Discusión* nº 258 del 7-I-1893; *Los Andes* nº 1306 del 28-III-1889; nº 1402 del 2-VIII-1889.

[17] La cláusula 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de agosto de 1789, establece ''Toda sociedad en la que no esté ase-

orden, sino que el orden no puede existir sin ella. Es creadora del orden, según afirma Sièyes [18].

La confianza absoluta en el poder de la razón se manifiesta en el afán de educar al pueblo y, mientras esto no se logre totalmente, el sufragio deberá ser restringido y el poder de las minorías ilustradas prevalecerá sobre la opinión de la mayoría.

"Multiplicar las escuelas...; difundir la enseñanza es difundir la cultura que hace fuertes a las naciones y propaga el conocimiento de la verdad y de lo justo, que hace fuertes a los hombres" [19]. Es necesario que el pueblo esté educado con perfecta y plena conciencia de sus deberes y derechos, bien poseído de la importancia que entraña para su presente y su porvenir todo debate sobre leyes escritas y aprenda a interesarse en este debate, porque de él surgirá el fundamento iluminado de las mismas [20]. "En pueblos como el nuestro donde la mayor parte de la masa popular es poco preparada, hay que esperarlo todo de las clases ilustradas o dirigentes" [21]. Pero "esta restricción... es una necesidad transitoria y no un dogma político" [22].

Es notoria la evolución hacia el sufragio universal, que aparece con el programa del radicalismo a partir de 1893. No se trata de diferencias doctrinarias profundas porque en Mendoza "no hay partidos de principios, sino banderías personales" [23]. El liberalismo es el substratum de todas las agrupaciones aun cuando no lo reconozcan explícitamente [24], pero la tendencia hacia el sufragio universal y el reconocimiento de la soberanía del pueblo implican la aceptación de los principios democráticos.

No debemos confundir liberalismo con democracia aun cuando

gurada la garantía de los derechos y determinada la separación de los poderes carece de constitución".

18 E. SIEYES, *Qu' est-ce que le tiers Etat?*, París, 1888, p. 66.

19 *Los Andes* nº 1402 del 2-VIII-1889; nº 2033 del 29-IX-1891.

20 *Eco de Mendoza* nº 142 del 25-VII-1890; nº 308 del 19-II-1891; *Los Andes* nº 1855 del 17-II-1891.

21 *El Ferrocarril* nº 1918 del 24-VIII-1889; *Los Andes* nº 1254 del 22-I-1889; nº 2180 del 30-III-1892; nº 2530 del 16-VI-893.

22 *El Ferrocarril* nº 1918, del 24-VIII-1888.

23 *Eco de Mendoza* nº 293 del 29-I-1891; nº 308 del 19-II-1891 (Art. extractado del *Correo Español* que el periódico hace suyo); *El Debate* nº 1374 del 6-II-1899; *Los Andes* nº 1238 del 3-II-1899; nº 1554 del 2-II-1890; nº 1736 del 21-IX-1890; nº 2033 del 29-IX-1891 (art. "Partido Nacional al pueblo de la provincia y a nuestros correligionarios".

24 Para los radicales mendocinos de 1893 los liberales son los "enemigos del pueblo, eternos verdugos empedernidos, defraudadores del voto público" (*La Discusión* nº 441 del 28-VIII-1893). En el mismo sentido: *Los Andes* nº 1363 del 9-VI-1889; nº 1371 del 19-VI-1889; nº 1630 del 9-V-1890.

contengan notas comunes. El liberalismo significa libertad frente al Estado, la democracia posibilidad igual para todos de participar en su conducción. Para el primero es esencial la salvaguarda de los derechos de las minorías... y para la segunda la voluntad de las mayorías [25].

En la formulación de los conceptos de constitución, instituciones y sociedad aparece también la influencia de la filosofía del positivismo, sobre todo la de Heriberto Spencer. La incidencia de estas ideas en la Argentina ya ha sido explicitada suficientemente [26] y se evidencia a través de los periódicos consultados. Las notas de progreso y ciencia conforman un nuevo orden que conduce, en su forma más extrema, a un biologismo evolucionista, a una preocupación por la educación y por el bienestar material de los ciudadanos y al concepto de Estado gendarme que conserva solo las funciones indispensables que controlan el orden público y la administración: "Las sociedades humanas son organismos completos cuya composición moral responde a un fin esencialmente progresista, entrando con sus elementos en la marcha y movimiento de la humanidad hacia la felicidad de las naciones que la componen" [27]. "Las sociedades evolucionan constantemente como obedeciendo a leyes fatales y esta continua mutación representa su progreso" [28].

III

El periodismo revela admiración por las instituciones inglesas y norteamericanas y reconoce la influencia del pensamiento de ambos pueblos en nuestro constitucionalismo: "Inglaterra es el país modelo cuya legislación y política resuenan en todos los parlamentos americanos como el criterio fijo a que se someten los hombres en medio de sus más rudas discusiones" [29]. La memorable Asamblea norteamericana de

[25] García Pelayo, op. cit., p. 199.

[26] José Luis Romero, *Las ideas políticas en Argentina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946; Ricaurte Soler, *El positivismo Argentino*, Panamá, Imprenta Nacional, 1959; Leopoldo Zea, *Las ideas en Iberoamérica en el siglo XIX*, La Plata, Cuadernos de Extensión Universitaria, Departamento de Filosofía, nº 2, 1956.

[27] *La Reforma* nº 14 del 11-X-1905; nº 37 del 15-XI-1905; *Los Andes* nº 1254 del 22-I-1889.

[28] *Eco de Mendoza*, nº 151 del 6-VIII-1890; *El Comercio* nº 1051 del 1-IV-1905; *La Discusión* nº 273 del 25-I-1893; nº 420 del 2-VIII-1893.

[29] *Eco de Mendoza* nº 135 del 17-VII-1890; nº 142 del 25-VII-1890; *Los Andes* nº 2655 del 19-XI-1893.

1787 supo resolver con sabiduría los problemas para los cuales les faltaban antecedentes y modelos que pudieran servirles de guía...". "Todo tuvo que ser inventado y sin embargo todo fue previsto, resultando de allí la división de los tres poderes del gobierno y la subsistencia armónica de ellos" [30].

Estudios recientes han demostrado [31] la prelación de las influencias constitucionales en nuestra legislación nacional. La Constitución de 1853 fue elaborada sobre la base de la de 1826, el proyecto de Alberdi y la Constitución norteamericana de 1787.

La Constitución de Mendoza, que fue la primera constitución provincial que se dictó en la Confederación, se elaboró sobre un proyecto de Alberdi redactado a tal efecto y sufrió evidente influencia de la Constitución chilena de 1833. Pero en las reformas subsiguientes es muy clara la incidencia de la Constitución norteamericana, sobre todo con respecto a la organización del poder judicial como organismo moderador de los excesos del Ejecutivo y Legislativo.

El Poder Judicial fue instituido por Alberdi tomando el modelo americano pero "aplicado con timideces y reservas que desnaturalizan su esencia y fueron un peligro para su estabilidad" [32]. En la primera reforma de 1895 se intentó subsanar esta deficiencia. Triunfan así las ideas y los propósitos de Sarmiento y Vélez Sarsfield de adhesión a la Constitución norteamericana impuestas a partir de la reforma de la Constitución nacional de 1860 y de la batalla de Pavón. Se busca acentuar la preponderancia del Poder Judicial. Las reformas posteriores (1900 y 1910) no conservan la misma línea porque "se hicieron respondiendo a fines políticos" [33] de afianzamiento de la oligarquía gobernante.

[30] *El Debate* nº 31 del 7-V-1890; nº 65 del 19-VI-1890; nº 1036 del 13-VII-1894; nº 1037 del 14-VII-1894; nº 1118 del 22-X-1894; *Los Andes* nº 4339 del 1-IX-1899.

[31] PÉREZ GUILHOU, *Influencia del constitucionalismo norteamericano en el argentino*, cit., p. 4.

[32] *Los Andes* nº 4339 del 1-IX-1899.

[33] LAURENTINO OLASCOAGA (op. cit.) trae en su obra el texto de las Constituciones mendocinas de 1895, 1900 y 1905. Con respecto a los temas que nos interesan podemos decir: *Constitución de 1895*: según este autor fue iniciadora de las constituciones más largas, pues comprende 238 artículos y 109 incisos. Solamente a Derechos y Garantías dedica 50. La soberanía reside esencialmente en el pueblo, del cual emanan todos los poderes (art. 2). Para ser elector el ciudadano deberá saber leer y escribir o ser contribuyente del tesoro público (art. 54). El articulado reitera el respeto por los derechos naturales que son reconocidos por la Constitución (art. 48 y 49). En las disposiciones sobre Poder Judicial se establece la inamovilidad de los jueces mientras dure su buena conducta (art. 159). Para declarar la necesidad de reformar la Constitución se exigen los dos

IV

Si bien hemos comprobado que priva el concepto racional normativo en torno a las opiniones sobre constitución, es necesario tener en cuenta que en Mendoza, a partir de 1890, no son pocas las alusiones al valor de la costumbre y la realidad histórica del país. En las discusiones de la Convención Constituyente de 1899, el convencional José A. Salas manifestó los inconvenientes que se habían suscitado en la práctica de la Constitución de 1895 y se "habían proyectado reformas fundamentales que armonizan con nuestras necesidades, costumbres y proyecciones económicas" [34].

Por último, corresponde reiterar que el concepto de constitución está principalmente embargado por las connotaciones jurídico-políticas del liberalismo. Pero también se percibe, aunque muy débil, la vinculación con la situación económico-social de los liberales. Si bien es

tercios de los votos de los miembros que componen la Cámara; pero antes de reunir la Convención una consulta plebiscitaria expresará su voluntad a favor o en contra (art. 221-224). *La Constitución de 1900* fue sancionada cinco años después de puesta en vigencia la anterior y es muy similar a ésa. Las reformas fundamentales han respondido —según Olascoaga— "a fines políticos". Al preámbulo de la del 95 que dice "nos los representantes de la provincia de Mendoza..." se le agrega "del pueblo", a propuesta del Convencional Dr. Meliton Arroyo (Archivo Histórico de la Provincia de Mendoza, Epoca Independiente, Sección Constituciones, Carpeta 29, Años 1821-1900. Actas de la Convención Constituyente de 1900). El artículo 53 suprime la imposición de que los electores sepan leer y escribir o sean contribuyentes del tesoro. Admite el juicio político a los funcionarios como medio represivo contra el mal cumplimiento de sus deberes (art. 180). Para reformar la Constitución se suprime la consulta plebiscitaria, que pretendía impedir la frecuencia de las reformas constitucionales. *La Constitución de 1910* es más sintética. Se suprimen más de 80 artículos con respecto a la anterior. Se quita el preámbulo y en lo que se refiere a declaraciones de derechos y garantías se rebaja el articulado de 49 (en 1900) a 17 (en 1910). Desconoce el derecho de huelga contra el orden público o social. Según Olascoaga esta disposición estaba justificada por el estado del país. Este artículo se aprueba con un voto de disidencia del convencional Dr. D. Astorga. Con respecto a los derechos y garantías individuales, el articulado es menos estricto en enunciar que "reconoce" los deberes naturales. El artículo 15 lo suplanta por "enumera". Para votar se exigen 18 años y calidad de ciudadano. Con respecto al Poder Judicial establece la movilidad de los jueces pues señala períodos para ejercer sus funciones (art. 93 y 94). Para reformar la Constitución se aumentan las restricciones. Una ley declarará la necesidad de la reforma y determinará sobre qué parte versará la misma. La ley deberá ser sancionada con los dos tercios de votos del número total de los miembros de cada cámara y para su promulgación se insistirá con una nueva votación de las cámaras con las tres cuartas partes de sus miembros a favor (art. 131).

[34] *Archivo Histórico de la Provincia de Mendoza*, Epoca Independiente, Sección Constituciones, 1821-1900. Carpeta 29. *El Debate* nº 49 del 30-V-1890; nº 1158 del 10-XII-1894; *La Reforma* nº 17 del 8-IX-1905; *Los Andes* nº 2033 del 29-IX-1891 (art.: "Partido Nacional al pueblo de la provincia y a nuestros correligionarios"); nº 2104 del 22-XII-1891.

cierto que no se menciona expresamente la burguesía como la usufructuante de este concepto de constitución, la exigencia del voto de carácter censitario (Constitución de 1895) nos permite percibir la imposibilidad de acceso al poder de los grupos de menores recursos económicos.

V

Revolución

Con respecto a la revolución hemos partido de la tradicional distinción de Aristóteles [35] —contra la ley y contra el gobierno—, recogida en nuestro siglo por Ortega y Gasset [36] —contra los usos y los abusos— y muy usado contemporáneamente por los que distinguen entre revolución contra las estructuras y simples golpes de estado o alzamiento.

A partir del axioma "existen revoluciones y revoluciones" [37] las fuentes consultadas distinguen con claridad la verdadera revolución del simple "motín", "sedición", "golpe de estado", "alzamiento", "sublevación", "asonada", etc.

A nivel teórico están acordes en asignar el primer calificativo a la Revolución Francesa de 1789, "que va a transformar radicalmente el orden existente" [38], y a la Revolución de Mayo "génesis democrática del nuevo mundo que crea entidades nacionales eternas" [39].

Con respecto a los movimientos nacionales y provinciales ocurridos en el lapso que estudiamos, predomina la idea de considerarlos motines o sediciones [40], pero más por razones políticas que doctrinarias. Esto se prueba cuando se analizan los conceptos vertidos a nivel de lo fáctico. Lo que ellos llaman revolución es en realidad revolución contra los abusos.

35 ARISTÓTELES, *Política,* ed. bilingüe y trad. por Julián Marías y María Araujo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951, p. 205.

36 JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *El ocaso de las revoluciones,* En: *El tema de nuestro tiempo,* Buenos Aires, 1938, p. 111.

37 *La Reforma* nº 119 del 10-I-1906; *Los Andes* nº 1960 del 1-VII-1891; nº 2420, del 27-I-1893.

38 *La Reforma* nº 119 del 10-I-1906.

39 *Los Andes* nº 2420 del 27-I-1893.

40 *Eco de Mendoza,* nº 143 del 27-VII-1890; *La Reforma* nº 119 del 10-I-1906; *Los Andes* nº 1362 del 8-VI-1889; nº 2119 del 2-I-1892; nº 2292 del 23-VIII-1892; nº 2402 del 5-I-1893; nº 2420 del 27-I-1893.

FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

En síntesis, ¿cómo justifican los periódicos lo que ellos entienden por revolución? ¿Cuándo es lícito hacerla?: "cuando no hay otro medio de derrocar una dictadura irresponsable" [41]; cuando hay que buscar "una regeneración moral" [42]; y sobre todo cuando hay que retornar "al imperio de la ley", es decir cuando hay que volver a los principios constitucionales [43].

Es una "obligación moral hacer la revolución", y entre las instituciones que deben realizarla están el ejército y la prensa. "¿Cuándo un militar debe ir contra el gobierno? Cuando éste se erige en tirano, se convierte en el azote de su pueblo y pretende aniquilar la soberanía nacional" [44]. "El ejército tiene por misión defender la constitución y las leyes" [45].

"La prensa tiene la obligación suprema de emplear cualquier medio para hacer caer un gobierno que despotiza al país" [46].

A pesar de todo esto las opiniones más moderadas coinciden en reconocer las ventajas de la "evolución" sobre la "revolución". "Se prefiere la reforma a la revolución y se trata siempre de prevenir ésta por medio de aquélla" [47].

Cabe destacar que el concepto que surge de la compulsa de las fuentes es la de un tratamiento del tema con un enfoque fundamentalmente político. No hemos encontrado en este lapso expresas connotaciones socio-económicas.

Por último no se nos escapa que el programa del radicalismo es el que más se acercaría a la búsqueda de un cambio en la estructura política que permitiría el acceso al poder de otros grupos sociales. La

[41] *Eco de Mendoza* nº 149 del 3-VIII-1890; nº 151 del 6-VIII-1890; nº 159 del 15-VIII-1890; *Los Andes* nº 1254 de 122-I-1899; nº 1855 del 17-II-1891; nº 2407 del 12-I-1893.

[42] *El Debate* nº 72 del 28-VI-1890; nº 105 del 13-VIII-1890; *El Ferrocarril* nº 1345 del 17-I-1889; *La Discusión* nº 259 del 9-I-1893; nº 372 del 2-VI-1893; nº 423 del 5-VIII-1893.

[43] *El Debate* nº 941 del 31-VIII-1893; *La Discusión* nº 259 del 9-I-1893; nº 262 del 12-I-1893; *Los Andes* nº 1239, del 4-I-1889; nº 1254 del 22-1-1889; nº 2183 del 5-IV-1892.

[44] *La Discusión* nº 259 del 9-I-1893; n. 360 del 16-V-1893; nº 386 del 23-V-1893; *Los Andes* nº 1596 del 24-VI-1891.

[45] *El Debate* nº 86 del 18-VII-1890.

[46] *La Discusión* nº 281 del 4-II-1893; *Los Andes* nº 1638 del 20-V-1890.

[47] *Eco de Mendoza* nº 141 del 24-VII-1890; nº 151 del 6-VII-1890; nº 153 del 8-VIII-1890; *El Comercio* nº 1092 del 23-V-1905; *El Debate* nº 148 del 5-X-1890; *La Discusión* nº 254 del 2-I-1893; nº 310 del 24-III-1893; *La Reforma*, nº 17 del 8-IX-1905.

prédica por el sufragio universal que cumpliría —según los radicales— con los verdaderos principios de igualdad y soberanía del pueblo de la Constitución nacional de 1853, debilitarían las notas del liberalismo oligárquico y acentuarían los caracteres de la democracia liberal.

EL OFICIO DE GOBERNADOR EN EL DERECHO INDIANO *

Por RICARDO ZORRAQUIN BECU

SUMARIO: I. LOS ORÍGENES DE LOS GOBERNADORES INDIANOS. A) Los cargos de Colón. B) La creación del oficio de gobernador. C) Factores que influyeron sobre los primitivos sistemas de gobierno indiano. — II. LOS DISTINTOS TIPOS DE GOBERNADOR. A) Según la forma del nombramiento: a) gobernadores por capitulación; b) gobernadores designados por el rey; c) gobernadores surgidos de nombramientos o elecciones locales; d) gobernadores por compra del oficio. B) Según los demás títulos acumulados: a) los virreyes; b) los presidentes-gobernadores y las audiencias gobernadoras; c) los adelantados; d) gobernadores particulares; e) gobernadores subordinados. C) En razón de su autonomía o dependencia: a) gobernadores autónomos respecto de otras autoridades del Nuevo Mundo; b) gobernadores dependientes de otras autoridades indianas. — III. FUNCIONES DE LOS GOBERNADORES. A) El gobierno superior. B) El gobierno directo. C) El gobierno subordinado. — IV. LAS GOBERNACIONES INDIANAS. A) Clasificación de López de Velasco. B) Lista de Antonio Vázquez de Espinosa. C) La Recopilación de 1680. D) Modificaciones posteriores. — V. LAS DENOMINACIONES POLÍTICAS Y TERRITORIALES. SU SIGNIFICADO Y CLASIFICACIÓN. A) Las denominaciones utilizadas: a) de tipo territorial; b) políticas, militares, etc.; c) honoríficas. B) Significado de las denominaciones territoriales. C) La condición política de las Indias. D) Clasificación de las provincias.

I. LOS ORÍGENES DE LOS GOBERNADORES INDIANOS

A) *Los cargos de Colón.*

La primera designación de gobernador para las Indias se hizo en favor de Colón, aún antes del descubrimiento. En las Capitulaciones

* El capítulo I de este trabajo fue presentado al Primer Congreso Venezolano de Historia, que se reunió en Caracas a mediados de 1971. El segundo contiene la contribución del autor al Tercer Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Madrid y Salamanca del 17 al 23 de enero de 1972. Aquél ha sido publicado en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Memoria del Primer Congreso Venezolano de Historia, del 28 de junio al 4 de julio de 1971*, II, 443-476, Caracas, 1972. El capítulo II aparecerá próximamente. Ambos vuelven ahora a imprimirse con muchos agregados y algunas correcciones, integrando un estudio más amplio y orgánico que comprende también los capítulos III, IV y V. Debido a la extensión de este trabajo, estos tres últimos serán publicados en el próximo número de la *Revista*.

EL CONCEPTO Y LAS DIVISIONES DEL DERECHO: DE CICERÓN A SANTO TOMÁS

Por RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ

1. *Introducción.*

Los orígenes y el desarrollo de las doctrinas jurídicas fundamentales interesan primordialmente a la historia del derecho, en cuanto atañen a las bases mismas de su objeto. No debe sorprender, por consiguiente, que dejando de lado los temas especiales que en otras ocasiones han atraído nuestra atención, dediquemos a ese asunto la conferencia inaugural del ciclo que anualmente organiza nuestro Instituto [1].

Sin duda hemos de abordar también un tema de filosofía jurídica, dado que esta disciplina estudia las concepciones elaboradas a lo largo de los siglos. Y debe hacerlo, no con el simple propósito de conocer un pasado intelectual caduco, sino para informarse acerca de doctrinas que muchas veces son precursoras de las actuales. Porque si las hipótesis y las conclusiones de tiempos anteriores han perdido vigencia con el avance de las ciencias y las técnicas, en cambio el pensamiento filosófico o jurídico, la literatura, el arte y otras creaciones de la inteligencia humana conservan siempre su atractivo y su interés, en la medida en que se destacan como obras del espíritu de alguna trascendencia ulterior. Las teorías del pasado, con sus aciertos y sus errores, inspiraron corrientes doctrinarias que a veces perduran en la actualidad con más amplios o diversos desarrollos. Esta continuidad histórica del pensamiento humano va a ponerse en evidencia al estudiar los orígenes y la evolución del jusnaturalismo, que tanta vitalidad ha tenido y tiene en la filosofía jurídica de Occidente. Al hacerlo procuraremos señalar también —dentro del ámbito propio de la historia del derecho— el significado preciso de los conceptos que se utilizaban [2].

[1] Este trabajo fue leído, en parte, el 7 de junio de 1972.

[2] Para los clásicos griegos y romanos utilizamos las ediciones *Les Belles Lettres*, Collection des Universités de France, publiée sous le patronage de

Aunque los historiadores de la filosofía atribuyen a los griegos la idea originaria de un derecho natural, en realidad las doctrinas helénicas se refieren principalmente a la justicia, considerándola desde el punto de vista moral, sin perjuicio de integrarla también en el orden del universo. Para explicar el número, el cambio, el devenir de las cosas, los primeros pensadores de Grecia elaboraron la idea de un orden, el *cosmos,* regido por una ley que gobierna las cosas y los seres con inmutable sabiduría. El *logos* de Heráclito —que se transformará en el *Verbo* del Evangelio de San Juan, pero con un sentido divino— es el principio que explica como "se desarrollan los acontecimientos del mundo y las relaciones entre los hombres de acuerdo con el orden inherente al proceso de la naturaleza" [3]. Este concepto va a coincidir con la *ratio* de los romanos, o sea el sistema por cuyo imperio "la acción del hombre está sometida a la misma ley que la vida del *cosmos*" [4].

De esas bases, superando los errores y las negaciones de los sofistas, surgirá el pensamiento platónico que vinculó el objeto de la ley al bien universal del Estado, y su cumplimiento a la observancia de los preceptos "de ese Dios que, según la antigua tradición, es el comienzo, el medio y el fin de todo lo que existe, va rectamente a su objetivo en medio de las revoluciones de la naturaleza y no cesa de tener a su cargo la Justicia, que venga las infracciones a la ley divina" [5]. Y llegando ya más concretamente a esta última virtud, Aris-

l'Association Guillaume Budé. Las referencias a los autores de la Edad Media se toman de las obras que en cada caso se citan. Para facilitar la impresión y la lectura, hemos reducido a lo indispensable las citas en latín; reemplazado la *i* y la *u* por la *j* y la *v*; y transcripto las palabras griegas en caracteres latinos.

[3] JACQUES CHEVALIER, *Histoire de la pensée, I. La pensée antique*, 615, París, 1955. El *logos* de Heráclito —según dice EDGARDO FERNÁNDEZ SABATÉ— es "un principio informante —iluminador y legislador— de todas las cosas". Y agrega que "el *logos* es también el *nomos* y ambos vienen a ser la sabiduría y la justicia divinas, que son el modelo normativo de la ley de la ciudad, del hombre y del *cosmos*. Hay una ley divina de la cual proceden las leyes humanas, y para tal ley no hay ni bueno ni malo, ni justo ni injusto, pues mal e injusticia son hechuras humanas" (*Introducción a los presocráticos*, en *Revista Jurídica*, 7, 89-90, Tucumán, 1960: publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Tucumán). Conf.: JUAN LLAMBÍAS DE AZEVEDO, *El pensamiento del derecho y del Estado en la antigüedad*, 54, Buenos Aires, 1956.

[4] JACQUES CHEVALIER, 613.

[5] PLATÓN, *Las leyes*, IV, 715 d-716 a; JACQUES CHEVALIER, 253. Respecto de los sofistas deben recordarse las tesis de Trasímaco y de Callicles. Para el primero, "la justicia no es otra cosa que el interés del más fuerte" (PLATÓN, *La república*, I, 338 c), porque "en todo Estado la fuerza pertenece al gobierno

tóteles había de distinguir lo justo natural, "que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro", y lo justo "puramente legal", fundado "sobre convenciones y sobre la utilidad" [6].

Pero los griegos no fueron juristas, ni hicieron del derecho una disciplina autónoma con sus métodos propios y sus doctrinas específicas [7]. Esta fue la gran empresa científica de los romanos, que inspirándose en aquellas concepciones trascendentales, acentuaron su contenido jurídico para crear, de ese modo, una verdadera filosofía del derecho y una teoría derivada de ella.

2. *El derecho romano.*

El *jus* aparece en el vocabulario romano como un concepto que se ubica en una posición que podríamos llamar intermedia entre las normas (*leges, mores*, etc.) y la justicia. El *jus* se identifica con lo equitativo y lo bueno: es una noción objetiva que aparece en las

constituido... Todo gobierno establece siempre las leyes en su propio interés, la democracia, leyes democráticas; la monarquía, leyes monárquicas, y de la misma manera los otros regímenes; y luego, una vez hechas esas leyes, (esos gobiernos) proclaman justo para los gobernados lo que es su propio interés" (íd., I, 338 d-e). Según Callicles, "casi siempre la naturaleza y la ley se contradicen" (PLATÓN, *Gorgias*, 482 e): "la ley es hecha por los débiles y por el mayor número... en vista de su propio interés... Pero la naturaleza misma, según creo, nos prueba que en buena justicia el que vale más debe prevalecer sobre el que vale menos, el capaz sobre el incapaz. Nos muestra en todas partes... que la característica de lo justo es la dominación del poderoso sobre el débil" (id., 483 a-d). "El derecho según la naturaleza es que el mejor y el más razonable mande a los mediocres y tome la mayor parte" (id., 490 a). Callicles establecía así una incompatibilidad u oposición entre la justicia según la ley (*nomos*) y según la naturaleza (*fisis*). De la misma manera, para ANTIFÓN EL SOFISTA, "la justicia consiste en no transgredir ninguna de las reglas admitidas por la ciudad de la cual se forma parte... Casi siempre el derecho legal está en oposición con la naturaleza" (*Sobre la verdad*, en ANTIPHON, *Discours, suivi des fragments d'Antiphon le Sofiste*, 176-177, Paris, 1923).

[6] *Etica a Nicomaco*, V, 7.

[7] "El derecho fue, en Grecia, una dependencia de la retórica y la moral; aun el derecho civil no constituyó una disciplina separada. Sus ideas más ingeniosas sobre sus fundamentos y sus modos de formación están dispersas en los tratados de metafísica y de moral" (J. DECLAREUIL, *Rome et l'organisation du droit*, 8, Paris, 1924). Respecto del sentido de las palabras que utilizaban: "La palabra *nomos* tiene en griego un sentido más amplio que la palabra *loi* en francés; ...*nomos* se aplica a la costumbre, a la regla religiosa, a la obligación moral, y aun al orden natural de las cosas, así como a la prescripción legislativa" (L. GERNET, *Les Lois et le droit positif*, introducción a PLATÓN, *Les Lois*, Livres I-II, xciv, Paris, 1951). *Diké* era la regla general del derecho definida por las leyes, y a la vez la sentencia que aplicaba ese derecho; y *dikaiosynê* era la rectitud moral, a la vez virtud y cualidad jurídica, que traducimos por justicia (JEAN AUBONNET, en ARISTOTE, *Politique*, Livres I et II, 112, Paris, 1960).

normas, pero que no se confunde con ellas. El *jus* "consta" o "proviene" de las leyes, las costumbres, los edictos del pretor, etc., que son sus fuentes [8]. Puede, incluso, haber leyes que den soluciones que no concuerden con el *jus*, por ser contrarias a la equidad. Y a la inversa, Paulo sostiene que "el *jus* no se toma de las reglas, sino que del derecho que existe, se hace la regla" [9].

Por su parte la justicia es el hábito o la virtud de "dar a cada uno su derecho" [10]. Es una "voluntad constante y perpetua" de alcanzar ese resultado, una aspiración, un ideal, que evidentemente no se identifica con su objeto.

En consecuencia el derecho es un término que se distingue tanto de las normas que lo recogen como de la justicia que lo inspira. Celso lo definió diciendo que es "el arte de lo bueno y lo equitativo" [11]; y este concepto, que Ulpiano reprodujo calificándolo de "elegante", fue incluido más tarde al principio del *Digesto* para evidenciar así la importancia que se le daba y la aceptación que merecía por parte de los compiladores [12]. Lo que sorprende y desconcierta a los juristas modernos es que Celso calificara como un arte al derecho. Esto se explica fácilmente recordando que la palabra *ars* significa también "conocimiento, ciencia, saber" y, por metonimia, "teoría o conjunto de reglas, cuerpo de preceptos que forman la base de un arte o de una ciencia" [13]. En ambos sentidos la expresión de Celso resulta adecuada al pensa-

8 GAYO, *Institutas*, I.i.2: "Los derechos del pueblo romano constan en las leyes, los plebiscitos", etc. Conf.: *Institutas*, I.ii.3. "El derecho civil es el que proviene (*venit*) de las leyes, plebiscitos", etc. (PAPINIANO, en el *Digesto*, I.ii.7). Para CICERÓN, "el derecho civil es el que resulta (*consistat*) de las leyes", etc. (*Topica*, 28: ver *infra*, nota 78).

9 *Dig.*, L.xvii.1: *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat.* "La norma jurídica fue considerada como objetivamente preexistente a toda formulación hecha por los doctos e indoctos en sus negocios... por encontrarse implícita en la costumbre" (VICENTE ARANGIO-RUIZ, *Historia del derecho romano*, traducción... por Francisco de Pelsmaeker e Iváñez, 162, Madrid, 1943).

10 *Dig.*, I.i.10; *Inst.*, I.i.1.

11 *Dig.*, I.i.1: *Ut eleganter Celsus definivit, jus est ars boni et aequi.*

12 Conf.: ALFONSO GARCÍA GALLO, *Ius y derecho*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXX, 31, Madrid, 1960.

13 Ver *Grand dictionnaire de la langue latine sur un nouvean plan par le Dr.* GUILL. FREUND, traduit en français... par N. THEIL, I, 232, v° *ars*, Paris, 1866. "La indiferenciación de los conceptos de ciencia y de arte" perduró durante la Edad Media (FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del diritto, I, Le Fonti*, 272, Milano, 1954). FÉLIX SENN, *De la justice et du droit, Explication de la définition traditionnelle de la justice*, 34, Paris, 1927, sostiene en cambio que la frase de Celso se explica como el deseo o la preocupación, muy propia de un jurista, de asegurar la puesta en práctica del *aequum et bonum*, ampliando o extendiendo así el significado de *jus* hasta incluir su aplicación.

miento romano, aunque no concuerde con la inteligencia que en la actualidad damos a la palabra arte. Mas exactamente podríamos decir que el derecho es, simultáneamente, el conocimiento y la aplicación de lo bueno y equitativo. Ciceron llamaba al derecho, indistintamente, ciencia y arte [14].

Lo que debe destacarse en esa definición, en cambio, es el contenido que se le asigna al derecho. El *jus* debe realizar lo bueno y lo equitativo. *Finis aequi juris*, diría Tácito refiriéndose a la ley de las Doce Tablas [15]. Cicerón, como luego veremos, identificaba al derecho civil con la equidad. Según Paulo, "lo que es siempre equitativo y bueno" se llama *jus naturale*, y en cambio el *jus civile* consiste en "aquello que es útil a todos o a muchos en cada ciudad" [16]. Las reformas de los pretores, que crearon el *jus honorarium*, se hicieron "para utilidad pública" [17]. La idea de fin, y de un fin adecuado a la justicia y a las conveniencias generales, domina ese concepto de lo jurídico. Y por consiguiente, como opinaba Juliano, "en aquellas cosas que han sido instituidas contra la razón del derecho, no podemos seguir la regla jurídica" [18].

El sistema, ciencia o arte, se formó principalmente por obra de los peritos en derecho, partiendo de decisiones o resoluciones inspiradas en aquellos objetivos. Era, como podría decirse ahora, un derecho de juristas [19]. Esto puede demostrarse mediante el análisis de las fuentes que sucesivamente lo fueron creando. La costumbre aparece, no tanto como un producto espontáneo de la conciencia popular, sino, las más de las veces, como "una decisión tomada, en cierta oportunidad, por un jefe o por una sentencia" [20]. Y cuando alguien invocaba una costumbre, Ulpiano consideraba que era preciso ver si ella "había sido antes confirmada en juicio contradictorio" [21]. Las leyes eran sancionadas en los comicios a proposición de un magistrado, sin cuyo requi-

14 *Scientia juris*: *De oratore*, I, 18, 48, 165, 167, 175; arte: id., I, 186, 190.
15 TÁCITO, *Anales*, III, 27.
16 *Dig.*, I.i.11.
17 PAPINIANO, en *Dig.*, I.i..7 § 1.
18 *Dig.*, I.iii.15. Conf.: id., I.iii.25.
19 "Se puede hablar con propiedad de un derecho de juristas cuando la formación y elaboración del derecho se atribuye a un grupo de personas, las cuales tienen al Derecho como tema de ocupación profesional" (PABLO KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, versión... del alemán por José Santa Cruz Teijeiro, 247, Madrid, 1955). El autor enumera en este sentido a los derechos romano, común, inglés y francés, este último en el antiguo régimen.
20 J. DECLAREUIL, 17.
21 ULPIANO, en *Dig.*, I.iii.34.

sito esas asambleas no podían votar. Esas leyes, escasas y breves, fueron objeto de las *interpretationes*, que recibieron el nombre de "*proprium jus civile*, que sin ser escrito consiste sólo en la interpretación de los prudentes" [22]. Más tarde, los edictos de los pretores vinieron a colmar las lagunas del derecho y a corregir sus defectos, modificándolo mediante procedimientos indirectos. Y por último Augusto dio a algunos juristas el *jus respondere*, y las *responsa prudentum* fueron obligatorias para los jueces [23]. De esta manera se comprueba que el *jus* raras veces era la expresión de la voluntad de las autoridades políticas, sino más bien un conjunto de decisiones tomadas por quienes poseían la ciencia del derecho, y la aplicaban mediante disposiciones generales (*edicta*) o particulares (*interpretationes, responsa prudentum*). El *jus praetorium* u *honorarium* fue "el que introdujeron los pretores ayudando, supliendo o corrigiendo el derecho civil, para utilidad pública" [24], y estos pretores fueron llamados *viva vox juris civilis* [25]. Las respuestas de los prudentes, análogamente, eran las "sentencias y opiniones de aquellos que tienen la facultad de establecer el *jus*" [26]. Por consiguiente el sistema jurídico romano fue, en lo fundamental, una creación de los jurisconsultos y de los jueces, que podían imponer reglas y decisiones [27] incluso para casos ya producidos. Sólo más tarde, en el Bajo Imperio, esta facultad pasa a los emperadores y la ciencia de los juristas desaparece.

Claro está que esas leyes y decisiones, una vez convertidas en normas jurídicas, eran de aplicación obligatoria. Sin embargo, según dice Del Vecchio, "para los juristas romanos, como se sabe, el derecho puede y debe ser buscado siempre, más que en las prescripciones legales, en su fundamento, o sea, en la naturaleza intrínseca de las cosas, fuente perenne e inagotable. Este principio tiene igualmente validez, en especial modo, para guiar la labor del juez. En tal orientación filosófica radica, precisamente, la superioridad de la jurisprudencia ro-

[22] POMPONIO, en *Dig.*, I.ii.2 § 12. Ver ARANGIO-RUIZ, 159-160.

[23] J. DECLAREUIL, 16-27; P. KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, en MOMMSEN, MARQUARDT ET KRUEGER, *Manuel des antiquités romaines*, XVI, 35, 44-46 y 147, Paris, 1894; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7ème. éd., 43 y 47, Paris, 1923; PIETRO BONFANTE, *Historia del derecho romano*, versión completada y revisada por José Santa Cruz Teijeiro, I, 323-324 y 330-337, Madrid, 1944.

[24] PAPINIANO, en *Dig.*, I.i..7 § 1.

[25] MARCIANO, en *Dig.*, I.i.8.

[26] GAYO, *Inst.*, I § 7; *Inst.*, I.ii.8.

[27] GAYO, *Inst.*, I.i.6.

mana con relación a las modernas escuelas positivistas"[28]. En consecuencia el derecho, aunque concretado en normas, debía buscar siempre su inspiración en los principios de justicia y equidad. Y "la equidad clásica era, genuinamente, algo intrínseco al sistema mismo del derecho positivo (*jus*), y no extraño o superior a éste"[29].

3. *El fundamento del derecho según Cicerón.*

La doctrina jurídica romana se fue elaborando hasta llegar a su más perfecta expresión en el siglo III de la era cristiana. No se alcanzó este resultado sino a través de una larga evolución del pensamiento. Y fue Cicerón (106-43 a. C.) —sin ser precisamente un jurista profesional— quien primero se preocupó por investigar y establecer las bases filosóficas del orden jurídico[30].

Nadie estaba en mejores condiciones, a mediados del último siglo de la era pagana, para elaborar en torno al derecho una doctrina fundamental que hasta entonces no había surgido en su patria. Cicerón pasó su juventud en compañía de los miembros de la familia Scaevola, eminentes juristas de su época, uno de los cuales, Quinto Mucio el pontífice, había escrito un tratado de derecho que era considerado una verdadera enciclopedia[31]. Además, durante toda su vida, cultivó una estrecha amistad con Servio Sulpicio Rufo, cuyas obras tuvieron importante significación como intento de introducir la lógica y el método científico en el estudio del derecho[32].

[28] GIORGIO DEL VECCHIO, *La justicia* (traducción directa de la 3ª ed. italiana por Francisco P. Laplaza), 86, Buenos Aires, 1952. Ver *infra*, notas 77 y 81.

[29] F. CALASSO, 332.

[30] La bibliografía que conocemos sobre el pensamiento jurídico de Cicerón es relativamente escasa: G. DE CAQUERAY, *Explication des passages de droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron*, Paris, 1857; EMILIO COSTA, *Cicerone giureconsulto*, nuova edizione riveduta e ampliata dall'autore e in parte postuma, Bologna, 1927; GAETANO RIGHI, *La filosofia civile e giuridica di Cicerone*, Bologna, 1930; MAURICE PALLASSE, *Cicéron et les sources du droit*, en *Annales de l'Université de Lyon*, 3ème. série, Droit, fascicule 8, Paris, s.f. (¿1945?); GEORGES DE PLINVAL, *Introduction*, en CICÉRON, *Traité des Lois*, vii-lxvi, Paris, 1959; y P. MILTON VALENTE, S.J., *L'étique stoïcienne chez Cicéron*, Paris-Porto Alegre, 1956. Debo el conocimiento de esta última obra a la gentileza del doctor Guido Soaje Ramos, profesor de Filosofía del Derecho, a quien agradezco debidamente su atención.

[31] Quintus Mucius Scaevola, pontífice máximo, fue Cónsul en el año 95 a. C. Tío suyo, y del mismo nombre, era el llamado *Augur*, que desempeñó el consulado en 117 a. C. Este último fue el maestro de Cicerón (ver *De amicitia*, I, 1; *Brutus*, 306; *De legibus*, I, 13).

[32] Ver *Brutus*, 150-157; *Philippica*, IX, 10: "todos los que en esta ciudad se han interesado por el derecho no pueden ser comparados con Servio Sulpicio Rufo". Sobre los Scaevola y Servio Sulpicio ver KRUEGER, 78-82, y ARANGIO-RUIZ, 155-156.

Pero faltaba algo más. Era necesario buscar en la filosofía misma, *ex intima philosophia* [33], los principios de ese sistema, para convertirlo en un ordenamiento coherente que respondiera a ideas e ideales superiores. Cicerón, que había actuado como orador eminente en resonantes procesos, sostenía que el arte oratorio debía ir acompañado de conocimientos filosóficos y jurídicos sin los cuales no podían construirse discursos convincentes y fundados [34]. Él mismo había perfeccionado sus estudios de filosofía en Atenas y en el Asia Menor, recibiendo las enseñanzas de los maestros de la Academia, especialmente Antíoco, y llegó así a tener una formación ecléctica que si bien era esencialmente estoica, no dejaba de integrarse con aportes platónicos y aun aristotélicos [35]. Pero no iba a ser un simple imitador ni a divulgar teorías ajenas. Iba a construir un sistema que será menos idealista que el de Platón y más apegado a la realidad jurídica de Roma, aunque tratando de establecer principios fundamentales que superaran ampliamente el empirismo del derecho hasta entonces conocido y practicado.

Porque el gran orador de la república creía siempre que el derecho no consistía sólo en los textos legales, manejados artificiosamente por juristas a quienes calificaba de *leguleius* [36], sino en el buen sentido y en la equidad, cuyos preceptos debían dominar las interpretaciones y las sentencias [37]. Pero además era preciso buscar las bases y los fines de ese sistema, para encuadrarlo en una concepción del mundo y del hombre y hacerlo entonces derivar de los principios más altos de la filosofía.

"El derecho se funda, no sobre la opinión, sino sobre la naturaleza misma" [38]. O dicho de otra manera: "si debemos explicar la natura-

[33] *De legibus*, I, 17.

[34] *De oratore*, I, 48 y 166 y sig.; *Orator*, 120; *Partitiones oratoriae*, 100; *Brutus*, 322.

[35] DE PLINVAL, xxiii-xxvii, sostiene que *De re publica* y *De legibus* están impregnados del espíritu de Platón —que había escrito dos obras de idénticos títulos— pero que no puede olvidarse tampoco la influencia recibida a través de las enseñanzas de Antíoco. Por su parte MILTON VALENTE considera que en esas obras Cicerón se inspiró principalmente en Panecio (180-110 a. C.), el filósofo que introdujo el estoicismo en Roma (op. cit., 57-63). JEAN AUBONNET, en su *Introduction* a ARISTOTE, *Politique*, cit., cxxix-cxxxi, destaca las reminiscencias aristotélicas en Cicerón.

[36] *De oratore*, I, 236.

[37] Ver *infra*, notas 77 y 81.

[38] *De* legibus, I, 28. Repite la misma idea en *De inventione*, II, 160-161; "El derecho natural no consiste en nociones surgidas de la opinión, sino en aquellas otras grabadas por una fuerza innata en nosotros, como la religión, la piedad, el reconocimiento, la vindicta, el respeto, la verdad". Conf. también id., II, 54 y *De oratore*, III, 114.

leza del derecho, hay que descubrirla en la naturaleza del hombre''[39].

''Este ser, capaz de prever y deducir, complejo, dotado de penetración y de memoria, lleno de razón y de inteligencia, que llamamos el hombre, ha sido creado por la divinidad suprema (dotándolo) de condiciones preclaras''[40]. El ser humano se distingue de los demás seres por su facultad de razonar. Pero tiene esta potencia en común con los dioses. Existe por lo tanto una sociedad o comunidad entre éstos y aquél, derivada de esa participación a la recta razón. ''Y como esta última es la Ley, debemos pensar que los hombres y los dioses están reunidos en una asociación fundada en la Ley''[41].

Cicerón recogía de esta manera la idea platónica y estoica de una verdadera comunidad que une al hombre con Dios. Contrariamente a Aristóteles, para quien tanto Dios como los monstruos están excluidos de la sociedad[42], y oponiéndose también a la posición de Pitágoras[43] y otros filósofos posteriores que incorporaban a los animales a esa vasta

39 *De legibus*, I, 17.

40 Id., I, 22.

41 Id., I, 23. Esta idea era tomada de las enseñanzas de Zenón, el fundador del estoicismo, y de su discípulo Crisipo. El *fisei nomos* (ley conforme a la naturaleza) iba a convertirse en el *jus naturae*: JEAN AUBONNET, Introduction cit., cxxvii.

42 *Política*, I, 14 (1253 a): ''el hombre que no puede vivir en comunidad o que no tiene necesidad de ella, porque se basta a sí mismo, no forma parto de la ciudad: por consiguiente, es un monstruo o un dios''.

43 Cicerón atribuye a Pitágoras y Empédocles la idea de que ''*omnium animantium* tienen una misma condición jurídica'' (*De re publica*, III, 19; conf.: COSTA, 18). Respecto de los dioses y los hombres, esta doctrina está referida por PLATÓN (*Gorgias*, 507 e-508 a)), para quien los pitagóricos sostenían que ''el cielo y la tierra, los dioses y los hombres están unidos por la amistad, el respeto del orden, la moderación y la justicia, y por esta razón llaman al universo el orden de las cosas''. En cuanto a los animales, ''la creencia en la transmigración y el periódico retorno de las almas, que hace que todos los seres vivos sean congéneres'', creaba ese vínculo (JACQUES CHEVALIER, I, 76; conf.: LLAMBÍAS DE AZEVEDO, 38 y 74), Contrariamente a esta teoría, ya HESÍODO (*Los trabajos y los días*, 276-280) había dicho: ''que los peces, las fieras y los pájaros alados se devoren, puesto que no tienen justicia; pero a los hombres Zeus les ha dado la justicia, que es de lejos el mayor bien''. Sobre la idea de un vínculo entre los dioses y los hombres ver también HESÍODO, id., 122-126; PLATÓN, *Protágoras*, 322; id., *Las leyes*, IV, 713-714. La concepción de una ''comunidad cívica del Mundo, formada por los dioses y los hombres y regida por la misma Ley, el *Logos* o la Razón Divina'', fue desarrollada como base de su filosofía por Zenón de Citio, el fundador del estoicismo (JEAN AUBONNET, *Introduction* cit., cxxvii). Un siglo después de Cicerón, SÉNECA volverá a exponer la misma idea de una ''ciudad común a los dioses y los hombres, ciudad que comprende todo el universo, que obedece a leyes constantes y eternas, en donde los cuerpos celestes cumplen sus infatigables revoluciones'' (*Ad Marciam de Consolatione*, xviii, 1).

asociación cósmica, Cicerón la limita a quienes tienen espíritu, es decir, la *recta ratio* sobre la cual se funda el derecho [44].

La egregia condición del ser humano lo vincula necesariamente con Dios. Su alma es un don divino, y entonces podemos sostener que existe una relación de parentesco o de filiación respecto de los seres celestiales. Del mismo modo, la virtud es una facultad común a unos y otros, que no se encuentra en las demás especies; y como "la virtud no es otra cosa que la más perfecta y elevada naturaleza, se deduce de ello la similitud del hombre con Dios" [45].

4. *La ley natural.*

Ahora bien, estos seres divinos han dado al género humano una ley, "que es la razón y el pensamiento de la sabiduría". "No es ni una invención del genio de los hombres ni una decisión arbitraria de los pueblos, sino algo eterno que reina sobre el mundo entero por la sapiencia de sus mandamientos y de sus prohibiciones" [46]. Esa ley es "la razón suprema ínsita en la naturaleza, que nos ordena lo que debemos hacer y nos prohibe lo contrario" [47], porque existe "una razón emanada del orden natural de las cosas, que impulsa a los hombres a obrar rectamente y a eludir los actos delictuosos" [48]. En definitiva, "el derecho está impuesto por la naturaleza" [49].

Esa ley —*ratio summa insita in natura*— no es por consiguiente obra humana. Es una "ley suprema, común a todos los siglos, nacida antes de que existiera ninguna ley escrita o de que se hubiera consti-

44 DE PLINVAL, xxiii; COSTA, 18. El texto *De legibus*, I, 23 sigue diciendo: "Quienes tienen entre ellos comunidad de ley, tienen comunidad de derecho. Y los que tienen esas cosas en común deben ser considerados como pertenecientes a una misma ciudad" (*civitas* o Estado).

45 *De legibus*, I, 24-25.

46 Id., II, 8. Al utilizar la palabra ley, en este sentido de norma suprema emanada de los dioses, es evidente que Cicerón no hace referencia a disposiciones concretas sino al *logos*, a un ordenamiento que no es fuente del derecho positivo, aunque este último deba inspirarse en aquélla. La justicia, en efecto "tiene su origen en la naturaleza; más tarde, por razones de utilidad, aparecieron ciertas costumbres, y por último esos principios naturales, confirmados por el uso, recibieron la sanción de las leyes y de la religión" (*De inventione*, II, 160). Esta teoría sobre el origen del derecho no era uniformemente aceptada. Para HORACIO (*Sátiras*, I, 3, 111), "el temor de padecer la injusticia hizo inventar el derecho".

47 *De legibus*, I, 18.

48 Id., II, 10.

49 Id., I, 34: *jus in natura esse positum*. Conf.: id., I, 28: "el derecho está constituido (fundado) no sobre la opinión sino en la naturaleza".

tuido en cualquier parte un Estado" [50]. Esta idea se desarrolla elocuentemente en un conocido pasaje del *De re publica*: "hay una ley verdadera, la recta razón inscripta en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero que, sea que ordene o que prohiba, nunca se dirije en vano a los buenos ni deja de impresionar a los malos. No se puede alterarla por otras leyes, ni derogar alguno de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden liberarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana, y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos. El universo entero está sometido a un solo amo, al Dios todopoderoso que ha concebido, meditado y sancionado esta ley: desconocerla es huirse a sí mismo, renegar de su naturaleza, y por ello mismo padecer los castigos más crueles, aunque se escapara a los suplicios impuestos por los hombres" [51].

Esta concepción del *jus naturae* tenía un profundo contenido político y moral. Al afirmar que hay normas inmutables que no derivan de las opiniones contingentes y variables sino de la naturaleza racional del hombre, Cicerón quería imponer una base permanente y ética al derecho. "Todo nuestro discurso —decía— tiende al fortalecimiento de los Estados, a la consolidación de las costumbres y a la salvación de los pueblos" [52]. Más aún: el derecho natural "expresa una exigencia deontológico-jurídica de la naturaleza humana", sin la cual no pueden cumplirse los fines de su existencia [53]. Coincidiendo con la filosofía estoica creía que el objetivo o la finalidad de la conducta humana era la vida justa y honesta, aunque también aceptaba las doctrinas platónicas y aristotélicas que sostenían el valor de los bienes morales junto a otros bienes. En cambio criticaba acerbadamente a los cínicos, a los epicúreos y a los escépticos, cuyas ideas deletéreas sólo servían para dejar sin fundamento ético al derecho y hacer de éste un conjunto de normas que cambia de acuerdo con las circunstancias, las opiniones dominantes o los intereses mayoritarios.

Consecuente con esta actitud sostenía que era "completamente insensato considerar como justo todo lo que figura en las instituciones y

50 Id., I, 19. *Non scripta sed nata lex: Pro Milone*, 3, 10; *Orator*, 165.
51 *De re publica*, III, 22, 33.
52 *De legibus*, I, 37.
53 GAETANO RIGHI, 85.

en las leyes de los pueblos'' [54]. Porque si el derecho se fundara únicamente en la voluntad humana podría llegarse a admitir cualquier extravío —contando con el voto popular— que alteraría el orden natural de las cosas. Para "distinguir una ley buena de otra mala no hay otra regla que la naturaleza, que separa no sólo el *jus* y la *injuria*, sino también de un modo general todos los actos nobles y viles'' [55]. El pensamiento de Cicerón a este respecto es que el *jus* y el *honestum* coinciden con la virtud, y sus contrarios con el vicio. Ningún legislador puede alterar estas nociones morales, porque entonces todas las demás cualidades de los seres, como la verdad, el bien o la felicidad, dependerían también de opiniones o convenciones puramente humanas [56].

Así como el hombre debe buscar la virtud, así también "el derecho y todo lo noble deben ser deseados por su propio valor porque el derecho es de por sí digno de ser deseado y honrado, y con el derecho, la justicia'' [57]. En otras palabras, y siguiendo las ideas fundamentales de la filosofía estoica, ''vivir de acuerdo con la naturaleza es el bien supremo, es decir, gozar de una existencia moderada y conforme a la virtud. Y precisamente seguir a la naturaleza (es) vivir según su ley'' [58].

En definitiva, para Cicerón el derecho natural es un conjunto de normas de origen divino, conformes con la recta razón, que regulan las relaciones de los hombres entre sí y con la divinidad con un sentido de justicia, procurando la virtud y el bien. Como ordenamiento anterior y superior a toda elaboración humana, es puramente ideal, pero debe influir en la formación del derecho positivo. Porque para Cicerón es necesario que todo sistema jurídico responda a esos fundamentos racionales y equitativos; y por el contrario "los que han redactado para los pueblos normas funestas o injustas, por el hecho de haber violado sus promesas y declaraciones solemnes, han impuesto cualquier cosa menos leyes; pues la interpretación de la palabra ley indica que su esencia consiste en establecer lo justo y lo verdadero'' [59].

[54] *De legibus*, I, 42.

[55] Id., I, 44. Por el contrario HORACIO (*Sátiras*, I, 3, 113), expresando una idea epicúrea, afirmaba: ''No, la naturaleza no puede separar lo justo de lo inícuo''.

[56] Ver *De legibus*, I, 45 y sig.

[57] Id., I, 48, Conf.: *nos ad justitiam esse natos* (id., I, 28).

[58] Id., I, 56.

[59] Id., II, 11.

5. *Las divisiones del derecho en Cicerón.*

No parece que Cicerón adoptara la distinción aristotélica entre justicia natural (*dikaion fisicon*) y justicia legal (*dikaion nomicon*) [60]; ni que hiciera una separación tajante entre el derecho natural y el positivo. Es cierto que en un pasaje de sus obras afirma que "el derecho se divide en dos partes principales, derecho natural y leyes; cada uno de estos géneros, según su principio, se distribuye en derecho divino y derecho humano; éste descansa en la equidad, aquél en la religión" [61]. Pero tal clasificación —que por lo demás sería adoptada en el futuro perdurando hasta el siglo XIX— no aparece en otros escritos. Por el contrario, al desarrollar en *De legibus* sus teorías, Cicerón se ocupa sucesivamente de las leyes religiosas, del derecho pontificio, de la organización del Estado y de las magistraturas. En este libro inconcluso o parcialmente perdido no llega a tratar ni el sistema judicial ni el derecho civil.

Más evidente en el conjunto de sus obras aparece la distinción entre el *jus publicum* y el *jus civile*. El primero "es propio del Estado y del imperio" [62], o sea que comprende el conjunto de normas referentes a la constitución misma de una *civitas*, la organización del pueblo dentro de ella y las relaciones de sus miembros con aquélla [63]. Este tiene por objeto la utilidad común [64] y también incluía, en el vocabulario ciceroniano, el derecho penal [65].

A ese *jus publicum* se contraponen las normas relativas a las personas singulares en cuanto tales, o sea el derecho privado, que a veces se identifica con el civil y a veces comprende también el *jus gentium*. Conviene observar que para Cicerón, como para los jurisconsultos clásicos, el *jus civile* no abarca todo el orden jurídico positivo, sino sólo la esfera de las relaciones privadas. Fuera de él quedaban el *jus sacrum* (*divinum*) y el *jus publicum* [66]. Y así como este último tenía por ob-

60 ARISTÓTELES, *Etica a Nicomaco*, V, vii. EMILIO COSTA sostiene la idea contraria (conf., 17).

61 *Partitiones oratoriae*, 129.

62 *De oratore*, I, 201: *publica quoque jura, quae sunt propria civitatis atque imperii.*

63 EMILIO COSTA, 27-28.

64 *Pro Sestio*, 91: *ad communem utilitatem. De inventione*, I, 68: "Todas las leyes, jueces, deben procurar el interés de la república; hay que interpretarlas en el sentido de la utilidad común, antes que literalmente".

65 COSTA, 24.

66 COSTA, 24, nota, y 27. "Lo que llamamos *jus civile* quedará reducido a un espacio pequeño y limitado" dentro del conjunto del derecho y de las leyes (*De legibus*, I, 17).

jeto la utilidad común, la finalidad del civil era la equidad, como luego hemos de verlo más detenidamente.

Pero antes de analizar el derecho privado (civil y de gentes), es indispensable dejar bien establecido que en el pensamiento ciceroniano el *jus naturale* se imponía tanto al público como al privado [67]. O sea que todo el sistema jurídico positivo, en cuanto construcción humana racionalmente concebida, derivaba de ese modelo ideal que le daba su contenido.

¿Qué es el derecho civil? Cicerón nos dice que "son las reglas de equidad que permiten a los miembros de una misma ciudad obtener las cosas que les pertenecen" (*res suas obtinendas*) [68]. En esta definición encontramos ya dos conceptos que serán ampliamente utilizados por los juristas posteriores: la equidad —o sea la exacta correspondencia en las relaciones privadas— y el principio de dar a cada uno lo que le corresponde, que iba a integrar la clásica definición de la justicia.

Esta última idea aparece expuesta por vez primera en la *República* de Platón, que la atribuye a Simónides: "es justo dar a cada uno aquello que se le debe" [69]. Cicerón retomó la misma opinión y la expuso reiteradamente haciendo de ella la finalidad de la justicia; aunque en realidad utilizó dos fórmulas que no se contradicen. En varias de sus obras afirmó que la justicia consiste en dar o distribuir a cada uno lo suyo [70]; y en otras sostuvo que era necesario dar a cada uno según su dignidad [71]. De acuerdo con este concepto su definición más conocida —que iba a ser adoptada por muchos autores en la Edad Media— expresa que "la justicia es un hábito del alma, observado en el interés común, que da a cada cual su dignidad" [72]. Tal vez esta última palabra deba interpretarse en el sentido de mérito.

También afirma Cicerón —volviendo ahora al derecho privado— que "la finalidad del *jus civile* es ésta: mantener una exacta e impar-

67 COSTA, 28.

68 *Topica*, 9.

69 PLATÓN, *La república*, I, vi, 331 e. Pero Platón rechaza este criterio para hacer de la justicia una virtud que abarca la totalidad de las acciones humanas.

70 *De natura deorum*, III, 38; *De re publica*, III, 9; *De finibus*, V, 65; *De officiis*, I, 15.

71 *De officiis*, I, 42: "hay que procurar... que a cada uno se le dé según su dignidad, pues éste es el fundamento de la justicia". *Rethorica ad Herenium*, III, 2: "La justicia es la equidad que da a cada cual derechos según la dignidad de cada uno".

72 *De inventione*, II, 53. Estos textos han sido reunidos por DEL VECCHIO, *La justicia*, cit., 88.

cial equidad (*aequabilitas*) en las relaciones de los ciudadanos, de acuerdo con las leyes y costumbres'' [73]. Y agrega que "siempre se ha buscado que el derecho fuera equitativo (*aequabile*), porque de otra manera no sería derecho'' [74].

Aequitas, aequabilis, aequabilitas son términos que no deben confundirse con la *epikeia* griega, que hoy traducimos por equidad. Mientras esta última era, según la conocida definición de Aristóteles, "una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal'' [75]; es decir, una solución más justa aunque contraria a la ley, aquellas palabras encierran la idea de una justa proporción, de una exacta correspondencia de una cosa con otra, que puede a veces consistir en la igualdad o puede también, según la naturaleza de la relación jurídica, exigir un tratamiento adecuado a las condiciones de las personas [76]. Pero además la equidad romana era un modo de interpretar o de establecer el derecho, aun en contra de la ley escrita o de su explicación literal [77]. Por otra parte, la idea de equidad tiene siempre un contenido moral: es la conducta buena, recta, leal, que en último extremo se confunde con la justicia. Por lo cual, en definitiva, el ''dar a cada uno lo suyo'' y la equidad son dos conceptos armónicos, que imponen soluciones idénticas.

Si la finalidad del derecho civil consiste en mantener la equidad en las relaciones privadas, y si está formado por reglas de equidad, según las dos definiciones ciceronianas, resulta evidente que se identifica con esta noción. Por eso, cuando menciona las fuentes de este sistema, Cicerón dice que "el derecho civil es el que resulta de las

73 *De oratore*, I, 188. La dificultad de traducir exactamente esta frase obliga a transcribirla en su original: *Sit igitur ergo in jure civili finis hic: legitimae atque usitatis in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio.*

74 *De officiis*, II, 42.

75 *Etica a Nicomaco*, V, x, 3.

76 ''La equidad debe prevalecer, y desea que en casos iguales se apliquen idénticos principios jurídicos'' (*Topica*, 23). Para designar la igualdad, Cicerón utiliza la palabra *par*: ''par es lo que para todos es igual'' (*aequabile*): *De inventione*, II, 54. Sobre la equidad ver también *De officiis*, II, 41 y *Partitiones oratoriae*, 100 y 130. También PLATÓN, *Las leyes*, VI, 757. FÉLIX SENN, cit., 29-31, analiza extensamente el concepto de equidad.

77 En *Brutus*, 144-145, Cicerón elogia a Crassus por su arte de interpretar los textos, de ''explicar los principios de equidad'', y de haber dicho ''muchas cosas contra la letra en favor de lo equitativo y bueno'' (*contra scriptum pro aequo et bono*). En *De Oratore*, I, 240, dice que Galba ''defendió la equidad contra el derecho estricto'' (*pro aequitate contra jus dicere*). En *Pro Cecina*, 65, afirma que la interpretación *aequum et bonum* debe prevalecer sobre las palabras (*verbis et litteris*), ''y un buen juez debe defender la voluntad y la intención del legislador''. Conf.: KRUEGER, 166-167.

leyes, de los senadoconsultos, de las cosas juzgadas, de la autoridad de los jurisconsultos, de los edictos de los magistrados, de la costumbre, de la equidad'' [78]. Estas fuentes, escritas o no escritas, no se confunden con el derecho, sino que lo manifiestan o lo contienen. Pero todas deben tener la misma finalidad. Las leyes son *fons aequitatis*, ''fuentes de la equidad'' [79]; los magistrados son los ''custodios del derecho civil'' [80]; y así sucesivamente.

¿Cómo podía resolverse, en la doctrina ciceroniana, el conflicto entre la norma no equitativa y las exigencias eternas de la justicia y del derecho natural? El gran orador no nos da una respuesta a este interrogante, que siglos más tarde vendría a ser uno de los problemas fundamentales del jusnaturalismo. Pero ya hemos visto que para Cicerón las normas ''funestas o injustas'' no pueden considerarse leyes en su esencia; que era ''insensato considerar como justo todo lo que figura en las instituciones y en las leyes''; y que a su juicio la interpretación *aequum et bonum* debía prevalecer sobre la estrictamente literal [81]. Entonces, si contemplamos su filosofía jurídica como un sistema coherente, y damos al derecho natural la primacía que él le dio, es obvio llegar a la conclusión de que la ley injusta no integraba el orden jurídico positivo desde un punto de vista racional, aunque lo fuera como hecho imperativamente impuesto. No debemos perder de vista, además, que el derecho romano no tenía la rigidez del actual, y que al estar formado más con resoluciones que con leyes, las posibilidades de aplicación de la equidad eran sumamente amplias.

6. *Las divisiones del derecho según los juristas clásicos.*

Originariamente el derecho romano había derivado de la religión, cuyos preceptos contribuían también a mantenerlo en vigor. Pero al final de la República las antiguas creencias ya no tenían la misma fuerza de convicción, y las costumbres ancestrales tampoco ejercían su primitivo imperio sobre las conductas, en una sociedad y en un Estado enormemente ampliados por las conquistas y la incorporación de ele-

[78] *Topica*, 28. Conf.: id., 31.
[79] *Pro Cluentio*, 146.
[80] *De legibus*, III, 8.
[81] *Supra*, notas 59, 54 y 77. Cuando Cicerón dice que ''el magistrado es la ley que habla'' (*De legibus*, III, 2), se refiere a la ley suprema, ''porque el mundo obedece a la divinidad y a ella obedecen los mares y las tierras, y la existencia de los hombres está sometida a las órdenes de la ley suprema (id., III, 3): conf.: MILTON VALENTE, cit., 382-383.

mentos exóticos [82]. A falta de esa compulsión religiosa o tradicional, el derecho había perdido sus bases, su fundamentación, convirtiéndose en un conjunto de normas o soluciones que se aplicaban sin juzgar su contenido. La obra de Cicerón consistió en establecer una filosofía jurídica que sin volver al pasado creaba —inspirándose sin duda en el pensamiento griego— una teoría de alcance universal.

El derecho natural era obra de la divinidad, la ley suprema que los dioses habían establecido para los hombres como consecuencia de esa comunidad de la razón, de la virtud y del espíritu. La recta razón humana buscaba esos principios que debían guiar su conducta. Y en definitiva, las finalidades orientadoras eran, para el derecho público, la utilidad común, y para el privado la equidad.

Es cierto que Cicerón no alcanzó a formular un sistema orgánico. Muchas de sus ideas quedaron mal definidas o insuficientemente explicadas. Hay que buscarlas no en un tratado completo, sino en obras dispersas, especialmente *De legibus* y *De re publica* —que no se conservan en su integridad— y en *De oratore*, cuyo objeto es exponer un tema distinto [83]. La misma forma elegida, el diálogo, conspiraba contra esa elaboración sistemática. Y sin embargo puede decirse que Cicerón fue el iniciador de una corriente de pensamiento jurídico que en Roma, y a través de ella en todo el mundo de Occidente, iba a alcanzar indudable trascendencia.

El desarrollo posterior de esas doctrinas fue la obra de los juristas de los siglos II y III de la era cristiana, pues no parece que los anteriores se preocuparan por esos problemas. Esa reelaboración de los conceptos jurídicos fundamentales nos es desconocida. Sólo quedan las *Institutas* de Gayo, escritas hacia los años 160-162, y los fragmentos de los jurisconsultos de la primera mitad del siglo III, en su mayor parte recogidos en el *Digesto* [84]. Pero tanto en éste como en aquélla sólo aparecen definiciones y conceptos sin ninguna explicación que ayude a comprenderlos, y sin los desarrollos necesarios para conocer en virtud de qué razonamientos llegaron a tales conclusiones.

Gayo inicia sus comentarios afirmando que "todos los pueblos que

[82] DE PLINVAL, cit., xviii.

[83] Hay referencias, en escritores romanos, que indican que Cicerón escribió un libro titulado *De jure civili in artem redigenda*, hoy perdido: DE PLINVAL, xxxvi; COSTA, 25.

[84] JULIEN REINACH, *Introduction*, en GAIUS, *Institutes*, x, Paris, 1950. Además del *Digesto*, se han encontrado muchos fragmentos dispersos, que ha reunido —entre otros— P. F. GIRARD, *Textes de droit romain*, 5ème. ed., Paris, 1923.

se rigen por leyes y costumbres utilizan en parte su propio derecho, y en parte uno que es común a todos los hombres; en efecto, el derecho que cada pueblo instituye para sí se llama derecho civil, o sea derecho propio de la ciudad; mientras lo que la razón natural establece entre todos los hombres y es observado de modo semejante en todos los pueblos se llama *jus gentium*, es decir, derecho que todo el género humano utiliza'' [85]. Después de indicar que el derecho de Roma "consta'' en las leyes, plebiscitos, etc., y de dar las definiciones de las distintas fuentes, termina esta parte introductiva o general diciendo que ''todo el derecho que usamos se refiere a las personas, o a las cosas o a las acciones'' [86].

Gayo no menciona al derecho natural ni se ocupa de la fundamentación del orden jurídico, pero destaca en cambio que el *jus gentium*, común a todos los pueblos, ha sido instituido por la razón natural. La interpretación más difundida sostiene que la *naturalis ratio* consiste en el orden natural de las cosas, en la regulación de las relaciones humanas según los dictados de la naturaleza [87]. Sorprende que a su juicio —y esto aparecerá luego en las *Institutas* de Justiniano y en el *Digesto*— "todo el derecho" se limite a las personas, las cosas y las acciones, haciendo desaparecer así el derecho público. En realidad, aunque siempre se hizo la distinción entre este último y el privado, la enseñanza, las obras doctrinarias y las compilaciones posteriores se ocu-

85 GAYO, I, 1. Reproducido en *Inst.*, I.ii.1 y en el *Dig.*, I.i.9. Cicerón no había elaborado una teoría del *jus gentium*, aunque lo menciona ocasionalmente. ''Hay una sociedad que entre todas es la más amplia, la que une a los hombres entre sí. Hay otra más restringida, la que comprende a los de una misma nación. En fin, la que forma una sola ciudad. Así nuestros antepasados distinguieron el derecho de gentes del civil. El civil no es siempre derecho de gentes; pero el de gentes debe ser siempre derecho civil'' (*De officiis*, III, 69). ''La naturaleza, el derecho de gentes y aun el civil... se oponen a que un ciudadano pueda causar daño a otro para su propio beneficio'' (id., III, 23). He eliminado, en este último texto, las palabras que varios autores consideran interpoladas: ver KRUEGER, 55, nota 5. COSTA, 25-27, trata extensamente el concepto del *jus gentium* en Cicerón, al cual considera ''un conjunto de normas comunes al derecho positivo de varios pueblos, incluido el mismo pueblo romano''. Pero de las escasas referencias ciceronianas al *jus gentium* no surge con claridad su verdadera esencia.

86 GAYO, I, 8. Reproducido en *Inst.*, I.ii.12 y en *Dig.*, I.v.1.

87 KRUEGER, 161. Es necesario agregar que en dos pasajes del *Digesto*, tomados de otra obra de Gayo, éste relaciona al derecho de gentes con la naturaleza humana y la equidad natural: ver *Dig.*, XLI.i.1 y 9 § 3). R. W. y A. J. CARLYLE, *A history of mediaeval political theory in the West*, I, 37-39, Edinburgh and London, 1903, consideran que el derecho de gentes en Gayo ''es primitivo, universal, racional y equitativo'', y por lo tanto no existe diferencia entre él y el *jus naturale*. Conf., en el mismo sentido: PALLASSE, 98.

paron única y exclusivamente del *jus civile*, que más tarde pasó a identificarse con el derecho romano.

A principios del siglo III se destacan —entre otras— las figuras de los grandes juristas Paulo y Ulpiano, cuyas opiniones debemos recordar. Mientras el primero sostuvo que el derecho natural "es siempre equitativo y bueno" [88], el segundo introdujo una nueva teoría que iba a perturbar la consideración del problema. En efecto, Ulpiano comienza por distinguir el derecho público del privado: el primero comprende las cosas sacerdotales, las sagradas y las magistraturas; el segundo en cambio —y adviértase aquí la limitación que impone y que no siempre es observada— "está compuesto de preceptos naturales, o de gentes, o civiles" [89]. De manera que el derecho natural queda reducido a inspirar solamente las cuestiones que atañen a la utilidad de los individuos particulares.

Pero hay algo más extraño aún. Ulpiano, retomando la vieja teoría pitagórica y eliminando de ella a los dioses, crea una comunidad jurídica entre los hombres y los animales. "El derecho natural —afirma— es el que la naturaleza enseñó a todos los animales, y por lo tanto no es propio sólo del hombre, sino común a todos los animales que nacen en la tierra y en el mar, incluyendo las aves. De él procede la unión del marido y la mujer, que nosotros llamamos matrimonio, la procreación y educación de los hijos; pues vemos que los demás animales, y hasta las fieras, se rigen por este derecho" [90].

Los ejemplos que da Ulpiano no constituyen derecho sino instintos. No es posible confundir la semejanza biológica de los seres con una identidad o semejanza jurídica. De esa manera el derecho natural perdía toda su preeminencia como valor ético fundamental, así como la vinculación que se había establecido con las leyes reguladoras del orden universal impuesto por los dioses. Por otra parte, el propio Ulpiano se contradijo pues reconocía que "el animal no puede causar

88 *Dig.*, I.i.11.

89 *Dig.*, I.i.1 § 2; *Inst.*, I.i.3.

90 *Dig.*, I.i.1 § 3 y, con pequeñas variantes, en *Inst.*, I.ii.pr. A su vez el derecho de gentes es "el que usan todos los pueblos". No aparece, ni en Gayo ni en Ulpiano, la noción de un derecho de gentes aplicado en Roma a los peregrinos y luego extendido a los ciudadanos (ver KRUEGER, 55 y 164). El de gentes se ha convertido en un derecho ideal, que llega a confundirse —por ser obra de la *naturalis ratio*— con el natural, como ya vimos en la nota 87. Agregar: FÉLIX SENN, 78 y DOM ODON LOTTIN, *Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, 2ème. éd., 8-9, Bruges, 1931.

injuria, porque carece de razón'' [91]; y por lo tanto tampoco era capaz de cumplir los preceptos del derecho que él mismo enumera: "vivir honestamente, no causar daño a otro, dar a cada uno lo suyo'' [92]. Por último, es bueno recordar que Cicerón había negado rotundamente la posibilidad de todo *vinculum juris* entre los hombres y los animales [93].

De estas opiniones heterogéneas y contradictorias no es posible extraer una doctrina jurídica uniforme y orgánica. Esas diferencias serían un obstáculo que la Edad Media tardaría mucho en superar. Lo que sí cabe destacar es que los juristas clásicos de Roma secularizaron el derecho. Gayo hace derivar el de gentes de la razón natural, como siglos más tarde lo harían Grocio y sus continuadores; Paulo da un contenido de equidad —que puede ser puramente humano— al *jus naturale*; y Ulpiano coloca en la misma categoría al hombre y a las fieras. Ha desaparecido la idea de un Dios creador de la naturaleza humana y por lo tanto del derecho que debe regirla.

Esta evolución coincidió, por lo demás, con el creciente aumento del poder imperial, ejercido por un príncipe despótico a quien se rendía un culto religioso, y cuyas constituciones llegaron a ser la única fuente del derecho [94]. Desde el siglo III estas últimas son llamadas *leges*, mientras que con la palabra *jus* (o *jus vetus*) se designó el conjunto de preceptos o soluciones recogidos en los escritos de los jurisconsultos [95]. Esta oposición aparece claramente establecida en el *Edicto* de Teodorico (de principios del siglo VI) y en la *Lex Romana Wisigothorum* sancionada en el año 506 [96].

91 *Dig.*, IX.i.1 § 4. La inconsistencia de la doctrina de Ulpiano se pone más en evidencia al recordar otros textos suyos que dan al derecho natural un contenido propiamente humano, de tipo racional y no instintivo. Así dice que ''en todo lo que concierne al derecho natural todos los hombres son iguales'' (*Dig.*, L.xvii.32); que las manumisiones de los esclavos son de derecho de gentes, porque ''por derecho natural todos los hombres nacen libres'' (*Dig.*, I.i.4); que el robo y el adulterio son contrarios al derecho natural (*Dig.*, L.xvi.42); y que es de derecho natural que ''la superficie pertenezca al dueño del suelo'' (*Dig.*, IX.ii.50). La teoría de que la libertad es de derecho natural y la esclavitud de derecho de gentes se encuentra afirmada también por otros juristas; *Dig.*, I.v.4 y XII.vi.64; *Inst.*, I.ii.2. Ver CARLYLE, I, 39-41; KRUEGER, 163,164; SENN, 72 y PALLASSE, 99 y sig.

92 *Dig.*, I..i.10 § 1; *Inst.*, I.i.3.

93 PALLASSE, 100-101; COSTA, 18; DE PLINVAL, xxiii; RIGHI, 85.

94 CHEVALIER, *Histoire de la pensée*, cit., I, 740.

95 KRUEGER, 347.

96 KRUEGER, 414 y 423. El *Edicto* de Teodorico proviene *ex novellis legibus et veteris juris sanctimonia* (de las *Novelas* y del derecho antiguo consagrado). Sobre la fecha del *Edicto* ver CALASSO, 76.

7. *La Patrística.*

El Cristianismo iba naturalmente a ejercer una influencia considerable en la concepción del derecho, revitalizando aquellas ideas antiguas que vinculaban su existencia y su contenido con la divinidad.

Ya San Pablo, inspirándose tal vez en las tradiciones de la filosofía helénica, afirmó "que no son justos delante de Dios los que oyen la ley, sino los que la cumplen; esos serán justificados. En efecto, cuando los gentiles, que no tienen ley, hacen por razón natural lo que manda la ley, estos tales, no teniendo ley, son para sí mismos ley: y ellos hacen ver que lo que la ley ordena está escrito en sus corazones, como se lo atestigua su propia conciencia, y las diferentes reflexiones que allá en su interior ya los acusan, ya los defienden" [97]. San Pablo nos hace recordar un concepto de la ley natural análogo al de los estoicos y de Cicerón, pues se trata de una ley inscripta en los corazones aun de los mismos gentiles, quienes la conocen a través de la razón natural y de su conciencia. La unidad e identidad de la naturaleza humana exige la existencia de esa ley común, que por lo demás deriva de la voluntad de Dios [98].

Esa idea de un orden superior, impuesto a la recta conciencia humana, será la base de los ulteriores desarrollos de la filosofía cristiana, que se inspirará también en Cicerón. El pensamiento de este último se refleja copiosamente en Lactancio (¿260-340?), que reproduce la descripción de la ley natural contenida en *De re publica* [99], distingue el *jus divinum* y el *jus humanum* como lo había hecho aquél, caracterizando al primero como *religio* y al segundo como *aequitas* [100], y por último destaca el concepto de *aequabilitas*, a la que considera la equidad completa vinculada con Dios [101]. Resulta interesante destacar, como nota original de Lactancio, su concepto de naturaleza, que no confunde con las inclinaciones físicas o apetitivas del hombre, sino con "la naturaleza humana en cuanto hay en ella tendencia hacia el bien" [102].

[97] SAN PABLO, *ad Rom.*, II, 13-15.
[98] Id., II, 17 y sig.
[99] Ver nota 51.
[100] Ver nota 61.
[101] Ver nota 73. FIRMIANUS LACTANTIUS, *Divinarum institutionum libri VII* (escrito probablemente entre 307 y 311), V, 6-16: ver PALLASSE, 112-113.
[102] *Div. inst.*, V, 15, cit. por LUIS RECASENS SICHES, *La filosofía del derecho de Francisco Suárez, con un estudio previo sobre sus antecedentes en la patrística y en la escolástica*, 2ª ed., 26, México, 1947.

En San Ambrosio (340-397) vuelve a aparecer el pensamiento ciceroniano junto al de San Pablo. El Obispo de Milán divide al derecho en natural y escrito. El primero está "en nuestros corazones, como enseña el apóstol", y consiste en una "ley no escrita, sino innata" [103]. Las mismas nociones enseñan Tertuliano y San Jerónimo, pero es necesario llegar a San Agustín (354-430) para encontrar un desarrollo más amplio y fundamental, no sólo de esa filosofía jurídica, sino de toda la teología.

El insigne Obispo de Hipona inserta al derecho en el orden de la creación, dirigido por la ley eterna que es "la razón o la voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohibe perturbarlo" [104]. Esta se refleja en la criatura racional, y entonces se llama ley natural, que es "la razón humana naturalmente grabada en el corazón" [105]. Y agrega: "la ley justa se encuentra descripta y como impresa en el corazón del hombre obrador de justicia, y no como si emigrase, sino como una especie de intro impresión, como queda impresa en la cera la imagen del anillo sin abandonar la sortija" [106]. San Agustín utiliza también la definición ciceroniana del derecho natural que citamos anteriormente [107]. A su vez la ley positiva es divina, cuando proviene de la Revelación y del Evangelio (y entonces coincide con la ley natural), o humana, cuando la autoridad dispone lo necesario para el mantenimiento del orden y la paz sociales, que son los fines del Estado. Pero "no es ley la que no es justa" [108].

El cristianismo parece haber influido también en los redactores de las *Institutas* (533), que si bien transcriben las definiciones de Ulpiano y de Gayo relativas al derecho natural y al de gentes, agregan —en forma muy poco coherente por cierto— que "los derechos naturales, que usan todos los pueblos, constituidos por la providencia divina, siempre permanecen firmes e inmutables" [109]. Lo que "la natura-

[103] SAN AMBROSIO, *De fuga seculi*, III y *Epístolas*, LXXXIII, 2, citados por CARLYLE, I, 105.

[104] SAN AGUSTÍN, *Contra Faustum*, 22, 27, cit. por SENN, 82 y por ENRIQUE LUÑO PEÑA, *Historia de la filosofía del derecho*, I, 187, Barcelona, 1948. San Agustín parte de la definición de la ley dada por Cicerón (ver nota 47).

[105] *Epístola* CLVII, 15; *De ordine*, II, 25, citados por LUÑO PEÑA, I, 187.

[106] *De trinitate*, XIV, 21, cit. por LUÑO PEÑA, id., y por JUAN MIGUEL BARGALLÓ CIRIO, *Pensamiento político y jurídico de San Agustín*, 37, Buenos, Aires, 1960.

[107] *De diversis quaestionibus*, XXXI, cit. por CARLYLE, I, 106 (ver nota 38).

[108] *De libero arbitrio*, I, v, 11, cit. por BARGALLÓ CIRIO, 41. Sobre San Agustín ver también RECASENS SICHES, 29-39.

[109] *Inst.*, I.ii.11. Ver CARLYLE, I, 74 y PALLASSE, 114-115.

leza enseñó a todos los animales'', según Ulpiano, y la *naturalis ratio* de Gayo, aparecen aquí reemplazados por la divina providencia, insertando así nuevamente al derecho natural en el orden creado y querido por Dios. Más aún: este sistema de normas es inmutable, como lo había expuesto Cicerón y lo pensaron San Agustín y otros, y trascendental.

La distinción entre derecho divino y humano será repetida por San Isidoro de Sevilla (570-636), y de sus *Etimologías* pasará textualmente al *Decretum* de Graciano (1140-42). Dicen ambos: "todas las leyes son o divinas o humanas. Las divinas se fundan en la naturaleza, las humanas en los *mores*; y por eso éstas discrepan, porque a otras gentes les placen otras'' [110]. La palabra *mores* tiene aquí un significado amplio, comprensivo de todas las formulaciones del derecho [111].

Por lo demás, y en forma sumamente contradictoria, tanto Isidoro como Graciano reprodujeron al mismo tiempo la clasificación de los juristas romanos: "el derecho es o natural o civil o de gentes. El derecho natural es el común a todas las naciones y el que en todas partes se tiene por instinto de la naturaleza, no por cualquier constitución'' [112].

Puede avertirse que si bien Isidoro utiliza como base los textos clásicos romanos, les introduce algunas modificaciones que alteran la concepción originaria para llegar, en definitiva, a dos clasificaciones inconciliables. En primer término, la distinción del *jus divinum* y *humanum* proviene directa o indirectamente de Cicerón, pero la *religio* del primero y la *aequitas* del segundo son reemplazadas por la naturaleza y los *mores*. En segundo lugar figura la clasificación tripartita del *Digesto*. Pero lo que "la naturaleza enseñó a todos los animales" (Ulpiano) se convierte en algo "común a todas las naciones y el que

110 *Etimologías*, V, 2, 1; *Decretum*, I, d. 1, c. 1. El texto y la traducción los tomamos de ALFONSO GARCÍA GALLO, *Manual de historia del derecho español*, II, 17, Madrid, 1959. Ver PALLASSE, 115-116 y 121-122, y LOTTIN, 10-12.

111 La palabra *mos* significa conducta, modo de obrar (bueno o malo), con carácter habitual. En este sentido es la costumbre, aunque no impuesta por el derecho. Pero además se la utilizaba en el sentido de precepto, ley, norma. Así VIRGILIO, *Eneida*, I, 264: *contundet moresque viris* (dará a sus hombres leyes); y en los versos más famosos: *tu regere imperio populos, Romane, memento / (hae tibi erunt artes), pacisque imponere morem:* tú, Romano, recuerda que debes establecer tu imperio sobre los pueblos. Tus artes son imponer las leyes de la paz (entre las naciones): *Eneida*, VI, 851-2.

112 *Etimologías*, V, 4, 1; *Decretum*, I, d. 1, c. 1, en GARCÍA GALLO, cit. Los ejemplos que da a continuación son los siguientes: "la unión del hombre y la mujer ,la sucesión y educación de los hijos, la común posesión de todo, y una libertad para todos, la adquisición de lo que se coge en el cielo, tierra y mar. También la restitución de las cosas depositadas, el rechazo de la violencia por la fuerza''.

en todas partes se tiene por instinto de la naturaleza'' (*instinctu naturae*). Con lo cual Isidoro agrupa bajo una sola denominación el *jus gentium* de Gayo y el *jus naturale* de Ulpiano, aunque eliminando de este último la referencia a los animales [113]. Y por último agrega, siguiendo a Paulo, que ese derecho "nunca es injusto, sino que se tiene por natural y equitativo''.

Si el *jus gentium* se incorpora al orden natural, pero subsiste como una de las divisiones del derecho, su contenido quedará substancialmente modificado, pues va a convertirse en el futuro derecho internacional: "es derecho de gentes la ocupación de lugares, la edificación, las guerras, los cautiverios, las servidumbres, (la situación del que está) tras las fronteras, los tratados de paz, las treguas, el escrúpulo de no violar a los legados, los matrimonios prohibidos entre extranjeros. Y por ello (se llama) derecho de gentes, porque este derecho es usado por casi todas las gentes'' [114].

Resulta imposible conciliar aquellas dos distinciones. Si por un lado las leyes divinas ''se fundan en la naturaleza'', es decir, en la obra de Dios, por el otro el derecho natural pierde todo vínculo con la divinidad y se convierte en un sistema que deriva de las tendencias instintivas y del uso común a todas las naciones. Esta confusión de conceptos iba a dar origen a muchas dificultades, debido al respeto y al acatamiento que esos textos —los romanos, los de Isidoro y los de Graciano— inspiraban a los juristas y filósofos medievales.

Pero Graciano agregó otro concepto estrictamente religioso: "el género humano se rige doblemente, a saber, por el derecho natural y por los *mores*. El derecho natural es el que se contiene en la Ley y en el Evangelio, en el cual se manda a cada uno hacer a los demás lo que quiera que se le haga a él, y prohibe hacer a los otros lo que no quiera se le haga a él'' [115]. Al recordar el precepto de Cristo [116], de contenido fundamentalmente moral, Graciano daba al orden jurídico primario una amplitud comprensiva de toda la ética.

Estas tres clasificaciones no eran congruentes. El vocabulario carecía de precisión y todo ello daba origen a muchas confusiones doctrinarias.

[113] LOTTIN, 10; PALLASSE, 116; CARLYLE, 108.

[114] *Etimologías*, V, 4, 6; *Decretum*, I, d. 1, c. 9. Antecedentes de esta concepción pueden considerarse las *Inst.*, I.ii.2 y HERMOGENÍANO en el *Dig.*, I.i.5.

[115] *Decretum*, I, d. 1, pr. (GARCÍA GALLO, II, 19; CARLYLE, II, 98).

[116] ''Tratad a los hombres de la misma manera que quisiérais que ellos os tratasen a vosotros'' (*Evang. según San Lucas*, VI, 31).

8. *Los romanistas y decretistas.*

Veamos como trataron estos mismos problemas los juristas medievales, especialmente los glosadores del *Corpus juris civilis* y del *Decretum*. Aunque suele creerse que los estudios jurídicos sólo comenzaron con la escuela de Bolonia en el siglo XII, hay evidencias que demuestran que antes, en Roma, Ravena y Pavía, se mantenía cierto sistema de enseñanza del derecho [117]. Sin embargo, poco es lo que han dejado para conocer su pensamiento.

En un manuscrito llamado el *Fragmento Pragense*, que se considera anterior a la escuela de Bolonia, aparece un concepto del derecho que aparentemente es de origen ciceroniano. Dice así: "la equidad es el acuerdo (*convenientia*) de las cosas que hace que en iguales casos se aplique idéntico derecho. Si tal equidad es perpetua en la voluntad de los hombres, se llama justicia, y cuando tal voluntad se redacta en preceptos, ya escritos, ya consuetudinarios, se llama derecho" [118]. Aunque se trata de una concepción voluntarista, es interesante destacar que el derecho sólo se considera tal cuando la norma es equitativa. Por lo demás, el anónimo autor del *Fragmento* afirma que Dios es la equidad misma. Casi los mismos términos transcriptos aparecen en la *Summa Codicis* atribuida a Irnerio [119]. El Placentino, si bien repite con un mayor desarrollo las mismas palabras, agrega que "la justicia reside en la mente del justo" [120], con lo cual adopta una posición intelectualista.

La concepción medieval del derecho, como en la teoría romana, lo hace coincidir con lo justo y lo equitativo. El mismo Placentino —uno de los principales glosadores de la escuela de Bolonia y fundador, en la segunda mitad del siglo XII, de los estudios de derecho en Montpellier— repite con Paulo que "se llama derecho a lo bueno y lo equitativo"; y con Cicerón que "la ley es una sanción general que manda todo lo honesto y prohibe lo contrario. Luego el derecho es lo expresado por la ley... de tal modo que el derecho y la ley son uno a otro como el argumento y la argumentación" [121]. Se entiende que esta

117 CARLYLE, II, 6; CALASSO, 279 y sig.; KOSCHAKER, 102-106.

118 Cit. por CARLYLE, II, 8 y GARCÍA GALLO, II, 34. La definición de la equidad proviene de Cicerón: ver nota 76. La de justicia es reminiscencia de Ulpiano.

119 CARLYLE, II, 9. Según CALASSO, 534-535, la paternidad de Irnerio es muy discutida.

120 *Summa institutionum*, I, 1, cit. por CARLYLE, II, 10.

121 Id., ibid., en GARCÍA GALLO, II, 46-47.

identificación entre *jus* y *lex* se limita a la ley justa, la que ordena lo honesto, porque "todo derecho mana de la justicia" [122]. También Azón, de aquella misma escuela, sostiene que la justicia es "la fuente de la cual manan todos los derechos". Y llegando ya a las consecuencias de esa posición, las *Exceptiones Petri Legis Romani* (que por cierto son anteriores, pues se consideran de mediados del siglo XI) declaran que debe descartarse todo lo que en las leyes sea inútil y contrario a la equidad, y que en casos especiales que afectan a la conveniencia pública o privada, debe permitirse al juez apartarse de la ley [123]. La *Summa Codicis*, antes citada, sostiene categóricamente que "las leyes deben ser interpretadas benignamente para que su sentido sirva y no se oponga a la equidad" [124]. Y Búlgaro, uno de los famosos cuatro doctores, insiste en que "las leyes que no son equitativas han de ser apartadas" *(tolluntur)*, porque "el juez debe preferir la equidad al derecho estricto" [125]. También elaboraron estos autores la teoría de que los rescriptos del príncipe son nulos cuando han sido obtenidos con informaciones falsas (subrepción), o contienen preceptos contrarios al derecho divino o natural [126].

No obstante las dificultades que se presentaban al interpretar los textos romanos, los glosadores civilistas demostraron una marcada y aparentemente unánime opinión en el sentido de considerar al derecho no como la expresión de la voluntad del príncipe (no obstante lo que dice el *Digesto*) [127], sino como una tentativa o aspiración destinada a aplicar los principios de justicia y equidad a las relaciones humanas. Y además desarrollaron con habilidad esas premisas buscando sus consecuencias prácticas.

Tampoco aceptaron los juristas en sus términos literales la teoría de Ulpiano acerca del derecho natural. El Placentino resuelve tajantemente el problema: "derecho natural es el que la naturaleza enseña a todos los animales. La naturaleza es Dios, que hace todo lo que nace" [128]. Pero otros autores estudian más detenidamente aquella doc-

122 Id., ibid., y en CARLYLE, II, 14.

123 *Exceptiones Petri*, prólogo y IV, 3, en CARLYLE, II, 14. Sobre esta obra ver CALASSO, 297-299.

124 *Summa codicis*, I.xiv.6, cit. por CARLYLE, II, 15.

125 BULGARUS, *Comm. in Digestum*, L.xvii.90, en id., II, 15-16.

126 CARLYLE, II, 32, citando especialmente a Hugolino, Alberico, el Placentino y Azón. Esta teoría se reprodujo en las *Partidas*, 3ª, xviii.29, 31 y 36.

127 "Lo que quiere el príncipe tiene fuerza de ley" (*Dig.*, I.iv.1; *Inst.*, I.ii.6).

128 *Summa institutionum*, I, 2, en GARCÍA GALLO, II, 20 y en CARLYLE, II, 29.

trina, de la cual no podían prescindir y que, sin embargo, chocaba con las concepciones cristianas y aun con el sentido común. Azón, por ejemplo, a principios del siglo XIII, considera —de acuerdo sin duda con los canonistas que más adelante recordaremos— que el derecho natural puede entenderse de varias maneras: a) como instinto natural, y en este sentido "derecho natural es lo que la naturaleza, es decir, el mismo Dios enseñó a todos los animales"; b) como "derecho común a los hombres creado por estatutos, y así el *jus gentium* puede llamarse derecho natural"; c) "el contenido en la ley Mosaica o en el Evangelio, como se lee en el *Decretum*" (de Graciano); d) el que puede llamarse "*aequissimum*"; y e) el derecho natural consiste también en cumplir los pactos, y en este sentido coincide con el *jus civile*. "La primera definición es dada según el impulso de la sensibilidad, las demás, en cambio, según el impulso de la razón" [129]. Si nos hemos detenido en exponer estas opiniones de uno de los más destacados glosadores, ha sido con el objeto de mostrar las dificultades que tenía este problema frente a las ambigüedades del *Corpus juris*. Pero también cabe destacar el esfuerzo que hace el citado autor para no incurrir en el error de Ulpiano, pues transforma el instinto animal en un conjunto de enseñanzas divinas, ubicando así al derecho natural dentro del orden de la Creación.

Esta posición revela una gran coincidencia con los canonistas contemporáneos. Ya mencionamos antes al *Decretum* de Graciano, jurista que seguramente había estudiado en Bolonia, y que hacia 1140-42 compuso su obra destinada a ordenar los textos dispersos y a veces contradictorios del derecho canónico, agregándoles sus propias explicaciones. Y este libro fue la base de las glosas y las *Sumas* que elaboraron los canonistas posteriores.

Señalamos antes que Graciano consideró que el derecho natural estaba contenido en la Ley y en el Evangelio, aunque al mismo tiempo reprodujo los textos de San Isidoro con sus divisiones bipartita (*jus divinum* y *humanum*) y tripartita (*jus naturale, gentium* y *civile*). Pero Graciano agregó que "todo lo que es *fas* recibe el nombre de ley divina o natural" [130]. Esta identificación de la ley divina y del derecho natural significaba volver a las enseñanzas de Cicerón y de los Padres de la Iglesia. Como consecuencia, "el derecho natural tiene

[129] AZÓN, *Summa instit.*, I, 2, en CARLYLE, II, 30.

[130] *Decretum*, I, d. 1, c. 1, cit. por CARLYLE, II, 98. Sobre Graciano ver CALASSO, 393-398.

entre todos primacía en tiempo y dignidad. Concebido desde el origen de la criatura racional, no puede ser alterado por el tiempo y permanece inmutable''. Y además, las leyes que se le oponen son nulas (*vana et irrita*) [131]. También sostiene Graciano, citando a Isidoro, que ''el derecho es llamado así porque es justo'' [132].

Uno de los primeros glosadores del *Decretum* fue Rufino, Obispo de Asís, y al tratar el problema del derecho natural descarta la concepción de Ulpiano como innecesaria, ya que él se ocupará del género humano [133]. Y a continuación, con evidente reminiscencia ciceroniana, define al derecho natural como ''una fuerza ínsita en la naturaleza de la criatura humana (que nos indica) hacer el bien y evitar lo contrario'' [134]. Su formulación aparece en los diez mandamientos y luego en el Evangelio [135]. Por lo demás, Rufino repite y amplía —como lo harán todos los decretistas— las demás teorías de Graciano.

Otros autores, sin embargo, se preocuparán de analizar los textos romanos y canónicos relativos al derecho natural, y al hacerlo encontrarán que esta expresión tiene diversos significados. Tal es el criterio de Esteban de Tournai (que hacia 1160 escribió una *Summa* del *Decretum*), de la *Summa Coloniensis* (1169-70), de la *Summa Lipsiensis* (hacia 1186), ambas de autores desconocidos, de Huguccio Perrare [136], que escribió otra *Summa* dos años después, y por último de Juan el Teutónico (1215) [137].

La *Summa Coloniensis* distingue, ante todo, el derecho divino y el humano. El primero está contenido en la Ley y el Evangelio; el segundo es natural o positivo, y este último comprende el civil, el de gentes (internacional) y el militar (de la guerra). Al considerar el *jus naturale* distingue tres acepciones: el *jus divinum* contenido en la

131 *Decretum*, I, d. viii, c. 2, cit. por CARLYLE, II, 105 y LOTTIN, 12.

132 *Decretum*, I, d. ii, cit. por CARLYLE, II, 100.

133 La ''*legistica traditio* (es decir, la de los romanos) definía generalísimamente diciendo: «el derecho natural es el que la naturaleza enseñó a todos los animales». Nosotros no nos ocuparemos de esta generalización'' (RUFINO, *Summa decretorum*, cit. por CARLYLE II, 103, y por LOTTIN, 13). La *Summa* de Rufino se considera escrita hacia 1157-59.

134 Ver nota anterior. Esta frase recuerda a *De legibus*, I, 18 (ver *supra*, nota 47).

135 CARLYLE, 116. Simón de Bisiniano (1177-79) sigue las enseñanzas de Rufino: LOTTIN, 17-18.

136 Así lo llama LOTTIN, 21. CALASSO, 529 y 559, cita a Huguccione da Pisa como autor de la *Summa* más amplia de todas. Suponemos que se trata del mismo.

137 A quien no debe confundirse con Juan Andrés, uno de los más eminentes canonistas. El Teutónico reelaboró la *Glossa ordinaria* de Bartolomé de Brescia.

Ley, los profetas y el Evangelio; el común a todos los animales; y el propio del género humano que indica hacer el bien y prohibe lo contrario [138].

No es necesario recordar otras posiciones análogas. La *Summa Lipsiensis* da seis definiciones del mismo sistema, Huguccio cuatro y Juan el Teutónico —el autor de la *Glossa ordinaria* que tanta influencia ejerció como interpretación sistemática y definitiva del *Decretum*— vuelve a los tres significados de la *Summa Coloniensis* [139]. Lo que sí cabe destacar es la recíproca influencia que ejercieron los romanistas y los canonistas. Estos últimos utilizaron la definición de Ulpiano, que Isidoro y Graciano habían modificado; y aquéllos incorporaron al derecho natural la concepción religiosa que lo vinculaba con las enseñanzas divinas contenidas en la ley mosaica y en el Evangelio. De todo ello no surgió, sin embargo, un pensamiento común, sino un conjunto heterogéneo de opiniones que en definitiva no alcanzaron a dar una noción unitaria del derecho natural. Sí hubo coincidencia, en cambio, en lo relativo al concepto de derecho, siempre unido a los de justicia y equidad.

9. *La escolástica. Santo Tomás de Aquino.*

La filosofía católica no se ocupó sistemáticamente de los problemas jurídicos hasta el siglo XII. Pedro Abelardo (1079-1142), el verdadero fundador de la escolástica y el más destacado filósofo de su época, va a retomar las ideas ciceronianas y hacer del derecho natural un ordenamiento de la razón. En su última obra, escrita en la misma época del *Decretum*, el discutido profesor de vida tan agitada distinguió el derecho natural y el positivo, siendo tal vez el primero que dio este nombre al que entonces era llamado humano. Aquél contiene lo que está prescripto por la razón natural; el positivo en cambio es el instituido por la voluntad de los hombres [140].

Pero fue Guillermo de Auxerre quien incorporó el derecho natural a la teología, sosteniendo que es "el origen y principio de todas las virtudes". Dividió al derecho en natural y positivo, y expuso —siguiendo a los glosadores— tres significados del primero, dando sin

138 LOTTIN, 16-17 y 106, con transcripción del texto hasta entonces inédito.
139 LOTTIN, 17-23.
140 *Dialogus inter philosophus, judaeum et christianum* (1141), cit. por PALLASSE, 123 y por LOTTIN, 28. También tomó de Cicerón la definición de la justicia. Sobre Abelardo y Eloísa ver las páginas que les dedica JACQUES CHEVALIER, *Histoire de la pensée*, cit., 207-231.

duda preferencia al que se conforma con la *naturalis ratio*. En realidad, este sistema se confunde con la moral. Sus primeros principios son de conocimiento innato [141].

Surgieron entonces dos escuelas teológicas. La de los franciscanos —cuya figura principal es San Buenaventura— apenas se ocupó de los problemas que aquí nos interesan. En cambio los dominicos tuvieron en San Alberto Magno (1206?-1280), el maestro y luego defensor de Santo Tomás, a quien sobrevivió, al iniciador del tratamiento filosófico de los problemas jurídicos. Rechaza San Alberto todo otro significado del derecho natural que no sea el que lo vincula con la razón, porque *natura est ratio*, y explica que las tendencias instintivas o sensoriales del hombre sólo competen a este derecho en la medida en que están reguladas por la razón y se conforman con ella. El derecho humano deriva de aquél de dos maneras: a modo de deducción inmediata de sus primeros principios, y en forma de determinaciones positivas que se adaptan a las circunstancias [142]. Es éste un anticipo de la doctrina tomista.

Santo Tomás (1225-1274) estudia estos problemas partiendo de un conocimiento amplio del derecho romano, de San Isidoro, de los glosadores, de Cicerón y de Aristóteles, cuyas obras había divulgado San Alberto. Y trata de conciliar esas posiciones dispares adaptándolas a la doctrina católica elaborando así un sistema coherente.

El análisis de la filosofía jurídica de Santo Tomás, en su integridad, excede las pretensiones de este estudio, deliberadamente limitado al concepto y a las divisiones del derecho, aunque en ocasiones haya sido necesario —para explicar las opiniones de autores menos conocidos— abundar en referencias más amplias y detalladas. No es éste el caso de la doctrina tomista, que consideramos suficientemente difundida. Por esta razón sólo hemos de tratar los temas específicos que nos hemos propuesto.

El pensamiento tomista, respecto del derecho, se explica en tres obras. En el *Comentario sobre las Sentencias* analiza las definiciones de Cicerón, Ulpiano y Graciano, y distingue entre el principio del derecho natural, que es la naturaleza misma según el criterio de Cicerón, y el objeto o materia regido, y acepta entonces la idea de Ulpiano,

141 GUILLELMUM ALTISSIODORENSIS, *Summa aurea*, cit. por LOTTIN, 33. Este autor murió en 1231. Ver también RECASENS SICHES, 48-50.

142 LOTTIN, 44-48, que también publica los textos de la *Summa de bono* en págs. 116-119, y RECASENS SICHES, 53-58. PALLASSE, 124-126, señala las influencias ciceronianas en San Alberto.

aunque modificándola para darle un sentido racional: "es lo que la razón natural establece sobre aquellas cosas que son comunes a los hombres y a otros" (seres) [143]. En sus *Comentarios a la Etica de Aristóteles* opina Santo Tomás que hay una doble naturaleza, la animal y la humana, las cuales, de acuerdo con los juristas romanos, están regidas por el derecho natural y el de gentes; y en consecuencia ambos deben considerarse incluidos en la noción de "lo justo natural" del Estagirita, mientras "lo justo legal" se identifica con el *jus civile* [144].

Pero estas concepciones incompletas y en cierto modo incidentales van a ser superadas en la *Suma Teológica*, su obra definitiva, en la cual desarrolla su vasta sistematización de la teología y de los problemas filosóficos. Santo Tomás considera al universo entero como un conjunto ordenado regido por Dios a través de su ley eterna, que es "la razón de la divina Sabiduría, en cuanto es directiva de todos los actos y mociones" [145]. Cuando ella se dirige a los seres racionales, se llama ley natural, y ésta "no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la criatura racional" [146]. De esta última deriva la ley humana, ya por vía de deducción de aquellos primeros principios, ya como determinación de casos susceptibles de soluciones diferentes [147]. En esta división tripartita Santo Tomás ha adoptado las ideas y el vocabulario de San Agustín.

Esa ley natural comprende todo el orden de la moralidad, incluyendo los primeros principios del derecho. Al tratar de este último el Angélico comienza por distinguir al derecho, considerado en sí mismo, de la ciencia que lo estudia, del arte que lo aplica y de la ley que lo expresa o formula [148]. "El derecho o lo justo es una obra cualquiera adecuada a otro según cierto modo de igualdad. Y ésto puede producirse de dos maneras: por la naturaleza misma de las cosas... a lo cual llamamos derecho natural, o bien por convención, o por acuerdo común... Pero aquí pueden presentarse dos casos: el de un convenio privado... y el de un acuerdo público, cuando la adecuación o la igualdad entre dos cosas resulta del consentimiento popular o de la orden

143 *In IV Sent.*, d. 33, q. 1, cit. por LOTTIN, 63.

144 *In V Ethic.*, lectio 12: LOTTIN, 63. Ver SANTO TOMÁS DE AQUINO, *La justicia, comentarios al libro quinto de la Ética de Aristóteles*, traducción y notas de Benito R. Raffo Magnasco, 189, Buenos Aires, 1946.

145 *Suma Teológica*, I-II, q. 93, art. 1.

146 Id., ibid., q. 91, art. 2.

147 Id., ibid., q. 95, art. 2.

148 Id., II-II, q. 57, art. 1: soluciones.

del príncipe que tiene cuidado del pueblo y gobierna en su lugar. Y ésto decimos que es derecho positivo'' [149].

El derecho natural es una parte de la ley natural, y en consecuencia tiene los mismos caracteres y atributos de ésta: es necesario, inmutable [150], y universal. Es también innato, "no escrito sino impreso en el corazón"; pero asimismo, en cuanto destinado al ser humano, tiene carácter racional, y pertenece a la razón práctica que obliga a hacer el bien y evitar el mal para que el hombre pueda alcanzar sus propios fines. El ser humano —a diferencia de los animales— posee una luz racional que dirige y orienta su voluntad; y por consiguiente el derecho natural no regula los impulsos instintivos de la naturaleza, sino que indica los principios racionales de la acción y de la conducta respecto de los demás.

El derecho de gentes había sido considerado como un sistema positivo tanto por los romanos como por San Isidoro y Graciano. Pero siendo común a todos los hombres parecía que era análogo al natural. Esta es la conclusión definitiva de Santo Tomás, ya anticipada en sus *Comentarios a la Ética de Aristóteles*. "Es natural al hombre lo que establece la razón natural'' [151] ,y a continuación cita la definición clásica de Gayo. Agrega también que si la razón natural dicta lo que corresponde al derecho de gentes, "estas cosas no requieren una institución especial", es decir, no necesitan ser sancionadas y promulgadas. El *jus gentium* viene a ser, en el pensamiento tomista, un conjunto de modos de obrar que se deducen como conclusiones de los primeros principios de la ley natural [152].

El derecho positivo también deriva del *jus naturale*, pero a modo de determinación concreta de casos o problemas que pueden tener diferentes soluciones. Porque todo derecho debe ser conforme a la naturaleza y a la razón [153]. Su existencia se explica porque "a veces ocurre que la voluntad humana se corrompe", y entonces es necesario resolver "que una cosa sea justa entre aquéllas que no ofrecen ninguna repugnancia a la justicia natural'' [154].

149 Id., ibid., art. 2: conclusión.

150 La inmutabilidad de la ley natural puede tener excepciones. Sólo los primeros principios son absolutos, pero los secundarios, que son conclusiones de aquéllos, pueden variar según las circunstancias, y en la medida en que esos cambios no impidan cumplir los primeros principios.

151 II-II, q. 57, art. 3.

152 I-II, q. 95, art. 4.

153 Id., ibid., arts. 2 y 4 y II-II, q. 57, art. 2.

154 II-II, q. 57, art. 2.

El derecho positivo se divide en divino y humano. El primero "no es natural porque supera a la naturaleza del hombre", pero ha sido "promulgado por Dios" en la ley mosaica y luego en el Evangelio [155]. Así quedó establecida una clasificación que perduró durante siglos: el derecho es natural, de gentes (estrechamente unido al anterior) y positivo. Este tiene un origen divino [156] o humano. Y en este último podemos distinguir (también según su origen) el civil y el canónico.

Como consecuencia el derecho (lo justo) aparece formulado de diversas maneras: a) implícita y originariamente, sin necesidad de promulgación expresa, en los primeros principios del derecho natural, que derivan del orden de la Creación y son conocidos racionalmente por el hombre; b) implícitamente también en el *jus gentium*, que procede del anterior a modo de conclusiones de esos primeros principios; c) expresamente promulgado por Dios en la ley mosaica y en el Evangelio, que constituyen el derecho divino; y d) promulgado por la autoridad eclesiástica o política para establecer el derecho canónico y el civil. Estas formulaciones no son contradictorias, puesto que unas derivan de las otras y sus preceptos resultan así congruentes.

Debe agregarse, por lo demás, que a veces estos distintos modos de creación jurídica se superponen o contienen idénticas normas. Así el respeto por la vida ajena es de derecho natural en cuanto éste prohibe hacer el mal; está comprendido en el *jus gentium* porque concuerda con la razón natural y el homicidio es sancionado en todos los pueblos; pertenece al derecho divino contenido en el *Decálogo*; y tanto el canónico como el civil establecen las penas correspondientes al pecado y al delito.

155 Id., ibid., y I-II, q. 91, art. 5.

156 Esta ubicación del *jus divinum* no surge explícitamente de la *Suma Teológica*, pero sí de su consideración en la II-II, q. 57, art. 2. Allí se pregunta si conviene dividir el derecho en natural y positivo, indicando así que éstas son las divisiones fundamentales del orden jurídico; y después de establecer la diferencia que existe entre ambos, agrega que el derecho divino es "el que ha sido promulgado por Dios", o sea que es positivo. Y más adelante dice que "el derecho divino, como el humano, se desdobla: hay pues en la ley divina aquello que es mandado porque es bueno, y prohibido porque es malo, y hay también aquello que es bueno porque ordenado, y malo porque prohibido'. De lo cual resulta una semejanza formal entre ambos, no obstante su origen distinto. Santo Tomás "no sacrifica la ley natural a la ley revelada; la segunda, en su concepto, lejos de suprimir la primera, la confirma, la extiende y la completa. El Evangelio es el coronamiento y la perfección de los preceptos que habían sido grabados desde el origen en el corazón del hombre" (ANDRÉ STANG, *La notion de la loi dans Saint Thomas d'Aquin*, 107, París, 1926).

En definitiva Santo Tomás adoptó, respecto al derecho natural, el criterio de San Agustín y de San Alberto, haciéndolo derivar del orden impuesto por Dios en la Creación del hombre e insertándolo sólidamente en la razón humana, que puede conocerlo mediante "la luz de la razón natural, por la que discernimos lo que es bueno y lo que es malo" [157]. Abandonó así la teoría de Ulpiano —aunque a veces la recuerda en su argumentación— así como las significaciones múltiples que le daban los juristas y teólogos de su época. En cuanto al derecho de gentes, aceptó decididamente la definición de Gayo, descartando las posiciones de Isidoro y Graciano, y vinculándolo explícitamente al derecho natural. Y el *jus divinum,* confundido por muchos con el natural, pasó a ser un orden jurídico positivo promulgado por Dios en diversos momentos de la historia.

Santo Tomás identifica el derecho con lo justo. No con la virtud de justicia, sino con el acto que la realiza. Ese acto puede estar previsto en la ley, que es la regla del derecho, pero también puede ser contrario a ella y, en tal caso, se la considera injusta, "corrupción de la ley" y por lo tanto no obligatoria en conciencia [158]. Esta reiterada doctrina tomista evidencia que la norma injusta no es derecho, porque se aparta de la esencia de lo justo y deja de cumplir su propia finalidad.

El acto justo consiste en realizar —frente a otro— una cierta igualdad objetivamente impuesta por la naturaleza de las cosas o por la ley positiva. Exige, en consecuencia, que exista un vínculo entre dos o más personas en torno a un objeto. El derecho se cumple, para usar la terminología actual, mediante la relación jurídica. O, para decirlo con los mismos términos del Angélico, "lo que es recto en las obras de justicia está constituido por su relación con otro, aun haciendo abstracción del sujeto (agente): y en efecto llamamos justo en nuestras obras a lo que corresponde a una cierta igualdad a otra cosa" [159].

157 I-II, q. 91, art. 3.

158 II-II, q. 57, art. 2; q. 60, art. 5; I-II, q. 95, art. 2.

159 II-II, q. 57, art. 1. La existencia necesaria de esta relación jurídica no significa, sin embargo, que ella o su objeto (el dar, hacer o no hacer, o la cosa que debe darse, la acción o la omisión), sean lo mismo que el derecho. "Se llama justo, con toda la rectitud de justicia que entraña, a lo que el acto de la virtud de justicia tiene como resultado (*terminatur*), aun sin considerar el modo como el sujeto lo cumple" (id., ibid.). Ese resultado consiste en lograr una "cierta igualdad", y no es, por lo tanto, el acto mismo, ni su objeto, ni la relación mediante la cual se llega a ese resultado. Sin embargo, algunos tomistas ven en la relación jurídica el elemento "constitutivo del derecho" y a este último como "ese conjunto complejo que comprende dos personas y un objeto". Más

De modo que en la doctrina tomista el derecho no se confunde ni con la ley que lo impone, ni con la relación jurídica que es su modo de actuación. La ley puede ser contraria al derecho; la relación puede dar origen a una sentencia injusta. En ambos casos el derecho —lo justo— permanece incólume.

Conviene destacar, entonces, que el derecho no es un conjunto de normas ni de sentencias que resuelven casos. No se confunde con el concepto contemporáneo de un régimen legalmente impuesto o de una serie de resoluciones jurisprudenciales, que suelen llamarse el sistema continental y el del *common law*. El *jus* tomista, como el de Cicerón y los romanos, es siempre equitativo y justo, y regula las relaciones humanas cumpliendo el *suum quique* que exige la justicia. La ley y la sentencia pueden equivocarse, el derecho no.

Lo que nos confunde en la época moderna es que identificamos al derecho con la ley (en el sistema continental) o con la jurisprudencia (en el del *common law*). Y entonces, si el conjunto de normas o de sentencias *es* el derecho, no se concibe que pueda haber una contradicción, una antinomia, entre el orden jurídico y las fuentes que lo constituyen. La oposición puede existir hoy entre una parte del derecho y la justicia, y por eso se habla de derecho injusto.

Muy distinto era el pensamiento de Cicerón y de Santo Tomás. El *jus*, para ellos, era el acto que realiza la equidad, la justicia. Y si las leyes o las sentencias no se ajustaban a esas finalidades, ello significaba simplemente que la solución así impuesta no coincidía con el sentido de lo justo y por lo tanto no eran derecho.

En efecto, lo justo consiste en una noción racional que para Cice-

aun: "si el derecho puede definirse como el 'objeto de la justicia', es porque estas palabras, 'objeto de la justicia' implican el vínculo que va del objeto al derecho-habiente" (J. TH. DELOS, O. P., en SAINT TOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique, La justice*, I, 231-233, París, 1932; éditions de la Revue des Jeunes, Desclée et Cie.). Al poner en primer término la relación jurídica y su objeto se pierde de vista que estos conceptos son solo el medio o la forma —indispensables sin duda— a través de los cuales se cumple el acto justo, es decir, el derecho. MANUEL RÍO también sostiene que "el derecho, considerado en su objetividad, es primordialmente una relación", y lo define como "una relación entre... un hombre... y, por otra parte, una acción de otro hombre..." (*La esencia del derecho, la justicia, la ley*, 26 y 43, Buenos Aires, 1970). Santo Tomás no se apartó ni del vocabulario ni de las ideas que tenían vigencia en su época. Utilizó los mismos vocablos de los filósofos y juristas antiguos y contemporáneos, con el sentido que ellos les daban. El derecho seguía siendo lo justo, lo equitativo, lo bueno, es decir, aquello que logra el *suum quique* de la virtud de justicia. El gran mérito de Santo Tomás fue el de ensamblar esos conceptos conocidos en un sistema lógico, racional, coherente y orgánico, eliminando las contradicciones y las dudas que suscitaban tantas opiniones anteriores.

rón era innata (ínsita en la naturaleza), y que para Santo Tomás "preexiste en la inteligencia (*praeexistit in mente*), la cual es casi como una regla de la prudencia. Si está redactada por escrito, se llama ley... Y es por ello que la ley no es, propiamente hablando, el derecho mismo, sino una cierta razón del derecho (*aliqualis ratio juris*)" [160].

Santo Tomás reitera, con mayor precisión y profundidad filosófica, el principio —ya expuesto por Cicerón y por los juristas romanos— de que el derecho está formulado en la razón antes de serlo en la norma. Es algo intrínseco que forma parte del orden establecido por Dios para regular las relaciones humanas. Su formulación, especialmente la legislativa, corresponde a la virtud de prudencia. Pero también ese orden preexistente, natural, es algo objetivo. No es el hombre que se perfecciona cumpliendo el acto justo, sino que este acto viene impuesto por la razón como algo exterior al ser humano, independientemente de su voluntad y aun de la intención que tenga al realizarlo. Y "por lo tanto —para decirlo con frase de Recasens Siches— *Derecho* en la terminología aquiniana viene a significar lo mismo que hoy se designa con el nombre de *Justicia en sentido objetivo* o valor jurídico" [161].

De esta manera volvió a restaurarse la filosofía jurídica de los griegos y de Cicerón, dotándola naturalmente de bases más profundas e insertándola también dentro de la concepción cristiana de un mundo creado por Dios, autor al mismo tiempo de las leyes eternas que lo regulan y de las leyes naturales que el ser humano, obedeciendo a las enseñanzas de la razón, está obligado a cumplir. El *logos*, la *naturalis ratio* y la ley eterna inscripta en nuestros corazones fueron las tres etapas de esa evolución milenaria.

160 II-II, p. 57, art. 1.
161 RECASENS SICHES, cit. 77

EL OFICIO DE GOBERNADOR EN EL DERECHO INDIANO *

Por RICARDO ZORRAQUIN BECU

SUMARIO: I. LOS ORÍGENES DE LOS GOBERNADORES INDIANOS. A) Los cargos de Colón. B) La creación del oficio de gobernador. C) Factores que influyeron sobre los primitivos sistemas de gobierno indiano. — II. LOS DISTINTOS TIPOS DE GOBERNADOR. A) Según la forma del nombramiento: a) gobernadores por capitulación; b) gobernadores designados por el rey; c) gobernadores surgidos de nombramientos o elecciones locales; d) gobernadores por compra del oficio. B) Según los demás títulos acumulados: a) los virreyes; b) los presidentes-gobernadores y las audiencias gobernadoras; c) los adelantados; d) gobernadores particulares; e) gobernadores subordinados. C) En razón de su autonomía o dependencia: a) gobernadores autónomos respecto de otras autoridades del Nuevo Mundo; b) gobernadores dependientes de otras autoridades indianas. — III. FUNCIONES DE LOS GOBERNADORES. A) El gobierno superior. B) El gobierno directo. C) El gobierno subordinado. — IV. LAS GOBERNACIONES INDIANAS. A) Clasificación de López de Velasco. B) Lista de Antonio Vázquez de Espinosa. C) La Recopilación de 1680. D) Modificaciones posteriores. — V. LAS DENOMINACIONES POLÍTICAS Y TERRITORIALES. SU SIGNIFICADO Y CLASIFICACIÓN. A) Las denominaciones utilizadas: a) de tipo territorial; b) políticas, militares, etc.; c) honoríficas. B) Significado de las denominaciones territoriales. C) La condición política de las Indias. D) Clasificación de las provincias.

I. LOS ORÍGENES DE LOS GOBERNADORES INDIANOS

A) *Los cargos de Colón.*

La primera designación de gobernador para las Indias se hizo en favor de Colón, aún antes del descubrimiento. En las Capitulaciones

* El capítulo I de este trabajo fue presentado al Primer Congreso Venezolano de Historia, que se reunió en Caracas a mediados de 1971. El segundo contiene la contribución del autor al Tercer Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Madrid y Salamanca del 17 al 23 de enero de 1972. Aquél ha sido publicado en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Memoria del Primer Congreso Venezolano de Historia, del 28 de junio al 4 de julio de 1971*, II, 443-476, Caracas, 1972. El capítulo II aparecerá próximamente. Ambos vuelven ahora a imprimirse con muchos agregados y algunas correcciones, integrando un estudio más amplio y orgánico que comprende también los capítulos III, IV y V. Debido a la extensión de este trabajo, estos tres últimos serán publicados en el próximo número de la *Revista*.

de Santa Fe, concedidas por los Reyes Católicos el 17 de abril de 1492, además del título de Almirante, aquél pidió "que vuestras altezas fazen al dicho don Christoval su visorey e governador general en todas las dichas tierras firmes e yslas, que, como dicho es, el descubriere o ganare en las dichas mares" [1]. Al otorgarse el Privilegio del 30 de abril del mismo año, que confirmó aquella capitulación, los Reyes acuerdan a Colón que "dempues que fayades descobierto e ganado las dichas yslas e tierra firme en la dicha mar Océana,... seádes nuestro Almirante e Visorrey, e Gobernador en ellas" [2].

La unión de ambos títulos, virrey y gobernador, la diferencia que aparece entre gobernador general en el primero de esos documentos y gobernador en el segundo, así como el origen de estos oficios en el derecho peninsular, han dado lugar a discusiones que sólo en parte deben interesarnos en un estudio dedicado únicamente a analizar el oficio de gobernador [3].

Si nos atenemos estricta y literalmente a lo que Colón pidió, la única semejanza que aparece es la del virrey y gobernador general de Cerdeña, cargo que fue concedido en 1484 por Fernando el Católico a Guillermo de Peralta [4]. Esta identidad no puede, sin embargo, ser aceptada sin mayor análisis, sobre todo si se tiene en cuenta que el aditamento de "general" desaparece de inmediato en la confirmación real y no vuelve a ser empleado en los documentos posteriores. En

1 ALFONSO GARCÍA GALLO, *Los orígenes de la administración territorial de las Indias*, 95, Madrid, 1944 (extracto del *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XV).

2 Id., 97. También en *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía* (en adelante *CDI*), XXX, 58 y XXXVI, 7, Madrid, 1864-84, 42 vols.

3 Además de la obra de GARCÍA-GALLO citada anteriormente, ver J. VICENS VIVES, *Precedentes mediterráneos del virreinato colombino*, en *Anuario de Estudios Americanos*, V, 571-614, Sevilla, 1948; ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Los virreinatos americanos bajo los reyes católicos (planteamiento para su estudio)*, en *Revista de Estudios Políticos*, XLV, nº 65, 189-209, Madrid, 1952; CIRIACO PÉREZ BUSTAMANTE, *Sobre los precedentes del virreinato colombino*, en *Revista de Indias*, 48, 241-248, Madrid, 1952; íd., *Nuevos datos en orden a los posibles orígenes del virreinato colombino*, en *Revista de Indias*, 75, 11-16, Madrid, 1959; JUAN MANZANO MANZANO, *Precedentes castellano-aragoneses del virreinato colombino*, en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, XIII, 29-49, Madrid, 1960-61; íd., *Cristóbal Colón, siete años decisivos de su vida, 1485-1492*, Madrid, 1964; y JESÚS LALINDE ABADÍA, *El régimen virreino-senatorial en Indias*, en *Anuario de Historia del derecho español*, XXXVII, 5-244, Madrid, 1967. Las obras de García-Gallo han sido reproducidas en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972.

4 J. VICENS VIVES, *Precedentes mediterráneos*, cit. 586; el título se transcribe en págs. 611-614.

realidad, no obstante los eruditos trabajos ya citados, subsiste la duda respecto de saber si Colón y los Reyes se inspiraron en las instituciones aragonesas o en el derecho castellano, o bien si al organizar el viaje de Colón se creó un régimen nuevo teniendo en cuenta también la novedad misma de la expedición que se proyectaba.

El debate ha girado hasta ahora principalmente en torno al virreinato colombino. Aquí nos interesa sólo el oficio de gobernador. Sobre la base de aquellos estudios procuraremos señalar —ya que no resolver— los antecedentes que conocemos respecto de este cargo en las dos coronas de la monarquía hispánica.

La necesidad de repartir la administración aragonesa para el gobierno de los diversos reinos que la integraban con individualidad propia hizo que desde mediados del siglo XIV existiera un gobernador general, que era casi siempre el heredero de la corona. Este delegaba el ejercicio de su autoridad en altos funcionarios que recibían distintas denominaciones: "portant-veus de general governador" en Cataluña y en Valencia, "gobernador" en las islas Baleares, etc. Pero el sistema va cambiando a principios del siglo XV, en que aparecen lugartenientes, virreyes y reformadores [5]. En síntesis, al finalizar esa centuria —época de las capitulaciones de Colón— no existía uniformidad en el régimen de cada uno de los reinos de la corona de Aragón, y tampoco parece que se mantuviera una continuidad de denominaciones en cada región. Pero lo cierto es que, dejando de lado a los virreyes y lugartenientes, hubo gobernadores generales y simples gobernadores en varios de aquellos reinos.

¿Ocurría lo mismo en Castilla? En primer término, cabe afirmar que en la monarquía isabelina no hubo virreyes, aun cuando unos pocos altos mandatarios recibieron, de hecho, esta calificación. En cuanto a los gobernadores, tampoco aparecen regularmente entre los integrantes de la administración pública.

Sin embargo, en las *Ordenanzas Reales de Castilla* (1484) se incluye una ley de 1480, relativa a las facultades de los visitadores, que dice: "porque nos conviene especialmente saber los Regidores, é Gobernadores, é officiales públicos destos nuestros Reinos como viven, y en que manera exercitan, e administran sus officios" [6]. En 1500 se sancionaron las instrucciones sobre "las cosas que han de guardar e

[5] LALINDE ABADÍA, 21-25; VICENS VIVES, 573-589; GARCÍA-GALLO, *Los virreinatos americanos*, 193-202.

[6] *Ord. Reales de Castilla*, II.xvii.2.

conplir los gouernadores, asistentes, corregidores jueces de residencia e alcaldes de las ciudades villas e lugares'' [7]. Esto hace presumir que, en alguna medida, tales oficios existían en Castilla en la época de la capitulación.

Los Reyes Católicos, en 1480, enviaron a Galicia a Fernando de Acuña con el título oficial de Justicia Mayor, a quien los procuradores de las ciudades recibieron como ''gobernador'' [8]. Este fue sin duda el antecedente de la creación de la audiencia de Galicia, cuyas ordenanzas fueron sancionadas en diciembre 7 de 1486 y reformadas en 1494. Aparece entonces este organismo integrado por un gobernador y dos alcaldes mayores. La ley recopilada ordena ''que los nuestros Gobernador y Alcaldes Mayores del Reyno de Galicia anden por todas las ciudades y villas y lugares para administrar la justicia'' [9]. Dos leyes también recopiladas, relativas a la misma audiencia, provienen de la pragmática expedida en 1486, y conceden al gobernador y alcaldes mayores ciertos poderes de gobierno vinculados con la pacificación del reino [10].

Por su parte, Juan Manzano sostiene que Colón aspiraba a conseguir las mismas preeminencias y títulos que había tenido Alfonso Enríquez. Este fue hasta 1485 almirante de Castilla —cargo que por lo demás era hereditario en su familia— y también, en los últimos años de su vida, desempeñó el gobierno y la administración de justicia en los territorios castellanos y leoneses, junto con el Condestable Pedro Fernández de Velasco, durante la ausencia de los reyes en Andalucía. Y ambos recibieron, aunque no oficialmente, la designación de ''virreyes'' [11]. Si bien la idea de Manzano se adapta a la mentalidad de Colón y a sus pretensiones de grandeza, no alcanza sin embargo a darnos una

7 ANTONIO MURO OREJÓN, *Los capítulos de Corregidores de 1500*, en *Anuario de Estudios Americanos*, XIX, 699 y sig., Sevilla, 1962. Conf.: GARCÍA-GALLO, *Los orígenes*, 51. Asistente era un título (que suponemos honorífico), dado a algunos corregidores. Sevilla tenía este privilegio. Las facultades del asistente —que a la vez representaba el poder central y presidía la corporación edilicia— ''abarcaban materias de índole militar, urbana, legislativa (puesto que promulgaba Ordenanzas de buen gobierno), e inclusive judiciales'' (GUILLERMO LOHMANN VILLENA, *El Corregidor de Lima*, en *Anuario de Estudios Americanos*, IX ,151, Sevilla, 1952).

8 GARCÍA-GALLO, *Los orígenes*, 52-53.

9 *Nueva Rec.*, III.i.2; *Novis. Recop.*, V.ii.2. Ver también las leyes siguientes.

10 *Nueva Rec.*, III.i.63 y 64; *Novis. Recop.*, V.ii.6 y 7. Más detalles sobre este asunto en ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Alcaldes mayores y corregidores en Indias*, en *Primer Congreso Venezolano de Historia*, cit., I, 317, y en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, 712, Madrid, 1972.

11 JUAN MANZANO, *Cristóbal Colón*, cit., 287, 290 y 301-303.

explicación cabal y definitiva que coincida exactamente con las constancias documentales. Porque si bien en el primer párrafo de la capitulación colombina se mencionan los privilegios de Alfonso Enríquez y de sus predecesores como almirantes de Castilla, no ocurre lo mismo en el segundo cuando se trata del virreinato y la gobernación, oficios a los cuales no se les atribuye ninguna analogía con otros existentes o que hubieren existido. Sin embargo, no podemos descartar totalmente esta tesis que tiene a su favor el atractivo que debió despertar aquel gran personaje de la Corte.

Lo cierto es que existen muy pocos elementos de juicio para formar una opinión categórica. Los títulos de Colón pueden ser, tanto una imitación del virrey y gobernador general de Cerdeña, como un cargo que combinaba el virreinato aragonés y la gobernación castellana, como una adaptación de términos usados de manera no oficial en el reino isabelino. Lo que sí puede afirmarse, sin duda, es que en cualquier caso se produjo una modificación de esos oficios para adecuarlos a las especiales circunstancias que iban a presentarse en una empresa de tanto riesgo y tan lejana. Colón iría como representante de los reyes —y de ahí su título virreinal— y como gobernador de los lugares que descubriera, haciendo de ambos un solo cargo. Pero los documentos no señalan los antecedentes del oficio y más adelante ofrecen indicaciones contradictorias.

García-Gallo, en su primer estudio, llegó a la conclusión —luego mantenida— de que "el oficio de virrey y gobernador, sin precedentes en Castilla, se crea ahora de nuevo, sin tomar como modelo los análogos de la corona de Aragón" [12]. Vicens Vives tampoco sostiene una opinión categórica. Sólo afirma que las atribuciones conocidas del cargo otorgado a Colón "encajan bien en el cuadro de la potestad virreinal aragonesa". Ultimamente Lalinde Abadía coincide con García-Gallo al decir que "a los territorios por descubrir no se traslada ni el régimen castellano ni el régimen de la corona de Aragón, sino que se establece uno nuevo en parte" [13].

Sin embargo, cabe apuntar que esas opiniones no concuerdan exactamente con las del propio Colón, sus sucesores y la cancillería castellana, que hicieron reiteradas referencias a los precedentes peninsulares. En lo relativo al cargo de Almirante, el descubridor siempre recla-

12 GARCÍA-GALLO, *Los orígenes*, 92. En su segundo estudio. *Los virreinatos americanos*, 206, dice que "en el título no se siguió ni pretendió seguir ningún precedente y creo inútil tratar de buscar los posibles modelos".

13 VICENS VIVES, 601; LALINDE ABADÍA, 27.

mó, y en gran parte obtuvo, una equiparación con el Almirantazgo de Castilla, oficio bien conocido y de gran dignidad. Lo mismo debería ocurrir con el de virrey y gobernador, sobre todo si se tiene en cuenta la tradicional continuidad que entonces y después guió a las autoridades hispánicas, a su respeto por los precedentes y a su natural deseo de delimitar las funciones concedidas.

Cuando Colón regresó de su primer viaje, los Reyes Católicos confirmaron sus anteriores decisiones. El privilegio del 28 de mayo de 1493 reitera la concesión de "los dichos oficios de almirante é visorey é gobernador del dicho mar Océano é islas é tierra-firme que así habéis descubierto é fallado, é descubriéredes é falláredes de aquí adelante, con todas aquellas facultades é preeminencias é prerrogativas de que han gozado é gozan los nuestros Almirantes é Visoreyes é Gobernadores que han sido e son de los dichos nuestros reynos de Castilla é de León" [14]. Pero al día siguiente, al dictar las instrucciones para el segundo viaje, la referencia específica a Castilla desaparece y se dice que Colón podrá nombrar jueces "como los acostumbran poner los otros visoreyes e gobernadores donde quiera que sus Altezas los tienen" [15]. Y en el privilegio de abril 23 de 1497, que confirmó la primitiva capitulación de 1492, no se hace mención de ningún sistema análogo [16].

En los pleitos con la corona, Hernando Colón sostuvo en 1511, refiriéndose a los salarios debidos por los reyes, que "Vuestra Alteza a de aver consideración a lo que se da a los governadores que rresiden en Gallizia e Napoles e Cecilia"; mientras en otra parte sólo cita a Galicia y Nápoles [17].

Tal variedad de referencias impide resolver con certidumbre el problema, pues cualquier solución encontraría —por los documentos mencionados y por otras causas— argumentos que impiden conciliarlos.

Debemos analizar ahora las atribuciones que tuvo Colón y, en lo posible, compararlas con las de aquellos eventuales precedentes. Pero como el título de gobernador aparece siempre unido al de virrey, se presenta ante todo la dificultad de separarlos.

García-Gallo y Vicens Vives han sostenido, con razones que nos

14 MARTÍN FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, *Colección de los viajes y descubrimientos que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XV*, II, 73. Buenos Aires, 1946 (la edición original es de Madrid, 1825); *CDI*, XXXVIII, 174.

15 NAVARRETE, II, 83; *CDI*, XXX, 145 y XXXVIII, 187.

16 NAVARRETE, II, 225; *CDI*, XXXVIII, 376.

17 *CDI*, XXXVI, 338 y 313, citados por LALINDE ABADÍA, 38.

parecen evidentes, que se trata de un solo cargo [18]. Lalinde Abadía, en cambio, afirma que "son dos conceptos diferentes... en cuanto que el virrey es una condición que, en este caso, se añade al oficio de gobernador, reforzando extraordinariamente los poderes de éste en cuanto le permite actuar como lugarteniente del Rey" [19].

La diferencia entre ambos criterios es bastante sutil. Para García-Gallo "no se concede sólo el título de virrey como de pura dignidad... sino también el uso y ejercicio del mismo, es decir, la función de gobierno". En cambio, según Lalinde Abadía el título de virrey agrega ciertos poderes al de gobernador. En otros términos, aquél considera que la función gubernativa es un derivado o complemento del virreinato, mientras éste parte de la gobernación y le incorpora las prerrogativas propias del representante de la autoridad real.

El concepto de García-Gallo se ajusta mejor, no sólo a las normas de una hermeneútica de los documentos, sino también a la idea de que no puede existir un virrey sin poderes de gobierno. En la organización definitiva de las Indias ambos títulos quedaron indisolublemente unidos, siendo el virreinato lo principal y la gobernación algo vinculado naturalmente a tan alta dignidad y que se consustanciaba con ella.

La novedad de la empresa colombina impidió definir desde el principio con absoluta precisión los poderes otorgados a Colón, puesto que iba a regiones no conocidas y políticamente desorganizadas. Pero en los sucesivos privilegios y en otros documentos se confieren facultades que es menester enumerar:

a) el Virrey era el representante del rey y debía ser obedecido "como si Nos en persona vos lo mandasemos" [20];

b) podía expedir "provisiones, é mandamientos, patentes" en nombre de los reyes, firmando como virrey [21]. Pero debía, naturalmen-

[18] VICENS VIVES criticó a García-Gallo por haber dicho que eran tres oficios (*Precedentes mediterráneos*, 593), afirmación que no resulta de la lectura atenta de las obras del profesor de la Universidad de Madrid. En una real provisión de agosto 16 de 1494, que ordena a todos los residentes en Indias que obedezcan a Colón, se dice que "nuestra merced é voluntad es quel dicho Almirante tenga el dicho cargo de nuestro Visorey é Gobernador": NAVARRETE, II, 186 y *CDI*, XXXVI, 135.

[19] LALINDE ABADÍA, 30-31.

[20] Real Cédula de agosto 16 de 1494, cit. en la nota 18. Análoga preeminencia en los lugartenientes generales de Cataluña y Aragón y en los virreyes de Sicilia y Cerdeña.

[21] Instrucción expedida a Colón el 29 de mayo de 1493, nº 13, citada en la nota 15. Los lugartenientes generales de Aragón y Cataluña tenían la misma potestad ejecutiva.

te, cumplir las instrucciones impartidas, aunque en esto, por razón de la distancia, se le dejaba una gran amplitud de decisión;

c) tenía, como virrey y gobernador, "la jurisdicción cevil é criminal, alta é baja, mero-mixto imperio", en virtud de la cual podía "oir é conocer de todas las dichas causas, é de cada una de ellas cada que vos quisiéredes de primera instancia ó por via de apelación"[22];

d) para el ejercicio de la función judicial en primera instancia, Colón debía "poner Alcaldes, é Alguaciles... para que oigan los pleitos que hobiere, asi ceviles é criminales... é el dicho Visorey é Gobernador oiga y conozca de las apelaciones"[23];

e) en cuanto a los funcionarios de gobierno ("para el regimiento" de las tierras descubiertas), en la capitulación del 17 de abril de 1492 se autorizó a Colón a proponer una terna para cada oficio, a fin de que los reyes eligieran uno. En 1493, teniendo en consideración su próxima partida, se le permitió designar "los dichos oficios de gobernacion... por el tiempo, é en la forma é manera, que á vos bien visto fuere"[24]. En la instrucción general para el segundo viaje se dice: "por esta vez"[25];

f) podía además nombrar un lugarteniente con la potestad de ejercer sus mismas atribuciones en su ausencia[26]. Aunque Colón dio a su hermano Bartolomé el título de adelantado, no se consideró que tuviera atribuciones para ello, no obstante lo cual la corona lo designó;

g) se facultaba a Colón para imponer penas a los desobedientes —las cuales los monarcas daban por confirmadas— y "las ejecutar en sus personas é bienes"; para hacer pesquisas; y para admitir o expulsar a cualquier persona, "no embargante cualquier apelacion o suplicacion"[27];

22 Privilegio de mayo 28 de 1493, cit. en la nota 14. Conf.: instrucción del día siguiente, nº 10. La plenitud de jurisdicción se daba también en los lugartenientes generales de Aragón y Cataluña y algo más restringida en el virrey de Cerdeña. El gobernador y los alcaldes mayores de Galicia podían juzgar toda clase de pleitos en segunda instancia, y en primera los casos de corte y los que se suscitaran dentro de las cinco leguas del lugar de su sede (*Nueva Rec.*, III.i.1 a 4; *Novís. Rec.*, V.ii.2 a 5).

23 Instrucción de mayo 29 de 1493, nº 10.

24 Real cédula de mayo 28 de 1493, especial para este efecto, en NAVARRETE, II, 81 y en *CDI*, XXX, 123.

25 Instrucción de mayo 29 de 1493, nº 11.

26 Privilegio del 28 de mayo de 1493.

27 Privilegio de mayo 28 de 1493; real cédula de septiembre 11 de 1494, en *CDI*, XXX, 308. Estas facultades correspondían también al gobernador y alcaldes de Galicia, según la pragmática de diciembre 7 de 1486 (*Nueva Rec.*, III.i.64 y *Novís. Rec.*, V.ii.7).

h) hacer "rescates" junto con el Tesorero y en presencia de los Contadores [28];

i) ordenar expediciones para descubrir nuevas tierras, o para rescatar, quedando todos obligados a cumplir sus mandatos [29];

j) percibir la "ochava parte de lo que se ganare en lo que hobiere de oro é otras cosas" [30];

k) cobrar, como premio del descubrimiento, diez mil maravedís por año en forma vitalicia [31];

l) y, ante todo, se le ordenaba "atraer a los moradores de las dichas islas e tierra firme, á que se conviertan a nuestra Santa Fe Católica", con ayuda de fray Bernando Boil y de los otros religiosos que con él fuesen, tratando a los indígenas "muy bien e amorosamente". A las personas que los maltrataron debía castigarlas [32];

m) más adelante, en 1497, se le dio facultad para repartir tierras [33].

La enumeración de estos poderes, comparándolos con los que tenían las autoridades análogas de los reinos de Castilla y Aragón, no permite extraer conclusiones decisivas respecto a su semejanza. Hubo facultades comunes a unas y a otras, y también atribuciones novedosas que no encuadraban en los oficios existentes. Las primeras —preeminencia del virrey, función ejecutiva, potestad judicial, etc.— eran concesiones naturales otorgadas a quien debía ejercer la dirección de una empresa tan distante, sin comunicación regular con los reyes. Con ellas y las demás se fue configurando una magistratura nueva que sólo en parte reconocía precedentes hispánicos.

Colón fue nombrado también Capitán General de la flota que iba a realizar el segundo viaje [34], cargo que aparentemente era innecesario otorgar al Almirante. Estas últimas funciones se ejercían en el mar, puertos y playas, mientras las de virrey y gobernador eran propias de su actuación en tierra. En síntesis, Colón tuvo las más altas atribuciones militares, gubernativas y judiciales, pero sólo intervenía en

[28] Instrucción del 29 de mayo de 1493, nº 9.
[29] Id., nº 16.
[30] Id., nº 18.
[31] Albalá del 23 de mayo de 1493, en NAVARRETE, II, 61.
[32] Instrucción del 29 de mayo de 1493, nº 1.
[33] Carta patente del 22 de julio de 1497, en NAVARRETE, II, 251 y en *CDI*, XXXVI, 174.
[34] Carta patente del 28 de mayo de 1493, en NAVARRETE, II, 55 y en *CDI*, XXX, 120.

los asuntos vinculados con la hacienda real en unión del tesorero y el contador enviados por los monarcas [35].

B) *La creación del oficio de gobernador.*

El descubridor ejerció, indisolublemente unidas, las facultades correspondientes al virreinato y a la gobernación en las regiones en las cuales se establecieron sus acompañantes. Los acontecimientos producidos en la isla Española obligaron a los reyes a sustituirlo en el mando, creando entonces el oficio de gobernador separado del virreinato.

En efecto, por real cédula del 21 de mayo de 1499 los reyes resolvieron "que el Comendador Francisco de Bobadilla tenga por Nos la Gobernacion é oficio del Juzgado de esas dichas islas e tierra-firme por todo el tiempo que nuestra merced y voluntad fuere, con los oficios de justicia é jurisdiccion civil é criminal, alcaidias y alguacilazgos dellas"; y ordenaron a todos los residentes en Indias que lo recibieran "por nuestro Juez Gobernador". Se lo facultaba expresamente para nombrar y remover alcaides y alguaciles y "otros oficios a la dicha gobernacion anexos"; entender en todos los pleitos, hacer pesquisas, admitir y expulsar a cualquier persona sin apelación ni súplica e imponer penas a los desobedientes [36].

En realidad, Bobadilla era un enviado de los reyes para pacificar la isla Española y restablecer en ella el imperio de la justicia. La real cédula se fundaba en que era necesario atender "al servicio de Dios y nuestro, y á la ejecucion de la nuestra justicia, y á la paz y sosiego y buena gobernacion de esas dichas islas é tierra-firme". Dos meses antes, el 21 de marzo, se había ordenado a Bobadilla que fuera a las Indias e hiciera una información de lo ocurrido, pusiera presos a los culpables, les secuestrara sus bienes y les impusiera "las mayores penas civiles y criminales que hallaredes por derecho" [37].

Es importante destacar que en el proceso de creación de este nuevo oficio predomina originalmente el cargo de juez, al cual se le agrega, por la necesidad de dar amplios poderes a un solo magistrado, el gobierno de las Indias. Por eso se llama Juez Gobernador. En este sentido podría encontrarse alguna semejanza con los gobernadores de

35 Ver instrucción del 29 de mayo de 1493, nº 9 y 14. El lugarteniente de Aragón tenía, en cambio, atribuciones amplias en materia de hacienda. Para la comparación de los poderes de Colón con los de los altos funcionarios aragoneses ver VICENS VIVES, *Precedentes mediterráneos*, 596-601.

36 NAVARRETE, II, 277.

37 Id., II, 275.

Galicia. En la evolución ulterior de esta función el gobierno va a predominar sobre la justicia, sin que la segunda desaparezca, y las facultades militares se incorporarán al cargo agregándole el título de capitán general.

Términos casi idénticos, con las mismas funciones asignadas a Bobadilla, se utilizaron en el nombramiento de fray Nicolás de Ovando, expedido el 3 de septiembre de 1501 [38]. También este último tendría "por Nos la Gobernacion é Oficio de Juzgado" y debía ser recibido "por nuestro Juez é Gobernador". La única diferencia consistía en que Ovando iba a ejercer sus funciones "ecepto en las islas de que tienen la Gobernacion Alonso de Hojeda y Vicente Yañez Pinzon por otras nuestras Cartas".

Alonso de Ojeda, en efecto, había sido designado gobernador de la isla de Caquivacoa, en el golfo de Urabá, que él había descubierto. Entre sus atribuciones se contaba la jurisdicción civil y criminal, nombramiento de alcaldes y alguaciles, etc. Esto se resolvió aprobando la capitulación que Ojeda había celebrado con Juan Rodríguez de Fonseca para descubrir otras tierras en el Nuevo Mundo [39]. Vicente Yáñez Pinzón también había capitulado con los reyes, quienes lo designaron capitán y gobernador de las regiones que había descubierto en su viaje anterior al norte de la América del Sud. Es curioso advertir que esta capitulación es del 5 de septiembre de 1501, es decir, posterior en dos días al nombramiento de Ovando [40].

Este último recibió de los reyes minuciosas instrucciones que le dieron una autoridad superior en las Indias. Se le encomendaba la conversión y el buen tratamiento de los indígenas "como nuestros buenos súbditos e vasallos"; procurar la paz y la concordia entre los españoles; fundar poblaciones y fortalezas; desterrar de las Indias o impedir el acceso a ellas a las personas que le pareciera; ordenar el pago de diezmos a todos, "ansí christianos como yndios"; no admitir extranjeros ,moros, judíos, herejes ni reconciliados, ni aquéllos que fuesen nuevamente convertidos, salvo los esclavos; nombrar alcaldes y otros

[38] Id., II, 298; *CDI*, XXII, 296 (por error fechada en 1531) y XXX, 512.

[39] Capitulación de julio 28 de 1500 y nombramiento de junio 10 de 1501, en NAVARRETE, III, 99-104.

[40] *CDI*, XXII, 300 (por error fechada en 1531) y XXX, 535. La anterior capitulación para ir a descubrir nuevas tierras, del 6 de junio de 1499, sólo contenía el nombramiento de "capitán principal de la dicha armada" (ANTONIO MURO OREJÓN, *La primera capitulación con Vicente Yáñez Pinzón para descubrir en las Indias*, en *Anuario de Estudios Americanos*, IV, 743-756, Sevilla, 1947). Hubo con Ojeda capitulaciones posteriores en 1504 (*CDI*, XXXI, 258) y 1508 (*CDI*, XXXII, 29)

oficiales "para execucion de la Nuestra xusticia"; informar minuciosamente de todo lo que ocurriera y fuera conveniente resolver; y vigilar la conducta de los Oficiales Reales[41].

Las gobernaciones concedidas a Bobadilla y a Ovando habían privado a Colón de sus derechos a la administración de las Indias, o por lo menos de las regiones que él había descubierto. La primitiva capitulación, con todas sus implicancias, quedó sin cumplirse. Colón dejó de ser titulado virrey y gobernador. Una nueva política, que con el tiempo iba a ser la definitiva, se estaba ensayando. Los reyes, que en España habían promovido una evolución análoga contra el antiguo derecho señorial, estableciendo un régimen monárquico no limitado, tenían que buscar un cambio semejante en las Indias. El sistema de capitulaciones menoscaba la autoridad real sometiéndola a obligaciones contractuales. Era necesario implantar un gobierno que dependiera exclusivamente de la corona. Sin embargo esta transformación, que se inicia en la Española en 1499, tardará casi un siglo en completarse en el resto de las Indias, las cuales, entre tanto, irán siendo conquistadas mediante otros sistemas, y organizándose de acuerdo con fórmulas a veces empíricas, a veces orgánicas, que perdurarán durante la mayor parte del siglo XVI en algunas regiones.

La eliminación del gobierno personal de los Colones no fue, sin embargo, definitiva. Su hijo Diego y el propio descubridor pidieron al rey Fernando que les devolviera la administración de las Indias nombrándolo a aquél, como remuneración de los servicios hechos por su padre y porque éste "injustamente (fue) sacado de ella"[42].

Aunque estas gestiones no tuvieron éxito por el momento, la continuación de las instancias hechas por Diego Colón, ya muerto su padre, y los reiterados reclamos que hizo para ser reconocido en sus derechos, dieron finalmente resultado. Fernando V, mediante una real provisión de 1508 dirigida a todos los habitantes de las Indias, ordenó que el almirante Diego Colón "tenga por mí la Gobernacion é Oficio de juzgado dellas", y fuera recibido "por mi Juez é Gobernador"[43]. Este nombramiento utilizó términos casi idénticos a los de Bobadilla y Ovando, lo cual colocaba a Diego Colón —fuera de su condición de almirante de las Indias— dentro de la categoría de un gobernador some-

41 Instrucciones del 16 de septiembre de 1501, en *CDI*, XXXI, 13.

42 Cartas de Diego y Cristóbal Colón al rey, enero de 1505, en NAVARRETE, III, 510-511.

43 Provisión real de octubre 29 de 1508, en NAVARRETE, II, 373 y en *CDI*, XXXIX, 176.

tido a las órdenes reales. No se trataba, por lo tanto, de un reconocimiento de sus derechos hereditarios, sino de una merced que la corona otorgaba, sin duda, en atención a esos antecedentes.

Aquél recibió análogos poderes: jurisdicción civil y criminal, nombramiento de alcaldes, alguaciles, escribanos y lugartenientes, facultad de hacer pesquisas, derecho de expulsar y de no permitir la entrada a las Indias a cualquier persona, sin apelación ni súplica, y el de imponer penas y ejecutarlas sobre los "remisos é inobedientes".

Además el rey le dio una extensa instrucción, semejante a la de Ovando, sobre el gobierno de su distrito: vigilancia de los sacerdotes, honestidad de vida de los españoles, arreglo de hospitales, instrucción y conversión de los indígenas (mandando que en cada población hubiera un eclesiástico para la enseñanza), buen tratamiento de los indios reuniéndolos y haciéndolos trabajar por un justo salario, etc. También debía tomar residencia a Ovando y evitar la entrada de extranjeros, moros, herejes, judíos y reconciliados. En cuanto a la administración de la real hacienda se le recomendaba "tener mucho cuidado" de las rentas, no permitir libranzas sino por el contador con orden del rey y que todos los beneficios fiscales fueran recibidos por el tesorero y el factor, tomando razón de ellos [44].

No obstante éstas y otras disposiciones, que parecían orientar el gobierno de las Indias hacia un régimen puramente estatal, los constantes reclamos de Diego Colón, así como el deseo inverso de mantener un control de la administración indiana, hicieron que durante su gobierno el sistema fuera inestable y a veces contradictorio.

Aunque Diego Colón había sido designado gobernador "de las dichas Indias, islas é tierra-firme", la corona no se sintió inclinada a incluir en su distrito el continente, parte del cual fuera descubierto por don Cristóbal. En 1511, el Consejo de Castilla declaró que al "Almirante y a sus sucesores pertenece la governacion y administracion... de la isla Española como de las otras islas que el Almirante don Cristóbal Colón su padre descubrió en aquellos mares... con título de visorey de juro y heredad para siempre jamás" [45].

[44] Instrucción de mayo 3 de 1509, en NAVARRETE, II, 379-390 y en *CDI*, XXIII, 290 y XXXI, 388.

[45] Declaración de junio 17 de 1511, en *CDI*, XL, 5 y en *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de ultramar*, VII ,42, 21 vols., Madrid, 1885-1928, cit. por C. H. HARING, *The spanish empire in America*, 16, New York, 1947. De esta obra hay dos traducciones al español, publicadas en Buenos Aires, 1958 y 1966 (la cita en págs. 24 y 26, respectivamente). Sobre este proceso consultar el mismo libro.

En otros términos, por un lado se reconocía o se devolvía a Diego Colón el título de virrey, así como la gobernación hereditaria, pero por otro lado se limitaba esta concesión a los territorios insulares del Caribe. Lo primero era un regreso a las normas de la primitiva capitulación; lo segundo constituía una reserva real para no extender el ámbito territorial de ese poder. Y se mantenía, además, una contradicción entre el Almirantazgo —que abarcaba toda la mar océano al occidente de la línea de demarcación— y el virreinato y gobierno reducidos a las islas mencionadas.

También en 1511 la corona nombró tres jueces de apelación para entender en segunda instancia en los juicios suscitados en Indias, y simultáneamente, en octubre 5 del mismo año, dictó las primeras ordenanzas para esa audiencia de Santo Domingo [46]. Ante la protesta de Diego Colón, que así perdía su facultad de nombrar a estos magistrados y de juzgar los casos de corte, en 1512 se resolvió que estos últimos debían tramitarse a prevención ante la audiencia o ante el virrey [47].

Otras gobernaciones iban apareciendo, entre tanto, en el escenario americano. En 1508 la corona otorgó a Alonso de Ojeda el territorio de Urabá, agregando que "tengais por Nos la gobernacion é capitanía de la gente que fuere en los navíos que estovieren en los asientos é logares que se hicieren en las dichas tierras de Urabá por el dicho tiempo de los cuatro años con los oficios de justicia é jurisdiccion cevil é criminal... é quedando la apelacion de todo para ante dicho nuestro gobernador ques o fuere de la dicha isla Española" [48]. Salvo esta úl-

El 16 de enero de 1515 Diego Colón recibió tampién el título de "Adelantado de la isla Española é de las otras islas é partes donde era Adelantado D. Bartolomé Colón, vuestro tio" (NAVARRETE, II, 420).

46 *CDI*, XI, 546. También en *Monumenta Centroamerica Historica, Colección de documentos y materiales para el estudio de la historia y de la vida de los pueblos de la América Central*, dirigida y compilada por FEDERICO ARGÜELLO SOLORZANO y CARLOS MOLINA ARGÜELLO, I, 3-9, Managua, Nicaragua, 1965; y en *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, por don MARTÍN FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, don MIGUEL SALVÁ y don PEDRO SAINZ DE BARANDA, II, 285-293, Madrid, 1843. Estaba formada por tres jueces letrados que conocían: en primera instancia en los casos de corte y en segunda instancia en todas las causas civiles y criminales. En los procesos criminales se concedía el recurso de apelación o súplica ante los mismos jueces (revista); y en los civiles, si la sentencia era confirmatoria, no había más recurso, pero si revocaba la anterior podía suplicarse de ella. Cuando el pleito era superior a 100.000 maravedís cabía el recurso de apelación al Consejo de Castilla (real cédula de octubre 5 de 1511).

47 NAVARRETE, II, 405: provisión de marzo 20 de 1512. Pero simultáneamente, desde enero de 1512 y de conformidad con la declaración del Consejo de Castilla citada en la nota 45, desapareció el título colombino de virrey y gobernador de Tierra Firme (*Monumenta Centroamerica Historica*, cit., I, 56).

48 Real cédula de junio 9 de 1508, en NAVARRETE, III, 129. Un mes después,

tima excepción o reserva, las facultades otorgadas a Ojeda eran las mismas de los gobernadores designados antes como funcionarios reales.

El descubrimiento de "una muy grand parte de tierra que fasta aquí se ha llamado Tierra-Firme, é agora mandamos que se llame Castilla del Oro, y en ella ha hecho nuestra gente un asiento en el golfo de Urabá, que es en la provincia del Darien", permitió a la corona tomar una decisión importante, encargando a Pedrarias Dávila "la gobernacion é capitanía general de toda la gente é navíos que agora van en la dicha armada; é asimismo de la que está ó estoviere o fuere de aqui adelante a la dicha tierra de Castilla del Oro, con tanto que no se entienda ni comprenda en ella la provincia de Verágua, cuya gobernacion pertenece al Almirante D. Diego Colón por lo haber descubierto el Almirante su padre por su persona, ni la tierra que descubrieron Vicente Yáñez Pinzón é Juan Diaz de Solis, ni la provincia de Paria, con la tierra que Nos le mandaremos juntar". El título de Pedrarias Dávila ya es más extenso y más amplio que los anteriores: invoca en primer lugar la necesidad de evangelizar a los naturales y de tener a ellos y a los españoles "en toda justicia, paz é sosiego é buena gobernacion", propósitos y expresiones que luego van a generalizarse en los nombramientos y en las leyes. Las facultades judiciales quedaron sujetas a apelación ante el Consejo de Castilla (y no ante los magistrados de la Española) cuando el pleito fuera superior a 600 pesos. Pedrarias podía nombrar y remover lugartenientes, distribuir tierras, hacer repartimientos de indios, dictar ordenanzas generales para el gobierno de los vecinos ,el régimen de las minas y las labranzas, y las demás facultades concedidas a los precedentes gobernadores [49].

Esta nueva provincia no estaba subordinada, como las anteriores, a la isla Española, ni iban allí las apelaciones. Era, puede afirmarse, la primera gobernación autónoma que se creaba en las Indias. Poco después, en 1514, Pedrarias fue nombrado también Lugarteniente General, cargo que no existía ni en Castilla ni en el Nuevo Mundo, y que en los reinos peninsulares de Aragón equivalía al de virrey [50].

Conviene señalar que en estos dos últimos nombramientos —el de Ojeda de 1508 y el de Pedrarias— ha desaparecido el título de juez, aunque no sus facultades, y en cambio surge la capitanía (o capitanía

el 9 de julio, se celebró una capitulación con Diego de Nicuesa y Alonso de Ojeda (*CDI*, XXII, 13).

49 Título de julio 27 de 1513, en NAVARRETE, III, 337.

50 LALINDE ABADÍA, 80-84.

general) de "la gente"; es decir, un cargo esencialmente militar destinado al mando de los españoles. La función judicial queda refundida o incorporada a la de gobierno, y en cambio la capitanía dará lugar al título de capitán general (que ya había tenido Colón), el cual integrará la denominación definitiva del cargo. Esto no significa que los anteriores gobernadores carecieran de facultades militares, pero sí que el oficio, primitivamente concebido como de naturaleza principalmente judicial, se transforma en gubernativo y militar. Una vez realizada la conquista de México, Carlos V nombró a Hernán Cortés "gobernador y capitán general" [51].

Mientras tanto, Diego Colón seguía luchando por sus privilegios. Aunque conservó el décimo de todos los beneficios que el rey obtenía del Nuevo Mundo, perdió en parte el derecho a designar a los funcionarios y magistrados de su distrito. La corona se adjudicó el nombramiento de los regidores, escribanos, jueces y otros cargos menores, así como los repartos de indios. Sin embargo —y volvemos a la política contradictoria respecto de Diego Colón— en 1520 aquél logró que se lo confirmara como virrey y gobernador, y que se volviera al sistema de las ternas (formadas ahora por el virrey y la audiencia) para el nombramiento de oficios concejiles, excepto los de alcalde, procurador y escribano, que serían elegidos por el cabildo [52].

El gobierno de Diego Colón, interrumpido por largas estadías en España, duró nominalmente hasta su muerte, ocurrida en 1526. Luego continuaron los pleitos de sus herederos, hasta que en 1536 se llegó a una transacción en virtud de la cual se mantenía hereditariamente el título de almirante, y los Colones perdían el virreinato y la gobernación de las Indias a cambio del ducado de Veragua con sus tierras en Centroamérica y una indemnización pecuniaria de diez mil ducados anuales [53]. En la Española continuaron los gobernadores nombrados por el rey, que al mismo tiempo eran presidentes de la audiencia.

Contemporáneamente se crearon otras gobernaciones en las islas

51 Designación de octubre 15 de 1522, en *CDI*, XXVI, 59.

52 HARING, 17-19. Desde 1516 a 1519 gobernaron en la Española los Padres Jerónimos, interrumpiendo el gobierno de Diego Colón que se encontraba entonces en España. La resolución de mayo de 1520, firmada por Carlos V en La Coruña, establecía que Diego Colón "tiene derecho de governador e viso Rey asy de la isla Española como de las otras islas que el almirante don cristobal colon su padre descubryo en aquellos mares... conforme al asiento que se tomó con el dicho almirante su padre al tiempo que se hizo la capitulación para yr a descubrir..." (*Arch. de Indias*, Indif. Gen., leg. 420, reg. 8, folios 213-216, cit. por LALINDE ABADÍA, 61, nota).

53 HARING, 21-22.

(Cuba, Puerto Rico y Jamaica) y en Tierra Firme. Diego López de Salcedo fue designado el 20 de noviembre de 1525 para el Nuevo Reino de León (Honduras); Pedrarias Dávila fue sustituido en Castilla del Oro (Panamá) por Pedro de los Ríos en 1526, pasando aquél a Nicaragua (junio 1º de 1527); y desde 1537 hasta 1556 Luis Colón, nieto del primer almirante, fue titular del ducado de Veragua, que comprendía la parte occidental de Panamá.

Pero también hubo en las Indias, simultáneamente, adelantados y gobernadores destinados a realizar empresas de conquista en virtud de capitulaciones firmadas con el rey. De esta manera se mantenía el sistema contractual para las nuevas colonizaciones, en razón de que los beneficiarios tomaban a su cargo los gastos de las expediciones, evitando así que éstos incidieran sobre los magros recursos fiscales. De modo que durante la primera mitad del siglo XVI —y aún posteriormente en algunas regiones periféricas como el Río de la Plata— coexistieron en Indias los gobernadores funcionarios de la corona y los que habían contratado con ella, con el aditamiento frecuente, en ambos casos, de otros títulos de mayor o menor jerarquía.

Este sistema de las capitulaciones había comenzado con la de Cristóbal Colón y continuó, algunos años después, con las de Ojeda (1500) y Yáñez Pinzón (1499 y 1501). El primero fue nombrado gobernador y el segundo recibió los títulos de capitán principal en 1499 y de capitán y gobernador en 1501 [54]. Posteriormente se vuelve al régimen contractual con Diego de Nicuesa y Alonso de Ojeda, que en 1508 son nombrados "capitanes de los navíos y gentes" de la expedición destinada a Tierra Firme [55]. Cuatro años después Juan Ponce de León recibe "la gobernacion y justicia" de la isla de Bimini, junto con el título de adelantado [56]. Este último se repite, sin otros agregados, en la capitulación con Diego de Velázquez destinada al Yucatán [57]; pero vuelve a unirse con la gobernación en la que se firma para que Hernando de Magallanes y Ruy Falero vayan al descubrimiento de la especería [58], y en la de Lucas Vázquez de Ayllón para la Florida [59]. Rodrigo de Bastidas, en cambio, es nombrado capitán y adelanta-

[54] Ver supra, notas 39 y 40.
[55] Capitulación de julio 9 de 1508, en *CDI*, XXII, 13 y XXXII, 29.
[56] Id. de febrero 23 de 1512, en *CDI*, XXII, 26.
[57] Id. de noviembre 13 de 1518, en *CDI*, XXII, 38.
[58] Id. de marzo 21 de 1519, en *CDI*, XXII, 46. Estos fueron nombrados adelantados y gobernadores "para siempre jamas, con que quede para Nos e para los Reyes que despues de Nos viniesen la suprema".
[59] Id. de junio 12 de 1523, en *CDI*, XXII, 79. Aquí la concesión es vitalicia.

do [60], mientras a Juan Pacheco se le promete la gobernación de las tierras que descubriera en Castilla del Oro [61].

A partir de 1526 esas diferencias tienden a desaparecer y se llega a una cierta uniformidad en los títulos que se otorgan a los capitulantes. Por lo común, éstos acumulan los cargos de adelantado, gobernador, capitán general y alguacil mayor, además de la tenencia de las fortalezas que edificaran. Así sucede con Francisco de Montejo, Pánfilo de Narváez ,Enrique Cinquer y Guillermo Sayller, Francisco Pizarro, Diego de Almagro, Pedro de Mendoza, Pedro Fernández de Lugo, Gaspar de Espinosa, Juan Despes, Hernando de Soto, Alvar Núñez Cabeza de Vaca, Sebastián de Benalcázar, Pedro de Heredia, Francisco de Orellana, Juan de Sanabria, Juan Ortiz de Zárate, Alvaro de Amendaña, etc. [62]. Subsistieron, sin embargo, algunas diferencias respecto de la duración en esos cargos, el carácter vitalicio o hereditario o los beneficios que cada uno recibía. Además, el adelantamiento se va convirtiendo en un título honorífico y aumentan las concesiones o promesas de tipo señorial, que luego son legisladas en las *Ordenanzas sobre descubrimientos y población* del año 1573, precisamente en la época en que va desapareciendo el sistema de las capitulaciones.

En otros casos, menos numerosos, los beneficiarios de estos contratos sólo reciben los títulos de gobernador y capitán general, o simplemente el de gobernador, incluyendo casi siempre el alguacilazgo mayor y la tenencia de las fortalezas a construir. El oficio judicial ya no se menciona porque se lo considera incluido en la gobernación.

Como estas capitulaciones estaban destinadas a conquistar regiones aún no ocupadas, o cuya población no se había consolidado, los favorecidos recibían nombramientos vitalicios cuando no hereditarios, a diferencia de los gobernadores de tipo administrativo que eran esencialmente temporarios.

La existencia sucesiva o simultánea de estos regímenes tan diversos revela el carácter inestable y cambiante de la primitiva organización indiana, como consecuencia de la capitulación colombina, de la creciente amplitud de los descubrimientos y de la necesidad de contemplar, al mismo tiempo, los reclamos de los Colones y la autoridad de la monarquía. Además, el sistema se fue organizando casuísticamen-

[60] Id. de noviembre 6 de 1524, en *CDI*, XXII, 98, destinada a la provincia de Santa Marta.
[61] Id. de febrero 24 de 1526, en *CDI*, XXII, 145.
[62] Capitulaciones en *CDI*, XXII y XXIII, celebradas entre 1526 y 1574.

te, a medida que se presentaban los problemas y que era necesario resolverlos.

En esta época pueden señalarse —dentro del tema que nos interesa— distintas etapas o períodos: en primer lugar el del cumplimiento exclusivo y cabal de las capitulaciones de Santa Fe (1492-1499); en segundo término la aparición de gobernadores nombrados por el rey que excluyen a Colón (1499-1508); a continuación un intento de volver, con Diego Colón, al régimen inicial, aunque sometiéndolo ya a la dirección de la corona y a múltiples limitaciones; y por último, simultáneamente, la reaparición de los gobernadores designados junto con otros que desde 1501 van a dirigir nuevos distritos y conquistas.

El gobierno de Colón fracasa por la rebelión de Roldán, que obliga a enviar a Bobadilla con amplios poderes judiciales. Ovando, que lo reemplaza dos años después, organiza mejor el gobierno. Pero no parece que haya todavía una orientación definida, pues en 1508 se nombra a Diego Colón, con lo cual se mantiene la inestabilidad de un sistema que en parte se funda en la política real y en parte mantiene vigentes las pretensiones de la familia del descubridor. Diego Colón, por un lado, acumula los cargos de virrey y adelantado, pero por el otro ve disminuido su distrito, limitados sus poderes judiciales y sometido a un control que afianza el imperio de la corona. Poco a poco esta última asume las funciones más importantes: designaciones, repartimientos, etc. En otras regiones, en cambio, la monarquía cede grandes beneficios mediante el arbitrio de las capitulaciones, despojándose de un control que estaba asumiendo en la Española. Y así la política real tiende en parte a establecer un gobierno directo y una mayor fiscalización de las actividades de sus súbditos en el Nuevo Mundo, mientras deja que otros distritos queden en manos de gobernantes vitalicios o hereditarios que evidentemente menoscaban su autoridad y su poder de decisión.

C) *Factores que influyeron sobre los primitivos sistemas de gobierno indiano.*

Se ha podido advertir, en las páginas anteriores, el carácter inorgánico y hasta contradictorio del régimen gubernativo que se implantó en el Nuevo Mundo durante las primeras décadas posteriores al descubrimiento, lo cual se pone en evidencia a través de los diversos tipos de autoridades, su inestabilidad y sus cambios sucesivos, hasta que más tarde el sistema alcanzó cierta uniformidad en su estructura, en sus fundamentos y en sus objetivos.

El estudio de los gobernadores no puede limitarse, por consiguiente, a la descripción formal de los diversos tipos de esta institución, sino que, por la necesidad de explicar aquellos cambios, resulta indispensable una indagación de los motivos que los produjeron o los determinaron. De esta manera podremos llegar a conocer el porqué de la organización definitiva de las Indias, que no fue, como veremos, el producto de improvisaciones ni de preferencias, sino la consecuencia de un conjunto de factores heterogéneos que obligaron a realizar ensayos de diversa naturaleza antes de que ese régimen alcanzara formas estables.

Con cierta frecuencia los historiadores han pretendido explicar esas transformaciones iniciales en función de las personalidades que las dirigían —Isabel, Fernando, Cisneros o Carlos V— o de las influencias que predominaban, como las de Fonseca, Las Casas, etc. Creemos, sin embargo, que esos cambios se explican lógicamente por los hechos que condicionaban la legislación. Si se analiza con más profundidad el asunto, se advierte que esos gobernantes tuvieron que contemplar realidades, ideologías e intereses que ellos mismos no podían dominar totalmente. Unos y otros actuaron bajo el influjo o la presión de esos factores que limitaban sus posibilidades de decisión e incidían sobre sus objetivos. El derecho, como es obvio, tiene que partir de las circunstancias concretas para dirigirlas o encauzarlas, pero no puede prescindir de ellas.

Durante las primeras décadas de la conquista pueden señalarse algunos factores preponderantes que gravitaron sobre el régimen político y que, en razón de su heterogeneidad, crearon sistemas disímiles demorando el establecimiento de una regulación uniforme. Trataremos de explicarlos.

a) Cuando se planteó el problema del gobierno del Nuevo Mundo los reyes de Castilla se encontraron con un régimen ya institucionalizado: el de las capitulaciones de Colón. Como éste era un acuerdo bilateral celebrado entre los monarcas y el descubridor, tenía la validez de "un contrato de Derecho público entre el Estado y un particular" [63]. O bien, para usar el lenguaje de las *Partidas*, era una "promission" hecha "con entención de obligarse" y cuyos términos debían ser cumplidos ("son tenudos de lo guardar") [64]. No era, por lo tanto,

[63] Así define las capitulaciones SILVIO A. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, 128, Madrid, 1935. Ver, sobre este tema, cap. II, nota 10.

[64] *Partida* 5a.xi.1.

un sistema político impuesto por la voluntad unilateral del Estado, sino un convenio que el propio poder real no podía legitimamente modificar.

Los mismos monarcas se consideraron obligados, y en efecto ratificaron en 1493 y 1497 los privilegios de Colón. Era el cumplimiento de la palabra real. Pero con el andar del tiempo pudo advertirse que el gobierno personal de Colón no era eficiente, y para restablecer la paz después de la rebelión de Roldán fue preciso enviar un juez gobernador, Bobadilla, que obligó al almirante a regresar a la península.

Como ya hemos visto, el nombramiento de Bobadilla se fundaba en la necesidad de atender "á la ejecucion de la nuestra justicia, y á la paz y sosiego y buena gobernación de esas dichas islas é tierra firme" [65]. Se planteó así un conflicto entre el compromiso asumido con Colón y la obligación primordial de los reyes que era, como más adelante lo señalaremos, mantener la paz y la justicia en los territorios de su mando. Si aquel motivo era verdadero, como en efecto lo era, Colón no había cumplido por su parte con sus deberes de virrey y gobernador ni con las instrucciones impartidas, de tal modo que la corona hizo predominar su razón de ser o la causa final de su existencia considerándose desligada de sus promesas. Aunque este razonamiento no figura en forma explícita en los documentos contemporáneos, no hay duda de que era la única justificación de la cesantía del descubridor.

Es conveniente recordar que este cambio se produjo en vida de la reina Isabel, y por lo tanto no puede atribuirse exclusivamente a las tendencias absolutistas de Fernando. Colón volvió a España y durante un año gestionó su reposición en el cargo, hasta que vio burladas sus esperanzas con el nombramiento de Ovando.

Sin embargo, la capitulación colombina siguió gravitando después de muerto el primer almirante de las Indias. Era siempre un factor que impedía, o al menos dificultaba, el establecimiento de un régimen orgánico en el Nuevo Mundo. Y es precisamente en la época de Fernando cuando se conceden a Diego Colón la gobernación (1508) y el virreinato (1511). Síntomas evidentes de que el monarca quería cumplir, aunque fuera parcialmente y en forma retaceada, el primitivo compromiso, porque de lo contrario hubiera continuado con el sistema

[65] Ver el nombramiento de Bobadilla, citado en la nota 36.

iniciado en 1499 con Bobadilla y Ovando [66]. Y que esta capitulación seguía en vigencia lo demuestra, además, el hecho de que en mayo de 1520 Carlos V reconociera que Diego Colón tenía "derecho de governador e viso Rey... conforme al asiento que se tomó... al tiempo que se hizo la capitulacion para yr a descubrir" [67]. Los pleitos de los Colones son una prueba más de que sus derechos, aunque discutidos, no fueron ignorados. El gobierno de las Indias, en gran medida, estuvo pendiente durante muchos años del desenlace de esa magna controversia.

b) Un segundo factor que incidió en el complejo problema de la organización de las Indias fue la necesidad de acelerar los descubrimientos. Por un lado, Colón era incapaz, por sí solo, de realizar una obra cuya enorme amplitud se fue revelando a medida que se desarrollaron sus viajes. Por el otro, los reyes no estaban en condiciones de financiar las expediciones, y por ello las confiaron a arriesgados capitanes que generalmente se ofrecían a emprender las expediciones a su costa, recibiendo en cambio poderes de gobierno y ciertos beneficios que tendían, unos y otros, a implantar en las Indias modalidades de tipo señorial. Y fue precisamente para fomentar los nuevos descubrimientos y conquistas que la corona se mostró generosa en otorgar esos privilegios, sin los cuales tal vez no hubiera conseguido realizarlos.

Desde 1499 —coincidiendo con la eliminación del almirante del mando político de las islas descubiertas —se autorizaron algunos viajes de exploración que la historia conoce como "viajes menores". Consecuencia de ellos fue la firma de nuevas capitulaciones, que comienzan

66 MANUEL GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Hernán Cortés y su revolución comunera en la Nueva España*, en *Anuario de Estudios Americanos*, V, 8 y sig., Sevilla, 1948, desarrolla la tesis de que el régimen político de las Indias, desde 1492 hasta 1522, "fue el monista, transpersonalista y absolutista, impuesto por Fernando V sobre la base doctrinalmente pragmática que le suministraron sus áulicos consejeros, los doctores Rodrigo Maldonado y Palacios Rubios, con las innegables capacidades, organizadora de Juan Rodríguez de Fonseca y burocrática de Lope de Conchillos". Y agrega que el criterio fernandino no se impuso sin lucha, porque chocaba con la concepción cristiana de Isabel y el enérgico carácter de Cisneros, sin dejar de lado la oposición ideológica de los dominicos. Creemos que todo ello no se concilia ni con la separación de Colón resuelta en vida de Isabel ni con el restablecimiento parcial del régimen primitivo, que fue obra del propio Fernando. Porque si algo limitaba las tendencias absolutistas era precisamente el reconocimiento de los derechos derivados de la capitulación. Los cambios operados, cuyas razones tratamos de explicar en este acápite, demuestran además que no hubo una única influencia o voluntad, sino un conjunto de factores que obligaron a tomar decisiones diferentes y hasta contradictorias.

67 *Supra*, nota 52.

con las de Ojeda y Yáñez Pinzón en 1499-1501. Y posteriormente este arbitrio se repite en numerosos casos, hasta configurar un sistema de conquista que se apartaba al mismo tiempo del régimen colombino y del ordenamiento puramente estatal iniciado con el juez gobernador Bobadilla.

La corona, en esa forma, se despojaba (o despojaba a Colón) de algunos derechos que le correspondían, delegando en ciertos personajes la ejecución de las empresas de descubrimiento y colonización. Para ello, y para estimular al mismo tiempo a sus jefes y a la "gente" que los acompañaba, se van creando, y en forma cada vez más acentuada, algunas instituciones y beneficios de ascendencia medieval, que restablecen en las Indias las formas señoriales que estaban desapareciendo en España. Desde 1512 resurge el título de adelantado, que en varias capitulaciones posteriores llega a ser hereditario y adquiere con el tiempo una connotación honorífica y de mucha dignidad. Este título va generalmente unido al de gobernador, que se concede por toda la vida y a veces también para la de un heredero. Los que organizan esas expediciones están facultados para construir fortalezas de piedra y adquirir —también hereditariamente— la tenencia de ellas, rasgo típico de un mundo señorial [68]. En ciertos casos el rey concede, o promete conceder, vasallos a perpetuidad [69], una gran extensión de tie-

[68] Casi todas las capitulaciones incluyen la facultad o la obligación de construir fortalezas, dando a sus titulares la tenencia de ellas, ya en forma vitalicia, ya hereditaria, con un salario de alrededor de 100.000 maravedís anuales pagaderos con las rentas obtenidas en la tierra.

[69] Hernán Cortés obtuvo "veinte y tres mill vasallos, con sus tierras y aldeas y... jurisdicciones cevil e criminal, alta e baja, mero mixto imperio... reteniendo... la soberania de la nuestra justicia Real, y que las apelaciones... vayan ante nos e ante los del Nuestro Consejo e oidores de las nuestras audiencias". Al mismo tiempo se le prohibía edificar fortalezas sin licencia real, y se reservaban para la corona las minas, las salinas y el derecho de hacer circular moneda (merced de julio 6 de 1529, en SILVIO A. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, 321-325, Madrid, 1935). Francisco Pizarro obtuvo también "veinte mill vasallos en esa prouincia con titulo de marques" (COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *Gobernantes del Perú, cartas y papeles*, II, 51, Madrid, 1921: real cédula de octubre 10 de 1537). A don Pedro de Mendoza se le prometieron diez mil vasallos "con la jurisdiccion que vos señalaremos" y el título de conde (*CDI*, XXII, 350). Juan Ortiz de Zárate pidió veinte mil vasallos en 1569 (*CDI*, XXIII, 148). A Pedro Maraver de Silva, en 1574, se le prometió tener en cuenta sus servicios para darle "vasallos con perpetuidad y titulo de Adelantado o otro" (*CDI*, XXIII, 207). Lo mismo en la capitulación con Juan de Villoria Avila (*CDI*, XXIII, 224). Ver *infra*, texto y nota 76.

rra [70], un porcentaje de los beneficios que se obtuvieran [71], la constitución de mayorazgos [72] y hasta títulos nobiliarios [73].

Estos beneficios se otorgaban a veces a todos los expedicionarios, favorecidos por exenciones de impuestos, repartos de tierras y de indios, importaciones de esclavos, ventajas en la explotación del oro, etc. También hubo —y esto revela bien claramente la mentalidad señorial predominante— una corriente de opinión favorable a la perpetuidad de las encomiendas con jurisdicción de los españoles sobre los indígenas [74]. Aún el intento de Bartolomé de las Casas —que en 1520 se comprometió a realizar una colonización pacífica, más tarde fracasada, llevando 50 labradores y 12 dominicos a Tierra Firme— atribuía a

70 El licenciado Lucas Vázquez de Ayllón iba a recibir merced de 15 leguas para él y sus sucesores; Francisco de Montejo 10 leguas en cuadro para siempre jamás; lo mismo Pánfilo de Narváez; 12 leguas en las mismas condiciones les correspondían a los apoderados de los Welser en Venezuela; Pedro Menéndez de Avilés iba a recibir 25 leguas a perpetuidad; etc (*CDI*, XXII, 79, 201, 224, 251 y XXIII, 242, respectivamente).

71 Juan Ponce de León tendría derecho a cobrar el "diezmo de las rentas e provechos que a Nos pertenecen en la dicha Isla" (de Bimini, que era la península de la Florida: *CDI*, XXII, 26); Francisco de Montejo y Pánfilo de Narváez el 4 %; lo mismo los apoderados de los Welser. Esta proporción —que por cierto revela la existencia de porfiadas negociaciones en la Corte— se elevó al 20 % en los asientos de Simón de Alcazaba y Francisco Pizarro, ambos de 1529 (id., XXII, 262 y 271); etc. Hernán Cortés, al capitular el mismo año la conquista de tierras en el mar del Sud, obtuvo "la dozava parte de todo lo que como dicho es descubrieredes, por el tiempo que Nuestra merced y voluntad fuese, con el señorío y jurisdiccion en primera instancia, reservando para Nos y Nuestra Corona Real todas las cosas concernientes a la suprema" (id., XXII, 285). Idéntica cláusula figura en la capitulación con Pedro de Alvarado, de 1532 (id., XXII, 307).

72 Juan de Sanabria podía vincular y hacer un mayorazgo con todo lo que se le concedía a perpetuidad, que era la tenencia de dos fortalezas con salario de 150.000 maravedís anuales y la dozava parte de los beneficios que el rey obtuviera (*CDI*, XXIII, 118). Ver *Recop.*, IV.iii.4.

73 Aparte de otras muchas promesas que no llegaron a materializarse, Hernán Cortés y Francisco Pizarro obtuvieron el título de marqués, y el de duque de Veragua Luis Colón. En la capitulación celebrada en 1529 con Francisco Pizarro, los doce compañeros de la isla del Gallo recibieron "todas las preheminencias e libertades y otras cosas de que gozan e deben ser guardadas a los fijos-dalgos notorios, de solar conocido"; y quienes ya lo fueran serían nombrados "caballeros despuelas doradas" (*CDI*, XXII, 271). Ver también *infra*, nota 75.

74 Sobre este tema ver principalmente SILVIO A. ZAVALA, *La encomienda indiana*, 103-110 y 183-223, Madrid, 1935; MARVIN GOLDWERT, *La lucha por la perpetuidad de las encomiendas en el Perú virreinal, 1550-1600*, en *Revista Histórica*, XXII, 336-360 y XXIII, 207-245, Lima, 1955-56 y 1957-58; y LEWIS HANKE, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, 212 y 235-246, Buenos Aires, 1949. La perpetuidad fue prometida por Carlos V en 1528, y el problema fue debatido y negociado hasta fines del siglo. ZAVALA, op cit., 105, dice que "si los religiosos y los soldados españoles no habían evolucionado hasta el mundo moderno de los estados monárquicos, centrales y fuertes, sí lo había hecho, según hemos visto, la Corte de los Austrias, la cual, impulsada además por los defensores de los indios, no permitía la reproducción del mundo europeo medieval en las tierras nuevas".

aquél y a los españoles el dozavo de todo lo que correspondiera al rey, en forma vitalicia y para "cuatro herederos vuestros o suyos", asegurándoles también que serían armados "caballeros despuelas doradas" [75]. Lo cual revela que aún el desinteresado defensor de los indios se dejaba llevar por consideraciones propias de la mentalidad de la época .

Aunque esas promesas pocas veces se hicieron efectivas, debido al incumplimiento de sus compromisos por parte de los conquistadores, hubo sin embargo gobernantes vitalicios y hereditarios que en gran medida limitaban el poder de la corona, obligada a respetar los acuerdos celebrados y respetuosa de los derechos adquiridos por aquéllos. Además, el regreso a las instituciones de tipo señorial, aunque no fuera más que como promesa del rey, se amoldaba a las aspiraciones colectivas y sin duda por eso fueron concedidas. Los españoles que habían pasado al Nuevo Mundo o se ofrecían a cruzar el Atlántico exigían grandes beneficios en reciprocidad, a fin de mantener una ocupación que, desde luego, imponía enormes sacrificios y estaba repleta de peligros. Por eso aquellas promesas reales significaban una satisfacción y una ayuda a los esforzados conquistadores, que en esa forma veían remunerados sus servicios.

Estas tendencias señoriales, favorecidas por el hecho de que las expediciones se hacían casi sin ayuda del Estado, coartaron la libertad de decisión que debió tener la monarquía castellana en la primera mitad del siglo XVI. Y aún puede agregarse que la legislación aceptó en 1573 esta orientación feudal, al disponer en términos genéricos que los adelantados y los jefes de las expediciones autorizadas, una vez cumplido el asiento, podrían obtener "vasallos, con perpetuidad, y Título de Marques, ú otro con que honrar su persona y Casa", fundar mayorazgos y gozar de las minas descubiertas [76]. Todo lo cual pone en evidencia que no hubo una sola política en lo relativo al gobierno de las Indias, sino modalidades muy distintas que se adoptaron según las circunstancias, las personas o las influencias predominantes. La tendencia señorial se afirmó durante cierto tiempo por exigencias de los

[75] Capitulación del 19 de mayo de 1520, en *CDI*, VII, 65.

[76] *Ordenanza sobre descubrimiento nuevo y población*, de julio 13 de 1573, en DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario Indiano*, IV, 232 y sig., Madrid, 1946, y en *CDI*, VIII, 484-537. Estas ordenanzas formaban parte del código ovandino, y fueron promulgadas separadamente por Felipe II en la fecha indicada, comunicándose al virrey Francisco de Toledo en diciembre del mismo año (JUAN MANZANO MANZANO, *Historia de las recopilaciones de Indias*, I, 229-234, Madrid, 1950). Muchas de estas leyes pasaron a la *Recopilación* de 1680. Las citadas en íd., IV. iii.23 y 24.

propios conquistadores y también porque la corona deseaba favorecer y estimular tales empresas.

c) El problema de los indios gravitó también en forma decisiva sobre la forma de gobierno. Desde el primer momento se encargó a Colón "atraer a los moradores de las dichas islas e tierra firme, a que se conviertan a nuestra Santa Fe Católica", y tratarlos "muy bien e amorosamente" [77]. Esto no impidió los repartos, los abusos y hasta la esclavitud de los indígenas. En 1511 surge la protesta de los dominicos y luego todo el asunto se debate intensamente a lo largo de medio siglo.

El buen tratamiento de los naturales y su conversión al catolicismo —que llegaron a ser fines primordiales de la empresa hispánica— obligaban a implantar un sistema de gobierno capaz de asegurar el cumplimiento de esas obligaciones. Por eso no podía abandonarse la dirección ni a los apetitos señoriales de los españoles ni al arbitrio de autoridades vitalicias que sólo en escasa medida respondían a las instrucciones impartidas.

El problema era muy complejo y no hubo nunca una coincidencia o uniformidad de criterios. Mientras algunos querían la perpetuidad de las encomiendas, otros pedían su abolición; frente a quienes consideraban a los indios como esclavos por naturaleza estaban los que insistían en darles absoluta libertad; la conquista por la fuerza era criticada por los sostenedores de la idea de una empresa puramente espiritual.

En todas estas materias, después de muchas alternativas, se llegó a establecer soluciones intermedias o de tipo transaccional. La encomienda se mantuvo, pero como beneficio temporario otorgado por la corona; los indios fueron declarados libres, aunque con obligación de trabajar para acostumbrarlos así a la vida civilizada; y las conquistas mediante expediciones militares se prohibieron en 1550, sin que por ello desaparecieron ni éstas ni los intentos de evangelización pura.

Estos conflictos tuvieron implicancias fundamentales, puesto que de su solución dependía el tipo de sociedad que iba a predominar en las Indias. Muchos querían resuscitar en el Nuevo Mundo una organización feudal, con diferencias sociales, con vasallos indígenas. con gobernantes vitalicios. Todo ello hubiera conducido a debilitar el poder del monarca, y esta consecuencia no pudo pasar inadvertida para quienes simultáneamente se esforzaban por consolidar la autoridad del Estado. Frente a esas tendencias señoriales surgió el regalismo, y por lo tanto

77 Instrucción del 29 de mayo de 1493, cit. en nota 15.

el deseo de evitar una excesiva autonomía en el gobierno de las provincias indianas. Así la limitación temporal de las encomiendas contribuyó a afirmar la dependencia de los españoles, que debían recurrir al rey o a sus representantes para obtenerlas; la protección y el buen tratamiento de los indios obligó a establecer órganos de vigilancia y de justicia a cargo naturalmente de funcionarios nombrados por el monarca; y la prohibición de nuevas conquistas, que paralizó la inicial tendencia expansiva, iba también a eliminar a quienes las realizaban mediante el sistema de las capitulaciones.

De este modo el problema del indio contribuyó a la paulatina desaparición de las ínfulas feudales de los españoles y de los gobernantes independientes que sólo reconocían un vínculo contractual con la corona. Y todo ello, por lógica consecuencia, iba a conducir a un sistema de gobierno directo del Estado, con sus correspondientes controles y la limitación de las facultades de cada autoridad.

d) Frente a esas tendencias señoriales surgió el deseo, por parte de la corona, de afirmar su autoridad en las Indias. En realidad, la dirección de las expediciones, del régimen político y de otros muchos aspectos de la empresa americana nunca habían escapado de la fiscalización gubernativa. Eran la corona o sus delegados (Fonseca, etc.) quienes tenían a su cargo la organización de los viajes; nadie podía pasar a las Indias sin estar autorizado; los religiosos debían contar con el permiso correspondiente; el envío de los oficiales reales tuvo por objeto, desde el principio, controlar las operaciones que interesaban al fisco; y desde 1495 —contrariando así la exclusividad colombina— se reglamentaron los viajes y la emigración al Nuevo Mundo [78]. Además, todos los gobernantes, desde Colón hasta quienes tenían derechos derivados de las capitulaciones, estaban obligados a cumplir las instrucciones de los monarcas, que por cierto eran minuciosas y frecuentes. En todos estos aspectos no puede decirse que el Estado hubiera hecho abandono de su poder sobre el desarrollo de la empresa indiana.

Había, sin embargo, otras situaciones que no estaban tan estrictamente vigiladas. Durante años el descubridor tuvo, por sí o por sus delegados ,una competencia judicial exclusiva, sin recurso alguno a la corona, y su hijo Diego luchó por mantenerla consiguiéndolo en parte. Algunos de los jefes expedicionarios y gobernadores de nuevas regiones ejercieron, de hecho o por derecho, idéntica jurisdicción con sus correspondientes abusos y arbitrariedades. Las facultades de imponer penas,

[78] Real provisión de abril 10 de 1495, en *CDI*, XXX, 317.

expulsar a personas del lugar, repartir tierras, conceder indios o quitarlos a quienes los tenían, y otras más, fueron ejercidas en numerosísimas oportunidades con un discrecionalismo excesivo que dio origen a muchas protestas y sublevaciones, porque chocaban con el sentido de la justicia que tenían los conquistadores o con los intereses que éstos defendían. Y es que como los gobernantes actuaban tan lejos de la vigilancia real, o sin ella en las regiones nuevas, no era posible imponer un derecho cuya vigencia dependía precisamente de aquellos que ejercían un poder absoluto.

El problema se agudizaba aún más porque los españoles llegaron a las Indias con una mentalidad medieval, y exigían que la corona premiara sus servicios y sus hazañas. Por un lado pretendieron establecer en el Nuevo Mundo un régimen señorial fundado en las diferencias de razas y culturas. Los indígenas debían quedar sometidos y trabajar para ellos, en apoyo de lo cual se recurrió a la vieja teoría aristotélica de la servidumbre natural. Por el otro los conquistadores que se habían destacado pretendían una remuneración por sus sacrificios, consistente en tierras, indios y cargos públicos, cuya perpetuidad también fue defendida. Y a tal efecto se recurría al derecho imperante, según el cual el rey debía otorgar beneficios a quienes le sirvieran debidamente, "ca la justicia non es tan solamente en escarmentar los males, mas aun en dar gualardon por los bienes" [79]. De ahí surgía —como función o norma de la justicia distributiva— la obligación de premiar los esfuerzos realizados, con el objeto, además, de estimular la virtud y el mérito [80].

Por ésta y aquélla vía se iba imponiendo la tendencia a crear una sociedad estamental, deseosa al mismo tiempo de regular sus propios problemas con cierta autonomía respecto de las autoridades peninsulares, cuyas órdenes y leyes no siempre eran cumplidas. Las diferencias jerárquicas se impusieron al fracasar los intentos de establecer en las Indias grupos de labradores dedicados a formar una economía de subsistencia. Los españoles no aceptaron una situación que iba a mantenerlos en el estancamiento y la pobreza. Aspiraban a la explotación de las minas y a utilizar el trabajo indígena como medios de conseguir riquezas, holganza y bienestar. Y para ello rechazaban también la legis-

[79] *Part.* 2a.xxvii.2.

[80] *Part.* 2ª.xxvii.1 y sig. Conf.: SILVIO A. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, 259-281, Madrid, 1935, y MARIO GÓNGORA, *El Estado en el derecho indiano*, 188, Santiago de Chile, 1951.

lación que desde España, bajo la influencia de los ideales evangélicos, limitaba sus aspiraciones y perjudicaba sus intereses.

Estas tendencias no pudieron ser totalmente ignoradas por la corona, que aceptó la sociedad estamental como una realidad impuesta por las ideas de la época, pero trató en cambio de limitar las aspiraciones autonómicas. Aquella organización social jerárquica fue fomentada en las capitulaciones, en el régimen de las encomiendas, en la organización de los cabildos y en los repartos de tierras, hechos todos que afirmaban la superioridad y el predominio indiscutidos de los españoles beneméritos. Pero otra cosa muy distinta fue aceptar el señorío y la jurisdicción —excepcionalmente admitidos en algunas capitulaciones— para regir independientemente del Estado ciertas situaciones sociales y políticas.

La justicia era natural al señorío del rey y la primera de sus regalías, de las cuales no podía desprenderse [81]. "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". Y las *Partidas* agregaban: "el Rey es puesto en la tierra en lugar de Dios, para cumplir la justicia, e dar a cada uno su derecho" [82]. La falta de justicia en la isla Española determinó el nombramiento de Bobadilla, y años más tarde la creación de la audiencia de Santo Domingo, cuya competencia fue discutida por Diego Colón. De esta manera, para limitar los excesos de un régimen señorial y suprimir la jurisdicción exclusiva de los conquistadores se implantaron las gobernaciones no capituladas y las audiencias, destinadas ambas a afirmar mejor —y directamente en cada región— el imperio de los reyes y su justicia.

Para evitar en las Indias el incipiente feudalismo se dictaron las provisiones que las incorporaban a la corona de Castilla [83]. En ellas Carlos V daba su palabra real y prometía que "en ningun tiempo del mundo las dichas islas y tierra firme del mar Océano, descubiertas o por descubrir, ni parte alguna ni pueblo dellas no será enagenado, ni apartaremos de nuestra Corona real nos, ni nuestros herederos, ni sucesores... y que no haremos merced alguna dellas, ni de cosa dellas a persona alguna".

[81] *Fuero Viejo de Castilla*, I.i.1; *Ord. de Alcalá*, xxvii.2.
[82] *Part.* 2ª.i.5.
[83] Son las pragmáticas sanciones de septiembre 14 de 1519 para la isla Española, julio 9 de 1520 para todas las Indias y octubre 22 de 1523 para Nueva España (en DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario Indiano*, cit., I, 58-60). Con ellas y otras posteriores se formó la ley de la *Recop.*, III.i.1.

Esta inalienabilidad, y la prohibición de otorgar mercedes (de señorío), significaban que las Indias, en su totalidad, se convertían en bienes realengos de la corona, exentos de toda jurisdicción inmune [84].

Hubo, por consiguiente, una lucha de tendencias u orientaciones entre quienes pretendían crear una sociedad estamental, con señoríos y perpetuidad de las encomiendas, con vasallos y el consiguiente poder jurisdiccional, y las autoridades que aspiraban a implantar el dominio directo de la corona, eliminando las exageraciones de un feudalismo que ya estaba desapareciendo en España. Las soluciones fueron vacilantes y en definitiva se llegó a un régimen intermedio. El sistema de las capitulaciones, con gobiernos hereditarios y con promesas de tipo señorial, contrastó con el afianzamiento, en las regiones ya conquistadas, de los gobernadores designados directamente por el rey y de las audiencias. Las encomiendas no llegaron a ser hereditarias pero tampoco fueron suprimidas. Y los pobladores y vecinos de las ciudades lograron formar cabildos cuyos miembros —entre los cuales estaban los alcaldes— eran elegidos o nombrados en el lugar y no por la corona. Esto último implicó un reconocimiento de gobiernos y de jurisdicciones locales, de menor jerarquía sin duda y sujetos a la vigilancia y al control de las autoridades superiores, pero que de todos modos dejaba en manos de aquéllos una parte del poder.

e) Pero ese afianzamiento de la autoridad de los monarcas sobre los territorios conquistados no era suficiente. El buen gobierno y la justicia exigían también que las mismas autoridades nombradas por los reyes estuvieran sometidas a ciertos controles y limitaciones para evitar sus abusos. La experiencia de las primeras décadas había demostrado la frecuente inclinación de los funcionarios hacia el ejercicio de poderes excesivos.

Esa vigilancia se organizó en España, mediante la acción del Consejo de Castilla y luego del de Indias. Pero fue necesario establecer otros sistemas de control local que actuaran con mayor rapidez y eficiencia. Tal objetivo hubiera exigido una multiplicación de funcionarios y magistrados, cuya presencia habría entorpecido las poblaciones y conquistas. Sin embargo, ese propósito se fue logrando; y sin llegar

84 MARIO GÓNGORA, *El Estado en el derecho indiano*, cit., 27 y 38. Pero el mismo autor agrega que "las Provisiones no fueron, sin embargo, estrictamente aplicadas. La Corona concedió señoríos jurisdiccionales a algunos de los grandes conquistadores y más tarde a personas que capitularon poblaciones, hasta en pleno siglo XVIII; pero en suma, los señoríos fueron escasos, fuertemente controlados por la jurisdicción regia, y no comprendieron ninguna ciudad importante".

a crear un aparato burocrático, se establecieron con sorprendente rapidez ciertos "frenos y contrapesos" que limitaron —al menos legalmente— la exagerada autoridad de los funcionarios.

Las expediciones, y el gobierno mismo de los territorios ocupados, exigían unidad de dirección y de mando, o sea la acumulación en una misma persona de las funciones militares, políticas y eventualmente judiciales. Sin embargo, estas autoridades bien pronto encontraron otras que podían coartar sus posibles arbitrariedades. Los Oficiales Reales de Hacienda y otros funcionarios nombrados por el monarca vigilaron la actuación de Diego Colón (desde 1508) y de Pedrarias Dávila (1513), e incluso se les dieron algunas facultades de gobierno [85]. Este control se acentúa en 1511 mediante la creación de la audiencia de Santo Domingo y la sanción de las leyes de Burgos de 1512-13. Estas últimas imponían la colaboración obligatoria del virrey, los jueces de la audiencia y los oficiales reales en cuanto se refería a la mudanza de los indios, la ubicación de las iglesias y el nombramiento de los visitadores, debiendo además todos ellos informar acerca del cumplimiento de las leyes protectoras de los naturales [86]. Más tarde, las Ordenanzas de Montejo, de noviembre 17 de 1526, al regular las expediciones de conquista, dispusieron que "los descubrimientos, o poblacion o rescate", se realizaran siempre "con acuerdo y parecer de Nuestros oficiales que para ello fueran por Nos nombrados, e de los dichos religiosos o clerigos que fueren con ellos" [87].

De esta manera se iban creando órganos que debían informar directamente al rey acerca de los problemas y conflictos locales, estaban obligados a colaborar en la ejecución de las órdenes procedentes de España y eventualmente podían oponerse a las determinaciones de las autoridades ejecutivas, actuando así como elementos de colaboración y de control. Y ello no sólo en los territorios ya organizados, como en la Española y otras islas del Caribe, sino también en las expediciones destinadas a proseguir o iniciar nuevas conquistas. Los oficiales reales debían "tener mucho cuidado e vigilancia de ver lo que a nuestro

85 ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *La organización financiera de las Indias (siglo XVI)*, 131 y 321-323, Sevilla, 1968

86 Leyes 2, 3, 30 y 34: ANTONIO MURO OREJÓN, *Ordenanzas reales sobre los indios (las leyes de 1512-13)*, en *Anuario de Estudios Americanos*, XIII, 417 449, Sevilla, 1956.

87 *CDI*, XXII, 201. Las ordenanzas de Montejo también atribuían a los sacerdotes la facultad de encomendar indios, pero la real cédula de marzo 16 de 1527 dispuso que una vez resuelto por los religiosos que se debía encomendar a los naturales, fuera el gobernador quien los repartiera (DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario Indiano*, cit., II, 187).

servicio cumple que se haga en la dicha tierra... para la población e pacificacion della, y avisarnos larga e particularmente de todo, principalmente de como se cumplen y executan nuestros mandamientos... y como son tratados los naturales dellas, y como se guardan nuestras instrucciones... y todo lo demas que vos viéredes que conviene ser informado'' [88].

Más tarde, a medida que se iban organizando los distritos y provincias ya conquistados, se fue creando una jerarquía de funcionarios —virreyes, gobernadores, alcaldes mayores, corregidores, etc.— que era controlada por las audiencias, los oficiales reales y los obispos.

Sin necesidad de detallar los diversos aspectos de esta organización definitiva de los austrias, cabe señalar que mediante ella se impuso un sistema de recíprocas fiscalizaciones, que sin llegar a ser una verdadera división de poderes, conducía al mismo resultado de limitar los excesos de las autoridades y el discrecionalismo de los funcionarios.

Esta tendencia al control de los gobernantes, los jueces, los oficiales reales y los miembros del clero fue, ante todo, un objetivo que se impuso como resultado de la experiencia, puesto que alteraba la política inicial seguida respecto de Colón y con las capitulaciones. Los desaciertos del almirante en el mando de la Española y los abusos de otros muchos conquistadores obligaron a buscar la forma de evitarlos. Tres sistemas surgen entonces: las audiencias para restablecer la justicia, los oficiales reales para imponer un orden en el manejo de la hacienda y la jerarquía eclesiástica para dirigir y vigilar la labor evangélica con todas sus implicancias. Pero además todos ellos actuaban como órganos de información e intervenían en asuntos que estrictamente no eran de su competencia. El gobierno indiano fue adoptando así modalidades novedosas, que tenían en consideración las circunstancias locales, y cuya finalidad última se perfiló en torno a los ideales que inspiraron la empresa que se estaba cumpliendo en el Nuevo Mundo.

Pero si la experiencia fue sin duda la que aconsejó llegar a estos sistemas de división de funciones, colaboración entre autoridades diversas y controles recíprocos, ello era también un objetivo que las doc-

88 Instrucciones para el tesorero y el veedor del Cabo de la Vela, diciembre 8 de 1526 y febrero 15 de 1527, citados por ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *La organización financiera de las Indias*, 321. Casi los mismos términos en la instrucción para el tesorero del Río de la Plata en 1535, en REPÚBLICA ARGENTINA, *Anales de la Biblioteca*, VIII, 101. Buenos Aires, 1912. Ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispánico*, 87, Buenos Aires, 1959 y 1962.

trinas políticas predominantes aconsejaban. El relativo absolutismo de la monarquía castellana era un absolutismo limitado por la religión, la moral, el derecho natural y el respeto por las normas jurídicas básicas, contractuales o derivadas de las promesas y de la palabra real. La justicia era un propósito fundamental en el ejercicio del gobierno, y era necesario imponerla también en el Nuevo Mundo. Por eso se fue creando, a partir de la tercera década del siglo XVI, un sistema político que no era ni el de la autoridad personal y exclusiva de los Colones, ni el de las facultades amplísimas concedidas inicialmente a quienes capitulaban con los reyes, ni el de las tendencias señoriales que bregaban por su autonomía y por la conservación de sus privilegios.

Por el contrario, fue el triunfo de una concepción política del Estado, de tipo moderno y no medieval, que organizó jerarquías gubernativas (virreyes y gobernadores), bajo un control judicial (audiencias), financiero (oficiales reales) y religioso, sometido todo ello a la dirección y vigilancia superiores de las autoridades peninsulares.

II. Los distintos tipos de gobernador

Hemos de contemplar ahora un largo período histórico que abarca, más o menos, desde la época en que concluyó el mando personal de los Colones hasta que se implantaron las reformas de Carlos III y en especial el régimen de las intendencias. Como se trata de analizar una institución jurídica, sería impropio utilizar un método cronológico, pues lo que se persigue es conocer la organización o el sistema que los gobernadores personificaron. Por eso, y antes de mostrar las diversas categorías de estos funcionarios, conviene exhibir la evolución general del régimen gubernativo indiano.

La unidad de mando en América, derivada de los compromisos ajustados con Colón, fue pronto destruida. Aunque Diego Colón conservó hasta su muerte el gobierno de las islas del Caribe, desde 1501 se concedieron nuevas conquistas mediante capitulaciones, dando a los jefes respectivos la necesaria autoridad en cada distrito. Esta forma de expansión se generaliza y perdura en algunas regiones hasta fines del siglo. Pero en otras partes en que el dominio español se encuentra ya afirmado, la corona procura y consigue afianzar su poder y el imperio de la justicia. A tales fines, en el segundo cuarto del siglo, aparecen los virreinatos como entidades políticas de gran jerarquía (Nueva España en 1535, Perú en 1543), cuyos jefes presiden las audiencias

respectivas. Y simultáneamente, en otros distritos, se reorganizan o fundan audiencias que tienen, casi siempre, un presidente gobernador letrado (Santo Domingo en 1528, Panamá en 1538, Los Confines, más tarde Guatemala, en 1543, Santa Fe en 1548). Estos tribunales son a veces órganos de gobierno de tipo colegiado (México, 1527-1535, y Los Confines, 1543-1560), pero más frecuentemente cumplen funciones de colaboración y de control respecto de los virreyes y presidentes, con lo cual se implanta un orden político-jurídico destinado fundamentalmente a asegurar la vigencia del derecho.

Mientras tanto los gobernadores por capitulación van siendo reemplazados por funcionarios de idéntico título que nombra la corona; y en la segunda mitad del siglo XVI los virreinatos y las presidencias se integran mediante la incorporación de esas provincias, configurándose así una jerarquía de autoridades. De esta manera se instaura una organización permanente. El virreinato del Perú comprenderá en su distrito las presidencias de Panamá y Chile y los territorios incluidos dentro de la jurisdicción de las audiencias de Charcas y Quito. El de Nueva España va a tener en su órbita a la presidencia de Guadalaxara (Nueva Galicia) y otras regiones continentales. Presidencias independientes serán el Nuevo Reino de Granada (Santa Fe de Bogotá) y Guatemala, cada una con varias gobernaciones, así como la de Santo Domingo, aunque esta última con escasas facultades sobre las demás islas del Caribe y el norte de la América del sud. A fines del siglo XVI y principios del XVII estos presidentes letrados son sustituidos por capitanes generales con idénticas facultades gubernativas.

Esta es la organización que subsiste hasta que en el siglo XVIII se producen algunos cambios de importancia. Nueva Granada se convierte en virreinato (1717-1723 y luego a partir de 1739), surge el del Río de la Plata (1776) y —aparte de otras reformas— desde 1783 se va implantando en casi todo el Nuevo Mundo hispánico el sistema de las intendencias, que reemplaza a las antiguas gobernaciones sin destruir los virreinatos.

A lo largo de este proceso no hubo ningún afán por construir un régimen uniforme, jerárquicamente organizado, en el cual los distintos funcionarios estuvieran sometidos a normas generales. El casuismo de la legislación mantuvo, como veremos, distintos tipos de autoridades políticas que, a pesar de tener entre ellas las mismas denominaciones, no siempre ejercían análogos poderes ni se encuadraban dentro de un orden sistemático.

Por eso es indispensable establecer una clasificación de los gober-

nadores, que atienda a la forma de su designación, a su dependencia o autonomía respecto de las demás autoridades residentes en América, y a la acumulación de otros títulos que en definitiva les daban diferentes funciones y autoridad.

A) Por la forma, origen o antecedentes de la designación pueden distinguirse:

a) los gobernadores que obtenían el cargo en virtud o como consecuencia de una capitulación;

b) los gobernadores directamente designados por el rey o por otras autoridades con poderes delegados;

c) los que llegaban al poder por elección del cabildo, de los vecinos o de otros grupos sociales; y

d) los que adquirían el oficio.

B) Según los demás títulos que acumulaban hubo gobernadores que fueron al mismo tiempo:

a) virreyes;

b) presidentes de audiencia (o audiencias gobernadoras);

c) adelantados;

d) gobernadores particulares; y

e) gobernadores subordinados.

C) En razón de su autonomía o dependencia hubo:

a) gobernadores autónomos con respecto a toda otra autoridad de América; y

b) gobernadores dependientes —en grado mayor o menor— de los virreyes, de los presidentes de audiencias y de otros gobernadores.

Procuraremos analizar estas diversas categorías que desde ya demuestran la inexistencia de un estatuto uniforme para todos estos funcionarios, aún después de organizadas las Indias.

A) *Según la forma del nombramiento.*

a) *Gobernadores por capitulación.*

La empresa de Colón surgió de un acuerdo con los Reyes Católicos, y posteriormente Alonso de Ojeda en 1500 y Vicente Yáñez Pinzón en 1501 capitularon con la corona obteniendo la dirección de los territorios concedidos. El sistema vuelve a aparecer con Juan Ponce de León

en 1512 [1], y luego se generaliza hasta convertirse en la forma normal de organizar expediciones de descubrimiento y conquista.

Silvio A. Zavala recuerda que las capitulaciones se utilizaron en España aún antes del hallazgo colombino, como lo fueron las relativas a las islas Canarias [2]. Pero no cabe duda de que las circunstancias especiales del Nuevo Mundo obligaron a multiplicar esta figura jurídica a fin de lograr que los particulares se resolvieran a intervenir en la aventura española en América.

Era prerrogativa de la corona celebrar capitulaciones, pero en algunos casos ésta delegó sus facultades en otras autoridades residentes en España [3]. Las Nuevas Leyes de 1542 permitieron a las audiencias autorizar expediciones de descubrimiento, con la obligación de informar a España una vez realizadas, a fin de gratificar a su jefe o encargarle la población [4]. La ordenanza sobre nuevos descubrimientos de 1573, en cambio, prohibió a los virreyes, audiencias y gobernadores que dieran esos permisos sin consultar al rey o sin tener una autorización especial [5]. Pero medio siglo después los primeros quedaron facultados para "proveer gobernaciones para nuevos descubrimientos", dando cuenta de ello [6].

Las capitulaciones celebradas por la corona comienzan con las que ya mencionamos y se interrumpen hacia 1574 [7]; pero como era frecuente concederlas por dos vidas y el Consejo de Indias procuraba respetar los derechos de los herederos, en realidad el régimen perduró hasta la

1 *CDI*, XXII, 26 y 33.

2 SILVIO A. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, 123, Madrid, 1935.

3 Id., 124.

4 ANTONIO MURO OREJÓN, *Las Nuevas Leyes, 1542-1543*, en *Anuario de Estudios Americanos*, II, 824-825, Sevilla, 1945.

5 Ordenanza sobre descubrimiento nuevo y población, de julio 13 de 1573, citada en capítulo I, nota 76. La ordenanza 1ª, citada, pasó a la *Recop.*, IV.i.4. Ver también íd., IV.ii.1.

6 *Recop.*, III.iii.28, que recoge una cédula de febrero 18 de 1628. Sin embargo, aunque esta ley no se refiere específicamente al sistema de capitulaciones, podía interpretarse con amplitud.

7 En *CDI*, XXIII, 189, 207, y 242, se publican las capitulaciones de Alvaro de Amendaña (abril 27 de 1574), Pedro Maraver de Silva (noviembre 7 de 1574) y Pedro Menéndez de Avilés (marzo 20 de 1575). Esta última, sin embargo, debe ser de 1565, pues fue en ese año que se realizó la expedición de Menéndez de Avilés a la Florida. Aunque entonces se detiene la práctica de otorgar conquistas por capitulación, todavía aparece una de 23 de marzo de 1592, dada a Francisco de Vides para el territorio que había sido de Diego Fernández de Serpa (J. A DE ARMAS CHITTY, *Influencia de algunas capitulaciones en la geografía de Venezuela*, 202-209, Caracas, 1967).

primera década del siglo XVII [8]. En cambio los virreyes, a pesar de la prohibición de 1573, utilizaron el sistema aún en épocas posteriores [9].

El asiento o capitulación era "un contrato de Derecho público entre el Estado y un particular" [10]. Su carácter bilateral entrañaba derechos y obligaciones recíprocos: para el conquistador, los de llevar a cabo la empresa de acuerdo con las condiciones estipuladas; para la corona, otorgar los beneficios, exenciones, facilidades y premios prometidos. No cabe duda de que el pacto era fuente de derechos subjetivos, y la mejor demostración de ello son los pleitos de Colón, proseguidos judicialmente durante tantos años con autorización real. Por este sistema se contrataba la ejecución de una empresa del Estado por medio de un particular, lo cual permitiría asimilar esta figura jurídica a lo que hoy se conoce en derecho administrativo como locación de servicios públicos. El Estado no abandonaba sus funciones legislativas y jurisdiccionales, ni el control o vigilancia sobre el conquistador y su gente (poder de policía). Más aún: el Estado era, en principio, quien juzgaba si se habían cumplido las condiciones establecidas. El titular de la capitulación era un simple delegado de la autoridad, pero tenía, sin embargo, los derechos derivados de una convención o contrato que no podía revocarse mientras estuviera en vías de ejecución.

Como se trataba de una concesión, el asiento revestía la forma de una "licencia y facultad" para conquistar, poblar o proseguir la ocupación de determinado territorio [11], obligándose el beneficiario a orga-

[8] ERNESTO SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, II, 159, Sevilla, 1947.

[9] El virrey de Nueva España firmó dos capitulaciones para la conquista de Nuevo México en 1583 (que fue rechazada por el Consejo de Indias) y en 1595: GUILLERMO PORRAS MUÑOZ, *Iglesia y Estado en Nueva Vizcaya (1562-1821)*, 50-51, Pamplona, 1966. El virrey del Perú celebró otra para la pacificación de los indios Maynas, con Diego Vaca de Vega, nombrándolo "Gobernador y Capitán General de las ciudades, villas y provincias que conquistareis y poblareis", por dos vidas (septiembre 17 de 1618, en GABRIEL PINO YCAZA, *Derecho territorial ecuatoriano*, 110-116, Guayaquil, 1945). En 1636 el virrey de Nueva España capituló la colonización de Sonora, aunque sin dar el título de gobernador (PORRAS MUÑOZ, cit., 63).

[10] SILVIO A. ZAVALA, cit., 128. J. A. DE ARMAS CHITTY, cit., 17-21, analiza las distintas opiniones respecto al carácter contractual de las capitulaciones, que algunos autores ponen en duda, sobre todo respecto a la de Colón. En este último caso, JUAN MANZANO MANZANO, *Cristóbal Colón, siete años decisivos de su vida, 1485-1492*, 282, Madrid, 1964, dice que el documento de abril 17 de 1492 contiene "concesiones graciosas, mercedes de los soberanos". Ver, sin embargo, *supra*, cap. I, nota 52.

[11] Ver por ejemplo la capitulación celebrada con Juan Ponce de León (nota 1), que dice: "vos doy licencia y facultad para que podais ir a descubrir y poblar la dicha Isla... a vuestra costa y minción". Y en otras disposiciones del 26 de septiembre de 1512 se agrega que si Ponce de León cumpliera con lo capitulado,

nizar a su costa la expedición, llevar los elementos necesarios, fundar ciudades, edificar fortalezas y evangelizar a los indígenas. A cambio de estos compromisos el rey lo nombraba gobernador —sin perjuicio de otros títulos que más adelante hemos de recordar— y le otorgaba una serie de ventajas económicas que iremos considerando.

Las capitulaciones no son siempre iguales. Con el andar del tiempo se fueron perfeccionando, incluyendo mayor número de cláusulas y referencias a aspectos esenciales de la conquista. Desde 1526 se agregan a ellas las Ordenanzas de Montejo, así llamadas porque fueron incorporadas por vez primera a la capitulación celebrada con Francisco de Montejo para la conquista del Yucatán [12]. Las Nuevas Leyes de 1542 reemplazaron a aquellas ordenanzas. Más tarde, después de 1573, se hace referencia a las que se dictaron para organizar los nuevos descubrimientos [13]. Debe recordarse que como en 1550 fueron prohibidas las expediciones destinadas a territorios no conocidos, las capitulaciones posteriores sólo excepcionalmente se autorizaron para tales situaciones [14].

Las gobernaciones concedidas en las capitulaciones eran vitalicias y con frecuencia se extendían también a un heredero. Entrañaban un sueldo a percibir exclusivamente de los beneficios que la corona obtuviera en el lugar. Iban acompañadas también de otros títulos: casi siempre el de capitán general; muchas veces el de adelantado; y además el de alguacil mayor con carácter vitalicio o, excepcionalmente, hereditario [15].

Las capitulaciones contienen beneficios económicos de importancia tanto para el jefe como para los integrantes de la expedición. Eran facilidades para organizar la empresa, exenciones de impuestos tanto en España como en América, posibilidad de traer esclavos, ventajas

"vos prometo y te juro por la presente, de mandar y guardar y cumplir todo lo que en esta Capitulación [está] contenido". Cláusulas casi idénticas contienen todas las capitulaciones.

12 Ordenanzas de noviembre 17 de 1526,, en *CDI*, XXII, 201 y en ENCINAS, *Cedulario*, IV, 222.

13 Ver nota 5.

14 La real cédula de abril 16 de 1550 prohibió los nuevos descubrimientos, debido al mal trato que se daba a los indios: ENCINAS, *Cedulario*, IV, 255. Hay dos capitulaciones posteriores de objetivos muy imprecisos: una para poblar islas en el Mar del Sud y otra para descubrir un paso entre ambos océanos (*CDI*, XXIII, 189 y 259).

15 Esto último en las capitulaciones de don Pedro de Mendoza y de Hernando de Soto (*CDI*, XXII, 350 y 534). En otros casos el alguacilazgo se dio por dos o tres vidas.

en la explotación de las minas y, sobre todo, la perspectiva del reparto de tierras y de indios.

El cargo que analizamos, aunque contractualmente concedido, estaba subordinado al cumplimiento de la legislación y de las órdenes reales, salvas las excepciones estipuladas. Aquéllo se refería especialmente al buen trato debido a los indígenas y a la obligación de convertirlos y enseñarles "buenas costumbres", a cuyo efecto el gobernador debía actuar de acuerdo con los sacerdotes que llevara. Según este sistema, debían poner en libertad a los indios que estuvieran en poder de españoles como esclavos. Los descubrimientos, poblaciones o rescates debían hacerse "con acuerdo y parecer de Nuestros oficiales que para ello fuesen por Nos nombrados, e de los dichos religiosos o clérigos que fueren con ellos, y no de otra manera". Al iniciarse una empresa, debía procurarse hacer comprender a los indios el *Requerimiento*, y sólo en caso de resistencia podía hacérseles la guerra, siempre "con acuerdo y parecer de los dichos religiosos o clérigos", los cuales podían también decidir por sí solos su encomendación [16].

Los gobernadores por capitulación iban generalmente a una comarca aún no ocupada por los españoles, o cuya conquista estaba en sus comienzos, de modo que debían estar provistos de una gran autoridad para la dirección de la empresa y el mando de la gente. Esta libertad de acción, sin embargo, no era tan absoluta como a primera vista pudiera pensarse. La presencia de los oficiales reales y de los sacerdotes —designados todos ellos por el rey— obligaba a los gobernadores a consultarlos en las decisiones más importantes: entradas y descubrimientos, rescates, poblaciones, fortalezas, etc. [17], y los sacerdotes intervenían también en todo lo referente a los indígenas. Se creaba así un sistema de control local de la actuación de los gobernadores, o si se prefiere de colaboración entre éstos y aquéllos oficiales y religiosos, los cuales, por su parte, debían informar al rey acerca del cumplimiento de las órdenes y leyes y de cuanto conviniera hacer en el distrito [18].

En realidad los gobernadores ejercían las funciones de gobierno,

16 Ordenanzas de Montejo (ver nota 12). La facultad de encomendar fue transferida a los gobernadores pocos meses después, por real cédula de marzo 16 de 1527 (ENCINAS, *Cedulario*, II, 187): una vez resuelto por los sacerdotes encomendar a los indígenas, era el gobernador quien los repartía.

17 ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *La organización financiera de las Indias*, siglo XVI, 322, Sevilla, 1968.

18 RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispánico*, 86-87, Buenos Aires, 1959.

guerra y justicia, pero la Real Hacienda quedaba exclusivamente en manos de aquellos oficiales, que tenían a su cargo la cobranza, guardia y empleo de los impuestos y derechos que correspondían a la corona. De tal manera los mismos gobernadores quedaban subordinados a ellos para el cobro de sus sueldos, y carecían de facultades para ordenar gastos no autorizados previamente desde España. Sin embargo, los jefes de la conquista podían dictar disposiciones referentes a Hacienda, fiscalizar la actuación de los oficiales, intervenir en las Juntas de Hacienda y cubrir provisoriamente los cargos vacantes [19]. De esta manera existía una recíproca fiscalización, la única posible en esas expediciones de conquista, mediante la cual se procuraba evitar las arbitrariedades y los abusos a los cuales podían inclinarse fácilmente los gobernantes tan alejados de las autoridades superiores. Este sistema no pudo evitar, por cierto, innumerables conflictos, pero permitió que los reyes tomaran, a veces, las medidas destinadas a restablecer el orden jurídico.

b) *Gobernadores designados por el rey.*

Bajo este título haremos referencia a los gobernadores que eran funcionarios administrativos, ejercían un cargo temporario, con sueldo fijo y poderes definidos, y cuya designación provenía de las autoridades superiores de España o de América.

Este sistema, opuesto o contrario al régimen señorial de las capitulaciones, se inicia en 1499 con el nombramiento de Bobadilla y luego con el de Ovando, y prosigue ulteriormente para convertirse en la organización normal, y en definitiva predominante, del gobierno indiano. Ya hemos de ver, en el acápite B, las distintas categorías de estos mandatarios.

El propósito evidente que se revela a través del reemplazo de los gobernadores que capitulaban con el rey por los que éste designaba directamente como funcionarios de la corona fue, sin duda alguna, el de acentuar el control de la monarquía sobre la administración indiana, sometiéndola a la dirección de los organismos existentes en Castilla e integrándola también dentro de las jerarquías políticas y judiciales que se iban creando en América. Era el cambio de un sistema de ascendencia medieval por otro en el cual el Estado asumía la plenitud de su imperio. De un régimen contractual se pasó así a un orde-

19 SÁNCHEZ BELLA, cit., 121-122.

namiento plenamente legislado. La lentitud con la cual se produjo esta transformación se debió a la circunstancia de que la corona no tenía los medios necesarios para aventurarse en expediciones de descubrimiento y conquista, que además requerían una capacidad y una iniciativa impropias de los funcionarios administrativos. Pero a medida que las distintas regiones se fueron organizando, aparecieron en ellas los nuevos gobernadores, suprimiéndose simultáneamente el carácter vitalicio del nombramiento, las ventajas pecuniarias que lo acompañaban —excepto el sueldo— y los resabios del antiguo régimen señorial.

Solo excepcionalmente estos gobernadores eran destinados al descubrimiento y población de un territorio. Ello ocurrió en algunos casos durante las primeras décadas del siglo XVI, y aun después[20], pero lo normal fue que vinieran a provincias o regiones ya conquistadas. Hernán Cortés fue designado gobernador y capitán general en 1522, una vez conocido el éxito de su campaña[21].

El cargo de gobernador era naturalmente de provisión real, es decir, reservado a la persona del monarca[22]. Este lo elegía de entre los candidatos que debía proponerle el Consejo de Indias[23], o designándolo directamente. Los nombramientos recaían, por lo general, en personas que habían prestado servicios a la corona en la administración o en el ejército. Muy raras veces se nombraban letrados o eclesiásticos, aunque hubo virreyes que eran arzobispos, y presidentes de audiencias licenciados en uno u otro derecho. Naturalmente se tenía en cuenta la categoría de las personas para darles los cargos correspondientes a sus respectivas jerarquías, de modo que la nobleza era preferida para los virreinatos. Posteriormente, en 1636, se ordenó que en la provisión de oficios y cargos tuvieran primacía "los beneméritos y suficientes, que en aquellas partes hubiere, o que en ellas nos hubieren servido o sirvieren"[24]; pero esta ley no se cumplió respecto de los altos cargos de la administración, que por lo general eran adjudicados a residentes en España.

c) *Gobernadores surgidos de nombramientos o elecciones locales*

Si bien la designación de los gobernadores era privilegio real, o de las autoridades superiores indianas en caso de vacancia y cuando tenían

[20] Pedro Sarmiento de Gamboa fue nombrado gobernador de la provincia del Estrecho en julio 10 de 1581, con el encargo de poblar las regiones magallánicas.
[21] El nombramiento, de octubre 15 de 1522, en *CDI*, XXVI, 59.
[22] *Recop.*, III.ii.1 y V.ii.1.
[23] Id., II.ii.38 y 39.
[24] Id., II.ii.32.

facultades para ello, las vicisitudes de las conquistas y otras circunstancias dieron origen a nombramientos que se apartaban de aquellas normas genéricas. Sin embargo, este sistema fue siempre excepcional.

La aparición de esta clase de gobernadores se produjo, o bien en forma irregular, es decir, sin fundamento legal, o bien en virtud de disposiciones que autorizaban el empleo de procedimientos no previstos en las leyes.

Los expedicionarios del Darién, luego de deponer al alcalde mayor Enciso alegando que ya no estaban en el territorio que le correspondía, eligieron gobernador a Vasco Núñez de Balboa, y este nombramiento fue confirmado por el rey en diciembre de 1511. Hernán Cortés fue también designado justicia mayor y capitán general para desligarlo de su dependencia respecto del teniente de gobernador de Cuba. Idéntica solución encontró el cabildo de Santiago de Chile, en 1541, para eliminar la subordinación de Pedro de Valdivia hacia las autoridades peruanas [25].

Estas designaciones se hicieron tratando de cohonestarlas bajo alguna apariencia jurídica, pero en realidad se fundaron en la adhesión de los conquistadores hacia sus jefes y en los beneficios que esperaban obtener. Pero siempre se buscó la confirmación real de esos actos, reconociendo en el monarca una autoridad no compartida.

En el Paraguay se produjo una situación distinta. Al tener noticias de la muerte de don Pedro de Mendoza y de la posibilidad de que no quedara gobernante legítimo en la provincia, la corona expidió la real cédula de septiembre 12 de 1537, autorizando a los pobladores —en el caso de encontrarse vacante el cargo— a elegir "por governador en nro. nombre y capitan g.al de aquella prouincia la persona q segund dios y sus Conçiencias pareciere mas suficiente p.a el dho cargo" [26]. Otra real cédula de octubre 18 de 1539 volvió a otorgar idéntico derecho, pero limitándolo "hasta tanto que nos ynformados proveamos lo que A nro servicio convenga" [27]. Al ser destituido el adelantado Alvar Núñez Cabeza de Vaca, en 1544, los oficiales reales convocaron a los pobladores de la Asunción, los cuales designaron por

25 MARIO GÓNGORA, *El Estado en el derecho indiano*, 78-79, Santiago de Chile, 1951. BERNAL DÍAZ DEL CASTILLO, *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, cap. XLII (ed. de México, 1964, pág. 67).

26 COMISIÓN OFICIAL DEL IV CENTENARIO DE LA PRIMERA FUNDACIÓN DE BUENOS AIRES, 1536-1936, *Documentos históricos y geográficos relativos a la conquista y colonización rioplatense*, II, 149, Buenos Aires, 1941.

27 Id., II, 166.

aclamación a Domingo Martínez de Irala lugarteniente de gobernador. A fines de 1548 fue elegido mediante votación Diego de Abreu, y el sistema volvió a utilizarse en 1558 para nombrar a Francisco Ortiz de Vergara [28]. Esta última fue, sin duda, la única elección correcta.

Mario Góngora considera que "la forma electiva inaugurada por la legislación, era un ensayo de democracia municipal más completa que la designación por los Cabildos", pero también reconoce que el sistema no tenía "relación alguna con la doctrina de la soberanía popular, con la cual anacrónicamente se la ha conectado" [29]. En rigor la cédula de 1537 fue un expediente para resolver una situación pasajera, originada por el aislamiento de la provincia y la falta de comunicaciones regulares con España. Pero su prolongada vigencia hizo surgir un sentimiento de autogobierno que iba a manifestarse con frecuencia y en especial durante la revolución de los comuneros de 1717 a 1735. Como lo explica un historiador paraguayo, "la interpretación del rescripto real llegó aún más lejos. Reconocido el derecho del pueblo a elegir sus gobernantes, por implicancia se arrogó también el de deponerlos" [30].

Otros recursos o arbitrios —legítimos o no— fueron utilizados para cubrir vacantes gubernativas cuando no existía reemplazante legal. Así por ejemplo la audiencia de Charcas autorizó a los cabildos de la provincia del Tucumán, en 1584, a elegir tenientes de gobernador en lugar de los que había designado Hernando de Lerma, depuesto por los excesos y abusos que había cometido. El mismo tribunal ordenó en 1587 a los cabildos del Río de la Plata que reemplazaran a los tenientes que gobernaban en nombre del adelantado Juan Torres de Vera y Aragón, del cual todos eran parientes [31].

En otras partes los mismos ayuntamientos suplieron las vacancias, aun sin tener autorización para ello. Pero la normalización del régimen administrativo concluyó con esas irregularidades. No faltaron, en cambio, sublevaciones y alzamientos a veces prolongados, como las guerras civiles del Perú o la ya recordada revolución comunera del Paraguay,

[28] JULIO CÉSAR CHÁVES, *Descubrimiento y conquista del Río de la Plata y el Paraguay*, 183, 208 y 257, Asunción, 1968. Historiadores paraguayos afirman que el sistema electivo se aplicó en otras muchas oportunidades. Sabemos que fue utilizado en 1733 durante la revolución de los comuneros, y que en 1735 fue derogada la cédula dictada dos siglos antes: EFRAIM CARDOZO, *El Paraguay colonial*, 178, Buenos Aires-Asunción, 1959.

[29] GÓNGORA, cit., 79 y 81.

[30] EFRAIM CARDOZO, cit., 149.

[31] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, cit., 85 y 102.

que naturalmente condujeron a designaciones de gobernantes aún más ilegítimas.

d) *Gobernadores por compra del oficio*

Desde fines del siglo XVI se impuso el sistema de vender en remate público ciertos cargos, especialmente las escribanías y los regimientos de los cabildos. La ley recopilada distinguía entre oficios "con jurisdicción, y otros con alguna participación de ella, que no la tienen derechamente": solo los segundos eran vendibles. En la enumeración de los que debían enajenarse en beneficio de la real hacienda no figuraban los gobernadores, ni los miembros de las audiencias, ni los alcaldes, pues todos ellos eran magistrados judiciales [32]. No obstante estas prohibiciones, desde mediados del siglo XVII se vendieron algunos pocos cargos de gobernadores; el sistema se hizo más general en las dos últimas décadas de la misma centuria, y continuó por lo menos durante un cuarto de siglo en la época de Felipe V.

En realidad, la provisión de gobernadores por compra no era un sistema idéntico al de los oficios vendibles, que se remataban al mejor postor [33], y además podían ser renunciados —es decir, trasmitidos a otra persona— pagando determinada parte del valor asignado al cargo [34]. Las gobernaciones no se remataban, sino que se concedían en virtud de un "servicio" o "donativo gracioso" hecho a la corona, la cual retribuía de esa manera la dádiva interesada. Cuando el antecesor del gobernante así designado había cumplido el término de su mandato, el favorecido podía hacerse cargo del mando inmediatamente. De lo contrario, tenía que esperar el vencimiento de aquel plazo, y entonces se lo llamaba gobernador "futurario". En uno y otro caso, era frecuente que en el título otorgado se incluyera la facultad de trasmitir el oficio a otra persona, antes de entrar a ejercerlo.

Felipe V, por decreto de marzo 6 de 1701, revocó los nombramientos futurarios hechos por Carlos II [35]. Más tarde, en noviembre 3 de 1725, prohibió que se vendieran los oficios de gobernadores, corregi-

32 *Recop.*, VIII.xx.1. Sobre las ventas de oficios ver ANTONIO DE LEÓN [PINELO], *Tratado de confirmaciones reales*, folios 118 y sig., Madrid, 1630 (Biblioteca argentina de libros raros americanos, I, Buenos Aires, 1922); SCHÄFER, *El Consejo*, II, 183 y sig.

33 *Recop.*, VIII.xx.7 y sig.

34 Id., VIII.xxi.1.

35 *Archivo de Indias*, Audiencia de Charcas, leg. 211; copia en el Instituto de Investigaciones Históricas (Buenos Aires), carpeta 172.

dores y alcaldes mayores [36]. Sin embargo, esta disposición no se cumplió estrictamente, pues hubo designaciones posteriores [37].

Es obvio señalar que en la mayor parte de los casos estos adquirentes de gobiernos utilizaron sus cargos para enriquecerse, y en muchas oportunidades tuvieron que ser destituidos. Fue notoria, por lo demás, la poca complacencia con que las autoridades superiores veían estas designaciones que consideraban perjudiciales, tanto por el espíritu con que esos gobernantes entraban al ejercicio de sus cargos como por la falta de experiencia administrativa que tenían.

B) *Según los demás títulos acumulados.*

En el derecho indiano, a fin de no multiplicar las autoridades y de evitar los conflictos entre ellas, era frecuente la acumulación de funciones en un mismo gobernante. Así por ejemplo se incorporaba la potestad judicial a la ejecutiva en los oficiales reales y en los gobernadores, o la militar a la de gobierno en otros casos. Esta concentración del poder en pocas manos no impedía que se fijaran normas adecuadas para el desempeño de cada oficio, regulando de distinta manera la actividad gubernativa, la judicial y la militar. Había, por lo tanto una marcada distinción de funciones —que no se correspondía con una idéntica separación de autoridades— y al mismo tiempo reglas precisas y diversas para el ejercicio de aquéllas. Las cuatro funciones específicas del derecho indiano eran el gobierno (que comprendía los aspectos espirituales y temporales), la justicia, la guerra y la real hacienda [38]. Para precisar las facultades de cada autoridad se le agregaban los títulos indicativos de los oficios que debía desempeñar. Los gobernadores, capitanes generales y justicias mayores eran la autoridad más alta, en cada una de esas esferas, de quien tenía el mando de una provincia y dentro de su distrito.

Pero también es indispensable agregar otro tipo de acumulación de funciones, que se daba especialmente en el ámbito gubernativo.

[36] ANTONIO MURO OREJÓN, *Legislación general de Felipe V para las Indias*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº 18, 95, Buenos Aires, 1967.

[37] Juan de Armanza y Arregui obtuvo el gobierno futurario del Tucumán por real cédula de agosto 5 de 1727, reiterada en octubre 14 de 1731 (R. P. PABLO PASTELLS, S. J., *Historia de la Compañía de Jesús en la provincia del Paraguay*... continuación por F. MATEOS, S. J., VI, 548 y 551 y VII, 50, Madrid, 1946 y 1948). Este gobernador se hizo cargo del mando en 1732 y —naturalmente— fue destituido por acuerdo del virrey y audiencia de Lima en 1735.

[38] ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, cit., 47-52.

Cuando observamos que había virreyes-gobernadores y presidentes-gobernadores, esta agregación de títulos no tenía un sentido honorífico sino real. El virrey ejercía el gobierno superior de todo el distrito del virreinato, y el gobierno directo de la provincia de su propia sede; y lo mismo ocurría con muchos presidentes-gobernadores. De lo cual se desprende la existencia de una jerarquía política en el Nuevo Mundo, que se formó cuando se organizaron más o menos definitivamente los distritos. Esta acumulación vertical no es idéntica a la que señalamos anteriormente, puesto que en un caso estamos exclusivamente en la función de gobierno y en el otro se unen distintas actividades. El análisis de estos dos tipos de acumulación de funciones —uno de carácter jerárquico y otro que agrega oficios de igual categoría— será el tema del presente acápite.

a) *Los virreyes*

Ya avanzada la conquista, y cuando se consideró necesario organizar mejor el gobierno de algunas regiones que hasta entonces habían sido dirigidas por los mismos iniciadores de las respectivas empresas, aparecen otra vez los virreinatos, no como una reproducción del título colombino (que no preveía ningún órgano de control en las Indias), sino como creaciones nuevas destinadas a regir —junto con las audiencias— importantes distritos. Como ha observado García-Gallo, "el virreinato nace no tanto con el fin de agrupar varias provincias bajo un mismo poder, como de afirmar la plena autoridad del rey en un territorio determinado". Y estas estructuras surgen en las "provincias que se consideran como Reinos" [39], es decir, en aquéllas que ya tenían, por su organización anterior y sus riquezas, una categoría más elevada.

En cuanto al origen del título, Lalinde Abadía advierte que la "instauración de la institución virreinal no capitulada tuvo lugar en pleno auge de la misma en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón y, en general, en todos aquellos donde no era posible el gobierno inmediato y directo por el Rey" [40].

En abril 17 de 1535 se otorgan a don Antonio de Mendoza los títulos de virrey y gobernador y de presidente de la audiencia para

39 ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XL, 328 y 330, Madrid, 1970.

40 JESÚS LALINDE ABADÍA, *El régimen virreino-senatorial en Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXVII, 94, Madrid, 1967.

ser ejercidos en la "nueva España y sus prouincias" [41]. En las Nuevas Leyes de 1542 se resolvió crear el virreinato de Nueva Castilla o Perú y simultáneamente la audiencia de Lima, nombrándose a Blasco Núñez Vela como primer "visorrey e gobernador" el 28 de febrero de 1543 [42].

Estos nombramientos no precisaban los límites de ambos virreinatos. Sin embargo, el primero podía interpretarse razonablemente identificándolo con el distrito de la audiencia, que comprendía el territorio continental entre los cabos de Honduras y la Florida, y zonas indefinidas hacia el norte. Más adelante se agregaron expresamente la audiencia de Nueva Galicia y las gobernaciones de Yucatán y Nueva Viscaya, que integraron el ámbito del virreinato hasta que se produjeron otras ampliaciones durante el siglo XVIII [43].

El virreinato del Perú también fue ampliando su distrito. En 1548 don Pedro de la Gasca nombró gobernador de Chile a don Pedro de Valdivia, que ya había conquistado la región, en virtud de una real cédula que lo facultaba para proveer gobernaciones "para nuebos descubrimientos é poblaciones en las dichas provincias del Perú" [44]. Esta

41 Reales cédulas de la misma fecha en VASCO DE PUGA, *Provisiones cédulas instrucciones para el gobierno de la Nueva España*, folios 98 y 99, México, 1563 (reproducción facsimilar, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1945). El título de capitán general, que entonces pertenecía a Hernán Cortés, se agregó posteriormente.

42 COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *Gobernantes del Perú, cartas y papeles, siglo XVI*, II, 238, Madrid, 1921. El título de presidente de la audiencia, del 1º de marzo, en íd., II, 241.

43 La gobernación de Yucatán fue incorporada en 1543 al distrito de la audiencia de los Confines, pero después pasó al virreinato de Nueva España (abril 23 de 1548: PUGA, *Provisiones*, cit., fol. 163). La audiencia de Nueva Galicia estuvo también subordinada a la de México, y en junio 11 de 1572 se confirió al virrey "el gouierno de todos los distritos de essa audiencia [México] y de la prouincia de la nueva Galicia... y mandamos al nuestro presidente y Oydores de la nuestra audiencia Real de la provincia de la nueua Galicia que no se entremetan ni puedan entremeter en el gouierno del distrito de la dicha audiencia" (ENCINAS, *Cedulario*, cit., I, 241). Pero inmediatamente, en carta de abril 21 de 1574 dirigida al presidente de la audiencia, el rey dispuso que "la gouernacion de essa prouincia la terneys vos toda, y en vuestra ausencia el audiencia, y que al Visorrey solamente le esta reseruada la gouernacion de guerra". Esta norma fue reiterada en real cédula de junio 22 de 1591 (ambas en ENCINAS, *Cedulario*, cit., I, 243). Sin embargo, el gobierno superior pertenecía al virrey, según se desprende de lo dispuesto en la *Recop.*, II.xv.7 y 52 y II.xvi.1. Dentro del distrito de la audiencia de Nueva Galicia estaba la gobernación de Nueva Viscaya.

44 Real cédula del 26 de febrero de 1546, en CARLOS MORLA VICUÑA, *Estudio histórico sobre el descubrimiento y conquista de la Patagonia y de la Tierra del Fuego*, apéndice, 65, Leipzig, 1903, y en COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *Gobernación del Tucumán. Correspondencia de los cabildos en el siglo XVI*, 21, Madrid, 1918. El nombra-

designación lo sometía a la audiencia de Lima, la cual también quedaba autorizada a proveer interinamente el cargo; pero la corona, al confirmar el nombramiento de Valdivia, omitió toda referencia a esa subordinación [45]. Más tarde el marqués de Cañete fue nuevamente autorizado a proveer gobernaciones "en esas dichas provincias del Perú" [46], y en consecuencia nombró a su hijo García Hurtado de Mendoza. Desde mediados del siglo, tanto la audiencia de Lima como el virrey intervinieron, en caso necesario, en los asuntos de Chile. Por último, una ley recopilada de 1589 dispuso que el gobernador y capitán general de Chile debía "estar subordinado al Virey, guardar, cumplir y executar sus órdenes, y avisarle de todo lo que allí se ofreciere de consideración" [47].

La provincia de Tierra Firme o Panamá perteneció también, desde 1550, al mismo virreinato [48], disponiéndose además en 1571 que la audiencia debía cumplir lo que el virrey proveyere "en las cosas de gouierno, guerra y administración de nuestra Real hacienda" [49].

La real cédula de febrero 15 de 1567, dirigida al virrey peruano, le decía: "Vos solo tengáis el gouierno de todos los distritos, ansi de la Audiencia de essa Ciudad de los Reyes como [de] las Audiencias de los Charcas y Quito" [50]. Y en otra de la misma fecha, enviada al tribunal platense, sostenía que "Conuiene a Nuestro seruicio y a la buena gouernacion de essa tierra que las cossas del gouierno della las

miento de Valdivia, del 18 de abril de 1548, en MORLA VICUÑA, cit., 64-68. Es necesario advertir que Chile no integraba "las provincias del Perú", puesto que quedaba fuera de los distritos concedidos en 1534 a Pizarro y Almagro. El mismo año La Gasca estudió la cuestión, pues se le había pedido que nombrara gobernador del Paraguay; y después de un minucioso análisis con asesoramiento de expertos llegó a la conclusión de que "lo del Paraguay es cosa muy distinta de lo del Río de la Plata" (o sea del territorio concedido a don Pedro de Mendoza y luego, en 1540, a Alvar Núñez Cabeza de Vaca), y entonces designó un gobernador fijándole como distrito un territorio que estaba dentro del primitivo adelantamiento de Almagro (ver carta de enero 28 de 1549, en MORLA VICUÑA, cit., apénd. nº 13; COLECCIÓN DE PUBLICACIONES, cit., *Gobernantes del Perú*, I, 136-146: ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, cit., 93 y 116).

45 Real cédula de marzo 31 de 1552, en MORLA VICUÑA, cit., 72. Lo mismo ocurrió con Jerónimo de Alderete, que recibió los títulos de adelantado, gobernador y capitán general en mayo 29 de 1555 (id., 108).

46 Real cédula del 13 de mayo de 1556, en MORLA VICUÑA, cit., 121.

47 *Recop.*, V.i.3.

48 Id., V.i.7.

49 Real cédula de febrero 6 de 1571, en *CDI*, XVII, 468 y en ENCINAS, *Cedulario*, cit., I, 251 y 252. Conf.: *Recop.*, V.i.2. Ver cap. IV, nota 27.

50 *CDI*, XVIII, 78; ENCINAS, *Cedulario*, cit., I, 245 y 250; *Gobernantes del Perú, cit.*, III, 644 (con fecha equivocada de 1566); *Recop.*, III.iii.6. Como la audiencia de Charcas ya tenía jurisdicción sobre las provincias del Río de la Plata y del Tucumán, ambas se incorporaron simultáneamente al virreinato.

tenga vna persona, y no esten diuididas, porque por spirencia sean visto los yncombinientes que destar divididas se siguen'' [51].

De tal manera los virreinatos, creados para gobernar regiones determinadas en las cuales habían existido civilizaciones sorprendentes, se ampliaron para convertirse en instituciones que comprendían varias provincias y enormes extensiones territoriales. Esta concentración del poder impuso naturalmente una variedad y jerarquía de funciones: el virrey gobernaba directamente una o varias provincias, y tenía el gobierno superior de las demás, que a su vez eran regidas por sus propias autoridades locales. Desde luego este gobierno superior —cuyo contenido analizaremos más adelante —era propio del virrey en cuanto representante directo del monarca.

En definitiva la *Recopilación* de 1680 —citando la misma cédula de febrero 15 de 1567— dispuso "que los Vireyes del Perú y Nueva España... tengan el gobierno superior de sus distritos y el de Lima le tenga de los distritos de las Audiencias de La Plata, Quito, Chile y Panamá, y el de México del distrito de la Audiencia de Guadalaxara, según se dispone por las leyes de este libro'' [52]. En algunas épocas, el gobernador de la Florida quedó obligado a "executar y cumplir las órdenes, que le diere el Virey de la Nueva España en lo tocante al gobierno superior y otras cosas que estuvieren en costumbre'' [53].

Ese gobierno superior era de una naturaleza muy especial. Se ejercía sobre las audiencias y los gobernadores locales, pero no significaba un control permanente de sus actos ni una ordenación constante en el desempeño de sus funciones. Las órdenes partían directamente de España a las autoridades de cada provincia sin pasar por la vía jerárquica del virrey; y aquéllas también enviaban sus informes, pedidos y sugestiones sin ninguna intermediación. No existía, por lo tanto, una dependencia orgánica respecto del virrey.

Sin embargo este último ejercía una vigilancia respecto de las autoridades locales —que le permitía intervenir cuando lo consideraba necesario— y al mismo tiempo suplía la falta de poderes de esos gobernadores en los casos en que convenía tomar decisiones urgentes. El sistema no puede definirse sino por vía de enumeración. El virrey cu-

51 *CDI*, XVIII, 76.

52 *Recop.*, II.xvi.1. Adviértase que esta enumeración no incluía los distritos audienciales de Santo Domingo, Guatemala y el Nuevo Reino de Granada, los cuales nunca integraron los virreinatos del Perú y Nueva España. En el siglo XVIII Quito y Panamá fueron incorporados al virreinato neogranadino.

53 *Recop.*, V.ii.1 al final.

bría interinamente las vacantes de gobernadores hasta que el monarca designaba al nuevo titular; impartía órdenes e instrucciones generales cuando no se podía consultar a España; e intervenía en las provincias cuando se presentaba una situación anormal que obligaba a tomar decisiones inmediatas.

Estas intervenciones —generalmente resueltas en el Acuerdo con la Audiencia— se producían mediante el envío de jueces pesquisidores, o de comisión, o ejecutores, los cuales, según los casos, estaban encargados de hacer una investigación determinada, o de cumplir una función específica, o de destituir y aun procesar al gobernante cuyos procederes se consideraban irregulares. Hubo una gran variedad de soluciones, porque los problemas eran también distintos. Pero los virreyes siempre debían dejar actuar a los mandatarios locales en la esfera de su competencia, sin inmiscuirse en sus decisiones si éstas se ajustaban a la legislación vigente [54]; y a la inversa, podían tomar medidas de gobierno cuando la situación presentaba fallas graves que debían corregirse, o bien cuando convenía obrar con cierta rapidez para resolver cuestiones que escapaban a la competencia de los gobernantes locales. En términos muy generales, una ley recopilada ordenaba a las audiencias "sujetas y subordinadas al gobierno y jurisdicción de los Vireyes, y á todos los Gobernadores... que los obedezcan y respeten como á personas, que representan la nuestra, guarden, cumplan y executen sus órdenes" [55].

Además de tener ese mando superior, que se ejercía en forma discontinua cuando las circunstancias lo aconsejaban, los virreyes eran también "Gobernadores de las Provincias de su cargo, y en nuestro nombre las rijan y gobiernen,... y las Audiencias subordinadas, Jueces y Justicias y todos nuestros súbditos y vasallos los tengan y obedezcan por Gobernadores" [56]. Adviértase que esta disposición no menciona ni a los presidentes ni a los gobernadores, respecto de los cuales existía aquel gobierno superior y esporádico. Distinto era el mando directo de las provincias del Perú y Nueva España y de las que dependían judicialmente de las audiencias subordinadas de Charcas y Quito [57].

54 Respecto de Chile, a fines del siglo XVI se resolvió que los virreyes del Perú y la audiencia de Lima "no impidan, ni embaracen al Presidente Gobernador y Capitán General de Chile en el gobierno, guerra y materias de su cargo, si no fuere en casos graves, y de mucha importancia" (*Recop.*, III.iii.30: cédulas de 1597 y 1600).

55 Id., III.iii.2.

56 Id., III.iii.5: leyes de 1542 (Leyes Nuevas), 1588, 1614 y 1628.

57 Id., II.xv.50 (1571), que se refiere expresamente a las audiencias subordinadas. La de Panamá tuvo igual categoría desde 1739 hasta 1751 (en que fue

En estas regiones el representante del monarca era un simple gobernador, aunque son perder su jerarquía virreinal.

En otros términos, el gobierno superior, propio del virrey, era ejercido impartiendo órdenes a los presidentes y gobernadores de las provincias que podríamos llamar autónomas; mientras que la función propiamente gubernativa de aquél se cumplía en forma directa o inmediata sobre las autoridades, las instituciones o las personas.

El gobierno quedó netamente separado de la justicia, no obstante la amplitud que tenía esta última función. Las audiencias, cualquiera fuese su categoría, debían entender libremente en los asuntos judiciales de su competencia, sin intervención del virrey, salvo que éste fuera letrado. Y a su vez el virrey tenía a su cargo el gobierno superior y el gobierno directo, según los distritos.

Pero la colaboración de ambas autoridades era obligatoria en algunos casos importantes. El acuerdo del virrey y de la audiencia instalada en su sede se requería para nombrar jueces pesquisidores, de comisión y de residencia [58], o para "dar provisiones de ruego y encargo, para que los Prelados de sus distritos visiten sus Obispados, y se hallen en los Concilios" [59]. Además, cuando alguna persona se consideraba agraviada de lo resuelto por los virreyes en materia gubernativa, podía "apelar á nuestras Audiencias, donde se les haga justicia, conforme á Leyes y Ordenanzas" [60].

Este sistema es el que Lalinde Abadía, utilizando términos que no se encuentran en la legislación ni en la doctrina de la época, llama "sistema virreino-senatorial indiano". Y lo caracteriza por: "a) la separación de las funciones de gobierno y justicia, con atribución individualizada a los miembros del sistema, Virrey y Audiencia, y b) la independización político-jurídica de los miembros de la Audiencia en relación al Virrey" [61]. Aunque estas modalidades sean en general exactas, la separación nunca fue tan absoluta que impidiera a la audiencia ejercer ciertas facultades de información, colaboración y control respecto del virrey [62]. Y a su vez este último estaba obligado a consultar con el acuerdo las cuestiones "arduas e importantes para resolver con

suprimida) con respecto al virreinato de Nueva Granada. Lo mismo ocurrió desde 1739 con la de Quito.

58 Id., II.xv.176; V.xv.21 y VII.i.7, 10, 11 y 16.

59 Id., II.xv.147.

60 Id., II.xv.35. Si se apelaba de una ordenanza general del virrey, ésta debía cumplirse hasta tanto se pronunciara la audiencia: id., III.iii.52.

61 Lalinde Abadía, cit. en la nota 40, 102.

62 Ver, por ejemplo, *Recop.*, II.xv.36, 40 y 41.

mejor acierto'' [63], lo cual nos permite sostener que no hubo una absoluta ''separación'' de funciones, sino más bien un régimen coordinado —de cooperación y control recíprocos— ideado para que las más altas autoridades indianas velaran conjuntamente por el cumplimiento de las leyes.

Esta organización de los virreinatos se mantuvo en el siglo XVIII, al ser creados los de Nueva Granada y el Río de la Plata, hasta que el régimen de las intendencias introdujo algunos cambios fundamentales.

El virrey era, naturalmente, un oficio de provisión real. Al producirse los casos de muerte o impedimento, tocaba el gobierno a las audiencias instaladas en su sede [64]. En tales circunstancias, el oidor más antiguo ejercía las funciones de presidente y capitán general [65]. Cuando se creó el cargo de regente en todas las audiencias indianas, la Instrucción del 20 de junio de 1776 dispuso que este magistrado reemplazara al virrey [66]. En 1789 se mantuvo la misma norma, exceptuándose los casos en que el monarca hubiera anticipado otra designación por pliego de providencia secreto [67]. Y por último en 1806 cambió el sistema, ordenándose que en los casos de muerte, ausencia o impedimento sucediera el oficial de mayor graduación, no inferior a coronel efectivo de ejército, siempre que no hubiera pliego de providencia [68].

b) *Los presidentes-gobernadores y las audiencias gobernadoras*

Originalmente la audiencia de Santo Domingo fue un organismo que no sólo tenía facultades judiciales, sino también algunas funciones de colaboración y control respecto del virrey y gobernador, que era entonces don Diego Colón. Al regresar éste a España, la audiencia asumió el gobierno, pero las nuevas ordenanzas de 1528 dispusieron que tuviera un presidente (el licenciado Sebastián Ramírez de Fuenleal), a cuyo cargo quedó el mando de todo el distrito. Más tarde, a partir de 1587, estos presidentes fueron también gobernadores y capitanes generales, con facultad de ordenar "lo que fuere conveniente en

63 Id., III.iii.45.
64 Id., II.xv.46 a 48. Ver ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, cit., 239.
65 *Recop.*, II.xv.57.
66 Instrucción de regentes, en *Cedulario de la real audiencia de Buenos Aires*, I, 104-115, La Plata, 1929. También en MANUEL SALVAT MONGUILLOT, *La ''instrucción de regentes''*, en *Revista chilena de historia del derecho*, nº 3, 57 y sig., Santiago, 1964.
67 *Cedulario de la real audiencia de Buenos Aires*, II, 256, La Plata, 1937.
68 Id., III, 420.

las causas militares, y tocantes al buen gobierno y defensa de la dicha isla de Santo Domingo", y de proveer "las Gobernaciones y demás oficios, que vacaren en el distrito de aquella Audiencia, entre tanto que Nos lo proveyéremos" [69].

En 1527 se dispuso erigir una audiencia en la ciudad de México, estableciendo que las provincias incluidas en su jurisdicción cumplieran "todo lo que por la dicha nuestra audiencia en ellas (essas) dichas prouincias en qualquiera dellas fuere proueydo y ordenado y mandado" [70]. Fue por consiguiente una audiencia gobernadora hasta que en 1535 se creó el virreinato.

Del mismo tipo fue la audiencia de Panamá, cuyo establecimiento se dispuso en 1538 perdurando solo cuatro años [71]. Más tarde este tribunal fue restablecido por real cédula del 8 de septiembre de 1563 (que ordenó el traslado a Panamá de la audiencia de Guatemala), con la misma organización de gobierno colegiado [72]. Este sistema se mantuvo hasta 1572, en que se dio a su presidente la autoridad política exclusiva [73].

La audiencia de los Confines, creada en 1543, tuvo también hasta 1560 el gobierno colegiado de las provincias centroamericanas. Trasladada a Panamá en 1563, volvió cinco años después a Guatemala, con un presidente-gobernador letrado, el cual, desde 1609, fue de capa y espada con el aditamento de capitán general. Este presidente ejercía

[69] *Recop.*, II.xv.2. Agregaba esta ley que el presidente "haga, exerza y provea todas las demas cosas que fueren de gobierno".

[70] Real cédula del 13 de diciembre de 1527, en PUGA, *Provisiones*, folio 12 vta., repetida el 12 de julio de 1530 (íd., folios 50 vta.-51). En febrero 3 de 1537 se expidieron tres cédulas ordenando a los gobernadores de Yucatán, Jalisco y Nicaragua que cumplieran "las prouisiones y mandamientos, que los dichos nuestro presidente y oidores, dieren en nuestro nombre" (íd., folios 112 vta.-113).

[71] SCHÄFER, II, 68-70.

[72] *CDI*, XVII, 531-534.

[73] La real cédula de enero 2 de 1572, dirigida al presidente de la audiencia de Panamá, le dice: "vos solo tengays el gouierno de la dicha prouincia de Tierra Firme y de todo el distrito de la dicha audiencia, ansi como lo tienen los Virreyes de las prouincias del Peru, y nueua España" (ENCINAS, *Cedulario* cit., I, 251). En *CDI*, XVII, 551 figura la misma disposición con fecha de 1560, evidentemente equivocada, pues entonces no existía esa audiencia. Sin embargo, subsistió la subordinación al virrey, resuelta en 1571 (*supra*, nota 49) y reiterada por real cédula de mayo 26 de 1573, que ordenó cumplir las disposiciones virreinales en materias de "Patronazgo y del gouierno general" (ENCINAS, *Cedulario*, I, 252). Más adelante, al nombrarse un capitán general como presidente, se le reiteró la concesión del gobierno eliminando de él a los oidores (real cédula de febrero 18 de 1597, en *CDI*, XVII, 361). La audiencia dejó de existir entre 1717 y 1723, quedó subordinada al virreinato de Nueva Granada en 1739, y fue definitivamente suprimida en 1751.

"por sí solo la gobernación de aquella tierra, y de todo su distrito, así como la tiene nuestro Virey de la Nueva España" [74].

En 1548 se ordenó fundar la audiencia de Santa Fe, en el Nuevo Reino de Granada, la cual tuvo desde 1565 un presidente togado y a partir de 1604 de capa y espada, con las mismas facultades que los de Guatemala [75].

La audiencia de Guadalaxara tuvo una evolución bastante compleja. Surgió en 1548 como un organismo judicial integrado por cuatro oidores alcaldes mayores que estaban "subalternados a la nuestra Audiencia que reside en la ciudad de México", la cual debía entender en las apelaciones de sus sentencias; pero también esos magistrados podían resolver "en todas las cosas de la gobernación y en proveer oficios de corregimientos según y como lo hacen y pueden hacer el presidente y oidores de la Audiencia Real de los Confines" [76]. Esta situación perduró hasta 1572, pero dos años después se dio al presidente de Guadalaxara el gobierno del distrito aunque bajo la dependencia del virrey [77].

En Charcas se creó otra audiencia en 1559, la cual tuvo hasta 1567 un presidente-gobernador letrado con limitadas facultades de gobierno [78]. En esta última fecha se convirtió en una audiencia subordinada [79], pero desde 1776 se nombró un presidente, gobernador y capitán general con funciones políticas dentro del virreinato del Río de la Plata [80].

La de Quito, fundada en 1563, quedó subordinada al virrey del Perú en 1567; dejó de existir entre 1717 y 1723; fue restablecida en esta última fecha; y en 1739 pasó como subordinada al virreinato neogranadino [81].

La ciudad de Concepción, en Chile, tuvo una audiencia presidida por el gobernador y capitán general, que funcionó desde 1565

74 *Recop.*, II, xv.6. Para mayores detalles ver *infra*, cap. IV, nota 12.

75 íd., II.xv.8. La real cédula de agosto 1º de 1572 concedió el gobierno al presidente de Nueva Granada (ENCINAS, *Cedulario*, I, 254).

76 Ordenanzas de febrero 13 de 1548 y marzo 19 del mismo año, en JOHN H. PARRY, *The ordinances of the audiencia of Nueva Galicia*, en *The Hispanic American Historical Review*, XVIII, 364-373, Durham, N. C., 1938. Conf.: SCHÄFER, II, 75-77.

77 Ver *supra*, texto y nota 43.

78 Instrucción de agosto 16 de 1563, en COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *La Audiencia de Charcas*, I, 588, Madrid, 1918. Ver ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización judicial*, *cit.*, 149-150.

79 *Supra*, texto y nota 50. Ver también *Recop.*, II.xv.9.

80 Ver ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización judicial*, cit., 157.

81 *Recop.*, II.xv.10.

hasta 1573. En 1606 fue creada la de Santiago, con las mismas características aunque sujeta a los mandatos del virrey peruano [82].

En Buenos Aires funcionaron dos audiencias: la primera, entre 1661 y 1671, tuvo un presidente, gobernador y capitán general que ejercía "el gobierno superior" de las tres provincias del Río de la Plata, Paraguay y Tucumán, pero subordinado al virrey del Perú [83]. En 1783 se ordenó fundar la segunda audiencia, que tuvo carácter virreinal.

La audiencia de Caracas surgió en virtud de la real cédula de julio 31 de 1786, bajo la presidencia del gobernador y capitán general de Venezuela e independiente de todo virreinato [84].

Esta enumeración de audiencias de diferentes estructuras y categorías revela que, en lo relativo a los poderes de gobierno que nos interesan, no hubo una regulación uniforme. Sí puede advertirse, en cambio, un criterio que va evolucionando en el siglo XVI. Desde que desaparece el gobierno personal de Diego Colón en 1524, y durante varias décadas, predomina la concepción de un gobierno ejercido corporativamente por letrados [85]; pero luego se entrega esta función a los virreyes y presidentes. Y aún estos últimos continúan siendo magistrados de toga hasta que se los reemplaza por capitanes generales. En uno y otro caso las audiencias gobernadoras desaparecen para dar lugar al ejercicio unipersonal del mando político.

Para clasificar estos distintos tipos de gobernación podemos establecer las siguientes categorías: 1) audiencias gobernadoras de Santo Domingo (1524-28), México (1527-35), Panamá (1538-42 y 1563-72), los Confines (1543-60), Nueva Granada (1548-72) y Nueva Galicia o Guadalaxara (1548-72), que ejercieron el mando político en

[82] Id., II.xv.12 y V.i.3.

[83] Esta última cláusula ("y el a de estar subordinado a vos") no figura en la *Recop.*, II.xv.13, que por lo demás incluyó a esta audiencia que en 1680 ya estaba suprimida. La real cédula de abril 6 de 1661, dirigida al virrey del Perú, decía: "que el gov° superior de todo lo aya de tener en las dhas. Provincias el que fuere Press.te de la dha. Aud.a seg.n y como lo tienen los Press.tes de las de Chile y Panama y el a de estar subordinado a vos" (ARCHIVO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Epoca colonial, Reales cédulas y provisiones*, 421, Buenos Aires, 1911). Ver también ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización judicial*, cit., 160.

[84] GUILLERMO MORÓN, *Historia de Venezuela*, 5ª ed., 206, Caracas, 1970. La última audiencia fundada en Indias fue la del Cuzco, por real cédula de febrero 26 de 1787, cuyo regente ejercía también la intendencia de la provincia. En 1791 se le dio el título de presidente: J. R. FISHER, *Government and society in Colonial Perú, The intendant system, 1784-1814*, 49, University of London, 1970.

[85] MARIO GÓNGORA, *El Estado en el derecho indiano*, cit., 57.

forma colegiada y sin subordinación a ningún virrey [86]; 2) presidentes-gobernadores con facultades limitadas, aún dentro de su propio distrito, como los de Charcas y Quito desde sus respectivas fundaciones hasta 1567; 3) los presidentes-gobernadores y capitanes generales de Chile, que tenían el mando de su provincia aunque bajo la dependencia del virrey; 4) presidentes-gobernadores (y casi siempre también capitanes generales) que tenían el gobierno directo de su provincia y el gobierno superior de otras vecinas que integraban la jurisdicción de la audiencia, siempre con subordinación al virrey, como los de Panamá (1572-1717 y de 1723 a 1739), Nueva Galicia (desde 1574), Buenos Aires (1661-71) y Charcas (desde 1776) [87]; 5) presidentes-gobernadores (y después también capitanes generales) que tenían el gobierno superior independientemente de cualquier virrey, como los de Santo Domingo (desde 1528), el Nuevo Reino de Granada desde 1572 hasta las dos creaciones del virreinato, Guatemala desde 1568, Caracas desde 1786, y todas las audiencias virreinales en vacante de virrey, cuyas funciones eran desempeñadas por el oidor decano [88]; y 6) las audiencias subordinadas de Charcas (1567-1776), Quito (1567-1717 y 1723 en adelante) y Panamá (1739-51), con funciones de gobierno muy limitadas[89].

86 Las fechas que hemos dado y seguiremos mencionando en este parágrafo se refieren a las de las disposiciones expedidas en España. Su aplicación en América demoraba siempre uno o dos años. Respecto de la audiencia de los Confines, ya instalada en Guatemala, por reales cédulas de 16 y 22 de septiembre de 1560 "los asuntos de estricto gobierno se concentraron en la sola persona de su presidente" (CARLOS MOLINA ARGÜELLO, *Gobernaciones, alcaldías mayores y corregimientos en el reino de Guatemala*, en *Anuario de Estudios Americanos*, XVII, 110, Sevilla, 1960). Ver también *infra*, cap. IV, nota 12.

87 A diferencia de los de Chile, los presidentes-gobernadores de Panamá, Nueva Galicia, Buenos Aires y Charcas, entre las fechas mencionadas, tuvieron además el mando superior de otras gobernaciones: Veragua; Nueva Viscaya; Paraguay y Tucumán; y Santa Cruz de la Sierra.

88 Los distritos jurisdiccionales de las audiencias de Santo Domingo, Guatemala, el Nuevo Reino de Granada y —al final del período hispánico— Venezuela, no integraban ningún virreinato. Por eso la *Recop.*, III.ii.1 habla de "Presidentes de Audiencia Pretorial, no subordinada al Virey". Cuando las audiencias gobernaban en vacante de virrey, el oidor más antiguo ejercía los cargos de presidente y capitán general (íd., II.xv.57), y en la provisión de oficios debían votar todos los oidores a propuesta del más antiguo (íd., III.ii.10 y 11).

89 Las audiencias subordinadas debían avisar el virrey "todas las cosas que se ofrecieren y os pareciere convenir" (real cédula de agosto 28 de 1591, en *CDI*, XVIII, 211; ENCINAS, *Cedulario*, cit., I, 288; *Recop.*, II.xv.49); quedaban facultadas para resolver los problemas urgentes "que no sufran dilación", debiendo consultarlos luego al virrey (real cédula de febrero 15 de 1567, en *CDI*, XVIII, 76; *Recop.*, III.iii.6); podían también tomar otras providencias en materias gubernativas, como visitas de indios, tasas y retasas, hacer puentes y aderezar tambos y caminos (real cédula de octubre 1º de 1568, en ENCINAS, *Cedulario*, I, 248;

Las audiencias gobernadoras y los presidentes indicados bajo los números 3, 4 y 5 integraban, no obstante las diferencias apuntadas, una categoría política intermedia entre el virrey —representante directo del monarca— y los gobernadores particulares, configurando así una evidente jerarquía de dignidades, poderes, funciones y territorios.

Así como los virreyes tenían el "gobierno superior" de sus distritos, lo mismo ocurría con los presidentes, con las diferencias que ya hemos indicado. Los de Guatemala y Nueva Granada ejercían por sí solos "la gobernacion de aquella tierra, y de todo su distrito, asi como la tiene nuestro Virey de la Nueva España", sin intervención de los oidores [90]. Lo mismo se decía en la *Recopilación* del presidente de Panamá, pero a continuación la misma ley agregaba que debía cumplir las órdenes que le diera el virrey del Perú "en materias de gobierno, guerra y administracion de nuestra Real hacienda" [91]. El de Guadalaxara (Nueva Galicia) tenía "la gobernación de su distrito", pero ya vimos que el virrey de México era quien disponía del mando superior [92]. Situaciones similares eran las de Chile y Buenos Aires (1661-71), según se ha expuesto. Y el presidente de Santo Domingo sólo entendía en las cuestiones "tocantes al buen gobierno y defensa de la dicha isla" [93].

Los cargos de presidentes de las audiencias eran todos de provisión real. En caso de vacante, la regla general establecía que —como ocurría con los virreyes— les sucedieran en el gobierno las respectivas audiencias, hasta que el monarca llenara nuevamente el cargo. En tales ocasiones el oidor más antiguo —y el regente a partir de 1776— desempeñaba las funciones de presidente y capitán general [94]. Por excepción, y en virtud de la necesidad de contar siempre con un militar al frente del gobierno, el virrey del Perú tuvo la obligación de efectuar nombramientos anticipados, en pliegos cerrados y lacrados, para el

Recop., V.i.5); y sus presidentes ejercían el gobierno "en las cosas que no fueren de mucha importancia" (íd., II.xv.51). La denominación de audiencias subordinadas figura en la *Recop.*, II.xv.46, 49 a 51, 56; II.xvi.87; III.iii.2 y 5; y V.i.5.

[90] Id., II.xv.6 y 8.

[91] Id., II.xv.4 y V.i.2.

[92] Id., II.xv.7; II.xv.52 y II.xvi.1.

[93] Id., II.xv.2.

[94] Id., II.xv.57. Para llenar las vacantes de oficios menores, el oidor más antiguo debía proponer el candidato y todos votaban (íd., III.ii.11). Sin embargo, en 1739 se ordenó que las audiencias no llenaran los cargos vacantes (MANUEL JOSEF DE AYALA, *Notas a la Recopilación de Indias*, II, 188, Madrid, 1946).

reemplazo de los presidentes de Chile y Panamá, pudiendo hacer otra designación al tener noticia de la vacante producida [95].

c) *Los adelantados*

En muchas oportunidades, durante el siglo XVI, se otorgó el título de adelantado, generalmente unido al de gobernador. No hemos de analizar una vez más los orígenes y la naturaleza de este cargo, después de haberlo hecho con amplitud en otra oportunidad [96]. Sólo vamos a señalar aquí algunas conclusiones destinadas a poner en evidencia la evolución del título.

Aunque Colón designó adelantado a su hermano Bartolomé en 1495, en realidad la utilización de este título se vincula con el sistema de las capitulaciones que ya hemos expuesto, comenzando en 1512 con Juan Ponce de León [97], y siguiendo con las de Diego Velázquez en 1518 [98], Hernando de Magallanes y Ruy Falero en 1519 [99], Lucas Vázquez de Ayllón en 1523 [100], y Rodrigo de Bastidas en 1524 [101]. Velázquez recibió el título único de adelantado, Bastidas fue capitán y adelantado, y en las demás capitulaciones mencionadas este cargo se agrega al de gobernador (Magallanes y Falero y Vázquez de Ayllón) o al de gobernador y justicia (Ponce de León). Posteriormente se generaliza la acumulación de los títulos de adelantado, gobernador y capitán general [102].

La existencia de por lo menos dos capitulaciones que no agregan al de adelantado ningún cargo gubernativo indica que en su origen

95 *Recop.*, II.xvi.2 y 3. MANUEL JOSEF DE AYALA (*Notas*, II, 244) afirma que desde 1700 cesó esta obligación, pues el mando de las armas debía recaer en el teniente de rey y a falta de éste en el oficial de mayor graduación, quedando todo lo demás en manos del regente y oidores de la audiencia.

96 Ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, cit., 74-89, y la bibliografía que allí se menciona. Nuevos datos sobre los adelantados en España aporta JUAN MANZANO, *Venezuela, territorio del primer adelantamiento de las Indias*, en *Memoria del Primer Congreso Venezolano de Historia*, I, 401-427, Caracas, 1972.

97 Para la isla de Bimini (Florida): *CDI*, XXII, 26.

98 Para el Yucatán: *CDI*, XXII, 38.

99 Para el descubrimiento de la especería: *CDI*, XXII, 46.

100 Para la Florida: *CDI*, XXII, 79.

101 Para la provincia de Santa Marta: *CDI*, XXII, 98.

102 Ver las capitulaciones con Francisco de Montejo en 1526 (*CDI*, XXII, 201), Pánfilo de Narváez en 1526 (*CDI*, XXII, 224), Enrique Cinquer y Guillermo Sayller, apoderados de los Welser, en 1528 (*CDI*, XXII, 251), Francisco Pizarro en 1529 (*CDI*, XXII, 271), Diego de Almagro y Pedro de Mendoza en 1534 (*CDI*, XXII, 338 y 350), Pedro Fernández de Lugo en 1535 (*CDI*, XXII, 406), Gaspar de Espinosa en 1536 (*CDI*, XXII, 452), etc.

ese título tenía un contenido político a la vez que judicial, puesto que ambas funciones eran indispensables al jefe de la empresa. Por otra parte, si bien en algunas de las primeras designaciones no se indica término al oficio, en otras se los nombra "para siempre jamás" o bien en forma vitalicia, soluciones ambas que se irán imponiendo más adelante. Del mismo modo, a medida que se afianza este título se le agregan algunos beneficios de tipo señorial, como las mercedes de grandes extensiones de tierras, la tenencia de fortalezas y la promesa de vasallos, todo ello a perpetuidad o para uno o varios herederos.

De esa manera el adelantamiento se convierte rápidamente en un título de honor y de dignidad, que se trasmite a los sucesores aunque ya no ejerzan el gobierno del distrito. En 1554 el Consejo de Indias sugirió al Emperador que diera a don Pedro de Valdivia, conquistador de Chile, el "título de Adelantado de las dichas provincias, y el hábito de Santiago, pues teniendo como tiene la gobernación de aquella tierra, y habiéndola él descubierto, es justo que vuestra Magestad le honre para que con mayor voluntad se anime a servir [103]. Y las ordenanzas de población de 1573 califican de honorífico el adelantamiento [104].

La acumulación de los títulos de adelantado, gobernador y capitán general ha planteado un interrogante a los historiadores que se han ocupado del asunto, porque en apariencia el primero parece superfluo, ya que los otros dos cubrían todas las funciones necesarias para la realización de la empresa. El problema se resuelve fácilmente recordando que el título debió otorgar, originariamente, las atribuciones que le daba el derecho castellano; pero al convertirse en una dignidad que elevaba la jerarquía del beneficiario, se hizo necesario designarlo también gobernador —por un tiempo que muchas veces era menor que el adelantamiento— a fin de que el titular quedara sometido a las obligaciones inherentes al desempeño de un oficio sujeto a los mandatos reales.

Nunca se reglamentó el reemplazo de los adelantados para los casos de muerte, incapacidad o ausencia. Los que tenían título vitalicio o hereditario podían designar a quien gobernara en su ausencia,

[103] Carlos V resolvió de conformidad y, habiendo llegado la noticia de la muerte de Valdivia, en 1555 se hicieron idénticas mercedes a Jerónimo de Alderete: MORLA VICUÑA, *Estudio histórico* cit. en la nota 44, apéndices 39, 40 y 46. En estos casos el adelantamiento no se dio por capitulación sino como un título de dignidad otorgado por el rey.

[104] *Recop.*, IV.iii.2.

y que por lo común era llamado lugarteniente de adelantado o de gobernador. Si el nombramiento sólo era vitalicio, la muerte producía una situación insoluble desde el punto de vista legal, que se resolvía por decisión de los conquistadores. Cuando la capitulación era hereditaria, el sucesor podía entrar de inmediato al ejercicio del cargo o nombrar lugarteniente. En algunos casos se produjeron vacantes prolongadas por falta de herederos, sin que la corona interviniera respetando los derechos derivados de la capitulación [105].

d) *Gobernadores particulares*

Esta denominación aparece por lo menos una vez en las leyes de Indias [106], aunque los nombramientos nunca los califican de esta manera. Se trata de quienes presidían una provincia menor —es decir, sin audiencia— y se titulaban gobernadores, capitanes generales y justicias mayores, o bien simplemente gobernadores. Con frecuencia el cargo judicial no aparece en la designación, aunque sí las funciones correspondientes, pues el gobernador indiano comenzó por ser un juez-gobernador, y siempre conservó la facultad de juzgar en primera o segunda instancia en los casos de su competencia.

En cuanto al título de capitán general, si bien era concedido expresamente a la mayor parte de los gobernadores, la función correspondía a todos en razón de que era necesaria la existencia de un jefe que dirigiera las milicias locales y asumiera la defensa del territorio. Sin embargo, desde fines del siglo XVI se impuso en las provincias menores la distinción entre quienes tenían aquel título y quienes no lo recibían. Según Schäfer, en esa época se añadió el cargo militar en todas las provincias expuestas a los ataques de Inglaterra [107]. Sin negar esta causal, cabría decir que también influyeron la importancia o extensión de la provincia (como en el caso de Nueva Viscaya), la existencia de una frontera internacional que obligaba a mantener un estado de defensa (Paraguay), la situación de guerra permanente contra los indígenas (Chile), o varios de estos motivos, como ocurría en el Río de la Plata. Por lo demás, la acumulación de ambos cargos comienza con el nombramiento de Cortés en 1522, se repite en muchas capitulaciones a partir de 1526, y es frecuente también en los nombramientos hechos por el monarca. De lo cual se deduce que el sistema se impuso antes de que apareciera el peligro inglés.

105 SCHÄFER, *El Consejo*, cit., II, 159.
106 *Recop.*, V.i.1.
107 SCHÄFER, *El Consejo*, cit., II, 162.

Estos gobernadores particulares, o autónomos (para utilizar una expresión moderna más técnica y precisa), dependían, desde que se organizaron las jerarquías indianas, de un virrey, del presidente de una audiencia o directamente del monarca a través del Consejo de Indias.

Ya hemos analizado, al referirnos a los virreyes y presidentes, la índole y las características de ese "gobierno superior", que les permitía dar órdenes en asuntos importantes o intervenir cuando la situación lo aconsejaba. Pero fuera de estos casos, que realmente eran excepcionales, aquellas autoridades debían dejar actuar libremente a los gobernadores sin inmiscuirse en el desempeño de sus funciones.

Otros gobernadores no dependían de los virreyes o presidentes, como hemos de verlo en el acápite C, a).

Cuando tenía que ausentarse del distrito (lo cual sólo era admitido con autorización superior), el gobernador designaba un reemplazante que generalmente era el teniente general de la gobernación y, ya en el siglo XVIII, el teniente de rey. Al producirse su muerte o incapacidad, lo sustituían de inmediato los mismos funcionarios y, en su defecto, los alcaldes ordinarios del cabildo [108]. Esto no impedía que los virreyes y presidentes, al tener conocimiento de la vacante, designaran interinos hasta la llegada de quien traía título real [109].

Estas reglas tuvieron algunas excepciones. No habiendo teniente de gobernador en la provincia de Venezuela, sus cabildos lograron el privilegio de que los alcaldes de cada ciudad reemplazaran al gobernador fallecido [110]. Sin perjuicio de ello, la audiencia de Santo Domingo hizo nombramientos interinos hasta mediados del siglo XVII. En 1676 se concedió al cabildo de Caracas el derecho de que sus al-

[108] *Recop.*, V.iii.12. La ley —formada por varias disposiciones posteriores a mediados del siglo XVI— no precisaba si eran los de la ciudad capital de la provincia o los de cada ciudad en su distrito.

[109] Id., III.ii.1 y 48 y V.ii.4. La facultad de nombrar gobernadores fue concedida en casos especiales desde mediados del siglo XVI (ver *supra*, notas 44 y 46), pero se fue generalizando después de 1572. Del 7 de julio de ese año es una cédula dirigida a la audiencia de Santa Fe, autorizándola a hacer estas designaciones aún en el caso de haber tenientes de gobernador (ENCINAS, *Cedulario*, cit., III, 12). En el mismo año se dio idéntica facultad al virrey de Nueva España (id., I, 241). El del Perú fue autorizado a nombrar gobernadores de Chile y Tucumán en 1573 (*Recop.*, II.xvi.3 y COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *Gobernación del Tucumán, Papeles de gobernadores*, 2ª parte, 54, Madrid, 1920).

[110] Real cédula de diciembre 8 de 1560, en PEDRO M. ARCAYA U., *El cabildo de Caracas (período de la colonia)*, 2ª ed., 137, Caracas, 1968, y en ENCINAS, *Cedulario*, cit., III, 30.

caldes gobernaran toda la provincia al producirse la vacante, quitándose a la audiencia aquella facultad. Este derecho desapareció en 1736, al nombrarse un teniente de gobernador [111]. Yucatán obtuvo el mismo privilegio por real cédula de mayo 24 de 1600.

Dentro de esta misma categoría de gobernadores y capitanes generales debemos ubicar una creación tardía, excepcional, que en varios aspectos se diferenciaba del sistema hasta entonces imperante. En 1776, con el propósito de organizar mejor la defensa y expansión de las poblaciones ubicadas al norte de México, se dispuso establecer allí un "Gobernador y Comandante General en Jefe de las provincias de Sinaloa, Sonora, Californias y Nueva Viscaya", cuyo distrito aumentó inmediatamente con el agregado de "los Gobiernos Subalternos de Coahuila, Texas y el Nuevo México" [112]. Este alto funcionario iba a tener el "mando superior" de todos los distritos bajo la dependencia directa del monarca [113]. Los gobernadores de las provincias mencionadas quedaron subordinados a él, de modo que era una autoridad política y militar de una jerarquía mucho más elevada, que podía equipararse a la del virrey. Desde 1787 hasta 1792 esta Comandancia estuvo dividida en dos, llamadas de Oriente y de Occidente, pero en la última fecha ambas volvieron a unirse.

Otra creación análoga, y casi simultánea, fue la Capitanía General de Venezuela. En 1777 el rey resolvió "la absoluta separación de las mencionadas provincias de Cumaná, Guayana y Maracaibo e islas de Trinidad y Margarita, del Virreinato y Capitanía General del Nuevo Reino de Granada, agregarlas en lo gubernativo y militar a la Capitanía General de Venezuela". En consecuencia, los gobernadores de las referidas provincias debían cumplir las órdenes que el capitán general les comunicara "en todo lo gubernativo y militar" [114]. En este caso también se organizó una nueva jerarquía de funcionarios que no

111 La real cédula de septiembre 18 de 1676 en ARCAYA, *El cabildo*, cit., 137-140. Ver también GUILLERMO MORÓN, *Historia de Venezuela*, cit., 173-174.

112 Instrucción de gobierno de agosto 22 de 1776, en LUIS NAVARRO GARCÍA, *La gobernación y comandancia general de las provincias internas del norte de Nueva España*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº 14, 151, Buenos Aires, 1963. El nombramiento, de junio 15 de 1776, en íd., 126.

113 Instrucción citada en la nota anterior. Sin embargo, el virrey de Nueva España tuvo que intervenir constantemente en apoyo de la nueva creación.

114 Real cédula de septiembre 8 de 1777, en GUILLERMO MORÓN, *Historia de Venezuela*, cit., 234. "En realidad —dice el mismo autor— se trataba de la extensión del Gobierno Militar del titular caraqueño" (íd., 171, nota), sin que a su juicio esa creación trascendiera a las funciones de gobierno. Pero al convertirse en presidente de la audiencia, el mismo funcionario adquirió el rango superior que correspondía a su nueva dignidad.

FACULTAD DE DERECHO · UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

tenía precedentes en el cuadro administrativo indiano, tal como había quedado establecido desde la segunda mitad del siglo XVI. Casi una década más tarde, en julio 31 de 1786, al fundarse la audiencia de Caracas, el gobernador y capitán general de Venezuela se convirtió en presidente del nuevo tribunal.

e) *Gobernadores subordinados*

Todas las autoridades políticas nombraban funcionarios de menor jerarquía para ejercer sus poderes en las regiones o ciudades más apartadas de la capital del distrito. Por esta razón aparecieron alcaldes mayores, corregidores y tenientes de gobernador. Los primeros fueron designados principalmente en el virreinato de Nueva España y en la jurisdicción de la audiencia de Guatemala. Los corregidores, en cambio, predominaron en el virreinato del Perú y en los distritos audienciales que lo integraban (Quito, Charcas, Chile y Buenos Aires, en este último mientras existió la primera audiencia). Por su parte —y sin que esto fuera tampoco una regla uniforme— los gobernadores autónomos designaban un teniente general para toda la provincia, y tenientes de gobernador en las ciudades subalternas. Todos estos funcionarios actuaban bajo las órdenes de la autoridad superior, pero tenían también una gran amplitud de poderes para cumplir, en el orden local, las funciones de gobierno de menor importancia, las militares y las judiciales.

Pero también surgieron, a principios del siglo XVII y luego en el XVIII, otros funcionarios con el mismo título de gobernadores, pero subordinados a quienes dirigían una provincia menor. En 1607 se nombró al gobernador y capitán a guerra de la ciudad de Santiago de Cuba, subordinado al gobernador y capitán general de La Habana "en todo lo tocante, y dependiente á gobierno y materias de guerra", quedando así la isla dividida en dos distritos pero con una manifiesta jerarquía entre ambos [115]. Dicho gobernador era de provisión real.

No parece que este nuevo tipo de gobernador se difundiera mucho en el sistema indiano. El de Santiago de Cuba es el único que figura en la *Recopilación* de 1680. Pero más tarde, e imitando ese precedente, se nombró para la ciudad de Montevideo y su distrito "un Gobernador Político, y Militar que exerza ambas Jurisdicciones con subordinacion a el Gobierno, y Capitanía General de la Ciudad de Buenos Aires", o

[115] Real cédula de octubre 8 de 1607: *Recop.*, V.i.16. Ver también íd., V.ii.1.

sea el del Río de la Plata. La razón principal determinante de esta creación fue sin duda la de asegurar mejor la defensa de la Banda Oriental, pero el funcionario montevideano tuvo también poderes judiciales y gubernativos. Respecto de estos últimos, el del Río de la Plata podía "intervenir siempre que conociere no ir arreglados a ellas [las leyes de Indias], o lo considerare por conveniente" [116].

Asimismo existieron en el siglo XVIII las gobernaciones subalternas de Nuevo México, Coahuila y Texas, consideradas como avanzadas militares, que en 1776 fueron incluidas en la gobernación y comandancia general creada al norte de México [117].

También hubo un gobernador (sin otro agregado) en las islas Malvinas, subordinado al "Gobernador y Capitán General de la Provincia de Buenos Aires, a cuias ordenes debeis estar" [118]. Este cargo fue confiado siempre a un marino, que por lo general residía durante un año en la pequeña población existente en esas islas.

El conde de Aranda, encargado por Carlos III de organizar la expulsión de los jesuitas, dispuso que "en todas las Misiones, se pondrá interinamente por provincias un Gobernador á nombre de S. M.,... y atienda al gobierno de los Pueblos, conforme a las Leyes de Indias" [119]. Esta orden se cumplió en las Misiones guaraníticas [120], en las de Nueva Viscaya [121], y seguramente en otras partes.

Corresponde señalar que no todos estos gobernadores ejercían funciones similares. Los de Santiago de Cuba y Montevideo eran verdaderas autoridades políticas, militares y judiciales que dirigían distritos perfectamente organizados. El de Malvinas, en cambio, sólo presidía una pequeña comunidad de un centenar de habitantes. Y los de las Misiones, no obstante sus títulos, se asimilaban a los corregidores de comunidades indígenas. Pero todos ellos reconocían una verdadera dependencia respecto del otro gobernador a cuyas órdenes actuaban, especialmente en lo político y militar.

116 Real cédula de diciembre 22 de 1749, en ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Campaña del Brasil, Antecedentes coloniales*, I, 533, Buenos Aires, 1931.

117 Ver *supra*, nota 112. Ver también capítulo IV, notas 45 y 69.

118 Nombramiento de octubre 4 de 1766, en MANUEL HIDALGO NIETO, *La cuestión de las Malvinas, contribución al estudio de las relaciones hispano-inglesas en el siglo XVIII*, 588, Madrid, 1957.

119 Adición a la instrucción sobre el Extrañamiento de los Jesuitas de los dominios de S. M., marzo 1º de 1767, en FRANCISCO JAVIER BRABO, *Colección de documentos relativos a la expulsión de los Jesuitas de la República Argentina y del Paraguay, en el reinado de Carlos III*, 13, Madrid, 1872.

120 Ver ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, cit., 192. Sobre estos tres gobernadores subordinados ver íd., 189-194.

121 PORRAS MUÑOZ, *Iglesia y Estado en Nueva Viscaya*, cit., 67-69.

C) *En razón de su autonomía o dependencia.*

a) *Gobernadores autónomos respecto de otras autoridades del Nuevo Mundo*

Los territorios que se iban descubriendo en las Indias se mantuvieron durante casi una década bajo una dirección única, que era la de Colón y la de los gobernadores que lo reemplazaron.

Pero la unidad del gobierno desaparece en 1501, al concederse a Ojeda y Yáñez Pinzón territorios que ellos habían explorado por vez primera [122]. Esta ruptura del conjunto se pone en evidencia en el nombramiento de Nicolás de Ovando, a quien se le encarga el gobierno de las Indias con excepción de lo concedido a aquellos navegantes. Y en 1511 el distrito de Diego Colón quedó reducido a las islas del Caribe.

Algunas capitulaciones mantuvieron la dependencia respecto del virrey Diego Colón, ya en lo gubernativo [123], ya en lo judicial [124], posiblemente por tratarse de islas y tierras descubiertas por don Cristóbal. Ulteriormente se conservó la unidad jurisdiccional de los distritos insulares, agrupados siempre en torno a la audiencia de Santo Domingo.

Pero en el continente se van concediendo territorios que ya no dependen de la Española: Juan Ponce de León en 1512, Pedrarias Dávila en 1513, etc. Y así surgen nuevas provincias autónomas que a veces logran consolidarse. En las capitulaciones no se establecía ninguna subordinación respecto de otras autoridades de América, de modo que todos sus titulares fueron —en la medida en que llegaron a ejercer el gobierno— funcionarios sólo sometidos al rey y a los Consejos. Y en las ordenanzas de 1573 se dispuso con carácter general que los adelantados "sean inmediatos al Consejo de Indias, y ninguno de los Virreyes, ni Audiencias comarcanas se puedan entrometer en el distrito de sus provincias, de oficio ni a pedimento de parte, ni por via de apelacion" [125].

[122] ALFONSO GARCÍA-GALLO destaca esta desaparición de la unidad del gobierno indiano (*Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XL, 317 y sig., Madrid, 1970).

[123] Ojeda, nombrado gobernador de Jamaica, estaba "debaxo del Nuestro Gobernador que es o fuese de la dicha isla Española" (capitulación del 9 de julio de 1508, en *CDI*, XXII, 13).

[124] En la misma capitulación de Ojeda y Nicuesa se otorgaban las apelaciones al gobernador de la Española.

[125] *Recop.*, IV.iii.15. Por excepción, al capitular Juan Ortiz de Zárate el gobierno del Río de la Plata en 1569, esta provincia ya formaba parte del virrei-

Lo mismo ocurrió con los gobernadores designados por la corona, hasta que las distintas regiones se fueron integrando en las que más tarde fueron llamadas provincias mayores. Este proceso de incorporaciones, que ya hemos estudiado, se cumplió a lo largo del siglo XVI al ampliarse los virreinatos y al establecerse las presidencias de Guatemala y Nueva Granada. A partir de entonces, estas autoridades tuvieron el gobierno superior de vastos territorios y provincias, configurándose así una jerarquía política, judicial y militar.

Sin embargo, quedaron algunas provincias que no dependían, en lo gubernativo, de ningún virrey o presidente. La de Venezuela, por ejemplo, siguió siendo "independiente de cualquiera otra autoridad político-administrativa indiana" [126], con excepción de unos pocos años (1739-42), en que estuvo incluida en el virreinato de Nueva Granada. En idéntica situación estuvieron las gobernaciones de Cumaná, de la isla Margarita y de varias islas del Caribe, las cuales, si bien incluidas en la jurisdicción de la audiencia de Santo Domingo, en el orden gubernativo no dependían de ella ni de su presidente.

Las más altas autoridades del Nuevo Mundo (los virreyes y los presidentes de Nueva Granada, Guatemala y Santo Domingo) tampoco reconocían superior en la función de gobierno, salvo la posibilidad de que sus actos fueran revocados por las respectivas audiencias en virtud del recurso de apelación que se concedía a los perjudicados. Lo mismo cabe decir del gobernador y comandante general en jefe de las provincias del norte de México.

b) *Gobernadores dependientes de otras autoridades indianas*

Ya hemos visto que al ampliarse los virreinatos y los distritos de las audiencias pretoriales, dentro de sus límites quedaron comprendidas otras provincias, cuyos gobernadores estuvieron sometidos a las órdenes y al control de los virreyes y presidentes respectivos. Estos últimos ejercían el gobierno superior de todo el distrito, y en conse-

nato peruano. La audiencia de Charcas, cuyo distrito también integraba, recibió orden de vigilar el cumplimiento de la capitulación, y en caso necesario de nombrar ejecutores que sustituyeran, a su costa, al adelantado remiso (real cédula de diciembre 11 de 1571, en *CDI*, XVIII, 96 y en COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *La audiencia de Charcas. Correspondencia de presidentes y oidores*, I, 686, Madrid, 1918).

126 JOSÉ LLAVADOR MIRA, *La gobernación de Venezuela en el siglo XVII*, 98, Caracas, 1969. Conf.: GUILLERMO MORÓN, *Historia de Venezuela*, 5ª ed., 167, Caracas, 1970.

cuencia actuaban —en la forma que ya hemos expuesto— [127] como autoridades jerárquicamente más elevadas respecto a los gobernadores particulares o autónomos. Esta misma relación de dependencia se daba entre el virrey y los presidentes de las audiencias subordinadas, así como entre aquél y quienes presidían las audiencias pretoriales incluidas en cada virreinato.

Idéntica situación, aunque en un grado más bajo de la escala jerárquica, se presentaba entre algunos gobernadores y otros que les estaban sometidos [128]. El grado de subordinación, que no siempre era el mismo, se establecía en los respectivos nombramientos o instrucciones.

[127] Ver *supra*, B, a), b) y d).
[128] Ver *supra*, B, e).

DIGITALIZADO

REUNIÓN DE ESTUDIO SOBRE LA VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LA NOVÍSIMA RECOPILACIÓN ESPAÑOLA DE 1805 EN EL RÍO DE LA PLATA

El día 5 de octubre de 1971 se realizó en el Instituto una reunión de profesores e investigadores vinculados a nuestra disciplina, cuyo objeto fue plantear y discutir el problema de la vigencia y aplicación de la "Novísima Recopilación" de 1805 en el Río de la Plata.

Inició la reunión el doctor RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Director del Instituto, quien señaló que respecto de este tema existen opiniones encontradas, pero que consideraba que a la luz de las investigaciones más recientes, podía realizarse un análisis metódico y actualizado. El problema obliga a distinguir tres aspectos distintos: a) el de la vigencia legal de la Novísima; b) el de su estudio como parte integrante del derecho en vigor; y c) el de su aplicación concreta en la práctica judicial o administrativa. Expuso a continuación:*

I

Era opinión corriente a fines del siglo pasado y principios de éste, sustentada entre otros por Juan José y Manuel Augusto Montes de Oca, Carlos Octavio Bunge y Rodolfo Rivarola, que la *Novísima Recopilación* no estuvo en vigencia entre nosotros porque no había sido comunicada a la audiencia antes de 1810 [1]. En efecto, para que el derecho sancionado para Castilla fuera aplicable en Indias era nece-

[1] JUAN JOSÉ MONTES DE OCA, *Introducción general al estudio del derecho*, 2ª ed., II, 335, Buenos Aires, 1884; MANUEL AUGUSTO MONTES DE OCA, *Introducción al derecho*, 98, Buenos Aires, 1895; RODOLFO RIVAROLA, *Derecho penal argentino*, 4, Buenos Aires, 1910, hace la salvedad de que "si estuvo en vigor en alguna provincia, fue en razón de ley especial de la misma que así lo estableciera"; CARLOS ALBERTO ACEVEDO, *Ensayo histórico sobre la legislación comercial argentina*, 41, Buenos Aires, 1914; CARLOS OCTAVIO BUNGE, *El derecho, ensayo de una teoría integral*, 5ª ed., 493, Buenos Aires, 1920. Los penalistas modernos sostienen la misma posición: SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, I, 102-103, Buenos Aires, 1956; y LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., I, 935, Buenos Aires, 1956.

sario que hubiera pasado por el Consejo de estos reinos despachándose la correspondiente cédula ordenando su cumplimiento. Lo mismo se exigía tratándose de pragmáticas [2]. A partir de 1716 ya no fue necesaria esa intervención del Consejo, pues se dispuso que se observaran todas las cédulas y despachos expedidos por la vía reservada de Indias y firmados por el rey [3]. Es sabido que estos requisitos no fueron cumplidos.

Por el contrario, el real decreto de julio 15 de 1805, que promulgó la *Novísima Recopilación de las leyes de España* (con este título), está dirigido exclusivamente a las autoridades "de estos mis Reynos", y dispone además que "por este nuevo cuerpo de leyes y el de las *Partidas* se hará y formalizará en todas las Universidades de estos mis Reynos el estudio del Derecho Patrio, que tengo mandado se enseñe" [4]. En este decreto no se hace ninguna referencia a las Indias, siendo de notar que, como dice Demetrio Ramos Pérez, "los Reinos de las Indias son siempre otros distintos y singularizados de 'estos nuestros Reynos' " [5]. España era únicamente la península, y el título de la *Novísima* se explica porque desde principios del siglo XVIII se había producido la unificación jurídica de Castilla y Aragón.

En épocas más recientes se ha sostenido por Jorge Cabral Texo, Ricardo Levene, José María Ots Capdequí y C. Alberto Roca, la opinión favorable a la vigencia legal de la *Novísima* [6]. Esta idea ha sido acogida sin nuevo examen por otros autores, entre los cuales me cuento. Pero la observación de libros, documentos y pleitos que no la mencionan ha originado desde hace años una duda que considero conveniente resolver.

Veamos ante todo las razones que se invocan para sostener que el código de Carlos IV estuvo en vigor en las Indias. Según el doctor

2 *Recop.*, II.i.39 y 40 (cédulas de 1614 y 1626).

3 Real cédula de agosto 8 de 1716, citada por MANUEL JOSEF DE AYALA, *Notas a la Recopilación de Indias*, II, 24, Madrid, 1946.

4 *Los códigos españoles concordados y anotados*, 2ª ed., VII, XI-XV, Madrid, 1872.

5 DEMETRIO RAMOS PÉREZ, *Las ideas políticas en el Buenos Aires de 1810*, en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, XXXVI, 1ª sección, 206, Buenos Aires, 1964.

6 JORGE CABRAL TEXO, *La vigencia de la Novísima Recopilación*, en *Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas*, I, 41 y sig., Buenos Aires, 1922-23; RICARDO LEVENE, *Historia del derecho argentino*, I, 347-350, Buenos Aires, 1945; JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de Historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, I, 104, Buenos Aires, 1943 (hay segunda edición de 1945); C. ALBERTO ROCA, *La vigencia de la Novísima Recopilación en Indias*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1964-I, secc. doct., 17-25.

Roca, "al sancionarse la *Novísima Recopilación*... la *Recopilación* de 1567 deja de tener existencia jurídica por cuanto sus preceptos... se incorporaron al nuevo código". Por lo tanto la única forma de cumplir con el orden de prelación impuesto para las Indias "era acudir a la *Novísima*, donde se contenía el derecho de Castilla" [7]. Sin embargo, es notorio que esta última no recogió todas las leyes de la anterior. Se hizo, como lo expresa el real decreto aprobatorio, para reunir "las nuevas disposiciones con las antiguas, que permanecían útiles y vivas en los tres tomos de las leyes y Autos de la *Recopilación*, de modo que de unas y otras resultase un cuerpo metódico de legislación". Dejando de lado los notorios defectos de la *Novísima*, cabe sostener que ésta no privó de existencia jurídica a la de 1567. Por el contrario, repitiendo una norma de 1714, dispuso que "todas las leyes del Reyno, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso" [8]. Esto en cuanto a España. Respecto de las Indias, no refiriéndose a ellas el real decreto de 1805, parece evidente que continuó rigiendo el derecho anterior, puesto que ninguna nueva regla dispuso modificarlo.

No encuentro tampoco razón valedera para sostener, como lo hace el mismo autor, que el requisito del acuerdo del Consejo de Indias se refería solo a las disposiciones particulares o leyes sueltas y no a los códigos. La razón fundamental que exigía ese pase o aprobación del Consejo —y luego de la Secretaría de Indias— era la de que no todas las leyes dictadas para España eran convenientes en el Nuevo Mundo. No se trataba de una garantía de autenticidad sino que era un requisito necesario impuesto por la naturaleza especial de los problemas americanos. Y cuando la *Recopilación* indiana exigía ese acuerdo incluso para las pragmáticas [9], estaba revelando que aun las leyes de mayor importancia debían cumplir el mismo procedimiento para su aplicación en estos territorios.

Se invoca también, en apoyo de la vigencia de la *Novísima*, una frase de Vélez Sarsfield que, en su polémica con Alberdi, dijo: "Aquí rige el Código llamado *Fuero Real*, las doscientas y más leyes *del Estilo* el voluminoso cuerpo de leyes de *Partida*: seis grandes volúmenes de la *Novísima Recopilación* y cuatro de a folio de las leyes de Indias;

[7] C. ALBERTO ROCA, *La vigencia*, cit., 21.
[8] *Nov. Rec.*, III.II.11.
[9] *Recop.*, II.I.40.

a más de todo esto, multitud de cédulas reales para América, comunicadas a las respectivas audiencias'' [10]. Por mayor que sea la autoridad que se quiera dar a las afirmaciones de nuestro máximo jurista, ella no alcanza a suplir la falta de un despacho real ordenando la aplicación de aquel código. Ya veremos, por lo demás, que los mismos estudios y trabajos de Vélez contradicen rotundamente lo que sostuvo en 1868. Nada prueban tampoco las citas que contienen los proyectos de códigos de Acevedo, Ugarte y el propio Vélez, puesto que no significan que la *Novísima* estuviera en vigor, sino que era un antecedente análogo al de los otros códigos y autores modernos que se tuvieron en cuenta al redactarlos.

Por último, se recuerda que el primer Triunvirato, el 27 de setiembre de 1811, acordó ''publicar por Vando la observancia de la Ley 3ª, tít. 14, lib, 12 de novísima Recopilada de Castilla'', y lo comunicó a la audiencia ''para que en R.[1] Acuerdo se sirva con la brebedad posible votar en Consulta con la madurez y acierto que le caracterisa'' [11]. El tribunal, tres días después, dispuso observar el ''auto 19, título 2, libro 8 de los acordados, inserto en la ley 3, título 14, libro 12, citada'' [12].

Esta determinación nada demuestra. La referida ley sancionaba con pena de muerte los robos cometidos ''dentro de la Corte y en las cinco leguas de su rastro''. De modo que no era aplicable fuera de ese radio y mucho menos en Indias. Por lo demás, la audiencia se remitió, al aprobar la consulta, a los autos acordados que integraban la *Nueva Recopilación* [13], y esta mención hubiera sido innecesaria estando en vigencia el código de 1805.

10 *El Nacional*, julio 25 de 1868. Incluido en *Dalmacio Vélez Sársfield, político y jurista. Escritos y discursos*, 181, Buenos Aires, 1927. Respecto de las *leyes del Estilo*, que solían citarse en los escritos judiciales de la época, tampoco estaban en vigor ya que no figuraban en el orden de prelación legal. El doctor EDUARDO ACEVEDO sostenía en 1854 que ''esas supuestas *leyes del Estilo* no han sido ordenadas por legítima potestad. Se deben al trabajo particular de algún jurisconsulto'' (*El Plata científico y literario*, III, 40, Buenos Aires, 1854).

11 Facsímil en LEVENE, *Historia*, cit. I, entre páginas 348 y 349. No deja de llamar la atención lo del *real* acuerdo.

12 LEVENE, *Historia*, I, 350. Se trata, en realidad, del auto VIII. XI.19. Como consecuencia de este acuerdo se publicó el *Bando* del 4 de octubre de 1811, que puso en vigencia ''la ley 3ª tít. 14 lib. 12, y la ley 5ª del mismo título y libro de la novísima recopilada de Castilla'' (reproducido en *La revolución de Mayo a través de los impresos de la época*, I, 505, Buenos Aires, 1965).

13 Sobre la delincuencia en 1811-12 y su represión ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Problemas sociales en la Asamblea del año XIII*, en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, XXXIV, 2ª secc., 623-624, *Buenos Aires*, 1963. JUAN MANUEL BERUTI, en sus *Memorias Curiosas*, decía que nunca se había visto

Pocos meses antes, la Junta Grande había sancionado el *Reglamento provisorio sobre los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria,* del 21 de julio de 1811 [14], redactado, como en él se dice, "con precedente dictamen del ministerio fiscal". En su articulado se dispuso observar, en el procedimiento de esos recursos, varias leyes de Indias, dos de la *Nueva Recopilación* y una de los *Autos Acordados.* Conviene destacar que esas dos leyes formaban parte de la *Novísima,* y que el Auto Acordado figuraba en una nota de esta última. Esto revela que el abogado que proyectó el *Reglamento* no tuvo en cuenta la obra de Carlos IV, ateniéndose exclusivamente a la legislación que consideraba en vigor.

A este respecto no deja de ser curioso, y al mismo tiempo revelador, advertir que en el inventario de la audiencia, hecho cuando su archivo y demás bienes pasaron a la recién creada Cámara de Apelaciones, no figura la *Novísima,* y sí en cambio la *Recopilación de Indias,* las *Partidas,* el *Corpus juris civilis,* el *Corpus juris canonici,* los *Autos Acordados,* la *Nueva Recopilación,* dos tomos de órdenes y reales cédulas, el *Fuero Real,* la *Ordenanza de Intendentes* y otras colecciones legales [15]. Esta falta es tanto más sintomática cuanto que el real decreto que sancionó la *Novísima* dispuso que se distribuyeran "exemplares a todos mis Consejos, Chancillerías, Audiencias y demás tribunales superiores". Tampoco figura esta última en otro inventario del mismo tribunal, hecho en 1834, mientras aparecen los demás cuerpos legales que se utilizaban corrientemente [16].

II

Para analizar mejor el problema es necesario conocer la enseñanza que se impartía en las universidades. Para ello hemos de recurrir, ante todo, a los dos textos que publicó, precisamente, Vélez Sarsfield: el de Manuel Antonio de Castro y el de José María Alvarez. En ambos las referencias legales fueron revisadas y corregidas por el editor, quien por su parte agregó otras.

"en esta capital quitar la vida a ladrones, sino castigo de azotes por las calles, y destierro, según las leyes de estos dominios" (*Biblioteca de Mayo,* IV, 3840, Buenos Aires, 1960).

[14] *Asambleas constituyentes argentinas,* etc., por EMILIO RAVIGNANI, VI, 2ª parte, 930, Buenos Aires, 1939.

[15] LEVENE, *Historia,* VII, 32 y 34.

[16] Id., ibid., XI, 39.

El *Prontuario de práctica forense* expresa que la sentencia debe ser pronunciada conforme a derecho, y "a este objeto conviene tener presente el orden de las leyes", citando en nota a la *Recopilación de Castilla,* II. i. 3 [17], o sea la ley 1 de *Toro,* que era la indicada en la *Recopilación de Indias,* II. i. 2. En la misma obra se menciona con mucha frecuencia al código filipino, fuera de los demás textos legales incluidos en el orden de prelación. Aun al tratar del recurso de injusticia notoria, que se creó en el siglo XVIII, dice que "los autos acordados 6, 7 y 10, tít. 20, lib. 4, son los primeros y los únicos que hablan de este recurso", excluyendo así en forma expresa los textos de la *Novísima* [18]. Sólo en un caso, al referirse al juicio de disenso, recuerda la "Cédula de 28 de abril de 1803, que es la L. 18 tít. 2 lib. 10 de la N. R." [19]. Dicha cédula había sido comunicada a las Indias por otra del 17 de julio del mismo año [20]. La cita se hizo, en esta oportunidad, al solo efecto de su ubicación.

En las *Instituciones de derecho real de España* también son numerosísimas las notas que mencionan a la *Nueva Recopilación* y los *Autos Acordados.* Además se cita un medio centenar de pragmáticas, instrucciones, cédulas y reales órdenes, que van desde 1764 hasta 1804, indicando solamente su fecha, pero no su ubicación. Esta falta de referencia, que sin duda hubiera sido útil, revela que no se tomaba en cuenta a la *Novísima.* En una nota, Vélez Sarsfield explica que cierta real orden no fue comunicada a la audiencia de Buenos Aires, "y así creemos que debe estarse al tenor de la cédula [que permitía a los esclavos trabajar durante dos horas diarias en su provecho] en cuanto las costumbres no la hayan derogado" [21].

No obstante, en tres oportunidades aparece citada la *Novísima,* y por el propio Vélez. Al tratar de los mayorazgos éste hace referencia a dos disposiciones que ya estaban en la *Nueva Recopilación* (una de ellas es la ley 46 de *Toro*), y a la real cédula del 14 de mayo de 1789 que sólo fue extendida a las Indias en 1803 [22]. Esta última circuns-

17 MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de práctica forense,* 73 y nota b, Buenos Aires, 1834 (reedición facsimilar del Instituto de Historia del Derecho, 1945).

18 Id., 114.

19 Id., 17.

20 *Cedulario de la real audiencia de Buenos Aires,* III, 221, La Plata, 1938.

21 JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, *Instituciones de derecho real de España,* adicionadas con varios apéndices, párrafos, por DALMACIO VÉLEZ, 233, Buenos Aires, 1834. Sorprende la aceptación de la costumbre *contra legem.*

22 Id., 328, 329 y 332. Se trata de las leyes incluidas en la *Nov. Rec.,* X. XVII. 6, 8 y 12. La de 1789 fue comunicada a las Indias por real cédula de 23

tancia no fue recordada por nuestro codificador. En cambio, en los demás apéndices y adiciones se mantiene la norma general de referirse al viejo código de Felipe II. ¿No será el caso de decir *aliquando bonus dormitat Homerus*?

En sus lecciones, el profesor Rafael Casagemas, que en lo fundamental utilizaba el texto de Alvarez, prescindía de la *Novísima* [23].

Al final de la época de Rosas, en 1850, se publicó el *Tratado de procedimientos civiles* de Miguel Esteves Saguí, mucho más extenso y erudito que el *Prontuario* de Castro. Al referirse, en la Explicación Preliminar, al cúmulo de leyes vigentes, que formaban "un laberinto tan intrincado e indescifrable", recuerda las leyes patrias, "las cédulas, órdenes, decretos, pragmáticas especiales al virreynato; y el indigesto código de Indias sin más origen y fundamento que otras tantas, salidas de la antigua Corte: Leyes Recopiladas de Castilla, tipo vetusto de aquella otra Compilación: Código de las Partidas, Fuero Real, Fuero Juzgo: únicas piedras preciosas entremezcladas en los montones de aquel incendio: diversos códigos canónicos, otros comerciales", etc. [24]. En las innumerables notas que ilustran el texto, aparece muchísimas veces la compilación filipina, y sólo excepcionalmente la *Novísima*, ya para ubicar la norma citada por su fecha, ya como un agregado ilustrativo que indica la existencia de la disposición. Así por ejemplo, al mencionar al *Reglamento Provisorio* de 1817 que suprimió los tribunales de Concordia encargando a los jueces procuraran el avenimiento de las partes, dice: "V. L. 10 tít. 1 lib. 11 Nov. R.", que en efecto contiene esa recomendación [25]. Otras veces indica solamente la fecha de la cédula sin dar su ubicación, o bien hace referencia al "Cedulario de la Cámara", o bien señala que fue comunicada a la audiencia.

Las *Lecciones de derecho civil*, de Marcelino Ugarte, contienen poquísimas citas legales. Son esquemas de clase no preparados para

de mayo de 1803 (*Cedulario* cit., III, 217). Sobre este tema ver José M. Mariluz Urquijo, *Los mayorazgos*, en *Lecciones y Ensayos*, nº 42, 55-77, Buenos Aires, 1970 (publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires).

23 Vicente Osvaldo Cutolo, *La enseñanza del derecho civil del profesor Casagemas durante un cuarto de siglo (1832-1857)*, 53, Buenos Aires, 1947 (publicación del Instituto de Historia del Derecho, Conferencias y comunicaciones, XV).

24 Miguel Esteves Saguí, *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires, adaptado al uso de los estudiantes en derecho*, etc., XII, Buenos Aires, 1850.

25 Id., 17.

su publicación. Sin embargo, en el único caso en que menciona una ley de la edad moderna, cita la *Nueva Recopilación* [26].

Colega de Ugarte fue Carlos Tejedor, que en 1860 publicó su *Curso de derecho criminal*. En él se establece el "orden de observancia" de las leyes de España en materia penal, en la siguiente forma: "1º las leyes de la Recopilación Castellana [en nota: "especialmente los primeros 26 títulos del libro 8"]; 2º las leyes del Fuero Real y Fuero Municipales «en lo que son o fueren guardados»; 3º las leyes de las Siete Partidas, especialmente la última" [27]. Y no menciona para nada a la *Novísima*.

Tal era la enseñanza que se impartía en la Universidad bonaerense. Los profesores y los estudiantes utilizaban el código de 1567, y sólo excepcionalmente se recordaba la existencia del de 1805. Esto no se debía a ignorancia ni a comodidad. La última edición de aquél era de 1777, y los ejemplares de la obra no debían ser muy abundantes en la primera mitad del siglo XIX. Lo eran en cambio los de la *Novísima*, más reciente y tal vez más difundida. Si se invocaba la antigua era porque se la consideraba en vigor. De lo contrario todas esas innumerables referencias al código filipino hubieran estado equivocadas, lo cual resulta inverosímil. El hecho de que aparezcan en los textos algunas citas de la *Novísima* no altera la regla general, que consistía en guiarse por la anterior.

III

Para completar este análisis de la cuestión conviene referirse a los estudios jurídicos, a los alegatos forenses y a las sentencias, en la medida en que estas últimas indicaban el derecho aplicado. Dentro de este vastísimo e inagotable campo de estudio he reunido varios datos, sin pretensiones de mostrar más que algunos ejemplos que considero suficientemente demostrativos.

Comenzaré con Mariano Moreno. En dos escritos de 1808 y 1809

26 MARCELINO UGARTE, *Lecciones de derecho civil*, en SOCIEDAD DE HISTORIA ARGENTINA, *Anuario de Historia Argentina, año 1942*, 391, Buenos Aires, 1943.

27 También opinaba Tejedor que no regía entre nosotros el *Fuero Juzgo*, "si bien en la práctica los Tribunales lo citan", y tampoco las *leyes del Estilo*, porque "no está probado que se dictasen por ningún rey, ni se promulgasen en algunas Cortes. Estas leyes son más bien la jurisprudencia de los tribunales, formada después de la promulgación del *Fuero Real*" (CARLOS TEJEDOR, *Curso de derecho criminal*, 2ª ed., 1ª parte, 11, Buenos Aires, 1871).

invoca la *Nueva Recopilación*[28]. En Córdoba, tres causas judiciales posteriores a 1810, estudiadas por Roberto I. Peña, utilizan el mismo cuerpo legal[29]. También lo menciona Juan Bautista Alberdi en su *Fragmento preliminar al estudio del derecho*[30]. El famoso juicio de retracto entre José María Riglos y Nicolás Anchorena versó sobre la interpretación que debía darse a algunas leyes de las *Partidas* y del código de 1567[31]. Marcelino Ugarte lo cita también en un trabajo leído en la Academia de Jurisprudencia, en su *Defensa de Ciriaco Cuitiño y Leandro Alem*, en su estudio sobre *Doctrinas en materia criminal* y en la *Causa de disenso y matrimonio clandestino entre Fabián Gómez y Anchorena y doña Josefina Gavotti*[32]. Asimismo utilizan la *Recopilación* filipina y sus adiciones José Domínguez, Manuel Quintana y Miguel Esteves Saguí, en sendos trabajos publicados en *El Foro*[33]. A estas referencias podemos agregar dos escritos, que aparecieron en *El Plata científico y literario* bajo las firmas de Adeodato de Gondra y de Eduardo Acevedo[34].

Este último merece un comentario especial, porque C. Alberto Roca ha sostenido que Eduardo Acevedo invoca reiteradas veces

28 MARIANO MORENO, *Escritos*, prólogo y edición crítica de RICARDO LEVENE, I, 222-224 y 302-303, Buenos Aires, 1943.

29 ROBERTO I. PEÑA, *La aplicación del derecho castellano indiano por los tribunales judiciales de Córdoba (1810-1820)*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº 18, 129 y sig., Buenos Aires, 1967. En dos casos hay errores en las citas: se trata de la *Nueva Rec.*, VIII.X.2 y V.VIII.7 (págs. 135 y 137). No he podido ubicar la ley VIII.XIX.25 que se cita en la pág. 167.

30 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, 85, 87 y 88, Buenos Aires, 1837 (reedición facsimilar, con noticia preliminar de JORGE CABRAL TEXO, Buenos Aires, 1942).

31 BERNARDO VÉLEZ, *Índice de la Compilación de derecho patrio (1832) y el Correo Judicial (1834)*, reedición facsimilar, noticia preliminar de RODOLFO TROSTINE, 27-56, Buenos Aires, 1946. Ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte, un jurista en la época de la organización nacional*, 34-35, Buenos Aires, 1954.

32 ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte*, cit., 188; *El Plata Científico y Literario*, I, 86, Buenos Aires, 1854; *La Revista de Buenos Aires*, XX, 282 y 433, Buenos Aires, 1869.

33 J. D. (José Domínguez), *Sección de Jurisprudencia*, en *El Foro, Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 17, Buenos Aires, 1859. MANUEL QUINTANA sostenía que la práctica judicial que obligaba a los acreedores a afianzar el resultado del juicio ordinario una vez dictada sentencia en el ejecutivo era contraria a la *Nueva Rec.* IV.XXI.2, y agregaba que los jueces olvidaban esta ley "con infracción del auto 2 tít. 1 lib. 2 R. C." (*El Foro*, 31). En un alegato cita también el mismo código (id. 116). ESTEVES SAGUÍ, *Juicio crítico sobre... el castigo de azotes en la cárcel*, menciona varias veces dicha *Recopilación* (id., 197-209).

34 ADEODATO DE GONDRA, *Causa notable de derecho internacional*, en *El Plata Científico y Literario*, cit., IV, 42; EDUARDO ACEVEDO, *Defensa*, en la llamada "causa de los ladrones", en id., III, 24, 28, 33, 34, 37, 40 y 41.

—entre otros códigos— a la *Novísima*. Sin embargo, lo que más debe destacarse en su alegato, a este respecto, es que manifiesta "la sorpresa que me causó la pretensión de aplicar a Buenos Aires, leyes especialmente dictadas en España «para la Corte y su rastro». Nunca había sospechado que tal pudiese suceder, y menos para fundar una condenación capital" [35]. Era la misma norma que el Triunvirato puso en vigencia en 1811. Ignorando este antecedente, el juez de primera instancia interpretó que la Corte era "lo que llamamos *Capital del Estado*", aplicando en consecuencia el auto acordado 19, título 11, libro 8 de la *Recopilación*, y aludiendo también a otra disposición complementaria y posterior, de 1745, incluida en la *Novísima* [36], así como a un decreto del 22 de febrero de 1765, el cual, según Acevedo, "no sólo no ha sido comunicado a la Audiencia, sino que ni siquiera figura en la *Novísima Recopilación*" [37]. De todo ésto no puede extraerse otra conclusión que la del rechazo, por parte de Acevedo, de todas esas leyes sancionadas para regir en la Corte y sus alrededores. En cambio, cuando trata de reforzar sus argumentos con citas legales para oponerse a la pena de muerte, se refiere a las *Partidas*, a la *Nueva Recopilación* y a los *Autos Acordados*. El mismo Acevedo, en un artículo publicado en *El Foro*, sostuvo que "pensar en códigos de procedimientos, mientras tengamos que invocar las leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real, Recopilaciones de Indias y de Castilla, sería lo mismo que pretender empezar un edificio por los reboques y las cornisas" [38].

Ya hemos mencionado la carta de Vélez Sársfield, que se invoca como prueba de que estuvo en vigencia la *Novísima*. Pero lo que dijo en 1868 se contradice completamente con sus obras anteriores al *Código Civil*. No sólo los libros de José María Alvarez y Manuel Antonio de Castro utilizan casi exclusivamente la obra de Felipe II. En la misma época de su publicación, Vélez llenaba de notas marginales sus ejemplares de Heinecio, las *Elementa* y las *Recitationes*. En estas últimas puso 2538 referencias que ha publicado Díaz Bialet, entre las cuales aparecen numerosas citas del código de 1567 y sólo una del de

35 Id., 41. Al referirse a este punto comienza por citar al *Auto Acordado* VIII.XI.19 y no la *Nov. Rec.* XII.XIV.3 (id., 36 y 41).

36 *Nov. Rec.*, XII.XIV.6: id., 38. La sentencia de primera instancia en esta causa, dictada en octubre de 1854, apareció en *El Judicial*, año I, nº 5. Buenos Aires, junio 9 de 1855. La de segunda instancia en íd., nº 6, junio 23 de 1855.

37 *El Plata Científico y Literario*, cit., III, 42.

38 EDUARDO ACEVEDO, *Administración de justicia*, en *El Foro*, cit., 97.

1805 [39]. La misma práctica se advierte en su *Defensa de Esteban y José María Yáñez*, que hace pocos años estudió Roberto I. Peña [40]; en su artículo sobre *Perención de las instancias* [41]; y en otros dos escritos: *Actos jurídicos: de las nulidades*, y *La posesión de herencia* [42]. En *Perención de las instancias*, Vélez afirmaba que "está en vigencia la ley Recopilada que declara en la 2ª instancia desierta la apelación si no se siguiere durante el término de un año. Así lo manda la ley 3ª tít. 16 lib. 3º del ordenamiento Real, y la ley 11 tít. 18 lib. 4 R. C." [43]. Y al tratar acerca de la vigencia del *Fuero Real*, sostuvo que no era necesario probarla, como lo exigía la ley de Toro, en razón de lo dispuesto por el auto acordado II.i.1 [44].

Hasta que se creó la Suprema Corte, el organismo de aplicación del derecho más destacado fue la Cámara de Apelaciones o Cámara de Justicia de Buenos Aires. En sus *Votos Consultivos* de 1822 a 1828, publicados por Levene, se hacen varias referencias a la *Recopilación Castellana* y ninguna a la *Novísima* [45]. En sus *Autos Acordados*, de 1811 a 1856, que aparecieron en *El Judicial*, sobre asuntos concernientes a la administración de justicia, ocurre lo mismo excepto en un solo caso, de 1841 en que se mencionan varias leyes del código de 1805 relacionadas con las obligaciones de los escribanos [46]. En el mismo periódico fueron reproducidas muchas sentencias de los jueces de Buenos Aires y de aquella Cámara, y en todas, sin excepción alguna, las leyes recopiladas se citan por la de 1567 y sus adiciones. También en *El Judicial* figuran unos cuadros sinópticos de los fallos que dictaron los

39 AGUSTÍN DÍAZ BIALET, *El derecho romano en la obra de Vélez Sársfield*, I, 97, Córdoba, 1949. Ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La formación intelectual de Vélez Sársfield*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº 15, 164, Buenos Aires, 1964.

40 ROBERTO I. PEÑA, *La aplicación de la legislación española en un alegato penal de Vélez Sársfield (1835)*, en UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, *Cuadernos de los Institutos*, nº 73, *Instituto de Historia del Derecho Argentino*, nº III, 35-45, Córdoba, 1963. La cita de la *Nueva Rec.*, III.XXIII.11 debe leerse: VIII.XXIII.11. El *Informe y defensa de Esteban y José María Yáñez* se publicó en folleto en 1835 y fue reproducido en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, II, 377-407 y en *Dalmacio Vélez Sársfield político y jurista*, cit., 351-379.

41 *El Foro*, cit., 180.

42 Publicados en *Vélez Sársfield político y jurista*, 285-394. La cita "cap. 16, tít. 21, L. 5, R." debe leerse: cap. 16, auto 16, tít. 21, libro 5.

43 *El Foro*, 180. Las dos citas corresponden a una misma ley, incluida en las *Ordenanzas Reales de Castilla* y reproducida luego en la *Nueva Recopilación*.

44 Id., 218-226.

45 LEVENE, *Historia*, cit., VII, 163, 180, 183 y 186.

46 *El Judicial*, nº 14, pág. 3, octubre 15 de 1855. Los *Autos Acordados* fueron publicados desde el nº 4 hasta el 26, y en este último el índice de materias.

mismos magistrados, con indicación de la materia y de las leyes aplicadas, entre las cuales no hay una sola referencia a la obra de Carlos IV [47]. Idéntica práctica se observa en varias sentencias reproducidas en *El Foro* [48], y en la que dictó en 1853 ese tribunal contra dos mazorqueros, Silverio Badía y Manuel Troncoso [49]. En 1831, la Cámara bonaerense elevó a Rosas un informe sobre el recurso de hecho presentado al gobierno por Santiago Figueredo, pidiendo la nulidad de una sentencia. En este escrito, solidamente fundado, el tribunal invoca la *Nueva Recopilación*, IV.xvii.4, que negaba el recurso de nulidad cuando no fuera procedente el de suplicación, y agrega: "esta ley no ha sido derogada por otra posterior" [50].

En el proceso a los asesinos de Quiroga, en el que intervinieron de una y otra parte algunos de los más destacados miembros del foro bonaerense, las citas de las leyes recopiladas se refieren siempre a la de 1567, salvo en un caso en el cual, al mencionar una pragmática de 1771, se dice que "es la ley 7, tít. 10, lib. 12 de la Novís. Recop.", más con el fin de ubicar a esa disposición que con el de admitir la vigencia de aquélla [51].

En 1846 un tribunal especial, presidido por Roque Sáenz Peña, dictó sentencia en el famoso asunto de la quiebra de Lezica. El extenso y meditado fallo aplica reiteradas veces disposiciones de la *Recopilación Castellana* [52]. El juez Sixto Villegas, en la causa contra Rosas fallada en 1861, también se funda en el mismo cuerpo legal, así como en las *Partidas* y en el *Fuero Real* [53]. Agregaré a estas referencias otras dos resoluciones judiciales, una de 1870 y otra de 1873 [54].

47 Ver esos cuadros en *El Judicial*, segunda época, números 152 a 156, 159, 164, 165, 171 y 172 (enero 20 a noviembre 5 de 1868). En la primera época del mismo periódico (1855 a 1858) hay muchas sentencias, especialmente en causas criminales.

48 *El Foro*, 23, 32, 166, 167, 187, etc.

49 ANTONIO DÍAZ, *Historia política y militar de las Repúblicas del Plata, desde el año de 1828 hasta el de 1866*, X, 36-44, Montevideo, 1878.

50 LEVENE, *Historia* cit., XI, 13-28. La cita en la pág. 26. Dicha ley fue reproducida en la *Nov. Rec.*, XI.XVIII.2.

51 *Causa criminal seguida contra los autores y cómplices de los asesinatos perpetrados en Barranca-Yaco, territorio de Córdoba, el día 16 de febrero de 1835, en las personas del Exmo. Sr. Brigadier General D. Juan Facundo Quiroga*, etc., 358, Buenos Aires, 1837. Sobre este proceso ver mi artículo publicado en la *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº 22, Buenos Aires, 1971.

52 LEVENE, *Historia* cit., XI, 229-237. Lo mismo ocurre en otras sentencias publicadas en el mismo volumen (ver págs. 550-558).

53 *El Judicial*, nº 104, del 20 de marzo de 1865. La sentencia de segunda instancia, sin citas legales, en id., nº 106.

54 Sentencias publicadas en *La Revista de Buenos Aires*, XXII, 632, Bue-

En la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, de Monguillot, se publicó un curiosísimo fallo del Superior Tribunal bonaerense, dictado en 1864, en el cual la resolución se funda en disposiciones contenidas en las *Novelas* de Justiniano, las cuales podían considerarse "como consejo de sabios" y aplicarse en defecto de leyes expresas, según lo previsto en el Auto Acordado II.i.1. Este último, en efecto, además de imponer la observancia de las leyes nacionales, decía textualmente que las romanas "no son en España leyes, ni deben llamarse así, sino sentencias de Sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de lei, i en quanto se ayudan por el Derecho Natural" [55].

Y para terminar con estas referencias coincidentes en la aplicación del código filipino, mencionaré además dos producciones de Vicente G. Quesada y Baldomero García [56], así como otras contenidas en los primeros tomos de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, que a partir de 1869 publicaron José María Moreno y otros [57].

En la colección de *Fallos* de la Suprema Corte de Justicia se advierte que el alto tribunal utilizaba tanto la *Nueva* como la *Novísima*. Es sabido que varias provincias pusieron en vigor por ley especial la Recopilación de Carlos IV. Tales los casos conocidos de Tucumán en 1860, Corrientes en 1862 y Santiago del Estero en 1864 [58]. Los jueces

nos Aires, 1870, y en FRANCISCO P. LAPLAZA, *Antecedentes de nuestro periodismo forense hasta la aparición de "La Revista Criminal" (1873), como introducción a la historia del derecho penal argentino*, 241, Buenos Aires, 1950.

55 *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, publicada bajo la dirección del doctor J. F. MONGUILLOT, 54, Buenos Aires, 1864. Ese auto acordado es de 1713, y está citado en la nota 2, título II, libro III de la *Nov. Rec.* La demanda, intentada por un viudo sin fortuna y relativamente incapacitado para el trabajo, perseguía la entrega de la cuarta marital, que la *Part.* 6ª. XIII.7 solo acordaba a la viuda que no tenía bienes.

56 VICENTE G. QUESADA, *Jurisprudencia de las sentencias*, en *La Revista de Buenos Aires*, XXI, 105-128 y XXII, 597-636, Buenos Aires, 1869 y 1870. En el segundo artículo se transcribe por extenso un alegato de Baldomero García (XXII, 604-631).

57 *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, I, 41, 64, 66, 68, 270-271, 382-383 y 385-393; y II, 286-287, etc., Buenos Aires, 1869-1870. Una persona a quien un juez de paz de campaña le había embargado ciertas mercaderías, presentó una queja invocando la *Nov. Rec.*, XI.xxxiv.8. El juez dispuso la devolución en virtud de lo establecido por la *Nueva Rec.*, IV.xiii.2, que es precisamente la misma ley (id., I, 349 y 351).

58 Reglamento de justicia de Tucumán, abril 16 de 1860 (MANUEL LIZONDO BORDA, *Nuestro derecho patrio en la legislación de Tucumán (1810-1870)*, 79, Buenos Aires, 1956); ley de Corrientes de agosto 12 de 1862 (CARLOS V. GALLINO YANZI, *Lisandro Segovia, el jurista correntino*, 2ª ed., Corrientes 1956, cit. por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., I, 935); Reglamento General de Justicia de Santiago del Estero, de diciembre 28 de 1864 (ARTURO BUSTOS NAVARRO, *El derecho patrio en Santiago del Estero*, 116, Buenos Aires, 1962).

de sección, y la misma Corte, debían aplicar el derecho vigente en la provincia en donde se habían originado los hechos que daban motivo al litigio, salvo, naturalmente, que éstos ya estuvieron regidos por leyes nacionales. Así por ejemplo la Corte, en dos oportunidades, fundó su sentencia en el Código de Comercio español, sancionado en Mendoza y en Córdoba, porque era la legislación que regía en el momento en que se produjeron los actos que debían ser juzgados [59].

Esta circunstancia no alcanza a explicar, sin embargo, la disparidad de criterios que se advierte en esa colección de *Fallos*. Los jueces de sección de Córdoba y Mendoza se fundaban en la *Novísima* [60], mientras, contemporáneamente, los de Rosario, Tucumán y Salta recurrían al código filipino [61]. En dos pleitos procedentes de Mendoza la Corte aplicó las leyes recopiladas en 1805 [62]. No hemos podido averiguar la razón por la cual se utilizaba normalmente, en Mendoza sobre todo, el código de Carlos IV [63]. Y asimismo llama la atención que en Tucumán se lo descartara en una oportunidad [64], olvidando la ley de 1860.

Sin embargo, para el alto tribunal, el que debía tenerse en cuenta era el filipino. En un fallo de 1866 declaró "que por repetidas disposiciones de los códigos vigentes, y muy especialmente por las leyes once, título veintiuno, libro octavo de la Recopilación de Indias, y cuarta, título veinticinco, libro cuarto de la Recopilación Castellana, la enajenación de las escribanías públicas debe hacerse en favor de personas hábiles para el oficio" [65]. Este fue un caso de jurisdicción originaria. En otros, iniciados en Rosario, Buenos Aires y Salta, se fundó también en el mismo cuerpo legal [66].

En una cuestión planteada en Buenos Aires, en 1872, el Procurador General de la Nación Francisco Pico intentó los recursos de nulidad e injusticia notoria contra la sentencia de la Corte, pidió el beneficio de restitución *in integrum* para el fisco, o bien, en su defecto,

59 *Fallos*, 2, 484 y 493 (febrero 8 de 1866) y 4, 482 (noviembre 2 de 1867).

60 Ver *Fallos*, 1, 240 y 427; 2, 152, 165, 248, 481; 4, 45, 69, etc. En el mismo sentido otra sentencia, dictada en Mendoza en 1853, en *El Plata Científico y Literario*, VI, 1-17, Buenos Aires, 1855.

61 *Fallos*, 1, 410, 414; 2, 354 y 3, 392. En este último caso la Corte confirmó por sus fundamentos la decisión (id., 3, 396: octubre 16 de 1866).

62 *Fallos*, 1, 450 y 2, 154.

63 No figura ninguna disposición al respecto en el *Código de las leyes, decretos y acuerdos que sobre administración de justicia se ha dictado la provincia de Mendoza*, mandado formar por el Exmo. Gobierno en su decreto de 16 de enero de 1860. Por MANUEL DE AHUMADA, Mendoza, s. f. [1860].

64 *Fallos*, 2, 354.

65 *Fallos*, 3, 281 (octubre 4 de 1866).

66 *Fallos*, 3, 396 y 4, 288 y 393.

que se aplicara una ley de las *Partidas* (3ª.xxii.24) que hacía responsables a los jueces del daño causado. Mencionaba también una ley de la *Nueva Recopilación* [67]. La Corte, después de recordar la existencia de las nuevas leyes nacionales que descartaban tales pretensiones, desechó aquellos pedidos invocando las leyes IV.xvii.4, 10 y 11 del mismo código [68]: la primera negaba el recurso de nulidad cuando no era admisible el de suplicación; la segunda validaba las sentencias aunque faltara alguna solemnidad procesal; y la tercera prohibía la restitución *in integrum* luego de dictado el fallo definitivo.

También de Buenos Aires es un fallo del juez de sección Andrés Ugarriza —confirmado por sus fundamentos por la Corte— en donde dice: "que no obstante que las LL. 3 y 4, tít. 23, lib. 8 Rec. Castellana disponen la aplicación de la última pena aun para los casos de homicidio simple, la práctica más benigna de nuestros tribunales ha reservado aquella pena a los casos de alevosía u otros que califique el homicidio con los caracteres de la más grande perversidad, aplicando en los demás la de diez años de trabajos forzados" [69].

Aunque podrían encontrarse muchísimos más escritos y sentencias, los datos que he reunido me parecen suficientes para poder afirmar que lo normal y corriente en Buenos Aires, antes de la sanción de los códigos, era el estudio y la aplicación de las leyes puestas expresamente en vigor para las Indias. La coincidencia de los autores y de los magistrados, así como la falta de todo criterio discrepante, permiten considerar que había una *communis opinio* en ese sentido. Las referencias a la *Novísima* son siempre excepcionales, y se deben, o bien a errores, o bien a la conveniencia de ubicar una ley no incluida en la Recopilación Castellana pero que había sido comunicada al Nuevo Mundo, o bien a otras circunstancias. Error evidente, por ejemplo, fue el de Vélez Sársfield al citar, en el libro de José María Alvarez, la real cédula española sobre mayorazgos de 1789, y no la de 1803 dictada expresamente para las Indias. En otros casos pudo ocurrir que siendo más abundantes las ediciones del código de 1805, se utilizara este último cuando reproducía leyes del anterior. Pero esta hipótesis no pasa de ser una mera conjetura. Lo cierto es que las sentencias que hemos podido reunir —y que en definitiva eran las que aplicaban el derecho

[67] *Fallos*, 12, 144, Causa Fisco Nacional contra Manuel Ocampo.

[68] *Fallos*, 12, 161 y 165. Están en la *Nov. Rec.*, XI.xviii.2, XI.xvi.2 y XI.xiii.5 respectivamente. Sobre esta sentencia ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte*, cit., 180-182.

[69] *Fallos*, 12, 370 (1872).

vigente o el que se creía obligatorio— se fundaban casi siempre en las leyes de la *Nueva Recopilación* y de las compilaciones más antiguas.

Para llegar a sostener lo mismo respecto de las provincias, en cambio, sería necesario realizar una investigación que abarcara a cada una de ellas en diferentes épocas, es decir, antes y después de que algunas adoptaron la *Novísima*. No es posible, en consecuencia, emitir una opinión categórica.

No obstante ello, y para concluir, el hecho indiscutible de que se enseñara, y en muchísimos casos se aplicara el código filipino, descarta definitivamente, en cuanto se refiere a la vida jurídica de nuestro país, la tesis de la vigencia legal de la *Novísima*. Fueron tantos los juristas y los jueces que prescindían de ella, que no cabe presumir la existencia de un error colectivo de tal magnitud.

* * *

El doctor José M. Mariluz Urquijo *señaló que:*

La exposición del doctor Zorraquín Becú ha sido tan completa y precisa que nos deja muy poco por decir a los demás. Yo me limitaré, pues, a abordar sólo un aspecto de la cuestión. Prescindiré por el momento del problema de si se cumplieron o no los requisitos necesarios para que la *Novísima* comenzase a regir y me limitaré a examinar algunos testimonios de juristas de mediados del siglo XIX para tratar de aclarar que es lo que pensaban sobre el tema quienes por su trabajo profesional se veían forzados a invocar las leyes vigentes.

La edición porteña de 1834 de las *Instituciones de Derecho Real de España* de José María Alvarez incluye un «compendio de la historia del derecho de España» en el que se hace la historia de todos los cuerpos legales castellanos incluida la *Novísima*. Y en una nota de su adicionador Dalmacio Vélez Sársfield (p. VII) se agrega que en América debe juzgarse por la Recopilación de Indias «y que en su falta por los códigos de que se ha hablado» entre los cuales, según queda dicho, se halla la *Novísima*. El mismo Vélez aludió también a la vigencia de la *Novísima* en la polémica con Alberdi, en un pasaje que ya fue aducido por Levene.

Gabriel Ocampo alega la *Novísima* en las p. 69 y 70 del *Manifiesto en derecho a favor de D. José de Iturriaga* aparecido en 1836.

En su *Tratado elemental de los procedimientos en el foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1850, p. 453, Miguel Esteves Saguí rechaza la

posibilidad de utilizar el Código de Comercio español de 1829 pues «no estamos en caso de adoptar los argentinos como si fuéramos mendigos en la ciencia de la legislación lo que a un Fernando VII plugo sancionar después de desligados de él» y expresa que recurrirá a las Ordenanzas de Bilbao y para lo que no encuentre en ellas a las leyes generales. E inmediatamente después de este introito explicativo de su actitud pasa a utilizar la *Novísima*.

Si bien Carlos Tejedor cita generalmente a la *Nueva Recopilación* en su *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1960, recurre más de una vez a la *Novísima*, como por ej. en el t. I, p. 175, 206, 231, 318.

José Roque Pérez, en el *Manifiesto en derecho en el pleito seguido por el fiscal del Estado con la familia del finado Dr. D. Tomás M. de Anchorena*, Buenos Aires, 1863, p. 31, invoca varias leyes de la *Nueva Recopilación* «refundidas» —dice— en una de las de la *Novísima*.

Eduardo Munilla en su *Manual de escribanos teórico-práctico arreglado a nuestra legislación patria y prácticas de los tribunales*, Buenos Aires, 1867, funda sus afirmaciones en citas de la *Novísima* (véase por ejemplo t. I, p. 24, t. II, p. 85). Tesis como las de Enrique Martínez (1866) y José L. Viana (1868) se remiten asimismo a leyes de la *Novísima* aunque el primero cita también el correspondiente título de la Nueva.

Ramón Ferreira no parece abrigar duda alguna sobre la vigencia de la *Novísima*. No sólo la cita más de una vez en su *Colección de vistas fiscales y resoluciones en asuntos administrativos del culto, diplomáticos y civiles*, Buenos Aires, 1864, sino que al referirse al Cabildo Eclesiástico del Paraná que ha declarado por sí la sede vacante y nombrado vicario capitular expresa que «esto no tiene explicación ni disculpa en presencia de las leyes 9, tít. 18, lib. 1º y 14, tít. 1, lib. 2º de la *Novísima Recopilación*» que recogen sendas disposiciones de Carlos III.

Cuando el doctor Juan Giraldo se empeña en *El abogado nuevo o sea pequeño arte de la abogacía*, Buenos Aires, 1869, en establecer las obligaciones del abogado, lo que éste puede o no puede hacer, se basa principalmente en *Las Partidas* y en la *Novísima Recopilación*.

Finalmente Manuel A. Saez al esbozar sus *Observaciones críticas sobre el Código Civil*, t. I, Mendoza, 1883, p. 83, después de citar una ley de la *Novísima* añade que «esta disposición de la ley recopilada ha

sido derogada por una del Congreso» o sea que consideraba que anteriormente había estado en vigor.

¿Qué significan éstos y otros parecidos pasajes que podrían reunirse? ¿Son una prueba suficiente de que en el siglo XIX se pensaba que la *Novísima* era un texto vigente? No lo creo pues no ignoro que igualmente podrían citarse otros tantos escritos de Manuel Antonio de Castro, Pastor Obligado, José F. Acosta, Onésimo Leguizamón, Sabiniano Kier, Domingo Pica, Baldomero García, etc., que sólo alegan la *Nueva Recopilación* aún en casos en los que se trata de leyes que han pasado a la *Novísima*. Creo, sí, que las fichas que he leído sirven para poner en claro —valga la paradoja— que el punto no estaba claro para los juristas de la época.

Para hacer más luz sobre el problema quizá fuera interesante buscar entre los expedientes judiciales algunos casos en los que se hayan ventilado cuestiones resueltas de diferente modo por la Nueva y la Novísima, por ejemplo, la vocación hereditaria de los colaterales. Y aún así, es posible que no se llegue a otro resultado que al de constatar la indefinición existente ya que Eduardo Munilla en su citado *Manual* de 1867, t. I, p. 119, nota 2, nos informa que «es muy cuestionable si la sucesión colateral concluye en el cuarto grado o se extiende al décimo, siendo de notarse que entre nosotros no hay jurisprudencia práctica pues por sentencias ejecutoriadas, dispuso la Sala de lo Civil que se extiende al décimo y la de lo criminal, lo restringió al cuarto, colocando enseguida al Fisco con preferencia a los parientes del quinto al décimo grado''.

* * *

Por su parte la profesora DAISY RIPODAS ARDANAZ *precisó que*:

El problema de la vigencia y aplicación de la *Novísima* puede abordarse desde diferentes vías. Creo que una no desdeñable es la de tratar de averiguar su existencia física en el Río de la Plata. ¿Se hallaba y, en caso afirmativo, con qué frecuencia, en las bibliotecas de la época?

Sólo puedo dar en este momento una respuesta harto circunscripta en el tiempo y en el espacio: ella abraza las dos décadas posteriores inmediatas a la edición de la *Novísima* y se refiere a su presencia en las bibliotecas de la ciudad de La Plata, centro, como es notorio, de una especial relevancia, dada su condición —no compartida con ciudad al-

guna del Virreinato rioplatense— de triple sede audiencial, archiepiscopal y universitaria.

He llevado a cabo la pesquisa sobre 75 de las bibliotecas existentes en La Plata entre 1805 y 1825 cuyos fondos he podido establecer, siendo oportuno consignar que 17 de ellas pertenecen a personas vinculadas de una u otra manera con el quehacer jurídico, a saber, a un regente de la Audiencia (Manuel José de Reyes: 145 volúmenes inventariados en 1822), a un oidor (José Agustín de Ussoz y Mossi: 706 v. inventariados en 1810), a un fiscal (Miguel López Andreu: 249 v. inventariados en 1810), a dos escribanos de Cámara (Angel Mariano Toro: 267 v. inventariados en 1810, y Carlos Toledo: 198 v. inventariados en 1816), a un teniente asesor letrado de la Presidencia (Vicente Rodríguez Romano: 290 v. inventariados en 1810), y a once abogados. En este vasto conjunto bibliográfico, buena parte del cual se halla en manos de profesionales del derecho, sólo aparece la *Novísima* entre los libros del Dr. Manuel José de Reyes. Designado teniente asesor letrado del gobernador intendente de Cuzco en 1795, había llegado a Buenos Aires a fines de 1805 en calidad de oidor, y de aquí se había trasladado a La Plata con un doble título —concedido en 1811— de oidor de su Audiencia y de oidor honorario del Consejo de Indias, y culminado su carrera indiana en 1818 con el nombramiento de regente de la misma Audiencia de Charcas. Fallecido en 1822, la mención de la «*Novísima Recopilación*, impresión de 1805, 6 tomos pasta» encabeza el inventario de sus bienes con una tasación de 50 pesos, que resulta la más elevada de todas en términos absolutos y ocupa el tercer lugar en cuanto al precio por cada volumen (Plata, 23 de agosto de 1822, Inventario de los bienes fincados por fallecimiento del Dr. Manuel José de Reyes, regente que fue de esta Audiencia Nacional, Archivo Nacional de Bolivia, Expedientes coloniales, 1822, nº 92).

Ante esta débil presencia de la *Novísima* en Charcas en un período temprano, parecería de interés extender las investigaciones no sólo a una época posterior sino a ciudades de la importancia de Buenos Aires o Córdoba. Esta labor se halla dificultada por no haberse estudiado hasta ahora amplios conjuntos de bibliotecas, tales como el que me ha servido de base para el presente aporte; sólo deseo decir al respecto que, hasta donde recuerdo, no he visto registrada la *Novísima* durante el primer lustro de su publicación en los inventarios de bibliotecas rioplatenses editados hasta la fecha.

* * *

El doctor ABELARDO LEVAGGI, *previa aclaración de que su aporte era parcial y que para extraer conclusiones generales era menester cotejarlo con otros trabajos, señaló:*

Carlos Tejedor en su *Curso de Derecho Criminal*, aparecido en Buenos Aires, en 1860, dice en materia de fuentes, después de referirse a las leyes patrias e indianas, que: «En lo que estas disposiciones no contengan, hay que ocurrir a los códigos generales cuyo orden de observancia en lo criminal, como en lo civil, es el siguiente: 1º Las leyes de la Recopilación Castellana. 2º Las leyes del Fuero Real y Fueros Municipales en lo que son o fuesen usados y guardados. 3º Las leyes de las Siete Partidas, especialmente la última. Algunos (autores) colocan entre las leyes vigentes las del Fuero Juzgo, pero nosotros creemos que no puede sin violencia llamarse municipal este código; y que por lo tanto él no está comprendido en la ley Recopilada, si bien en la práctica los Tribunales lo citan, como a los demás no mencionados». Agregando en nota que: «El Fuero Juzgo tiene sin embargo en su favor la cédula de 15 de julio de 1778 que en un caso particular le dio vigencia» (*Op. cit.*, parte primera, pp. 9-10).

De este texto de Tejedor se infiere: 1º que la Novísima Recopilación no integra el orden de prelación de fuentes tanto en materia criminal como civil, orden que —por lo que al derecho español respecta— sólo se extiende hasta la Recopilación de 1567, y 2º que no obstante no tener fuerza legal, no tener vigencia por ninguna cédula real, «*en la práctica*» los Tribunales la citan.

Consecuente con el criterio expuesto, Tejedor, a lo largo de su obra, en ningún caso cita las leyes vigentes según la Novísima, sino según la Recopilación Castellana, o bien, tratándose de las leyes posteriores a 1567, por su sanción original. Así leemos: «Céd. de 5 de feb. de 1770 que es la ley 10, tít. 28, lib. 12 Novis Rec.» (p. 206, nota 6); «Cédula 11 de diciembre de 1796, que es la 1. 5, tít. 37, lib. 7 Novis Recop.» (p. 231, nota 5).

Más aún, corroborando la noción de inaplicabilidad de la Novísima, dice claramente Tejedor dentro del capítulo dedicado al delito de estupro: «Está mandado además que dándose por el reo fianza de estar a derecho y pagar juzgado y sentenciado no se le moleste con prisión, bastando aun la juratoria, en caso de no poder dar otra» (p. 255). «Céd. de 30 de octubre de 1796, que es la 1. 4, tít. 29, lib. 12. Novis. Recopilación. Leyes posteriores, *pero que no se hallan en la Nueva*, mandan también no admitir demandas de estupro por indemnizacio-

nes, sino en el caso de fuerza» (id., nota 6). Esa referencia a leyes «que no se hallan en la Nueva» equivale a decir: que no tienen vigencia entre nosotros.

Manuel Obarrio, en su *Curso de Derecho Penal*, tomado taquigráficamente y publicado por Mariano Orzábal en 1884, comparte la opinión de Tejedor, cuando al decir que se ocupará de los códigos «que revistieron un carácter general y que han regido entre nosotros» (p. 35), no menciona a la Novísima.

Finalmente, y apoyando el concepto anterior acerca de la no vigencia legal de la Novísima podemos referirnos a once sentencias de muerte dictadas en la provincia de Buenos Aires entre 1858 y 1864, en las cuales se aplicaron, entre otras leyes de Partidas y del Fuero Real, dos de la Recopilación Castellana: 10, tít. 23, lib. 8 y10, tít. 26, lib. 8, así citadas, a pesar de que las mismas leyes integran la Novísima, reunidas en la ley 2, tít. 21, lib. 12. (*El Judicial*, Nº 100 y 105, del 20 de enero y 5 de abril de 1865).

* * *

El doctor CARLOS ALBERTO ROCA *comenzó su exposición sintetizando el trabajo titulado* La vigencia de la Novísima Recopilación en Indias, *publicado en* Jurisprudencia Argentina, *año 1964, vol. I, Sección Doctrina, pp. 17 y ss.*:

I) En este trabajo se estudia con carácter introductorio (parágs. 1, 2, 3, 4, 5, 6) el problema de las fuentes del derecho vigente en Indias; su orden de prelación; la exclusividad del Derecho Castellano como derecho supletorio en Indias y su fundamento histórico-político; caracterizándose, finalmente, al Derecho Indiano como derecho común, por donde se deriva la «primacía de las Leyes de Indias —ya fuesen comunes del Reino o particulares de una provincia— sobre las castellanas, en caso de disparidad o discordancia», carácter prevaleciente que recibió sanción legal (ley II, tít. I, lib. II de la Recopilación de Carlos II y sus antecedentes).

II) Se establece como punto de partida de la controversia acerca de la vigencia de la *Novísima Recopilación*, la ley XL ,tít. I, lib. II de la Recopilación Indiana.

Expuesto el argumento contrario a la vigencia de la Novísima que se sintetiza así: «promulgada en 1805 tuvieron lugar las guerras y

declaratorias de la independencia sin que se hubiese dictado la cédula especial, despachada por el Consejo de Indias, ordenando su aplicación», se relacionan distintos autores y sus opiniones sobre el tema: Rodolfo Rivarola, Carlos Octavio Bunge, Sebastián Soler, Enrique Martínez Paz. El autor califica las opiniones contrarias a la de quienes admiten la vigencia de la Novísima, como modernas y de orden puramente legal y expone argumentos históricos e histórico-jurídicos en favor de la tesis de la vigencia.

III) Argumentos histórico-jurídicos: 1) La Novísima se dicta con carácter sustitutivo de la Recopilación Castellana de 1567, llamada Nueva Recopilación desde 1775; ello surge de la Real Cédula de promulgación de aquélla, que prescribe la edición de tablas de correspondencias, su observancia en la administración de justicia y la formalización de la enseñanza del Derecho Patrio por el mismo cuerpo de leyes, de donde se deduce que la única forma de cumplir el mandato de la ley II, tít. I, lib. II de la Recopilación Indiana, era acudir a la Novísima.

2) La exigencia de la ley XL, tít. I, lib. II de la Recop. Indiana, se refiere a provisiones, despachos y cédulas particulares, no a un cuerpo legal de la naturaleza de la Novísima. Seguidamente se citan testimonios de Vélez Sársfield, Acevedo y Narvaja corroborantes del criterio expuesto, puntualizándose la diferencia entre la reflexión dogmática y la reflexión histórica sobre el derecho.

IV) Argumentos históricos: 1) Testimonios de Acevedo en escritos forenses, en su Advertencia al Proyecto de Código Civil, en el articulado de éste y en las observaciones al mismo de Francisco Solano de Antuña, Antonio Luis Pereyra y Joaquín Requena, de suerte que las referencias de éstos adquieren también el carácter de testimonios corroborantes del de Acevedo.

2) Testimonios de Vélez Sársfield, en su obra de codificación y en su réplica a Alberdi.

3) Testimonio de Alberdi, en su crítica al Código Civil argentino y su autor.

4) Crítica a la afirmación de que, por lo menos, a partir de la ley patria del 17 de julio de 1837 sobre orden de prelación de fuentes de derecho en materia comercial, la Novísima Recopilación habría perdido vigencia en la República Oriental del Uruguay. Esa crítica se

funda en los siguientes argumentos: a) de orden lexicográfico (*Diccionarios de la Real Academia y Jurídico* de ESCRICHE): b) identidad entre los términos Recopilación Castellana y Novísima Recopilación que surge de textos de Vélez, Acevedo y Narvaja; c) análisis del texto y de la historia legislativa —a través de documentos del Archivo Histórico de la Cámara de Senadores del Uruguay— de la ley del 17 de julio de 1837.

V) Conclusiones: 1) La Novísima Recopilación rigió en América; razones jurídicas impusieron esa aplicación y hay pruebas inequívocas de ello.

2) La ley de 19 de julio de 1839 para nada afectó la fuerza legal de la Novísima; por el contrario, la declaró expresamente aplicable excepto en los preceptos que fueran contradictorios con los de las leyes patrias.

3) La Novísima Recopilación fue fuente de derecho comercial, en un orden posterior a las leyes patrias, las Ordenanzas de Bilbao y los usos y prácticas mercantiles y anterior a las de Partidas, hasta la entrada en vigencia del Código de Comercio, conforme a lo dispuesto por el art. 1769 de éste.

A continuación se ocupó de:

A) VIGENCIA LEGAL DE LA NOVÍSIMA

1) Los argumentos histórico-jurídicos reseñados en el parágrafo III de la síntesis precedente.

2) Al estudiar, en su *Historia de las Recopilaciones de Indias*, la 5ª edición de 1841, el Profesor Manzano y Manzano [1] hace constar que en ella se incluyeron notas que, además de contener citas de reales disposiciones posteriores a 1680, también contienen concordancias, discordancias y remisiones más o menos escuetas a otros preceptos del mismo cuerpo legal o de la Recopilación Castellana. Como ejemplo de estas últimas remisiones, Manzano y Manzano transcribe la nota a la ley 36, tít. VIII, lib. V: «Véase la ley 24, tít. 2, lib. 2 de la Novísima Recopilación que hace varias declaraciones...». A renglón seguido especifica el autor que esa edición, si bien su impresión y venta corrió a cargo

[1] JUAN MANZANO Y MANZANO, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, Madrid, 1956, vol. II, págs. 403, 404 y 405.

de un impresor privado (Ignacio Boix de calle de Carretas Nº 8, en pleno corazón de Madrid), fue inspeccionada y corregida por la Sala de Indias del Tribunal Supremo de Justicia y la obra completa fue aprobada por la Regencia provisional, extremos que permiten al editor, en el prólogo, encarecer el valor de esas notas puestas a las Leyes de Indias. Esa misma edición de Boix de la Recopilación Indiana es la que cita Vélez Sársfield en *Derecho Público Eclesiástico* [1 bis].

De lo expuesto puede extraerse dos conclusiones: a) la aceptación por Manzano y Manzano de la identidad entre los términos Recopilación Castellana y Novísima Recopilación; b) para las autoridades españolas mencionadas, Sala de Indias del Tribunal Supremo de Justicia y Regencia provincial, es indudable la vigencia subsidiaria de la Novísima Recopilación en Indias, como resulta de la aceptación de remisiones, en una edición oficial de la Recopilación Indiana, a las concordancias de las leyes de la Novísima Recopilación.

3) Rafael Gallinal [2], al exponer las enseñanzas de Tristán Narvaja desde la Cátedra que regenteó el Codificador en la Universidad de Montevideo entre 1855 y 1873, sobre las leyes que regían las causas civiles y criminales, indica como fuente de derecho en el último grado, las Partidas conforme a lo dispuesto por la ley 3, tít. 2, libro 3 de la Recopilación Castellana. Si nadie duda de la fuerza legal de las Partidas y si ella, según las enseñanzas de Narvaja, resulta del texto legal citado que pertenece precisamente a la Novísima, nadie podrá dudar de la fuerza legal de ésta ni de la identidad entre los términos Recopilación Castellana y Novísima Recopilación aceptada, como se ve, por el doctor Narvaja sin ninguna duda.

4) Eduardo Acevedo, al expresar agravios ante la Excma. Cámara de Justicia de Buenos Aires en 1854, en su calidad de defensor en la conocida «causa de los ladrones» como la llamara Navarro Viola, formula citas legales demostrativas de la vigencia de la Novísima Recopilación. Así analiza la distinción entre hurtos simples y hurtos calificados [3], citando la resolución de 1745 y refiriéndose expresamente a su inclusión como ley 6ª, tít. 14, lib. 12 de la Novísima Recopilación.

1 bis DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, *Derecho Público Eclesiástico - Relaciones del Estado con la Iglesia en la Antigua América Española*, Buenos Aires, 1854, pág. 115, n. 5.

2 RAFAEL GALLINAL, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil del Uruguay*, Montevideo, 1911, tomo I, pág. 184.

3 EDUARDO ACEVEDO - *Años 1815-1863 - Su Obra como Codificador, Ministro, Legislador y Publicista*, Montevideo, 1908, pág. 467.

Más adelante, refutando el sexto fundamento de la sentencia que impugna, dice textualmente[4]: «Decreto de 22 de febrero de 1765. Este decreto, completamente exuberante del derecho común, no es ni puede ser una ley entre nosotros. Es sabido que las leyes sueltas, sólo tienen fuerza de tales, habiendo pasado por el Consejo de Indias y comunicándose a la respectiva Audiencia (Doctor Vélez, Apénd. al Alvarez) ley 23, título 1, libro 2, Recop. Ind. Esa disposición, no sólo no ha sido comunicada a la Audiencia, sino que ni siquiera figura en la Novísima Recopilación. Apenas se encuentra en el Teatro de la Legislación, entre otras disposiciones que nunca se han practicado».

Dos conclusiones se extraen de este pasaje: a) la distinción entre cuerpos legales de recopilación y disposiciones sueltas, con que se refuta el argumento principal de los sostenedores de la no vigencia de la Novísima (véase resumen precedente, parág. III, 2), era aceptada por Acevedo y por Vélez; b) si la disposición descartada se hubiera incluido en la Novísima, implícitamente Acevedo habría aceptado su fuerza de ley, como, por la misma razón, la acepta respecto a la resolución de 1745 que es la ley 6, tít. 14, libro 12 de la Novísima.

B) Su estudio como parte integrante del derecho en vigor

5) El doctor Enrique Martínez Paz[5] considera muy dudosa la aplicación con fuerza obligatoria de la Novísima Recopilación en razón del argumento del incumplimiento de la comunicación a las Audiencias. Ya se ha visto la réplica a tal argumento, pero lo que llama la atención es que tales dudas se planteen a renglón seguido de la transcripción del párrafo en que el eminente codificador argentino señala como conocidas en América las siguientes leyes: «el código llamado Fuero Real, las doscientas y tantas leyes de Estilo, el voluminoso cuerpo de Leyes de Partidas, los seis grandes volúmenes de la Novísima Recopilación, cuatro, de a folio, de las leyes de Indias; a más de todo ésto, multitud de cédulas reales para América, comunicadas a las respectivas audiencias, que aún no se han recopilado». El fragmento transcripto por Martínez Paz, de Vélez, es ejemplar en cuanto a enumerar e ilustrar los errores en que se incurre al argüir sobre la falta de fuerza legal de la Novísima. Así se observará: a) que también Vélez distingue entre Recopilación y cédulas reales o disposiciones sueltas, en

[4] *Ibídem*, pág. 471.

[5] Enrique Martínez Paz, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino*, Córdoba, 1916, pág. 133.

Más adelante, refutando el sexto fundamento de la sentencia que impugna, dice textualmente[4]: «Decreto de 22 de febrero de 1765. Este decreto, completamente exuberante del derecho común, no es ni puede ser una ley entre nosotros. Es sabido que las leyes sueltas, sólo tienen fuerza de tales, habiendo pasado por el Consejo de Indias y comunicándose a la respectiva Audiencia (Doctor Vélez, Apénd. al Alvarez) ley 23, título 1, libro 2, Recop. Ind. Esa disposición, no sólo no ha sido comunicada a la Audiencia, sino que ni siquiera figura en la Novísima Recopilación. Apenas se encuentra en el Teatro de la Legislación, entre otras disposiciones que nunca se han practicado».

Dos conclusiones se extraen de este pasaje: a) la distinción entre cuerpos legales de recopilación y disposiciones sueltas, con que se refuta el argumento principal de los sostenedores de la no vigencia de la Novísima (véase resumen precedente, parág. III, 2), era aceptada por Acevedo y por Vélez; b) si la disposición descartada se hubiera incluido en la Novísima, implícitamente Acevedo habría aceptado su fuerza de ley, como, por la misma razón, la acepta respecto a la resolución de 1745 que es la ley 6, tít. 14, libro 12 de la Novísima.

B) Su estudio como parte integrante del derecho en vigor

5) El doctor Enrique Martínez Paz[5] considera muy dudosa la aplicación con fuerza obligatoria de la Novísima Recopilación en razón del argumento del incumplimiento de la comunicación a las Audiencias. Ya se ha visto la réplica a tal argumento, pero lo que llama la atención es que tales dudas se planteen a renglón seguido de la transcripción del párrafo en que el eminente codificador argentino señala como conocidas en América las siguientes leyes: «el código llamado Fuero Real, las doscientas y tantas leyes de Estilo, el voluminoso cuerpo de Leyes de Partidas, los seis grandes volúmenes de la Novísima Recopilación, cuatro, de a folio, de las leyes de Indias; a más de todo ésto, multitud de cédulas reales para América, comunicadas a las respectivas audiencias, que aún no se han recopilado». El fragmento transcripto por Martínez Paz, de Vélez, es ejemplar en cuanto a enumerar e ilustrar los errores en que se incurre al argüir sobre la falta de fuerza legal de la Novísima. Así se observará: a) que también Vélez distingue entre Recopilación y cédulas reales o disposiciones sueltas, en

[4] *Ibidem*, pág. 471.

[5] Enrique Martínez Paz, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino*, Córdoba, 1916, pág. 133.

este fragmento; b) que así como reconoce la exigencia de previa comunicación a las Audiencias respecto a estas últimas, nada dice respecto a un cuerpo recopilado como la Novísima y no ha de pensarse que una autoridad como Vélez desconocía la inexistencia de tal comunicación; c) que si la Novísima Recopilación no estaba vigente, entonces debía admitirse como vigente la Recopilación Castellana anterior o sea la de 1567, llamada Nueva Recopilación desde su edición de 1775 y, sin embargo, Vélez Sársfield ni siquiera la menciona, por donde es forzoso concluir que para él la Novísima Recopilación había sustituido a la Nueva Recopilación. Por otra parte, si realmente la Novísima no hubiera llegado a adquirir vigor de ley, se habría producido —puesto que sus citas e invocaciones son innumerables— un fenómeno semejante al de siglos atrás cuando Alfonso El Sabio dictó sus famosas Leyes de Partidas, que documentalmente se ha probado que fueron alegadas ante los Tribunales en años previos al de 1348 y, sin embargo, adquirieron fuerza de ley sólo en ese año al promulgarse el Ordenamiento de Alcalá de Henares, siendo procedente preguntar, entonces, cómo tan singular coincidencia pudo pasar inadvertida y cómo ningún jurista de la época señaló que la cita de la Novísima habría tenido un valor meramente doctrinario.

6) Que se trataba de una ley, sin ninguna duda, lo enseñaba Manuel Antonio de Castro [6] al estudiar competencias específicas del Presidente del Tribunal Superior de Justicia: «...y conoce en los juicios de disenso sobre los matrimonios de los hijos de familia con arreglo a la última disposición en la materia». ¿Cuál era esa última disposición en la materia?, el propio Castro lo indica [7]: «Cédula de 28 de abril de 1803, que es la L. 18, tít. 2, lib. 10 de la N. R.». Y aunque esa anotación deba imputarse a Vélez Sársfield y no a Castro [8], lo cierto es que el Prontuario constituía el manual o texto obligado para el estudio del Derecho Procesal, en cuyo estudio, pues, se admitía la vigencia de la Novísima Recopilación.

7) También se conoce otra prueba sobre el estudio de la Novísima como parte integrante del derecho en vigor: con fecha 7 de octubre de 1850, el Gobierno del Cerrito comunica el envío, para uso de la

6 MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de Práctica Forense*, Buenos Aires, 1834, pág. 18.

7 *Ibídem*, nota b.

8 ABEL CHANETON, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 1938, T. II, pág. 434.

Academia teórico-práctica de Jurisprudencia, entre otras obras, de los cinco tomos de la Novísima Recopilación [9].

8) Aunque se ha puntualizado ya la existencia de testimonios de Manuel Antonio de Castro y de Dalmacio Vélez Sársfield acerca de la vigencia de la Novísima, tanto en el Prontuario como en las Instituciones [10], obras ambas destinadas a la enseñanza, es imprescindible referirse a la observación formulada por el distinguido Profesor Ricardo Zorraquín Becú acerca de que «es curioso señalar que Vélez, como muchos de sus contemporáneos en la primera mitad del siglo XIX, prefiere citar la Nueva Recopilación y los autos acordados que la complementaban y sólo por excepción menciona la Novísima» [11]. Tal como lo indica el citado profesor, también una sola vez aparece citada la Novísima en Díaz Bialet [12], circunstancia que el suscripto ha corroborado directa y personalmente.

Es viable explicar tal observación, exacta y curiosa como la califica el Dr. Zorraquín Becú, de la siguiente manera: el único ejemplar en cinco tomos con que contaba Vélez Sársfield en su biblioteca, de la Novísima, es la edición de París, Librería de Don Vicente Salvá, Calle de Lille Nº 4, del año 1846 [13]; por la fecha de la edición puede presumirse, así como por su origen francés, que los cinco tomos de la Novísima se incluyeran en la partida de libros que recibió Vélez, procedente de Francia, en 1847 y a la que se refiere en cartas de fechas 16 de noviembre y 17 de noviembre de 1847 [14], a su amigo montevideano Don Cándido Juanicó encomendándole los trámites de introducción y posterior envío a Buenos Aires. A partir de esa fecha, ya no conociéndola simplemente, sino disponiendo en su biblioteca de la Novísima, Vélez cita con frecuencia —tal como se demostrará infra, con referencia al Derecho Público Eclesiástico— ese cuerpo legal. En otros

9 MATEO MAGARIÑOS DE MELLO, *El Gobierno del Cerrito*, T. II, vol. 2º, pág. 254, donde se transcribe ese documento del Archivo de la Universidad.

10 JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho Real de España por el Doctor...* Adicionadas con varios Apéndices, Párrafos, etc. por Dalmacio Vélez, Buenos Aires, 1834, pág. VII.

11 RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La Formación Intelectual de Vélez Sarsfield*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, número 15, pág. 164.

12 AGUSTÍN DÍAZ BIALET, *El Derecho Romano en la Obra de Vélez Sarsfield*, Córdoba, 1949, primer volumen, pág. 97.

13 *Catálogo de la Biblioteca del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield*, Universidad Nacional de Córdoba, MCMXL, pág. 162.

14 ABEL CHANETON, *Ob. cit.*, T. II, págs. 477 y 478 y ZORRAQUÍN BECÚ, *La Formación Intelectual* cit., pág. 169.

términos: las fuentes de derecho entre 1834 (año de las ediciones del *Prontuario de Práctica Forense* y de las *Instituciones de Alvarez*) y 1854 (año de edición del *Derecho Público Eclesiástico*), no habían cambiado, salvo en cuanto a las leyes patrias dictadas durante ese lapso; nadie puede dudar del conocimiento exhaustivo por parte de Vélez Sársfield de esas fuentes, quien, por otra parte, dejó pruebas inequívocas de su aceptación de la vigencia de la Novísima durante ese mismo lapso; pero no disponiendo en su propia biblioteca de ella, Vélez citaba la Recopilación Castellana, lo que es lógico pues las leyes incluidas en ésta se reproducían en aquélla, debiendo confrontarse tan sólo su ratificación o exclusión. Una vez en poder de su propio ejemplar de la Novísima, Vélez se remite a ésta como ocurre en el *Derecho Público Eclesiástico*.

La expuesta es una mera hipótesis interpretativa, basada en hechos, de una circunstancia —tan llamativa como la preferencia por la Nueva Recopilación en la primera mitad del siglo XIX, anotada por Zorraquín Becú— constituida por la abundancia de citas de la Novísima a partir de entonces, tal como se advierte en el *Derecho Público Eclesiástico*. Los términos se invierten y es ahora la Recopilación Castellana la que Vélez cita por excepción, claro que ya no por razones de preferencia sino por rigor científico.

C) Aplicación concreta en la práctica judicial o administrativa

9) Ya han quedado indicadas supra varias menciones, en la práctica del Foro, de la Novísima Recopilación. En el mismo sentido cabe anotar, correspondiente a la época posterior a la sanción del Código Civil, las referencias a la Novísima (ley 2, tít. 8, libro II) contenidas en el alegato de bien probado de la testamentaría de la familia Durán y redactado por el doctor Angel Floro Costa [15]. Se trata de demostrar que a través de toda la legislación que ha regido en el país y aplicable a las sucesiones abiertas antes de la sanción del Código Civil, según lo prescribía su originario artículo 1148 (hoy 1187, a pesar de su carácter transitorio), no era oponible la prescripción a los herederos por el tenedor de la herencia. En virtud del artículo citado y de otros preceptos sobre irretroactividad de las leyes que contiene el Código de Narvaja, el mencionado abogado pudo citar la Novísima como cuer-

[15] Ángel Floro Costa, *Historia de un Drama Judicial*, Montevideo, 1888, págs. 147 y 148.

po legal con fuerza y vigor de ley aplicable al caso [16]. Pero además de esa aplicación concreta en la práctica judicial, se verá de inmediato su aplicación en la práctica administrativa.

10) Esa aplicación en la práctica administrativa surge del ya citado *Derecho Público Eclesiástico*. Si bien al redactar esta obra el autor tuvo en cuenta la finalidad docente, también confesó que este trabajo «puede servir de Manual a los encargados del Gobierno del Estado, a los Prelados eclesiásticos, a los Letrados que puedan ser llamados al consejo de uno u otro poder» [16 bis]. Y que así fue, lo certificó Nicolás Avellaneda al calificar esa obra como «Manual de los Gobernantes», según cita de Chaneton [17], siendo de interés ahora resaltar que gran parte de las soluciones allí propuestas por Vélez se fundan en las leyes de la Novísima Recopilación. Las referencias y remisiones a ellas son abundantísimas; así en el Cap. III, Derecho de Patronato, pág. 15, nota 2, L. L. del tít. 18, lib. 1º, N. R. y pág. 20, ley 1ª, tít. 18, lib. 1º. Capítulo IV, Causas de Patronato, pág. 23, L.L. 12 y 13, tít. 17, lib. 1º, así como en la pág. 27 cita leyes de la Rec. Castellana. Cap. V, Concilios Nacionales y Provinciales, pág. 33, ley 13, tít. 1º, lib. 1º sobre observancia del Concilio de Trento. Cap. VI, Bulas Pontificias, su pase o retención, pág. 42: «ley 37, tít. 3º, lib. 1º R.C. que es hoy la ley 9, tít. 3, N. R.» (*sic.*) y pág. 45, ley 6, tít. 22, lib. 1º R.N. Cap. XI, Provisión de los Obispados, Obispo electo Gobernador del Obispado, Vicarios Apostólicos particulares, Consagración, Juramento de los Obispos y posesión de la Iglesia, pág. 70, ley 12, cap. 12, tít. 18, lib. 1º y ley 1ª, tít. 14, lib. 1º N.R. Cap. XII, Obispos titulares, Obispos coadjutores con futura sucesión y con facultades cuasi episcopales, pág. 81, ley 5ª, tít. 13, lib. 1º N. R. Cap. XIII, Provisores o Vicarios Generales, Vicarios foráneos, Tribunales eclesiásticos, pág. 85, ley 14, tít. 1º, lib. 2º N.R. Cap. XVI, Provisión de Dignidades y Canongías, pág. 95, ley 12, tít. 18, lib. 1º de la N.R. y en pág. 97 cita la ley 4ª, tít. 1º, lib. 4º, R.C. así como reitera referencia a la obra del

[16] El sistema de irretroactividad del Código fue clara y precisamente explicado por Narvaja en sus artículos en *La Tribuna*, año 1869, "El sistema del Código en materia de Retroactividad" y "Cómo entiende el Abogado Estrázulas la no retroactividad de la Ley". Ambos artículos fueron reproducidos por Goyena en su edición de 1892 del Código Civil, respectivamente, págs. 237 a 242 y 508 a 510.

[16 bis] DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD, *Derecho Público Eclesiástico* cit., Prólogo.

[17] CHANETON, *ob. cit.*, págs. 437 y 438.

Conde de la Cañada [18]. En el cap. XXI, Bienes Eclesiásticos, Fundaciones Piadosas, Capellanías Eclesiásticas y Laicales, pág. 114, cita el «Concordato con la Silla Apostólica de 1737 inserto en la L. 14, tít. 5º, lib. 1º N.R....» y en pág. 116, ley 23, tít. 5º, lib. 1º N.R. y ley 22, tít. 15, lib. 10 N.R.

Se ha dejado para el final la referencia al capítulo XV sobre Sede Vacante, Cabildo Eclesiástico, Vicario Capitular, donde además de citar la ley 9, tít. 18, lib. 1º de la N.R., pág. 93, Vélez Sársfield se remite a la obra del Conde de la Cañada [19] en notas 1 y 2 respectivamente de págs. 90 y 91. La remisión de Vélez es a part. III, cap. III, Nºs. 47, 57 y siguientes, pero inviste especial interés desde el punto de vista de la observancia de la Novísima Recopilación, transcribir el concepto del Conde de la Cañada sobre la fuerza legal de ésta, habida cuenta de que Vélez invoca su autoridad: «Las leyes comprendidas en la Novísima Recopilación ocupan el primer lugar y preferencia y obligan a ordenar y decidir las causas por ellas, como literalmente se expresa y dispone en la ley 3, tít. 1, lib. 2º de la Recop.» [20].

* * *

La doctora GUILLERMINA MARTÍNEZ CASADO DE CORNEJO *expresó que*:

En las clases prácticas del curso de Historia del Derecho Argentino a cargo del doctor Ricardo Zorraquín Becú, año 1971, se investigó acerca de la aplicación de leyes españolas por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se utilizó como material la *Colección de Fallos de la Suprema Corte de Justicia*, surgiendo de su análisis que hasta la vigencia del Código Civil y aún varios años después de sancionado éste, en materias referentes al derecho privado e incluso del derecho público se aplican asiduamente las leyes de Partida, la Recopilación de 1567, y en varios casos el Fuero Real, las Ordenanzas de Bilbao, y lo que parecería más extraño, la Novísima Recopilación.

18 *Observaciones Prácticas sobre los Recursos de Fuerza... por el Conde de la Cañada*, T. 2, Madrid, 1845.

19 *Idem.*

20 *Instituciones Prácticas de los Juicios Civiles, así ordinarios como extraordinarios en todos sus trámites según que se empiezan, continúan y acaban en los Tribunales Reales por el Conde de la Cañada*, Madrid, 1845, T. I, Part. I, Cap. I, Nº 30, pág. 5.

Referente a esta última y a fin de concretar al respecto se puede efectuar una distinción que parecería prima-facie un tanto caprichosa, con el objeto de ordenar lo investigado: el origen de radicación de causas que llegan en suplicación al Tribunal Supremo.

En causas provenientes de la Provincia de Mendoza, encontramos que en varias de ellas, de las cuales para ejemplo se tomaron tres al azar, (una sobre cobro por prestación de alimentos, otra acerca de la cancelación de una escritura y otra referente a una tercería excluyente), se aplican respectivamente la ley 5, título 8; la ley 5, título 13, y la ley 16, título 28, todas del libro 11.

En una causa que llega en apelación contra un auto de la Excma. Cámara de Justicia de Buenos Aires, referente a una fianza, se aplica el Decreto del 20 de noviembre de 1724 de Felipe V y que se hace constar es la ley 4, título 11, libro 6º. En otra proveniente del Juez de Sección de Buenos Aires, y referente a cobro de pesos, de acuerdo a los fundamentos dados por el Procurador Fiscal, se revoca la sentencia de 1ª Instancia en base a la aplicación de la ley 2, título 21, libro 4º.

Asimismo en una causa proveniente del Juzgado de Sección de Salta y referente a una causa criminal por rebelión y abigeato, la norma que se aplica en este caso es la ley 3, título 40 del libro 12.

Igualmente en una causa proveniente de San Juan, acerca de cobro de pesos es de aplicación, conjuntamente con varias leyes de Partidas que se citan, las Leyes 2, 3 y 10 del título 21, libro 12.

En otro juicio radicado en el Juzgado de Sección de la ciudad de Rosario referente al cobro ejecutivo de una letra de cambio la Corte Suprema aplica al revocar el fallo del Juez de 1ª Instancia la Pragmática de Carlos III del 2 de junio de 1782, que aclara hallarse contenida en la ley 8, título III, libro 9 de la Novísima.

Asimismo en un juicio que en razón de la materia, ejercicio de jurisdicción del vicecónsul de España, es radicada directamente ante la Suprema Corte, ésta al resolver el pleito lo hace en base a la ley 6ª, título XI del libro 6, aclarando que se trata del Decreto de Carlos III dado en el Pardo el 1º de febrero de 1765.

En una causa entablada por la Provincia de Jujuy contra un particular, sobre reivindicación, la Corte al revocar el fallo del Juez de dicha Provincia lo hace fundándose en la ley 4, título 11, libro 11.

En otra causa llegada en apelación contra la sentencia del Juez

de Sección de Paraná acerca de una tercería de dominio revoca la sentencia de 1ª Instancia fundándose en lo dispuesto entre otras normas por la ley 4, título 4, libro 10, de la Novísima Recopilación.

* * *

Por último el doctor JULIO C. GUILLAMONDEGUI *señaló que*:

Nuestro aporte al tema de la vigencia y aplicación de la Novísima se reducirá sólo a un aspecto de la cuestión: la legislación provincial.

De la compulsa realizada en reglamentos de organización y administración de justicia y en recopilaciones y registros oficiales, es dable observar, por lo menos en las fuentes a nuestro alcance, que la Novísima Recopilación no aparece citada hasta la segunda mitad del siglo XIX, como si antes el problema de su vigencia no fuese tal en la práctica judiciaria y no existiese por lo tanto necesidad de establecer un orden de prelación adecuado o su aplicación directa para ciertas materias.

Tucumán: El *Reglamento Orgánico de los Tribunales de Justicia de la Provincia de Tucumán*, de 1851, se ocupa en el capítulo II *De la observancia de los códigos*, y su art. 108 señala: «Los tribunales del fuero ordinario se sujetarán a las leyes siguientes:

En primer lugar: a este reglamento, y demás leyes, decretos y acuerdos provinciales.

En segundo lugar: a las nacionales, en cuanto sean compatibles con el régimen actual de la Confederación Argentina.

En tercer lugar: a las Reales Cédulas publicadas después de la Recopilación de Indias; siempre que por conducto del Consejo de este nombre hubiesen sido comunicadas a las Audiencias del antiguo Virreinato de Buenos Aires.

En cuarto lugar: a la Recopilación de Indias.

En quinto lugar: a la *Novísima Recopilación* mandada observar por Cédula Real de Carlos IV, datada en quince de julio de mil ochocientos cinco. Y después a los demás códigos de la antigua monarquía española por el orden de su vigencia» [1].

El *Reglamento de Justicia* de 1860, que sucede al anterior, desa-

1 Ejemplar en Biblioteca de la Facultad de Derecho, U.B.A., nº 1003/21.

rrolla en el capítulo 16 el *orden que ha de guardarse en la observancia de los códigos*, y su artículo 123 establece: «Todos los pleitos y causas civiles ordinarias, criminales o de cualquiera naturaleza que fuesen, con exclusión de las comerciales, se han de decidir y determinar por el orden de autoridad y preferencia entre los códigos, del modo siguiente:

1º) Por la Constitución General y Provincial.

2º) Por las leyes Nacionales y Provinciales.

3º) Por las cédulas comunicadas a la Audiencia de Buenos Aires, siempre que fueren posteriores a las leyes incluidas en los códigos que rigen.

4º) Por las leyes de Indias.

5º) Por la *Novísima Recopilación*.

6º) Por el Ordenamiento de Alcalá.

7º) Por el Código de las Partidas.

8º) Por el Fuero Real, Fuero Juzgo, y Fuero Viejo de Castilla, sin que sea necesario probar que son usados y guardados» [2].

Corrientes: El *Reglamento de Administración de Justicia*, sancionado por la ley de 1862, trata en su sección primera, capítulo único, *Del orden de los Códigos*, señalando en el art. 1º: «Son de rigurosa observancia en la Provincia los Códigos y Leyes siguientes, según el orden de su nombramiento:

1º) La Constitución Nacional.

2º) La Constitución de esta Provincia.

3º) Las Leyes Nacionales.

4º) Las Leyes Provinciales.

5º) Las Reales Cédulas y pragmáticas de la Corona de España siempre que hubiesen sido comunicadas a nuestra antigua Audiencia con anterioridad al año de 1808.

6º) La Recopilación de Indias.

7º) La *Novísima Recopilación* mandada observar por Carlos IV en su Cédula real de 15 de julio de 1805.

[2] Cfr. *Registro Oficial de la Provincia de Tucumán*, año 1860, ley del 16 de abril, pp. 195/221. Ejemplar en Museo Mitre: 57/7/3.

8º) La nueva recopilación que precedió a la designada en el inciso anterior.

9º) En lo relativo a los demás códigos españoles de fecha anterior a nuestra emancipación se observará lo prescripto por la ley 3ª, título 2º, libro 3º de la Novísima Recopilación (1ª de Toro).

10º) En materia comercial se observará el orden siguiente: 1º) el Código de Comercio de 1829 y la ley de enjuiciamiento del año 30 que va adjunta a él; 2º) las Ordenanzas de Bilbao; 3º) las leyes generales mientras el Congreso no legisle sobre la materia».

También resulta de interés lo mandado en el artículo siguiente: «Entiéndase que en el orden de las leyes, tanto españolas como patrias, las más antiguas ceden a las nuevas o de fecha posterior toda vez que apareciese discordancia en sus disposiciones» [3].

Santiago del Estero: Una *Ley Orgánica y Reglamento General de Justicia* de 1864, establece como orden de aplicación de las leyes: «1º) La Constitución nacional, las leyes de la nación, y los tratados con las potencias extranjeras; 2º) La Constitución provincial; 3º) Las leyes provinciales; 4º) Las Cédulas comunicadas a la Audiencia que existió en Buenos Aires; 5º) Las Leyes de Indias; 6º) Las Ordenanzas de Intendentes; 7º) La *Novísima Recopilación*; 8º) El Código de las Partidas; 9º) El Fuero Real, Fuero Juzgo y Fuero Viejo de Castilla». Por último declara que ninguna ley española con posterioridad al año 1808 tendrá fuerza ni valor alguno [4].

[3] *Reglamento Orgánico de Administración de Justicia de la Provincia de Corrientes*, sancionado por la ley del 12 de agosto de 1862, en *Registro Oficial de la Provincia de Corrientes*, año 1862, Corrientes, 1864, pp. 33/104. Ejemplar en Museo Mitre 57/8/11.

[4] *Recopilación de Leyes, Decretos y Resoluciones*, años 1857 a 1868, t. I, Buenos Aires, Publicación Oficial, 1908, p. 476. Cfr. ARTURO BUSTOS NAVARRO, *El derecho patrio en Santiago del Estero*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1962, pp. 116/117.

SUMARIO DE LAS ORDENANZAS MINERAS DEL PERU

POR WALTER JAKOB

Nota preliminar

Las primeras referencias a las minas, consideradas dentro del marco de un ordenamiento jurídico, se encuentran en el derecho español —más específicamente castellano— dentro del Ordenamiento de Alcalá.

Este Ordenamiento de Alcalá, se publicó por Alfonso XI en el año 1348, al mismo tiempo que las Partidas, aunque el Ordenamiento en sí, constituye un código posterior a las Partidas.

El título XXXII del Ordenamiento de Alcalá —que es el que nos interesa especialmente como enseguida se verá —incorpora prácticamente, aunque enmendado y ordenado, el Ordenamiento que el Emperador Alfonso VII había dado en las Cortes de Nájera en 1176 (fecha incierta, pues se atribuye también a 1137 ó 1138).

En dicho título XXXII se encuentran sus leyes 47 y 48 que constituyen las referencias a que hemos aludido al comienzo y que textualmente rezan:

Ley 47. — "Todas las mineras de oro, é de plata, é de plomo, é de otra guisa qualquier que minera sea en el señorío del rey, ninguno sea osado de labrar en ella sin mandado del Rey" .

Ley 48. — "Todas las aguas, é pozos salados que son para facer sal, é todas las rentas de ellas, rindan al Rey, salvo que las dió el Rey por privilegio, ó las ganó alguno por tiempo en la manera que debía".

Por aquellas razones, hacemos remontar los principios de esas leyes hasta mediados del siglo XII y no los atribuimos al Fuero Viejo de Castilla —como erróneamente lo dice Joaquín V. González— texto ese de vigencia incierta y que al parecer fue publicado por Pedro I en 1356.

Más o menos un siglo después de la dación del Ordenamiento en las Cortes de Nájera, en 1255, se publicó el Fuero Real, al que se acompañaron las Leyes de Estilo (mal llamadas "leyes" pues eran en realidad una colección jurisprudencial) en cuya ley CCII precisa-

mente, encontramos una referencia a las salinas, pero sin que de sus términos podamos deducir la existencia de un principio específico de derecho minero.

En la posterior legislación metropolitana, aparecen las Partidas (Partida II, título XV, ley 5 y Partida III ,título XXVIII, ley 11); las Ordenanzas Reales de Castilla (1484) (Libro VI, título XII, ley 8) y la Nueva Recopilación (1567) (Libro VI, título XIII, leyes 3, 4 y 5 y Libro IX, título XVIII, ley 1), en que se reafirman los principios del regalismo minero, precedida esta nueva Recopilación, por una provisión del Emperador fechada en Valladolid en el año 1534, que mandó que los españoles paguen absolutamente todos los diezmos prediales a las personas que conforme a la erección los deben recibir, excepto del oro, plata, piedras, perlas y metales y otras cosas reservadas.

Y de aquí en adelante, se empieza a bifurcar la legislación en metropolitana y colonial.

Aquella sigue con las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno (1584), Leyes de Indias (1680) y posteriores, y en lo referente al derecho colonial, aparece —según las reunió Solórzano— en el Libro I, título I, ley 1ª de su Recopilación de Cédulas Reales de 1618, la base de todo el sistema legal posterior, que podemos decir continúa aún en vigencia, al disponer que:

"Nos declaramos por Reyes, señores de las tierras descubiertas y por descubrir en América, y las ponemos é incorporamos a nuestra corona real de Castilla y León para que sean y queden por nuestras y de los Reyes que nos sucedieran"; y en el mismo Libro, título II, ley 12: "La experiencia ha demostrado que en muchos descubrimientos que se han hecho por cuenta del erario real, se hacen con nuestra costa y con muy poco cuidado y diligencia, y que tales descubridores tratan de aprovechar más, de la Hacienda Real que de realizar algún descubrimiento".

En consecuencia, y conforme a Cédula Real dirigida al Virrey Toledo de Perú, del 30 de noviembre de 1568 fechado en Aranjuez, y otras: "Mandamos que ninguna empresa de descubrimiento se haga a costa de nuestra Real Hacienda".

Esta orden real, apremió al ilustre y empecinado trabajador que fue el Virrey don Francisco de Toledo, a apurar una de las tantas tareas que había emprendido, esto es la recolección, coordinación, estudio, ponderación y reordenamiento actualizado de una gran variedad de disposiciones administrativas y resoluciones judiciales, que en

materia minera se habían sucedido en Perú, formando así una recopilación hecha a conciencia y con amplia colaboración de expertos, dictada en 1574 y aprobada por el Rey en 1575, pero cuya primera edición apareció recién en 1683 y la segunda en 1752, rigiendo entre nosotros —podemos decir— hasta mucho más de un siglo después de sancionadas en 1783 las Ordenanzas de Nueva España.

La historia del derecho minero que fuera aplicado en lo que es hoy el territorio nacional, debe comenzar pues con el estudio de las Ordenanzas de Minas del Virrey Toledo dictadas por éste para regir en Perú el 2 ó 7 de febrero de 1574 y aprobadas por Felipe II el 17 de octubre de 1575.

En esta época sólo se empezó a pensar —por los colonizadores— en iniciar actividades mineras formales, en lo que fue luego nuestro país, y esas Ordenanzas fueron las primeras leyes que en esa materia se aplicaron entre nosotros.

El objeto de este trabajo no es estudiar y exponer el origen de dicha legislación, ni su desarrollo, sino solamente —por ahora— el contenido de la misma. Debemos tener en cuenta, que esas Ordenanzas fueron en gran parte la base y fuente sustancial del Código de Minería vigente, y es por ello y por ser esas Ordenanzas las primeras que rigieron aquí en el pasado, que he considerado útil divulgarlas, hacerlas accesibles en su texto y en su significado, y actualizarlas, haciéndolas fácilmente comprensibles y apreciables en sus guarismos, medidas y demás referencias numéricas o cuantitativas.

En otras palabras, he tratado de traducirlas a nuestro idioma actual, con eliminación de considerandos, ciñéndonos a su parte dispositiva y con ajuste a las expresiones aritméticas vigentes, para facilitar así su apreciación y su examen comparativo con nuestro Código de Minería. Se verá así, cuantas cosas no han cambiado prácticamente en los casi 400 años transcurridos desde entonces.

Por su valor y propósito casi exclusivamente pedagógico, dedico este trabajo a mis alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en la cual he cumplido el primer medio siglo de mi actividad universitaria docente como profesor de esa casa de estudios, en la Cátedra e Instituto de Derecho Agrario y Minero.

ORDENANZAS DE MINAS DEL VIRREY DON FRANCISCO DE TOLEDO DEL 2 ó 7 II-1574

APROBADAS POR FELIPE II EL 17 DE OCTUBRE DE 1575

De los Descubridores, Registros y Estacas

Ordenanza I.

Las minas son bienes privados de la corona. Esta las da y concede a sus vasallos y súbditos, siempre que las descubran o encuentren, para que las exploten en su propio beneficio, pero entregando al Tesoro Real la parte que como dueño le corresponde.

Permite la libre exploración aún en propiedades ajenas, bajo pena de multa al que se oponga.

Ordenanza II.

El que pretenda explorar en tierra ajena deberá dar previamente fianza por el daño que pueda ocasionar.

En caso de descubrimiento, deberá darse al dueño del suelo el 1 % del producido total de la explotación.

El minero podrá dejar sin efecto esta participación, comprando la propiedad, al valor que se fije por tasación judicial.

Pero esa compra sólo podrá exigirla el minero, con la condición resolutoria de explotar la mina, ya que en caso contrario, el dueño primitivo podrá recuperar el inmueble devolviendo el precio cobrado pero recibiendo además y sin cargo alguno, en la "primera veta, una mina de 60 varas (50,16 metros) que le será estacada junto a la salteada".

Ordenanza III.

Regula el trabajo de los indios en el cateo.

Ordenanza IV.

Otorga permiso para portar armas a los cateadores.

Ordenanza V.

Consagra la igualdad de derechos para cualquier descubridor, salvo alguna pequeña restricción para los indios.

Ordenanza VI.

Otorga igualdad de derecho y privilegios a los extranjeros que residan legalmente en el país, en el mismo grado que a los españoles.

Recuerda una orden del Rey de que se le haga saber si se necesitan técnicos mineros alemanes, para enviarlos desde la metrópoli.

Ordenanza VII.

Ordena que se manifieste todo descubrimiento dentro de los 30 días, pa-

sado cuyo plazo, el que descubrió, pierde todo derecho. Con la manifestación debe acompañarse muestra del mineral y declararse bajo juramento que esa muestra se sacó del lugar que se manifiesta como el del descubrimiento.

Sólo por causa de fuerza mayor se pueden ampliar esos 30 días.

Antes de la manifestación no pueden hacerse contratos sobre la mina, bajo pena de nulidad absoluta.

Ordenanza VIII.

Si la mina fuera descubierta por indios, tendrán derecho a manifestarla hasta tres meses después de realizada la publicación de estas ordenanzas.

Ordenanza IX.

A los restauradores de antiguas minas de indios, aterradas u ocultas, no les corren los treinta días para manifestar descubrimientos mientras estén trabajando en la limpieza o restauración y no interrumpan esas tareas por más de 40 días.

Ordenanza X.

Si el descubridor estuviese impedido de hacer personalmente la manifestación, puede para tales fines otorgar un poder notarial especial o a falta de escribano, manifestarla por carta con la obligación de ratificarla dentro de 40 días. Si se hubiesen pedido estacas por terceros, sin formular oposición al descubrimiento, no será necesaria la ratificación.

Las estacas sólo pueden pedirse con un poder, siempre que el apoderado fuera asalariado del peticionante.

Ordenanza XI.

El cerro abandonado, es el que luego de varios registros, fuera despoblado por más de 3 meses, y en él será descubridor, cualquiera que volviera a encontrar mineral, como si no hubiera habido ni descubrimiento ni registro anterior.

Déjase a salvo el derecho de cualquier individuo que hubiere quedado desde antes, labrando alguna veta.

Ordenanza XII.

El descubridor tendrá derecho a demarcar en el lugar que él elija del criadero que haya descubierto, una mina de 80 varas (66,88 metros) de largo por 40 varas (33,44 metros) de ancho y otra más, la salteada, de 60 (50,16) por 30 (25,08), (esta última como cualquier particular que pide estaca) pero entre una y otra mina deberá dejar el espacio para poderse ubicar otra entre las dos.

Descubridor será el que primero haya hallado el mineral, aunque otros estén explorando antes que él; pero si dos pretenden haber descubierto el mismo día, se considerará descubridor a aquel que primero haya manifestado el descubrimiento ante la autoridad; ahora bien, si el descubrimiento de ambos pretendientes hubiera sido realizado en una misma veta, el que no fuera considerado descubridor tendrá derecho a ubicarse con una mina-estaca al lado

de la mina que fuere la señalada para el Rey; pero si los descubrimientos fueren en vetas distintas, cada uno se considerará como descubridor en la suya.

Ordenanza XIII.

El que descubriera una veta fuera de un radio de 1 legua (5 kilómetros) de un asiento de minas, tendrá los derechos de descubridor, pero si descubriese ahí otras vetas más, tendrá derecho en ellas a una mina de 60 varas (50,16 metros) en cada una, hasta un total de 6 minas de 60 varas (50,16 metros). Si otros además del descubridor, descubrieran en el mismo cerro otras vetas, tendrán derecho en cada una a una mina de 60 varas (50,16 metros) hasta un total de 5.

Estas limitaciones se entienden dentro de cada radio de 1 legua (5 kilómetros) ya que fuera de él, y en nuevos radios, puede repetirse la misma solución. Lógicamente que esas minas deberán mantenerse todas pobladas y labradas independientemente.

Ordenanza XIV.

Se prohibe tener más de 3 minas de metal rico de plata y 2 de zoroches (hasta 1 % de contenido de plata), en diferentes vetas, ya que si una persona tiene más, cualquiera puede pedir tales "demasías".

Ordenanza XV.

En cuanto a las mismas de azogue, se les fija el mismo régimen de medidas y derechos al descubridor que a las de plata y oro: pero estas minas se conceden por un plazo de 30 años al descubridor y a sus sucesores a título universal o particular, salvo en cuanto al descubridor mismo, para quien ese plazo perdurará mientras viva. Ahora bien, es obligación del dueño de esas minas vender todo su producido, íntegra y exclusivamente al Rey (quien tiene el monopolio del azogue) a precios prefijados.

Previo al pago, es el descuento y entrega del quinto del Rey, que le pertenece por regalía.

Ordenanza XVI.

Al manifestarse un descubrimiento deberá indicar el descubridor el nombre de sus compañeros de cateo o de otros cateadores que conociere, del mismo cerro, y si cualquiera de ellos por sí o por poder pidieran estacas dentro de los 30 días de la manifestación del descubridor, tendrán con preferencia a terceros, derecho a una mina de 60 varas (50,16 metros) en el orden de su presentación, demarcadas las cuales recién se demarcarán las que pidieren terceros. Si el descubridor no los hubiese denunciado, podrán probar con 2 testigos la circunstancia de ser cateadores preferidos.

Ordenanza XVII.

En el caso de descubrimiento fuera de la legua (cinco kilómetros), nadie puede obligar a estacar la mina descubridora hasta tanto el descubridor haga el pozo de ordenanza, y recién 6 días después de vencido el plazo para hacerlo, podrá obligárselo a estacar la descubridora y junto a ella y del lado

FDyCS BIBLIOTECA

que le parezca el mejor, otra para el Rey de 60 varas (50,16 metros) y luego junto a ésta, deberá señalar la salteada a que tiene derecho.

Si el descubrimiento es dentro de la legua (5 kilómetros) que sólo da derecho a una mina de 60 varas (50,16 metros), la del Rey se demarcará al lado de la descubridora y entre ésta y la que el primer estaquista pida. Se supone que esta elección indirecta es la mejor garantía para el Rey y por eso si se probara fraude sufrirían graves sanciones los implicados.

Ordenanza XVIII.

El pozo de ordenanza, salvo alumbramiento anterior, deberá tener 6 estados (11,70 metros) de profundidad y tres varas (2,51 metros) de boca. En el caso de haberse descubierto una veta y haberse pedido varias estacas, deberán los estaquistas entre todos depositar 100 pesos para que el descubridor, dentro de los 50 días posteriores a su llegada al lugar de la veta, ejecute dicho pozo de ordenanza, bajo pena de devolver el importe si no cumpliera tal trabajo.

Ordenanza XIX.

Habiéndose pedido estacas sin cumplir el depósito a que se refiere la ordenanza anterior, se anunciará con 2 días de anticipación la existencia del descubrimiento y el nombre del descubridor, y no presentándose estaquistas que cumplan con el depósito previo, el descubridor y los estaquistas que hubieren hecho el depósito procederán a presenciar el labrado del pozo de ordenanza.

Encontrándose la veta en condiciones de explotabilidad, no se admitirán otros pedidos de estacas, y las minas que cupieren en los sobrantes de la veta, una vez que el descubridor y los estaquistas contribuyentes hubieren estacado las suyas, serán sacadas a remate público, repartiéndose el resultado del remate entre el descubridor y los estaquistas contribuyentes, pero percibiendo siempre el descubridor, un cuarto más que los estaquistas. Los estaquistas contribuyentes deberán estacar las minas dentro de los 2 meses de haberse estacado la descubridora.

En dicho remate —que deberá realizarse 2 días después de haberse ubicado el descubridor y los estaquistas contribuyentes, nadie podrá adjudicarse más de una mina y ningún estaquista contribuyente podrá resultar comprador ni por interpósita persona so pena de perder todo derecho.

Durante los 2 meses de plazo mencionados, podrán los estaquistas cambiar o mejorar sus ubicaciones, pero con la única condición de no dejar claros en los que no pueda ubicarse la medida completa de otra mina o múltiplos de ellas.

Ordenanza XX.

En las zonas de la latitud de cualquier mina estacada, cualquier explorador podrá manifestar otro descubrimiento, siempre que haya pasado un año a contar del amojonamiento de aquélla, trátese o no de la misma veta, salvo acuerdo entre las partes sobre su ubicación y siempre que a la salteada y a la del Rey no se le ocasionare perjuicio.

Demasías

Ordenanza I.

Todo lo que un minero detente fuera de las minas a que estas ordenanzas le da derecho, o en medidas superiores a las que estas ordenanzas autorizan, se considerará "demasía" y deberá entregarse dentro de tercero día, a quien la pidiese, bajo pena de multa.

Ordenanza II .

El dueño originario de demasías no puede venderlas ni darlas a nadie, salvo a quien las pidiese como tales. Nadie puede tener demasías salvo quien las obtuvo como tales. El que pidiera demasías como tales y no las tome dentro de los 20 días, pierde su derecho en favor de cualquiera que las pida después de pasado dicho plazo.

Ordenanza III.

Si alguien fuera dueño de minas por herencia, legado o donación, y luego adquiriera otras más a título oneroso, nadie podrá pedirle la demasía que así pudiera haber acumulado, hasta pasados 4 meses y sólo a él le corresponderá determinar cual es la demasía de la que deberá desprenderse.

Ordenanza IV.

Si dentro de la cuadra de una mina, un tercero descubriera otra veta, no tendrá derecho alguno sobre ella, pues se considera que pertenece al dueño de la mina, y si éste no labrara esta otra veta pero sí la que descubrió, no se considera que pueda existir despueble de la segunda, ya que ésta se la considera amparada con el pueble de la primera.

Ordenanza V.

El minero que por nuevos descubrimientos suyos llegara a tener demasías, podrá hasta dentro del término de 2 meses, luego de estacadas sus minas, vender su demasía a quien le parezca, y recién después de ese plazo estaría obligado a cederla a quien se la pida.

Ordenanza VI.

Cualquiera que adquiera demasía, no podrá a su vez enajenarla sin haber ejecutado antes el pozo de 6 estados (11,70 metros), además del que ya pudiera existir en la demasía, bajo pena de caducidad de su adquisición y de inhabilidad para ser en el futuro adjudicatario de demasías dentro del mismo asiento de minas o radio de 1 legua (5 kilómetros).

De las medidas y amojonamientos

Ordenanza I.

Manda que las dimensiones concedidas a las mismas se midan horizon-

talmente, proyectándose sobre la superficie en la forma que resulte, y deslindándose los 4 costados por planos verticales.

Ordenanza II.

Reglamenta el amojonamiento de minas y la intervención que le corresponde a la autoridad en su realización.

Ordenanza III.

Reglamenta la conservación de los mojones y las penas para quienes no los conservaran o destruyan.

De las cuadras

Ordenanza I.

La mina que se concede al descubridor al tener 80 varas (66,88 metros) de largo, medidas sobre la veta, tendrá de ancho o cuadra, la mitad, o sean 40 varas (33,44 metros) y las demás minas como ya se ha dispuesto, 60 y 30 varas (50,16 y 25,08 metros) respectivamente, formando el contenido de tales figuras la pertenencia del minero dentro de la cual nadie más que él puede invocar derechos mineros. La veta ha de quedar en la mitad de la cuadra, o sea a cada uno de los lados de la misma se medirán 40 varas (33,44 metros) o 30 varas (25,08 metros) respectivamente, para demarcar la medida de tal pertenencia a lo ancho.

Fuera de tales cuadras, aunque la mina no esté amojonada, todo es terreno franco.

Ordenanza II.

El minero es dueño de todas las vetas que se encuentren dentro de sus cuadras y nadie puede en principio traspasar sus límites.

Ordenanza III.

El minero que vaya explotando su veta principal puede seguir aprovechándola en su recuesto si por él se interna en mina vecina. Pero si siguiendo ese recuesto, esa veta invasora se va a confundir con la principal de la mina invadida, continuará la explotación de tal conglomerado en compañía, apartándose un quinto para el minero invadido y dividiéndose el resto por mitades con los gastos de tal explotación. Si continuando esa explotación conjunta del recuesto, se produjera una nueva internación y una nueva confusión, se aplicará análogo principio sobre la base de tercios y así sucesivamente.

Ordenanza IV.

La internación reglada en la ordenanza anterior sólo se refiere a una sola posibilidad, de modo que si la veta principal se divide en varias capas o ramas antes de penetrar en la mina colindante, el invasor deberá declarar cual de esas capas o ramas elige como la principal y luego ya no podrá cambiarla o elegir otra.

Ordenanza V.

Si el minero invasor durante la explotación de su recuesto llega a descubrir en la mina invadida una veta que no es la explotada por el invadido, podrá aprovecharla entregando al invadido la quinta parte del metal de esa veta extranjera, previa deducción de los gastos. Si luego esa veta se une a la principal de la mina invadida, se seguirá el régimen previsto en la Ordenanza III.

Ordenanza VI.

Regula el trabajo de las minas en cuanto pueda impedir el tránsito por la superficie de las mismas.

De las labores y reparos de las minas y ruinas que suceden en ellas

Ordenanza I.

Reglamenta la forma como deben emplazarse y comenzarse las tareas de explotación. Impone determinadas reglas técnicas y ordena inspecciones oficiales.

Ordenanza II.

No permite achicar puentes ni macizos salvo especial autorización oficial.

Ordenanza III.

Reglamenta la construcción y conservación de las escaleras para bajar a las minas.

De las entradas de unas minas en otras

Ordenanza I.

Todo minero que tenga mina abierta en explotación, está obligado a dejar entrar y pasar por ella a otros mineros de la zona que quisieran explotar sus propias minas sirviéndose de esa entrada y paso. El minero que tal servicio pidiera, deberá entregar en pago al dueño de la mina sirviente el quinto del mineral que extraiga o su precio en dinero si tuviera vendida su producción. En cuanto a la conservación de la escalera de bajadas, la mitad la pagará el dueño de la mina sirviente, y la otra mitad el o los demás usuarios.

Ordenanza II.

En caso de tener una mina varias entradas, se reglamenta su uso por terceros en la misma forma como se verá más adelante para los socavones.

Ordenanza III.

Reglamenta el paso por dentro de mina ajena, debiendo el usuario hacer a su costa todo lo que necesite para sus fines, con excepción de lo que la ordenanza I determina con respecto a la escalera de bajada. Dicta normas para el aseo y cuidado de los pasos y obras subterráneas.

De los despoblados

Ordenanza I.

Dentro de los 60 días posteriores al amojonamiento de una mina, el dueño de la misma deberá tener abierto un pozo de 6 varas (5,02 metros) de profundidad por 3 de ancho (2,51 metros), so pena de ser adjudicada sin más trámite al que la pida.

Ordenanza II.

El adjudicatario de mina despoblada conforme a la ordenanza anterior deberá dentro de los 60 días posteriores a la adjudicación, ahondar el pozo que hubiese, en 4 estados (7,80 metros) más de lo que tuviere, o a su opción, labrar otro de igual medida bajo pena de adjudicarse tal mina al que la pida y así sucesivamente. El adjudicatario de mina despoblada, por lo demás, no podrá cederla ni venderla hasta tener labrado un pozo de 10 estados (19,51 metros), bajo pena de nulidad de la operación y de adjudicación a quien la pidiere, aunque el cesionario o comprador la estuviese trabajando.

Ordenanza III.

Previo juicio sumarísimo se tendrá por despoblada una mina entera (de 60 varas) (50,16 metros), cuando no estuviere trabajada por lo menos con 8 indios o 4 negros y el propio minero, durante por lo menos 6 días continuos en cada período de 20 días, aunque tuviere parcelas menores en minas fraccionadas, ya que cada parcela deberá poblarse independientemente de la otra. Si se tratara de medias minas (de 30 varas), (25,08 metros) el trabajo deberá realizarse con 4 indios o 4 negros.

Ordenanza IV.

Si una mina tuviere varios dueños, no teniendo más de 60 varas (50,16 metros) de longitud, se poblará como se ha dicho en la ordenanza anterior, pero si tuviere más, deberá tener dos labores o más según sean las dimensiones de la misma y sin tener importancia el número de propietarios. Si uno de los copropietarios no quisiese aportar para los gastos del pueble o de los demás de explotación, previa intimación notarial por el socio que quisiese hacer el trabajo, perderá aquél su parte en la mina a favor del copropietario que hubiese hecho la inversión si éste labrase así la mina durante 2 meses. Lo mismo regirá siendo varios los remisos o varios los concurrentes. Si antes de vencer los 2 meses algún remiso se arrepintiere, se lo readmitirá, previo aporte de lo que adeudare conforme a lo que jurare el concurrente.

Ordenanza V.

Si uno o varios dueños de una mina pidieran división de la misma, se harán tantas partes iguales como dueños, pero primero elegirán las suyas los que no pidieron la división y quieran quedarse juntos, pero si ninguno así lo quisiera, se sortearán las parcelas entre ellos.

Ordenanza VI.

El copropietario de una mina que la trabaje con inconcurrencia de su condómino, durante 2 meses, prescribe para sí la parte de mina del inconcurrente siempre que en esos 2 meses no encuentre mineral. Pero si el condómino sólo amparase su parte, entrando en despueble, la del otro condómino, y siendo ésta denunciada por tercero, el condómino aquél tendrá 10 días de plazo para resolver si quiere quedar en condominio con el denunciante o si quiere dividir el condominio. En este último caso, el condómino primitivo hará la división material en 2 partes y elegirá la que le convenga, elección esa que quedará irrevocable. En caso de transcurrir los citados 10 días sin haber hecho el condómino primtivo manifestación alguna, se entiende que continuará el condominio.

Ordenanza VII.

Entiéndese por mina rica aquella que contenga metal, (plata pura) de 2 marcos (460 gramos) o más, por quintal (46 kilos) (o sea por lo menos un 1 %) y las que contengan menos, se llaman de zoroche. El que tiene poblada mina rica, no pierde por despueble las que tenga de zoroche, aunque no las trabaje, pero despobladas las ricas, puede perder las de zoroche salvo que las tenga pobladas con la mitad de lo que dispone la ordenanza pertinente para las ricas. No teniéndose más que minas de zoroche deben poblarse éstas en toda la extensión que manda la ordenanza, bajo pena de caer en despueble.

Ordenanza VIII.

En caso de fallecimiento de un minero, sin dejar herederos, o si sus herederos estuvieren en la metrópoli, el curador de bienes de difuntos deberá vender su mina en remate sin que nadie pueda trabajarla en el interín. Si los herederos vivieran en el país tendrán 5 meses de plazo para hacerse cargo de la mina, pasado cuyo plazo podrá denunciarse por despueble.

Ordenanza IX.

El o los mineros que estuvieren labrando un socavón para la mejor explotación de sus minas, no están obligados a poblarlas mientras se esté labrando el socavón con igual número de obreros que los que demandare el pueble de la mina.

Ordenanza X.

En las épocas de lluvias, es decir desde diciembre hasta marzo no correrá plazo para el pueble.

Ordenanza XI.

Pasados 30 días después de publicadas estas ordenanzas, se considerará despoblada y denunciable cualquier mina que la autoridad encuentre sin laboreo ni pozo que llegue a 2 estados (3,90 metros) de profundidad.

Ordenanza XII.

Cualquiera que hubiera poblado una mina registrada por otro, durante dos años pública y pacíficamente, la prescribe en su favor, salvo que fuese mina del Rey.

Ordenanza XIII.

Todo socavonero está obligado a amparar la mina que quiere explotar por el socavón o cualquiera que descubriese durante su ejecución, cuatro meses después —a más tardar— que el socavón hubiera llegado a la mina.

De los socavones

Ordenanza I.

El o los dueños de minas que quieran explotarlas por socavón, podrán abrirlo en cualquier parte y aún en terreno de mina ajena.

Ordenanza II.

El que abriere socavón de explotación podrá para llegar hasta su mina, atravesando pertenencias o socavones ajenos, pero no ocupando con su conducto más de 2½ varas (2,09 metros) de ancho por igual altura y entregando al dueño de la pertenencia atravesada todo el metal que extrajera de ella. Cualquier otro minero que para explotar su mina quisiera usar en todo o en parte un socavón ajeno, podrá hacerlo pagando los derechos consiguientes.

Ordenanza III.

El socavonero que descubriere veta nueva o despoblada durante su ejecución, podrá registrar en tal veta una mina de 60 varas (50,16 metros), tomando 30 (25.08 metros) a cada lado del conducto del socavón, sin computarse las 2½ varas (2,09 metros) de su ancho reglamentario, y si los socavoneros fueren 2, podrán registrar en igual forma 2 minas y si fueren 3, entonces 3 y nunca más, aunque fueran más los de la compañía. En esos casos, la mina del Rey se señalará al lado de la primera mina y siempre por mitades a cada lado. Luego podrán ubicarse en la misma forma los estaquistas, que hubiere, pero en ninguna de estas minas habrá cuadras, es decir medidas de latitud, pues todas se explotarán por el mismo socavón de la descubridora y sólo en el sentido de la longitud de la veta.

Ordenanza IV.

Da reglas para corregir cualquier diferencia geométrica en la ejecución del trazado de un socavón para evitar perjuicios a minas colindantes.

Ordenanza V.

Si el socavonero al llegar a su pertenencia y entrando en sus cuadras encontrase una veta que un colidante reclamara como prolongación del recuesto de la suya, se continuará el socavón por cuenta del reclamante hasta el pozo de su mina, y si no apareciera ese recuesto en esa prolongación se entenderá que la veta cuestionada pertenece al socavonero, quien podrá ahora aprovechar la prolongación del socavón y el pozo del vecino para explotarla, pagando los derechos de paso consiguientes. Y si encontrara otra veta más adelante, también se considerará suya, y si continuare mediando reclamación del colindante, se depositará el producido de esa veta en tanto se haga la verificación, tomándose sólo lo necesario para el laboreo de la misma veta y los derechos que de cualquier manera hubiera que pagar por el paso consiguiente. Si el contradictor no quisiera hacer la verificación o no trabajara en la prolongación del socavón durante veinte días con cuatro indios de día y otros tantos de noche, se lo tendrá por desistido, el socavonero seguirá su libre explotación, se dejará sin efecto el depósito del mineral extraido, todo le pertenecerá al socavonero y el contradictor no tendrá derecho alguno a la parte de socavón que hubiere construido.

Ordenanza VI.

Abierto que sea un socavón de explotación y terminada debidamente la obra, todos los dueños de minas que tuvieren vetas cruzadas por el socavón, deberán explotar esas vetas por el dicho socavón abriendo en ellas y a cada lado barrenos de 1½ vara (1,25 m.) de ancho por 2½ (2,09 m.) de alto, no pudiendo el socavonero cobrarles por derecho de paso más del 1/5 de los metales ricos o llampos (material flojo) que cada uno sacare de su veta, pagadero en la boca del socavón o el equivalente de su precio de venta si fuera el caso. Si algún minero atravesado quisiera abrir barrenos más allá de las 120 varas (100,32 metros), podrá hacerlo en las mismas condiciones. El usuario del socavón en todos los casos, sólo podrá servirse del mismo para salir o entrar por lo llano desde su boca, pero no por pozos que tuviere además el socavonero.

Ordenanza VII.

Los mineros que tengan vetas en la prolongación ideal de un socavón ajeno, podrán pedir a su dueño lo continúe hasta sus vetas y tendrán luego la obligación de servirse del socavón para su propia explotación en las condiciones ya regladas, todo sin perjuicio de los derechos y obligaciones del socavonero en relación con las cuadras a atravesar y con los metales que por tales sitios encontrare. Si el socavonero no quisiera ejecutar la prolongación, podrá ejecutarla cualquier minero ubicado en su prolongación ideal con las mismas consecuencias jurídicas pero modificando así, y sucesivamente si se diere un nuevo caso, el pago de los derechos por el uso del socavón, del diezmo al quinto, sin perjuicio de los derechos del socavonero original que no variarán por la prolongación.

Ordenanza VIII.

Abierto un socavón, todas las minas atravesadas deberán explotarse por él, y sus dueños no podrán en sus pertenencias abrir pozos a menos de 10 varas (8,36 metros) uno de otro con una medida en boca de 2 varas (1,67 metros) de largo por 1½ (1,25 m.) de ancho, trabajando por ellos cada mina en forma independiente, cuidando cada uno por su limpieza y seguridad y debiendo el socavonero dar el acceso a su galería, de sol a sol, para sacar metales y llampos y hasta una hora después, para sacar desmontes.

Ordenanza IX.

Cualquier persona tiene libre acceso a cualquier socavón o mina para inspeccionarlos.

Ordenanza X.

Habiendo socavones de desagües, todas las minas de arriba pagarán por la utilidad que sin duda les prestan, el décimo de sus extracciones, salvo que también usen el socavón para su explotación, en cuyo caso "sólo" pagarán el quinto (sic).

Ordenanza XI.

Existiendo dos socavones a distintos niveles, deberá la explotación de las vetas interesadas, realizarse por el socavón de más profundidad, y lo mismo regirá dando preferencia al de desagüe de nivel más bajo. Pero si llegando a la veta, entre los 2 socavones no hubiere un desnivel de más de 8 a 10 estados, (15,60 a 19,51 metros), el dueño de la veta puede elegir el socavón que más le convenga.

Ordenanza XII.

El minero que explote su mina por pozo o socavón ajeno, deberá sacar por ellos todo su metal y sus llampos y no por otro pozo bajo pena pecuniaria y de delito por hurto calificado.

Del alcalde mayor de minas y orden que se ha de guardar en la determinación de los pleitos y en las apelaciones y ejecuciones de las sentencias

Ordenanzas I a XI.

Trae una serie de reglas procesales y de organización de la justicia y fuero minero. La ordenanza VI prohibe la ejecución de las minas y de sus implementos y en el caso de venta de una mina, los acreedores de la misma tienen el derecho de preferencia. La ordenanza X decreta la irrevocabilidad de los contratos de compraventa de minas y prohibe alegar al respecto la lesión enormísima.

De los desmontes, trabajo y paga de los indios

Ordenanzas I a XII.

Considera que los desmontes no entrojados ni encerrados son de aprovechamiento común hasta la cantidad máxima de 15 días de trabajo de beneficio conforme a los medios técnicos que cada aprovechador posea. Traen reglas de trabajo, horarios para los indios, regímenes de trabajo especiales para ellos, reglas de salubridad para el empleo del mercurio, así como de seguridad en su aplicación, formas y modo de pagar el trabajo de los indios y reglas de inspección.

EL RÉGIMEN CIVIL DEL MENOR EN LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO *

Por Abelardo Levaggi

Sumario: 1. El nacimiento, acto determinante de la adquisición de la capacidad. La condición del "nasciturus". La ley 13 de Toro. 2. La incapacidad de hecho del menor. Suplencia. Cese. 3. Extensión de la incapacidad de derecho del menor. 4. Fundamento de la incapacidad del menor. Instituciones tutelares. 5. Apéndice documental. Habilitaciones de edad.

1. El nacimiento, acto determinante de la adquisición de la capacidad. La condición del "nasciturus". La ley 13 de Toro.

Nos proponemos con este trabajo hacer una exposición general acerca del régimen de la incapacidad de los menores en la historia del Derecho argentino, desde los tiempos de la dominación española hasta la sanción del Código Civil, vigente desde el 1º de enero de 1871. La falta de investigaciones histórico-jurídicas sobre la materia y la necesidad de emprenderlas y realizarlas pacientemente no nos han permitido ahondarlo en mayor medida que lo hecho.

El Derecho castellano trasplantado a las Indias y el Derecho propiamente indiano reconocieron a las personas, en general, aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones. Esa aptitud o capacidad no era, sin embargo, única, sino que variaba de acuerdo con el estado y condición del sujeto, y una de las circunstancias modificatorias de la capacidad era, precisamente, la edad.

Entre los hombres libres, el nacimiento era el acto adquisitivo de la capacidad, así como para los pocos esclavos que había lo era, como en el antiguo Derecho, la manumisión. Pero no sólo el ser nacido libre era titular de derechos; los simplemente concebidos ("nasciturus"),

* Trabajo presentado —con excepción del Apéndice documental— al Congreso que la "Société Jean Bodin" de Bruselas celebró en Estrasburgo, en mayo de 1972, para tratar el tema "La infancia".

por el hecho de serlo, también se hacían acreedores a ciertos derechos, que enumeraremos en el capítulo 3 [1].

Los romanistas ya habían formulado la máxima de que el concebido debía ser considerado nacido en aquello que le favorecía y las Partidas de Alfonso el Sabio, que siguieron sus enseñanzas, llegaron a establecer que "mientras estuviese la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se haga, o se diga, en pro de ella debe aprovecharle, bien así como si fuese nacida; más lo que fuese dicho, o hecho en daño de su persona, o de sus cosas, no le perjudica" (IV, 23, 3).

El nacimiento del nuevo ser, para hacerlo acreedor a todos sus derechos de infante, debía reunir ciertos recaudos. Además del requisito básico de que sus padres hubiesen estado unidos en legítimo matrimonio, la ley 13 de Toro, de 1505, y que rigió entre nosotros hasta la sanción del Código Civil, dispuso lo siguiente: "Por evitar muchas dudas que suelen ocurrir acerca de los hijos que mueren recién nacidos, sobre si son naturalmente nacidos, o si son abortivos, ordenamos y mandamos que el tal hijo se diga que naturalmente es nacido, y que no es abortivo cuando nació vivo todo, y que a lo menos después de nacido vivió veinticuatro horas naturales, y fue bautizado antes que muriese, y si de otra manera nacido murió dentro de dicho término, o no fue bautizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo, y que no pueda heredar a su padre, ni a su madre, ni a sus ascendientes; pero si por la ausencia del marido o por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho hijo las calidades susodichas que no sea habido por parto natural ni legítimo".

Con palabras del comentarista español Sancho Llamas y Molina, "la disposición de esta ley se reduce a que el hijo que no nace todo vivo, no recibe las aguas del bautismo, y muere antes de las veinticuatro horas, se tiene por abortivo para no ser admitido a la herencia de sus padres: que el que nace diez meses y medio después de la ausencia del marido, se debe considerar como abortivo, y es igualmente excluido; lo que debe entenderse con tal que no continúe viviendo algunos días después. Que el nacido antes de los siete meses incoados de la celebración del matrimonio, se debe considerar como abortivo, para no suceder a su padre, aunque nazca todo vivo, sea bautizado y

[1] ALFONSO GARCÍA GALLO, *Curso de historia del Derecho español*, t. II, vol. I, Madrid 1950, pp. 48 y 101.

viva más de las veinticuatro horas; a no ser que continúe después viviendo por considerable número de días; pues tanto cuando el parto se adelanta como cuando se retarda, si el feto se fortalece y vive por algunos meses o años, no se tendrá por abortivo para los efectos que dispone la ley''[2].

El requisito del bautismo, introducido por la ley de Toro, fue cuestionado entre nosotros, en pleno siglo XIX, por Amancio Alcorta, que le negaba calidad de ''indispensable''. Su principal argumento era que ''para la ley civil no hay ni herejes ni cristianos, ni moros ni judíos''; que ''la adquisición de derechos, y la imposición de obligaciones no tienen excepción alguna en la falta del vínculo religioso; y nadie legítimamente puede ser privado del goce de las unas, ni libertado de la imposición de las otras, si la capacidad de derecho le acompaña'' y, finalmente, que ''el requisito del bautismo es incompatible con los principios, derechos y garantías que la Constitución general acuerda a todos los que habitan el territorio argentino''[3].

Las leyes de Partidas, anteriores a las de Toro, se habían limitado a exigir, frente a la misma situación, que el nacimiento se produjese entre el comienzo del séptimo mes de embarazo y final del décimo, figura humana en la criatura y vida separada de la madre (IV, 23, 4 y 5). En cambio nuestro codificador Dalmacio Vélez Sarsfield deslindó la cuestión de la capacidad de derecho del recién nacido, de la relativa a su legitimidad, y apartándose de ambos precedentes castellanos redactó los artículos 70, 71 y 72 del Código Civil en los siguientes términos: ''Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre''. ''Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviere por operación qui-

2 *Comentario crítico, jurídico y literal, a las ochenta y tres leyes de Toro*, 3ª ed., t. I, Madrid 1853, p. 275. La presunción —acotaba JUAN SALA— de que el nacido dentro de estos términos era hijo del marido de su madre, con arreglo al principio de Derecho romano que decía, ''Pater is est, quem nuptiae demonstrat'', era tan fuerte, que por más que la misma madre dijera lo contrario, no debía ser creída, ni perder el hijo los derechos de legítimo; a no ser que el marido hubiera estado separado de ella tanto tiempo, que se pudiera verdaderamente sospechar según la naturaleza, que el hijo era de otro, Part. III, 14, 9 (*Sala adicionado o Ilustracion del Derecho español*, t. I, Paris 1844, pp. 30 y 31).

3 *La ley 13 de Toro*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. I, Buenos Aires 1869, pp. 410 y 413.

rúrgica". "Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo"[4]. Como se desprende del texto, el requisito del bautismo quedó eliminado de la legislación argentina.

2. La incapacidad de hecho del menor. Suplencia. Cese.

Como se ha dicho, la edad fue, y sigue siendo, una circunstancia natural modificatoria de la capacidad de las personas. Siguiendo el sistema romano justinianeo, las Partidas fijaron el comienzo de la mayor edad a los veinticinco años y distinguieron, entre los menores, a púberes e impúberes: varones y mujeres mayores y menores de catorce años, respectivamente. A su vez, entre los impúberes, el Derecho castellano reconoció las figuras del infante, hasta los siete años; del menor próximo a la infancia, desde los siete hasta los diez años y medio, y del menor próximo a la pubertad, desde esa edad hasta los catorce años[5].

El menor, mientras duraba su minoridad, estaba afectado por una incapacidad diminuente con el transcurso del tiempo, derivada —como es natural— del insuficiente desarrollo de sus facultades. La condición de "alieni iuris" en la que se encontraba hacía —y sigue haciendo— menester la suplencia de su incapacidad por el padre, tutor o curador, según el caso.

La patria potestad

Normalmente, los menores se hallaban bajo la patria potestad, o sea bajo el poder del padre. "La razón de esta potestad —decía el jurista guatemalteco, difundido entre nosotros, José María Álvarez—

[4] Fundando el art. 72, anotó el codificador que "la ley 2 Rec., título 5, libro 10, para quitar dudas en la materia, exigió que el hijo había de nacer en el tiempo regular, vivir veinticuatro horas y ser bautizado. La cuestión quedaba siempre como cuestión de hecho, sobre un solo momento de vida, pues si el nacido vivía sólo veintitrés horas y cincuenta minutos, se tendría como abortivo, o nacido sin vida. Nuestro artículo no exige la viabilidad del nacido como condición de su capacidad de derecho".

[5] "Infante es llamado, según latín, todo mozo que es menor de siete años: y este tal, no teniendo padre, no lo puede ninguno porfijar [adoptar], porque no tiene entendimiento para consentir. Mas el mozo que fuese mayor de siete años, y menor de catorce, bien lo puede porfijar con otorgamiento del Rey; y no de otra guisa. Y esto es por esta razón: porque tal mozo como éste, que es menor de catorce años, y mayor de siete, no tiene entendimiento cumplido; y otrosí, no es menguado de entendimiento del todo" (*Part.* IV, 16, 4).

FD.Y C.S. BIBLIOTECA

es evidente. Como cuando los hijos son todavía infantes o niños pequeños, y aun jóvenes, no están dotados de aquella perspicacia de ingenio y habilidad necesaria para que ellos mismos pudiesen por sí buscar sus alimentos, y saber cómo deben arreglar sus acciones a la recta razón, Dios, que quiso que existiesen, se conoce que quiso también encomendar a otros el cuidado de su educación. Y como no puede haber otros más a propósito que sus mismos padres, a quienes con este fin ha infundido un tierno amor, se infiere claramente, que este oficio incumbe principalmente a los padres, y que deben estar revestidos de toda aquella autoridad que se requiere para dirigir y gobernar las acciones de sus hijos" [6].

El mismo autor, exponiendo el Derecho español, deslindaba una patria potestad onerosa de otra útil. La primera era común al padre y a la madre, fueran legítimos o ilegítimos los hijos, y consistía en aquellas obligaciones que la recta razón impone a todos aquellos que dan el ser a otro (Part. IV, 19, 5 y céd. 11 dic. 1796, art. 25). La segunda comprendía en cambio algunos derechos que producen honor y utilidad a los padres que han tenido hijos legítimos. Era exclusiva del padre, no de la madre ni de los parientes de ésta, y abarcaba la propiedad de los bienes profecticios (del padre o de su línea) y el usufructo de los adventicios (de la madre o de su línea).

El primer profesor de Derecho civil de la Universidad de Buenos Aires, y prosélito del utilitarismo, Pedro Somellera, al abordar ante sus alumnos, en 1824, el tema de la patria potestad, tras referirse a las tesis opuestas de la potestad despótica romana, propiciada por unos, y del anonadamiento de la potestad del padre por el Estado, auspiciada por otros, se ubicaba en un término medio, a su juicio más ventajoso a la prosperidad general [7].

Somellera, en plena época de reformas sociales, procuraba morigerar, no anular, la autoridad paterna. Otras voces, en cambio, abogaban en pro del robustecimiento de esa autoridad. Ejemplo de ello lo encontramos en la tesis doctoral presentada por Fidel S. Cavia, en 1864, con su exhortación: "respetemos la voluntad del padre en las penas con que éstos castigan a sus hijos cuando la ley lo autoriza

[6] *Instituciones de Derecho real de España*, por el Doctor D. JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, adicionadas con varios apéndices, párrafos, etc., por DALMACIO VÉLEZ, Buenos Aires 1834, p. 52.

[7] *Principios de Derecho civil*. Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en 1824, reedición facsimilar, Buenos Aires 1939, pp. 89-91.

para ello como en la desheredación, y no hagamos de la patria potestad la más despreciable de las autoridades'' [8].

Tutela y curatela

Los menores no sujetos a la patria potestad, debían estarlo a tutela o curatela, según fuese su edad. Nuestro Derecho —escribía Álvarez— estableció desde antiguo que se den tutores a los impúberes o pupilos que no han llegado a la edad de catorce años, y curadores a los menores de veinticinco, ''porque siendo por lo común hasta esa edad el juicio de los hombres tan escaso y sus pasiones tan violentas, era muy fácil que fuesen engañados: que se precipitasen en los vicios, y que malgastasen y perdiesen sus bienes'' [9].

Debía darse tutores a los menores libres, que necesitasen de educación y fuesen incapaces de administrar sus bienes. De aquí nacían, en opinión del citado Álvarez, tres conclusiones: primera, que el tutor se daba primero para la persona y no para las cosas, a diferencia del curador, que se daba principalmente para los bienes; segunda, que al que tenía padre no se le daba tutor, ''porque mientras vive el padre el hijo tiene quien lo eduque y guarde; también porque en todo ese tiempo el hijo está en su potestad, y así no es del todo libre'', y tercera, que al siervo no se le daba tutor, pues estando en la potestad domínica, no era libre tampoco.

La tutela era de tres maneras: testamentaria, cuando el padre, por testamento, daba el tutor a sus hijos; legítima, cuando era asumida por las personas que designaba la ley, comenzando por los consanguíneos más cercanos del pupilo, y dativa, cuando a falta de tutor testamentario y legítimo era el juez quien hacía su nombramiento. Siempre de acuerdo con Álvarez, ''el fundamento de esta división está tomado de la semejanza que hay en derecho entre la tutela y la herencia, porque así como el heredero instituido en testamento excluye a todos los demás [en el Derecho antiguo], así el tutor testamentario. Así como cuando no hay derecho suceden los herederos legítimos, de la misma manera faltando el tutor testamentario son llamados los legítimos. Finalmente, así como cuando no hay heredero alguno, ni tes-

8 *Tesis presentada y sostenida por Fidel S. Cavia en la Universidad de Buenos Aires para obtener el grado de doctor en Jurisprudencia,* Buenos Aires 1864, p. 17, en Facultad de Derecho, *Tesis 1863-1865,* colección Candioti.

9 *Op. cit.,* p. 87.

tamentario, ni legítimo, sucede el fisco, así en falta de las otras dos especies de tutores nombra el juez" [10].

Fenecía la tutela por muerte, incapacidad, renuncia o remoción del tutor, o con la llegada del pupilo a la pubertad. Alcanzados los catorce años y adquirido algún juicio, cesaba la razón principal por la cual se había discernido la tutela al menor: que fuera educado bajo el gobierno y dirección del tutor. Pero al no tener aún todo el juicio necesario para regirse por sí mismo y administrar sus bienes, el Derecho le confería otra guarda, la curatela, que a diferencia de la anterior —y como se ha señalado— no tenía por primer objeto la persona del pupilo sino sus bienes. Además, ambas instituciones diferían en el hecho de que la tutela se daba al pupilo aunque no la quisiese (Part. VI, 16, 1), en tanto que no se daba curador al menor si no lo pedía, salvo el caso de pleito, en que sí era necesario, y en que mientras el tutor actuaba en relación con la persona y todos los negocios del pupilo, el curador podía ser nombrado para un solo acto u objeto (íd., leyes 1 y 13). Acerca de la curatela debemos agregar que ningún menor podía tratar y contratar sin tener curador, y que su designación, aun hecha por el padre en testamento, debía ser siempre confirmada por el juez, de quien tomaba su fuerza. Por esta razón podía decirse que toda curatela era dativa.

La Corona española, guiada por los principios humanitarios de la moral cristiana, puso de manifiesto un especial y constante empeño en la protección del débil, en este caso el menor, a quien —fuerza es no olvidarlo— llegó a asimilarle al propio indígena. Las varias disposiciones peninsulares y criollas dictadas para asegurar a la tutela y a la curatela el cumplimiento de sus fines prueban el aserto. Podemos así recordar la ley que tomando cuenta de los muchos huérfanos de españoles y mestizos que se encontraban en Indias en completo abandono, ordenó se les proveyese de tutores para sus personas y haciendas (R. C. 18 febrero 1555); la que disponía "que no se discierna tutela ni curatela de ningún menor en que intervenga hacienda sin haberse asentado por el escribano del ayuntamiento la razón de la tal tutela en el libro que ha de tener" (RR. CC. 1544, 1581 y 1586; Rec. Indias VI, 8, 5), y la que para evitar las quiebras de fiadores de tutores, y consiguiente peligro de ruina de los pupilos, mandaba "que las fianzas que se tomaren por los Escribanos de Provincias

[10] *Id.*, p. 90.

corriesen por su cuenta y riesgo en cuanto a la seguridad y que el que las recibiese sea propietario del oficio, o al menos tenga la tercera parte de su valor en él" (R.C. 9 de junio 1687) [11].

En consonancia con la voluntad real, así manifestada, las autoridades locales adoptaron también providencias tendientes a evitar el desamparo de las personas y bienes de los menores, situación, no obstante estos desvelos, asaz frecuente en América, y en el Río de la Plata en particular. Comprobamos, por ejemplo, que el gobernador del Tucumán Alonso de Rivera, al nombrar juez de menores en la persona de Juan Núñez del Pozo, el 19 de octubre de 1607, le ordenó entre otros cometidos que, en los casos de muerte o falta de tutores y curadores, "siendo los tales menores de catorce años arriba y capaces para ello les apercibiréis que nombren curadores y siendo personas fiables y de buena vida y fama los que nombraren, precediendo el juramento y fianzas legas llanas y abonadas que de derecho se debe le dimiriréis las dichas curadurías en forma, y siendo menores de la dicha edad les nombréis tutores de vuestro oficio que sean personas tales y les discerniréis las dichas tutelas, por el mismo orden referido les entregaréis los bienes de los dichos menores por cuenta y razón, por ante escribano público, de modo que siempre se procure la conservación y aumento de los dichos menores y de sus bienes" [12].

Las malas fianzas dadas por tutores y curadores al asumir sus cargos dejaban desamparados a los menores que debían reclamarles por la dilapidación de sus bienes. De allí la insistencia de las autoridades para obtener garantías ciertas de estos funcionarios. Esto se advierte en el auto del gobernador de Buenos Aires Alonso de Mercado y Villacorta, del 31 de marzo de 1661, al mandar que los jueces de menores "reconozcan las fianzas y estado de ellas y el fiador o fiadores que en cualquier manera que les sea pareciere no es abonado o tuviere algún falimiento obligarán a dichos tutores las remuevan y a ello serán apremiados por todo rigor de derecho con pena que les impone" [13].

11 JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*, t. II, Buenos Aires 1943, pp. 250-3.

12 ARCHIVO MUNICIPAL DE CÓRDOBA, *Libro Cuarto*, Córdoba 1883, p. 413.

13 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Acuerdos del extinguido cabildo de Buenos Aires*, serie I, t. XI, Buenos Aires 1914, pp. 326-7, y JUNTA DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, *Actas del cabildo de la ciudad de Santa Fe*, segunda serie, t. I, Santa Fe 1942, pp. 26-7.

FD y CS BIBLIOTECA

Matrimonio y emancipación

No siendo por haber alcanzado la mayoría de edad, los menores pasaban a ser "sui iuris" principalmente de dos maneras: por medio del matrimonio y de la emancipación. El matrimonio celebrado con todas las solemnidades del Derecho producía los mismos efectos que la emancipación (Rec. de Castilla V, 1, 8); si el hijo tenía dieciocho años cumplidos recibía el usufructo de sus bienes adventicios, de lo contrario no (íd., ley 14) [14].

En cuanto a la emancipación, el régimen estaba de acuerdo con la edad. Si el hijo era mayor de siete años, debía haber acuerdo de voluntades entre el padre y él, y ambos manifestarlo ante el juez ordinario, encargado de aprobar el acto y de hacer extender la escritura de emancipación. Si en vez, era menor de siete años, debía solicitarse primero gracia especial a la autoridad superior y, una vez concedida, ocurrir al juez. Según una real cédula del 9 de octubre de 1637, los virreyes de Indias no debían conceder habilitaciones de edad "a los menores de dieciocho o veinte años, por seguirse el perjuicio de que por la poca edad y ninguna experiencia gastan con facilidad sus legítimas y después se hallan perdidos", de manera que "cuando se solicitaren semejantes gracias deberán remitir al Consejo las instancias con las correspondientes informaciones para en su vista proveer a lo conveniente" [15].

El Código Civil

Vélez Sarsfield introdujo importantes modificaciones en su Código Civil al estatuto jurídico del menor que dejamos expuesto, procurando, sobre todo, darle mayor fluidez al sistema. Consideró menores a "los individuos de uno y otro sexo, que no tuviesen la edad de veintidós años cumplidos" (art. 126) y redujo a sólo dos las varias especies de éstos: menores impúberes "los que aun no tuviesen la

[14] Anotaba nuestro VALENTÍN ALSINA que aunque el menor casado, mayor de dieciocho años, podía administrar sus bienes, debía tener curador pues el matrimonio no le daba juicio. La concesión hecha para fomentar los matrimonios no destruía los demás beneficios acordados por las leyes a los menores y así, celebrado un contrato perjudicial para el menor, sin permiso del curador, podía rescindirse por la regla general de Derecho de que un beneficio no destruye a otro beneficio (VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Un manuscrito sobre práctica forense de Valentín Alsina*, p. 260, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº 20, Buenos Aires 1969).

[15] OTS CAPDEQUÍ, *op. cit.*, t. II, pp. 253-4. Ver Apéndice documental.

edad de catorce años cumplidos", y adultos, "los que fuesen de esta edad hasta los veintidós años" (art. 127). A los primeros les atribuyó incapacidad absoluta de hecho (art. 54) y a los segundos, relativa, o sea sólo "respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos" (art. 55). La incapacidad de los menores cesaba "por la mayor edad, el día en que cumplieren veintidós años [hoy veintiuno], y por su emancipación antes que fuesen mayores" (art. 128), con la singularidad de que la emancipación sólo tenía lugar por el Código en caso de matrimonio celebrado con la autorización necesaria, sin depender de ninguna otra formalidad (art. 131).

Siempre según el Código de Vélez Sarsfield, los hijos menores debían estar "bajo la autoridad y poder de sus padres" (art. 265), quienes tenían el usufructo, por regla general, de sus bienes (art. 287), y siendo el padre "el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aun de aquellos bienes de que no tenga el usufructo" (art. 293).

En materia de tutela el codificador justificó su apartamiento del Derecho tradicional en "no fundarse, en razón alguna" y ser "causa todos los días (de) cuestiones judiciales sobre si los púberes podían o no ser obligados a recibir curadores, o sobre la validez de sus actos, etcétera" (nota art. 377). Estableció así la tutela "para gobernar la persona y bienes del menor de edad [de todo menor de edad], que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil" (art. 377). Mantuvo en cambio las tres clases conocidas de tutela: testamentaria, legítima y dativa, agregando una tutela especial para casos tales como oposición de intereses entre padres e hijos o tutores y pupilos, pérdida de la administración de los bienes de los hijos, bienes excluidos de la administración de los padres, etc. (art. 397). "El tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes" (art. 413).

Extendida la tutela hasta la mayor edad del pupilo, la curatela quedó limitada en el Código a las personas mayores de edad incapaces de administrar sus bienes (art. 468), y a los bienes vacantes (art. 485 y subs.).

Varias de estas disposiciones sufrieron modificaciones posteriores, sobre todo por las leyes 10903, de 1919, y 17711, de 1968.

F.D. y C.S. BIBLIOTECA

3. Extensión de la incapacidad de derecho del menor.

Veamos ahora qué extensión tuvo la incapacidad del menor de acuerdo con su edad o, dicho de otro modo, qué actos estaban exceptuados de la regla de la inhabilidad del menor para gobernar su persona y sus bienes.

Ante todo, tanto los menores libres, como los esclavos de cualquier edad, eran dueños y podían disponer —desde el antiguo Derecho español— de una porción determinada de bienes que recibía el nombre de peculio. Juan Sala distinguía y definía un peculio profecticio, "el que ganan los hijos con los bienes de los padres, o por razón de sus padres que los tienen en su poder; y es en todo de los mismos padres"; un peculio adventicio, "el que gana el hijo por obra de sus manos, o le viene por donación, legado o herencia de su madre; o de cualquier otro, o si hallase tesoro o alguna otra cosa. Y de éste es la propiedad del hijo, y el usufructo del padre"; y un peculio castrense, "el que gana el hijo por razón de la guerra", y cuasi-castrense, "por razón de la milicia togada, esto es, por servir a la república de juez, abogado, catedrático y otros oficios semejantes", siendo estos dos últimos peculios enteramente del hijo, que podía hacer con ellos lo que quisiese, sin intervención ninguna de sus padres ni demás parientes [16].

Los demás derechos importantes de los menores fueron enumerados por Vélez Sarsfield, "para mayor comodidad de los estudiantes de jurisprudencia", en uno de los apéndices que incorporó a la edición bonaerense de las *Instituciones* de José María Álvarez. Los agruparemos por categorías.

A. *Nasciturus*

a. El que estaba en el vientre se tenía por nacido en todo lo que le aprovechaba, pero no le dañaba lo que en su contra se hacía (Part. IV, 23, 3).

b. La madre del que aun no había nacido podía pedir la posesión, a nombre de la criatura que tenía en el vientre, de los bienes que habían quedado de su difunto marido, y el juez, previo un juicio sumario sobre el embarazo de ella y de ser mujer legítima, debía ponerla en posesión (Part. III, 22, 7).

[16] *Op. cit.*, t. I, pp. 31-2.

B. *Menores impúberes*

a. El menor de siete años no podía obligarse, ni obligar a la persona con quien contrataba (Part. V, 11, 4). El mayor de siete, y menor de catorce, podía sí obligarse en su provecho, y valía su obligación en cuanto le era provechosa (Part. V, 11, 4).

b. El menor de siete años no podía aceptar la herencia que le fuera dejada. Si se hallaba en poder de su padre y moría antes de los siete años, el padre debía recibir la herencia (Part. VI, 6, 13).

c. El mayor de siete años podía contraer esponsales (Part. VI, 1, 6).

d. El mayor de siete años podía concurrir con su tutor a pedir y defender sus derechos (Part. VI, 16, 17).

e. El hijo menor de diez años y medio no podía ser desheredado por sus padres (Part. VI, 5, 6).

f. Los menores de diez años y medio no podían cometer delitos (Part. VII, 1, 9; 8, 3, y 31, 8).

C. *Menores púberes*

a. La mujer cumpliendo los doce años, y el hombre los catorce, podían contraer matrimonio (Part. IV, 1, 6).

b. El mayor de catorce años podía jurar in litem (Part. III, 11, 15).

c. El heredero menor de veinticinco años, y mayor de catorce, podía aceptar la herencia, y si conocía después que le era gravosa, podía renunciarla (Part. VII, 6, 13).

d. El mayor de catorce años podía hacer compañía con otros (Part. V, 10, 1).

e. El mayor de catorce años podía ser testigo en los testamentos (Part. VI, 1, 1).

f. El mayor de catorce años podía acusar criminalmente (Part. VII, 1, 2).

g. El mayor de catorce años podía obligarse teniendo guardador, en todo lo que le era útil, como se expuso (Part. V, 11, 4, y VI, 16, 17).

h. Los mayores de dieciséis años podían hacer votos solemnes (Conc. Tridentino, sec. 25 de ref., cap. 15).

i. Hasta la edad de diecisiete años no se imponía la pena ordinaria del delito (Part. VII, 31, 8).

U. de C. S. BIBLIOTECA

j. Los mayores de dieciocho años casados podían administrar sus bienes (Rec. Cast. V, 1, 14).

k. Los mayores de veinte años podían pedir venia de edad.

D. *Menores en general*

a. Los menores de cualquier edad podían ser injuriados (Part. VII, 9, 9).

b. No perdían sus cosas por el transcurso del tiempo (Part. III, 29, 8).

c. Podían excusar en juicio al procurador ausente (Part. III, 3, 12).

d. No podían dar sus bienes raíces en dote, pero sí las cosas muebles, con licencia de su curador (Part. IV, 11, 14).

e. Al menor de veinticinco años no se le podía pedir lo que se le había prestado, a no ser que se probara que había sido en su provecho y que tenía gran necesidad (Part. V, 1, 3).

f. El que afianzaba a un menor y pagaba por él, no podía luego demandarlo (Part. V, 12, 4).

g. Quien pagaba a un menor lo que le debía, sin mandato del juez, perdiendo el menor la cantidad entregada, no quedaba liberado de su deuda (Part. V, 13, 4).

h. El menor de veinticinco años instituido heredero bajo condición podía por sí solo cumplir la condición y haber la herencia (Part. VI, 4, 15).

i. Si el menor de edad renunciaba la herencia, podía aceptarla otra vez hasta pasados tres años, aun cuando los bienes hubiesen sido enajenados (Part. VI, 6, 18 y 20).

j. El menor que ocultaba en su casa un esclavo fugitivo no incurría en la pena de la ley (Part. VII, 14, 25).

También, los menores impúberes, podían obtener por el préstamo de sus capitales intereses mayores que los corrientes, sin incurrir por ello en el delito de usura, antes bien, denominándose las suyas en señal de licitud "usuras pupilares". Ejemplo de estas operaciones nos lo brinda el cabildo, celebrado en Buenos Aires el 8 de marzo de 1759, oportunidad en la cual se resolvió, "en atención a no tener, la Ciudad, por lo presente, con qué satisfacer algunos piquillos que se deben y haber informado el Sr. Alcalde de Segundo Voto, y el Sr. Regidor don Alonso García defensor general de menores, había novecientos pesos pertenecientes a unos menores", recibir esos fondos a rédito, otorgan-

do la ciudad el correspondiente instrumento de seguro "a razón de el cinco por ciento"[17]. En la época independiente, por decreto del gobierno de la provincia de Buenos Aires, del 7 de enero de 1823, se dispuso que "los depósitos de bienes de menores, que deben ejecutarse a virtud de mandato judicial, se harán en el Banco al rédito del seis por ciento al año"[18].

Además de las normas del Derecho común recordadas, debemos mencionar algunas otras dictadas especialmente para las Indias. El libro VI de la Recopilación reproduce sendas reales cédulas, de Carlos I, del 26 de febrero de 1583, y de Felipe II, del 5 de julio de 1578, por las cuales el servicio personal sólo podía practicarse con indios "de dieciocho años cumplidos" (12, 14) y, concordantemente, debían pagar el tributo los "que pasaren de dieciocho años de edad" (5, 7). Por otra parte, el auto del gobernador de Buenos Aires Bruno Mauricio de Zavala, del 14 de marzo de 1722, estableció que el juez de menores y su defensor no debían llevar costas procesales por los escritos y demás diligencias hechas en favor de menores[19].

El Código Civil de Vélez Sarsfield reconoció a los menores, en líneas generales, similares derechos a los que hemos enumerado, bajo la inteligencia, expresamente asentada en el artículo 58, de que "este Código proteje a los incapaces, pero sólo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio".

4. Fundamento de la incapacidad del menor. Instituciones tutelares.

Partiendo de la base de que los menores, así como las demás personas naturalmente disminuidas, tienen necesidad de protección social, el legislador castellano apeló tanto a los privilegios como a los beneficios del Derecho común para compensar su indigencia y preservar sus intereses. La declaración de la incapacidad jurídica relativa de los menores tuvo, precisamente, el fundamento de no exponerlos a los

17 Archivo General de la Nación, *Acuerdos*, etc., serie III, t. II, Buenos Aires 1926, p. 393.

18 *Registro oficial de la provincia de Buenos Aires*, año 1823, Buenos Aires 1874.

19 Archivo General de la Nación, *Acuerdos, etc.*, serie II, t. IV, Buenos Aires 1927, pp. 462-4.

F.D.y C.S. BIBLIOTECA

riesgos propios del libre juego de las transacciones y de procurar, en cambio, tutelar sus personas y bienes por medio de la intervención obligada de jueces y defensores "ad hoc", y de la concesión de privilegios tales como el de la "restitutio in integrum".

"Es constante que el juicio de los menores es frágil y débil, y por lo mismo expuesto a muchos engaños y perjuicios, que los padecen con frecuencia por su propia debilidad, por culpa de sus guardadores, o de otros. Y de ahí es, que los legisladores han tenido a bien...", escribía Juan Sala proporcionando el fundamento de las normas jurídicas protectoras de la minoridad [20].

La última parte de nuestro trabajo la dedicamos al análisis de tres de esas instituciones tutelares: jueces y defensores de menores, y beneficio de la "restitutio in integrum".

El juez y el defensor de menores

En páginas anteriores pusimos de manifiesto el celo con el cual la Corona española veló por la suerte de los menores indianos, impartiendo directivas certeras a las autoridades locales, que se tradujeron en medidas de gobierno bien orientadas, aunque no siempre cumplidas en la práctica. De ese conjunto bien hilvanado de disposiciones se destaca por su importancia el establecimiento de dos oficios llamados a ser la piedra fundamental de todo el sistema tutelar del menor. Nos referimos a los juzgados y defensorías de menores erigidos en cada ayuntamiento, a semejanza —juzgamos— de los juzgados de bienes de difuntos contemplados en la Rec. de Indias, II, 23, 20 [21].

Las actas capitulares correspondientes al actual territorio argentino revelan que, salvo en Buenos Aires y alguna otra ciudad, desde los primeros tiempos se nombraron anualmente, como correspondía, jueces y defensores de menores, para los objetos conocidos. En la gobernación del Tucumán, según sabemos, sucesivas autoridades trataron de que los juzgados de menores cumpliesen con los fines de su creación. Así la ordenanza del gobernador Juan Ramírez de Velazco, del 19 de febrero de 1587, dictada a raíz del juicio de residencia se-

[20] *Op. cit.*, t. I, p. 94.

[21] "En todas las ciudades, villas y poblaciones de españoles, donde no hubiere caja real, ni oficiales, o tenientes suyos, nombre el Cabildo al principio de cada un año por tenedores de bienes de difuntos a uno de los Alcaldes Ordinarios, y a un Regidor, y el otro sea el Escribano del Ayuntamiento...".

guido contra su antecesor Hernando de Lerma, por la cual mandó "que en cada un año los Alcaldes ordinarios de esta Ciudad [de Santiago del Estero] y de las demás Ciudades de esta Gobernación tengan y tomen a su cargo el tomar ... las cuentas de bienes de menores a sus tutores y curadores en cada un año y dentro de diez días de la elección cada uno de los dichos Alcaldes por auto lo mande a pregonar en su Ciudad y Jurisdicción y vayan tomando las dichas cuentas con toda brevedad y diligencia y cuidando administrando justicia igual a las partes como están obligados y ocho días antes de Pascua de Navidad de cada año los Alcaldes de esta Ciudad den testimonio a S.S. de ello y los Alcaldes de las demás Ciudades dentro de un mes le envíen testimonio de ello con la razón clara de los difuntos abintestatos o por testamento y de los bienes que tienen y quiénes son sus tutores y curadores y las cuantías en que son alcanzados, para que S.S. lo vea y provea acerca de ello lo que más convenga y en todo haya la cuenta y razón que S.M. manda" [22].

Y el ya citado auto del gobernador Alonso de Rivera, del 19 de octubre de 1607, nombrando a Juan Núñez del Pozo juez de bienes de menores de las ciudades de Córdoba, San Miguel de Tucumán y Todos los Santos de la Nueva Rioja, le dio órdenes para que "procuréis saber el estado y disposición en que están los bienes y hacienda de los menores que hubiere en ellas haciendo que sus tutores y curadores o sus fiadores en su nombre por su muerte o ausencia os den cuenta de ellos compeliéndoles a ello por todo rigor nombrando de oficio o a pedimento de partes el tercero o terceros que fueren necesarios para hacerlas por cargo y data y distribuciones por años con el orden que se requiere y hechas las juren las partes de que no se han dejado de hacer cargo en ellas de bienes algunos de los dichos sus menores ni que han puesto en data y descargo cosa que no sea verdadera como deben y son obligados, y los alcances líquidos que se les hiciere los cobraréis de sus personas y bienes y de las de sus fiadores y suyos y de quien con derecho se pueda y deba ... procediendo en todo con justificación haciendo que por ninguna vía los dichos menores sean damnificados en sus personas y bienes sacándolos de poder de cualquiera persona que los tenga indebidamente y sin haber precedido las diligencias necesarias para su venta y enajenación y los alcances que cobrares procuraréis que se pongan a renta y ganancia sobre buena suerte que no se vengan a deteriorar y per-

22 ARCHIVO MUNICIPAL DE CÓRDOBA, *Libro Primero*, Córdoba 1880, pp. 586-7.

F.D.Y C.S. BIBLIOTECA

der, y no las habiendo se volverán a entregar a los tales tutores y curadores" [23].

Dijimos que a diferencia de las demás ciudades del territorio, en Buenos Aires y otras de la gobernación del Río de la Plata se demoró la instalación del juzgado de menores. De las actas del cabildo porteño se desprende que el 7 de febrero de 1642, a petición del procurador general Francisco Velásquez Meléndez, la corporación acordó unánimemente nombrar, para tomar cuentas de los bienes de los menores y cuidar de ellos, "persona con título de padre de menores y huérfanos" [24], y que tres días después designó en efecto al capitán Juan Flores de Valdez para "aumento amparo y utilidad de los dichos menores así por las partes de su persona como por ser este oficio y cargo tan necesario y menesteroso en esta república que es certísimo hay en ella muchas cuentas y tutelas por tomar y discernir y muchos menores sin que sepan lo que les toca y pertenece por no haberse hecho inventario de los bienes que quedaron por fallecimiento de sus padres, y otros descarriados con mucha necesidad y sin amparo y muchas doncellas niñas e hijos muchachos en poder de padres y madres pobres que por no poderlos sustentar vienen a tomar algunos vicios con que se distraen y se pierden, y en efecto otras muchas cosas cuyo remedio es muy necesario" [25].

Constancias posteriores vienen a demostrar que la iniciativa del ayuntamiento tuvo corta vida y que otra vez cayeron los menores —o continuaron estando— en la misma situación de desamparo. El antes mencionado auto del gobernador y juez residenciador Alonso de Mercado y Villacorta, del 31 de marzo de 1661, denunciaba "la omisión y descuido que han tenido las justicias mayores y ordinarias y capitulares de los cabildos de esta Ciudad [Buenos Aires] y las de SantaFe de la Vera Cruz, San Juan de la Vera de las Siete Corrientes, en no haber nombrado al principio de cada año, cuando se elijen alcaldes ordinarios y otros oficios de provisión del cabildo, juez principal de menores y un regidor su acompañado quienes conociesen de las causas de los susodichos", y preveía penas para casos de futuro incumplimiento [26].

Hasta entonces, el cabildo porteño se había limitado a designar

[23] *Id.*, *Libro Cuarto*, Córdoba 1883, pp. 411-3.
[24] ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Acuerdos*, etc., serie I, t. IX, Buenos Aires 1911, p. 256.
[25] *Id.*, p. 265.
[26] Ver nota 13.

defensor [27], pero de allí en más el nombramiento de juez de menores parece haberse cumplido con regularidad, recayendo el cargo, según costumbre, en el alcalde de segundo voto, que lo ejercía con el nombre de "padre de menores" [28]. Esta costumbre debió prolongarse hasta el siglo XIX, pues la registró Valentín Alsina, tomándola de Manuel Antonio de Castro, en sus recordadas notas forenses [29].

Dice José María Sáenz Valiente que meses antes de producirse la Revolución de Mayo de 1810 se señaló la conveniencia de nombrar asesores letrados "para entender en las causas de Pobres y de menores, sin consideración a que estos últimos sean, o no pudientes, quedando abolida la práctica de tasar los derechos de defensoría" que venían percibiéndose. La iniciativa recién fue aceptada al año siguiente. Sin embargo, al recaer en años posteriores el cargo de defensor de menores en letrados, no fue necesario nombrarles asesores. Las Ordenanzas capitulares del 13 de octubre de 1814 autorizaron en tal sentido al defensor a percibir sueldo de asesor cuando era letrado, debiendo, si no lo era, proponer al cabildo el nombramiento de un asesor quien, confirmado por el gobierno, percibiría la dota-

27 Cf. cabildo del 13 de marzo de 1664, en *Acuerdos*, etc., serie I, t. XII, Buenos Aires 1914, pp. 29-30.

28 En 1774 se suscitó, precisamente, una discusión acerca de este punto. En el cabildo del 7 de julio de ese año manifestó el alcalde de primer voto "que en las ordenanzas de esta Ciudad, no hay expresión alguna que indique ser anexo a el empleo de Alcalde de Segundo voto, el de Juez de Menores; porque el capítulo décimo cuarto, que es en el que únicamente se trata el asunto, prescribe categóricamente que la elección se haga en uno de los Alcaldes sin privilegiar a el de Segundo voto ... Y si bien es cierto que los Señores Alcaldes que han sido de Segundo voto, se han titulado Jueces de Menores, y aun se pretendió que se mirasen como unidos estos empleos, en el Acuerdo celebrado el nueve de Noviembre de mil setecientos cincuenta y dos; pero lo es igualmente que esto se desatendió, y algunos han usado del de Juez de Menores sin habérseles nombrado, y todos han carecido de legítimo título para serlo propiamente". Por su parte, el regidor decano, Gregorio Ramos Mejía, sostuvo que "esto mismo se ha practicado de tiempo inmemorial como consta de los propios Acuerdos ... que siempre el Ilustre Cabildo ha hecho la elección en virtud de la costumbre que ha tenido en nombrar Juez de Menores, que siempre ha sido el de Segundo Voto, tan en quieta y pacífica posesión que hasta ahora no se ha declarado lo contrario en este ayuntamiento de que ha resultado que en las elecciones no se declare, pues se ha supuesto que electo Alcalde de Segundo voto lo es de Juez de Menores y al tiempo del juramento para su recepción con expresivas voces se le ha tomado el de Alcalde ordinario de Segundo voto, y Juez de Menores, sin que ninguno de los Señores Alcaldes de primero haya hecho oposición alguna". Se decidió elevar el diferendo a la Real Audiencia y que entretanto siguieran las causas de menores como hasta el presente. (ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Acuerdos*, etc., serie III, t. V, Buenos Aires 1928, pp. 102-7.

29 *Op. cit.*, p. 259.

FD y CS BIBLIOTECA

ción respectiva. Estas Ordenanzas precisaron y mantuvieron, asimismo, las antiguas atribuciones del ahora consagrado "defensor general de menores" [29 bis].

El cumplimiento del deber formal de nombrar cada año juez y acompañante, no fue suficiente para mejorar la situación de los menores. Así resulta del auto del gobernador José de Garro, del 27 de setiembre de 1678, ante el cual el ayuntamiento manifestó extrañeza, por no haber tenido hasta el momento quejas de partes, no obstante lo cual prometió estar "con el cuidado que se debe" por la obligación de los cargos de juez y defensor [30]; de un segundo auto, esta vez del gobernador Bruno Mauricio de Zavala, del 12 de marzo de 1719, dando órdenes precisas a los jueces y defensores para evitar la dilación de los pleitos y la desvalorización y pérdida de los bienes de los menores [31], y del dictamen del teniente general Juan Manuel de Labardén, producido el 11 de agosto de 1764 a instancia del cabildo, en el que señalaba directamente como causa de los daños experimentados por los caudales de menores, el "que los ministros que han tenido esta incumbencia han procedido nimiamente contemplativos con algunas personas a quienes se les ha dado el caudal de menores más por favorecer a aquéllos que por asegurar la parte de éstos" [32].

[29 bis] *Bajo la campana del Cabildo. Organización y funcionamiento del Cabildo de Buenos Aires después de la Revolución de Mayo (1810-1821)*, Buenos Aires 1952, pp. 268-9 y 271.

[30] *Acuerdos*, etc., serie I, t. XV, Buenos Aires 1917, pp. 235-6.

[31] *Id.*, serie II, t. IV, Buenos Aires 1927, pp. 41-2. La parte dispositiva del auto decía lo siguiente: "Mando se haga notorio al defensor de menores que al presente es y adelante fuere que en cumplimiento de su obligación haga todas las diligencias necesarias en orden a que se fenezcan todos los pleitos tocantes a cuentas y particiones de menores que al presente hay y en adelante hubieren, procurando atajar por los medios convenientes y conforme a derecho todas las dilaciones que intentaren las partes. Y también se hará notorio a los Alcaldes que conocen y conocieren de dichos pleitos que hasta estar concluídos no hagan las Almonedas de difuntos sino en aquellas que fueren precisas e inexcusables, así para la paga de funerales, alimentos u otras cosas precisas o en caso que los bienes tengan riesgo evidente de descaecer de su valor o fallecer y que lo procedido de dichos bienes no lo hagan poner en su poder ni en el del escribano ante quien pasaren los Autos sino es en el de un mercader de los más acaudalados de esta Ciudad y que llegando lo que procediere de dichas Almonedas a quinientos pesos se pongan a Réditos Pupilares. Y asimismo dicho defensor de menores reconocerá todos los pleitos que hubiere pendientes tocante a ellos para venir en conocimiento del estado en que se hallan los caudales y no estando a Réditos Pupilares y muy asegurados pedirá se pongan y aseguren lo cual ejecutarán los Alcaldes sin omisión alguna".

[32] *Ibid.*, serie III, t. III, Buenos Aires 1927, pp. 253-4. La proposición de Labardén consistía en "que, todos los caudales de menores se den precisamente bajo de hipoteca, examinándose antes si la finca hipotecada tiene, o no otras anteriores que puedan imposibilitar el pago, y esto se haga constar precisamente

Las funciones propias de los jueces y asesores de menores fueron, como se ha podido apreciar, lo suficientemente amplias para poder brindar a éstos el amparo requerido. En una oportunidad, el 13 de mayo de 1803, el cabildo de Buenos Aires tomó conocimiento de un pedido del regidor Benito González de Rivadavia para que "se declare cuáles sean las funciones del Regidor Defensor general de menores, y si éste por su empleo está autorizado para exigir inventarios, y liquidación del haber de los menores, que habiéndoseles muerto la Madre, queda su Padre para administrar sus personas y bienes, o si sólo le corresponde la defensa de aquellos que carecen de este auxilio", mas no adoptó resolución alguna[33]. Valentín Alsina apuntaba años después sobre el particular, con cita de Manuel A. de Castro, que "el defensor de menores no debe ingerirse en las administraciones de los tutores y curadores, pues sólo debe vigilar si éstos cumplen su deber para acusarlos, pedir su remoción, etc. Es un abuso común el pedir que el Defensor intervenga, y que éste lo haga en todo asunto de menores, aunque tenga padres, con agravio de éstos. Mas si un menor pide al curador rendición de cuentas, por haber llegado a veinticinco años, esta causa, y otras sí, deben precisamente sustanciarse oyendo a dicho Defensor"[34].

Con motivo de haberse abolido los cabildos en la provincia de Buenos Aires, por la ley del 24 de diciembre de 1821, las funciones de los cabildantes pasaron a los jueces de primera instancia y a "un letrado que desempeñe las funciones de defensor de pobres y menores",

con certificaciones de todos los Escribanos sin que baste, que el que ha de recibir el dinero diga que tiene fincas con qué asegurarlo, ni que el defensor lo abone teniéndolo por de su satisfacción, sin haber examinado la verdad. Que todo el dinero, que se diese de menores ha de ser bajo de escritura pasada ante el Escribano de Cabildo, y no ante otro; el cual deberá tener un libro separado únicamente para estas escrituras y para las tutelas, (que este segundo es de su obligación tener, y supongo lo tenga). Que por cabeza de este libro se ponga por certificaciones separadas una razón de todas las tutelas, y escrituras, que haya otorgadas, en todos los demás oficios, obligando a los Escribanos a que den individual razón de ellas. Que el Defensor, que entrase cada año reconozca este libro para hacerse capaz de lo que convenga, y lo solicite como le parezca. Que el primer día de acuerdo de todos los años se le lea al defensor, que entrase a serlo, el acuerdo que V.S. celebrase es consecuencia de estas prevenciones, a las que podrá quitar y añadir lo que le parezca".

33 *Ibid.*, serie IV, t. I, Buenos Aires 1925, pp. 239-40. En el cabildo citado en la nota 28, del 7 de julio de 1774, se hizo mención también de las disputas existentes en torno de las funciones del defensor general de menores "que sólo entiende en representar la acción y derecho de los Menores interín están los bienes indivisos y sin partir hasta el discernimiento del cargo de tutor o curador".

34 *Op. cit.*, p. 260.

F.D. y C.S. BIBLIOTECA

oficio éste que por decreto del día 28 de diciembre recayó por la primera vez en el Dr. José Cayetano Pico [35]. Ordenadas por diversas leyes posteriores, ambas funciones se mantuvieron dentro de nuestra organización judicial hasta la actualidad [35 bis].

La "restitutio in integrum".

La tercera y última institución que prometimos considerar en este capítulo es la "restitutio in integrum", de origen romano, encaminada a salvaguardar los bienes y derechos, en general, de los menores, aún después de alcanzada su mayoría de edad, contra la mala gestión de sus representantes legales.

35 Algunos antecedentes históricos, sobre todo posteriores al Código Civil, pueden consultarse en GODOFREDO E. LOZANO, *Régimen jurídico-social de la menor edad. Historia, doctrina, asistencia social, en la legislación argentina y comparada*, Buenos Aires 1944.

35 bis El Reglamento del Ministerio de Pobres y Menores, del 1º de abril de 1840, dedica el título 2º a la Defensoría de Menores.

"Art. 1º El Defensor General de Menores está inmediatamente encargado del cuidado de los huérfanos y pupilos, de la defensa de sus derechos y seguridad de sus intereses conforme a las leyes.

2º Lo está igualmente de defender las personas, derechos e intereses de los dementes, y de reclamar por ellos y por los hijos de familia, si los padres o personas de quienes dependen estuviesen en algunos de los casos en que las leyes suspenden el ejercicio de la patria potestad, o en cualquiera de los otros casos que previenen las leyes hasta que sean provistos legalmente de tutores o curadores.

3º Los Jueces darán necesariamente de oficio intervención al Defensor de todo asunto en que se interponga la persona, derechos o intereses de algún menor huérfano, en los casos que prescriben las leyes.

4º Los tutores o curadores, y generalmente toda persona que tuviese a su cargo algún menor huérfano, no podrán obligar los servicios de éste sin conocimiento y consentimiento del Defensor. Los que contraviniesen esta disposición, serán responsables de los perjuicios que resulten.

5º En los inventarios judiciales y cumplimientos de testamentos, siempre que se interpusiese el interés de algún menor, será indispensable la citación y audiencia del Defensor.

6º A fin de evitar los inconvenientes que ofrece la distancia, las testamentarías de Campaña, cuyo valor no exceda de veinte mil pesos moneda corriente, serán arregladas ante el Juez de Paz del Partido, con audiencia de los interesados mayores y del Ministerio de Menores, en el caso de haber interesados menores.

8º El Defensor hará formar la cuenta particionaria por Contador de número con cuyo nombramiento podrán conformarse los herederos mayores o nombrar otro Contador por su parte. Si formada dicha cuenta, la encontrase arreglada, el Defensor la remitirá al Juez de Paz del Partido, para que previa audiencia de los interesados mayores, sea aprobada por dicho Juez, quien la devolverá inmediatamente, con todo el expediente testamentario, al Defensor General, para que diligencie su archivo en una de las Escribanías de número.

12. En las demás testamentarías que excediesen en veinte mil pesos moneda corriente, se seguirá el orden que hasta aquí, aun cuando haya menores interesados."

(AURELIO PRADO Y ROJAS, *Leyes y decretos promulgados en la Pcia. de Buenos Aires desde 1810 a 1875*, t. IV, B. A. 1878, pp. 364-5.)

La restitución, en el lenguaje de las Partidas, era la reposición de la cosa, o del pleito, al estado que antes tenía (VI, 19, 1, y III, 25, 1). Al decir de Vélez Sarsfield, que desarrolló el tema en otro de los apéndices incorporados por él a las *Instituciones* de Alvarez, la restitución abrazaba todos los hechos y contratos de los menores, pues tan damnificados podían ser por un arrendamiento, como por una venta. Con este mismo pensamiento las Partidas les acordaban el beneficio "en cualquier manera porque se empeore su hacienda, o se menoscabasen sus bienes, o su derecho", para que pudieran pedir al juez que deshiciera el pleito (VI, 19, 5).

La restitución se concedía a los menores hasta la edad de veinticinco años, y por cuatro años más, respecto siempre de los perjuicios sufridos en la minoridad. Como el daño y la minoría de edad eran los extremos que fundaban la acción, debía probarlos a ambos. Por otra parte, el hecho o contrato del que pidiera restitución debía ser válido, porque si era nulo estaba ya revocado por la ley y no había menester de restitución. La regla generalmente admitida, que cuando hay un remedio extraordinario no se usa el ordinario, no se aplicaba a los menores, por favor a la minoridad. Así de los actos válidos podían pedir restitución o deducir cualquier otra acción que tuvieran, sin que la una obstase o enervase la otra.

El efecto que producía este beneficio era volver las cosas a su primitivo estado, de manera que un menor restituido de una transacción debía reintegrar lo que por ella había recibido, a cambio de recuperar lo que a su vez había entregado más los frutos. Pero no se deshacía aquello que había habido necesidad u obligación de hacer, ni lo hecho por terceros en uso de derechos propios e independientes de los del menor.

Como ocurrió con otras instituciones del antiguo Derecho, nacidas al calor de la estática sociedad tradicional, la que nos ocupa fue objeto en el siglo XIX de fervorosas polémicas acerca de las ventajas o inconvenientes de su adopción.

Nuestro eximio jurisconsulto Manuel Antonio de Castro, sustentaba todavía en 1834 la opinión de que "este privilegio que impropiamente se llama tal, está fundado en la razón de utilidad pública, que debe siempre concurrir para derogar o hacer cesar el efecto de la ley común; a saber, la falta de propio consejo en los menores sujetos al de sus tutores o curadores ... De suerte que el privilegio no es un

F.D.y C.S. BIBLIOTECA

favor odioso, sino propiamente un medio de equidad para ponerlos en igualdad con los demás'' [36].

Pero aún cuando no sólo Castro, sino también otros hombres de Derecho, siguieron empeñados en la defensa de esas ideas, tanto las nuevas doctrinas políticas igualitarias, como los modernos postulados de la economía, basados en la más libre y rápida circulación de la riqueza, fueron minando a la restitución, como a las demás instituciones similares, hasta decretar su total y definitiva supresión de nuestro Derecho.

Sucesivas tesis doctorales presentadas a la Universidad de Buenos Aires en las décadas anteriores a la sanción del Código Civil dan cuenta —con prescindencia de los impulsos juveniles que a menudo campean en ellas— de las ideas corrientes en la casa de altos estudios, contrarias la mayoría al mantenimiento de la institución.

Las primeras tesis así orientadas fueron presentadas en 1832 por Antonino Aberastain [37] y Antonio Rodríguez [38]. Para el primero, la restitución era ''inútil y a veces perjudicial a los mismos beneficiados'' y "perjudicialísima a la sociedad en general'', no siendo para el segundo ''de derecho natural ni de gentes''. Después de un paréntesis, a partir de 1861 acreció la oposición al beneficio. Ese año Rosendo Otero sostuvo la necesidad de su abolición [39], y tres años después Bonifacio Martínez abundó en consideraciones para combatir "uno de los más chocantes [privilegios] que aún existen en nuestros códigos por una falta de respeto a la lógica de parte del Legislador... privilegios y restricciones contrarias [junto con la lesión enorme y enormísima] al Derecho natural, ineficaces y perjudiciales a los intereses legítimos de la sociedad'', agregando que palabras sanas como ''los intereses del menor son sagrados, los intereses de menores deben mirarse con circunspección'', ''sujetas al criterio de lo verdadero y de lo justo, se resumen en una apostasía de la justicia y del derecho'', para concluir que como ataque violento e injustificado a la libertad natural que el

[36] *Prontuario de práctica forense*, reedición facsimilar, Buenos Aires 1945, p. 85.

[37] *Disertación sobre la restitución in integrum* por ANTONINO ABERASTAIN. Sor. Dor. Dn. Valentín Alsina, 1832 (original), en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Tesis de Jurisprudencia*, t. 2, 1823-1823, colección Candioti. Biblioteca Nacional Nº 249706.

[38] En *id.*; falta la tesis, sólo se conservan las proposiciones.

[39] *Tesis jurídica* de ROSENDO OTERO. Año 1861. 12 de Abril (original), en *Ibid.*, t. 10, 1858-1861. Biblioteca Nacional Nº 249714.

hombre tiene de contraer y obligarse... "es un privilegio odioso, una violación flagrante de los derechos individuales" [40].

De esta corriente abolicionista participó también nuestro codificador, que ya en la nota de remisión del primer libro del Código Civil, del 21 de junio de 1865, se pronunció en el sentido de que si bien la sociedad debe cuidado y protección a los incapaces, "no les debe privilegios, y menos privilegios de fatales consecuencias para los derechos de otras personas. Las propiedades, por otra parte, adquiridas por los menores o compradas a ellos, aunque los actos sean los más solemnes y auténticos, quedan por largos años inseguros desde que alegándose perjuicios las más de las veces dudosos o de difícil prueba, se pueden dejar sin efecto los contratos de todo género que sobre los bienes del menor hubieran hecho el padre o el tutor. La reacción que esta legislación trae sobre los bienes de los menores es natural y sus defectos se sienten diariamente, pues sus bienes han venido a quedar casi fuera del comercio ordinario. Era más conveniente para los menores legislar con todo cuidado la gestión de la tutela, prever los perjuicios que a sus bienes o a sus rentas les podía traer la negligencia de los padres o la mala administración de los tutores; evitar el mal y no satisfacerse con garantías de indemnizaciones difíciles siempre de hacer efectivas o con remedios rescisorios de los actos de los guardadores, que las más de las veces no les traen sino pleitos costosos y de resultados muy dudosos" [41].

El artículo 58 del Código, que reprodujo al número 43 del *Esbozo* del jurista brasileño Augusto T. de Freitas, consagró legalmente la derogación del beneficio al decir que la protección dada a los incapaces lo era "sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio". En la nota al artículo Vélez Sarsfield desarrolló conceptos similares a los vertidos en la carta al ministro Eduardo Costa. Bajo estos principios liberales se estructuró desde entonces el nuevo régimen jurídico de la minoridad en la Argentina.

40 *La restitución in integrum.* Tesis sostenida en la Universidad de Buenos Aires por BONIFACIO MARTÍNEZ, Buenos Aires 1864, en FACULTAD DE DERECHO, *Tesis*, 1863-1865.

41 *Proyecto de Código Civil para la República Argentina*, Buenos Aires 1865.

F.D.Y.C.S. BIBLIOTECA

5. Apéndice documental

I

Reproducimos a continuación las piezas principales del expediente seguido en 1805, ante la Real Audiencia de Buenos Aires, por el menor púber Manuel José Fernández de Betoño a efecto de que "se le dispense el tiempo de edad que le falta para la competente a manejar por sí sólo". La causa resulta ilustrativa de los criterios restrictivos imperantes en la materia en la época hispánica, tanto por parte de la legislación real, como del tribunal de la Audiencia, el cual —a pesar de la epiqueya introducida en su dictamen por el fiscal Manuel Genaro de Villota— denegó finalmente la solicitud. La nomenclatura del expediente, en el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, es la que sigue: 5-3-47-5.

Señor Alcalde de 2° Voto.

Don Manuel José Fernández de Betoño, hijo séptimo del finado Don Tomás Fernández de Betoño, y de la finada Doña Ana Alvarez de Lavayén ante V. Merced como mejor parezca digo; que por fallecimiento de mi Madre quedó de Albacea, Tutor, y Curador de mi persona, y demás hermanos como menores mi dicho Padre, y por el de éste Don Benito de Olazábal, quien habiéndome notificado la disposición de mi Padre a la Ciudad de San Juan de Cuyo, donde existía en casa de mi hermano uterino Don Domingo Guerrero, me hizo bajar a ésta a sus órdenes, y disposición, donde hallándome el tiempo de dos años en espera de destino, y carrera, sin que se hubiese determinado alguna por estar entorpecida la testamentaría hasta el día de la entrega de la parte [de herencia (?)] Materna que a cada uno de los hijos nos correspondía; ha llegado el caso de haberse entregado a mi hermano Don Francisco 3800 pesos que le tocaban, y al tutor curador de mi hermana Doña Juana menor de edad 6661 pesos 3 ¼ y por ser mejorada en el remanente de 5° a disposición testamentaria de mi difunta Madre de que tengo positivas noticias, sé también trata dicho mi tutor imponer a réditos pupilares la parte que me corresponde rebajados los gastos de alimentos, y demás de mi persona; mas considerando que de ello se me infiere grave perjuicio recurro a V. Merced suplicándole se digne ordenar con previo informe del Defensor de Menores, y mi Curador, se me entregue, dicho líquido de mi pertenencia para usar de él en los negocios que empecé a manejar en San / Juan a la sombra de mi referido hermano uterino Don Domingo, donde me porté, hasta ahora lo hecho con honradez, economía, industria, y hombría de bien, cumpliendo con las confianzas, y cargamento de Aguardiente que traje a mi crédito, sin la menor nota, ni queja en mi proceder, como es público, y notorio: y lo que es también, que al presente me remitan de la Ciudad de San Juan más de cien cargas de Aguar-

fs. 2

fs. 2 v.

*dien*te de comisión en cuyo negocio lograría la mejor aceptación, si tuviese fondos propios *para* pagar Peones, *Reales* derechos, y otros gastos, adelantando al mismo *tiem*po los retornos *que pidan*, sin malbaratar la negociación.

Es verdad *que* aun me faltan 19 meses *para que* llegue el *término* de la ley que ordena la exhibición de sus legítimas a los *herederos* como lo acredita la fe de bautismo *que* acompaño: pero parece deberse entender ésta *según* los casos, y en el presente no debe tener aplicación literal*mente* pues de no verificarme la entrega, no sólo se me corta mi carrera empezada, se me demerita mi crédito, se me imposibilita mi *vuelta* a *San* Juan, donde al lado de mi hermano me ahorro todo gasto, y adquiero adelantam*ientos* a mis fondos, y giro, sino *que* se menoscaba el *princip*al en los gastos indispensables de mi individuo, a los *que* es imposible alcancen ni con dos tantos más los réditos *que* rindan el *princip*al, a más de la suerte *que* pueda correr la *dependencia* por *segura que* sea la persona en *quien* se impongan *por* los *muchos* ejemplares *que* ha manifestado la experiencia, o al menos la demora, y gastos *que* tal vez pueda causar al *tiem*po de su recaudo: de modo *que* está expuesto mi haber en 19 meses, a *que quando* más favorable me corresponda la mitad menos.

En esta atención, y la *que* espero de mi curador como representante la persona de mi *Padre* me auxilie con su favor, y posibles viendo mi apli / cación, y buen porte, no perdiendo de vista mis fs. 3
operaciones, y *que* igual*mente* conocerá mi justa solicitud pues de ello se me sigue gran ventaja, hará de su parte todo lo posible en mi beneficio, accediendo, y respondiendo de mi conducta *por* el *tiem*po *que* me resta al cumplim*iento* de la Ley; bajo de cuyas consideraciones

A V. *Merced* suplico se sirva mandar *que* informando el defensor de menores, y mi curador, se me entregue por éste el líquido de mi haber, bajo de los términos expuestos habilitándome el Juzgado *para su* percibo, y manejo *que* es *justicia que* pido.

Manuel José Fern*ánd*ez de Betoño

Siguen las conformidades del curador y del defensor de menores.

El Fiscal de *Su Majestad* en lo civil vista la instancia *que* fs. 9
hace *Don* Manuel José Fernández de Betoño sobre *que* V. *Alteza* le conceda no obstante su menor edad permiso para manejar por
sí sus bienes, justam*ente* con lo *que* en esta razón expuso / el Cu- fs. 9 v.
rador *Don* Benito de Olazábal ante el Juzgado de 2º voto de esta Capital dice:

Que en la R. Cédula de 10 de Febrero de 1795 entre las varias gracias al sacar reservadas al Consejo de la Cámara de Indias una es la de suplementos de edad para *que* los menores administren sus bienes sin dependencia de sus tutores, y curadores; Posteriormente en *Real* Cédula de 10 de Agosto de 1797 se sirvió S. *Ma-*

jestad declarar con ocasión de *que algunos* jueces se creyeron autorizados para conceder otras gracias, y los particulares con *derecho* para *que* se les dispensasen haciendo el servicio pecuniario señalado: que en el otro consejo de la cámara tocaba calificar el mérito, y circunstancias de los pretendientes para conceder o no las gracias *que* se solicitasen ordenando en su consecuencia a los Virryees, Presidentes y Audiencias *que* haciéndola publicar en los territorios de sus respectivos mandos y comunicándola a los gobernadores subalternos se abstuviesen de conocer en semejantes asuntos, sin admitir en lo sucesivo recurso alguno sobre el particular.

Esto sirve de estorbo a la habilitación *que* se solicita de V. *Alteza* para *que* el menor *Don* Manuel Fernández de Betoño sea entregado de su patrimonio, y pueda administrarlo sin dependencia, y sujeción a su Curador *Don* Benito Olazábal, no obs / tante fs. 10
de *que* los conocimientos del giro donde se promete invertirlos le aseguren buen éxito: como así puede V. *Alteza* siendo servido resolver, si es *que* la cortedad del patrimonio *que* no le reditúa bastante a sus alimentos; al paso *que* por su buen crédito en el comercio es probable *que* lo adelante con los conocimientos, *que* por otra parte le asisten, no presentasen mérito para que a pesar de aquellas reservas pueda otorgarse una habilitación ceñida al corto tiempo de diez y ocho meses *que* le faltan a cumplir los 25 años, *según* se manifiesta de la fe de Bau*tismo* fo*jas* 1ª. Buenos Aires a 17 de Diciembre de 1805.

Villota

Vistos: no ha lugar a la habilitación *que* se solicita. Siguen fs. 10 v.
cinco rúbricas, del Presidente, Regente y Oidores de la Real Audiencia. El auto está fechado el 20 de diciembre de 1805.

II

En contraste con la jurisprudencia anterior, y como exponente de la nueva orientación seguida, reproducimos ahora las principales piezas de un expediente similar, tramitado por el menor José Plácido Rivera en 1836-7. Debe hacerse notar que el procedimiento para obtener la habilitación ha experimentado variantes, pues ya no se sigue sólo en sede judicial, sino que aparece desdoblado en dos etapas: la primera, de información de conducta y capacidad, ante la Justicia, y la segunda, de habilitación propiamente dicha, ante el Gobierno Ejecutivo. Destacamos, asimismo, que el escrito que inicia el expediente lleva la firma letrada de Dalmacio Vélez Sarsfield. Trámite y resultado iguales a éste registran los pedidos de habilitación de edad interpuestos por los menores Mariano Illescas y Romualdo Yrigoyen, en 1837 y 1839, respectivamente, y todos ellos conservados en el Archivo General de la Nación, bajo la nomenclatura: Sala X, C. 27, A. 4, Nº 1 A.

fs. 2

¡Viva la Federación!
Buenos Aires Mayo 13 de 1836.
Año 27 de la Libertad 21 de la Independencia
y 7 de la Confederación Argentina.
Señor Juez de 1ª Instancia.

Don *José* Plácido Rivera hijo legítimo del finado Don Pascual Rivera y de Doña Josefa Lara, mayor de 20 años de edad, según consta de la fe de bautismo que en la debida forma presento ante *Vuestra Señoría* digo: que pensando pedir al Gobierno venia de edad recurro a V. S. suplicándole se sirva admitirme la información que estoy pronto a dar de mi conducta y capacidad para administrar mis bienes.

Por tanto =
A V. S. suplico se sirva así proveerlo que es justicia &c.

Vélez Sarsfield — Plácido Rivera

A continuación el juez, Roque Sáenz Peña, recibe la información, consistente en la declaración de tres testigos, que abonan la conducta y capacidad del peticionante. Oídos luego el defensor general de menores, y la madre y curadora del menor, recae la resolución.

fs. 9

Buenos Aires Agosto 11 de 1837.

Vistos: de consentimiento de partes se aprueba en cuanto ha lugar por derecho la información producida al efecto interpone este Juzgado su autoridad y entréguese este expediente original al interesado Don José Plácido Rivera.

Dr. Roque Sáenz - Peña

fs. 10

¡Viva la Federación!
Buenos Aires Agosto 11 de 1837.
Año 28 de la Libertad 22 de la Independencia
y 8° de la Confederación Argentina.

Pide y Suplica a *Vuestra Excelencia* se digne ordenar se le expida el correspondiente título de habilitación de edad a virtud de lo que resulta del expediente que acompaño.

Exmo. Señor.

Don José Plácido Rivera, ante la justificación Superior de V. E. en la forma debida, me presento y digo: Que acompaño en debida forma el expediente que he seguido ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, al cargo del Dr. Don Roque Saénz Peña, informativo sobre mi conducta, buen porte, y demás aptitudes en que me hallo, para administrar mis bienes hereditarios, y aun los de mi Sra. Madre, sin embargo de ser aun todavía menor de edad. En su vista se ha de dignar la bondad de V. E. ordenar se me expida el correspondiente título de habilitación de edad; y de este modo conseguiré la gracia que espero alcanzar de la bondad de V. E.

Exmo. Señor
José Plácido Rivera

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

El asesor general de gobierno, Eduardo Lahitte, da vista del pedido al ministerio fiscal, que presta conformidad. Falta la resolución final del gobernador, pero en cambio obra en hoja suelta el proyecto de la misma, elaborado por Lahitte y dirigido con una nota de fecha 15 de noviembre de 1837, al oficial mayor del ministerio de gobierno. Dicho proyecto reza así:

Atento el mérito de los presentes autos y con lo expuesto por el Ministerio Fiscal y aconsejado por el Asesor General de Gobierno, se habilita a Don José Plácido Rivera para que pueda administrar libremente sus bienes. En consecuencia vuelva este expediente a la Escribanía Mayor a fin de que dando un testimonio de él a la parte interesada le sirva para el ejercicio de los derechos que se le confieren.

F.D.Y.C.S. BIBLIOTECA

LA FORMA DE ESTADO Y EL PUNTO DE VISTA PROVINCIANO

(A propósito de Vélez Sarsfield, constituyente por San Luis)

Por JUAN T. BATTINI VIDAL

Las luchas intestinas de la Argentina del siglo pasado reconocen un fundamento mucho más complejo y profundo que el de una mera discusión sobre ideas o fórmulas políticas desprovistas de base o contenido. La antinomia *federales contra unitarios* no fue más que una forma de exteriorización, que no sólo no puede ocultar, sino que demuestra la existencia de una enconada oposición de factores locales: para decirlo con frase de Zorraquín Becú, fue "el estallido incontenible de antagonismos regionales producidos por la situación e intereses de cada grupo, incubados durante la época colonial y exacerbados cuando Buenos Aires pretendió imponer sus doctrinas políticas y sus normas económicas" [1]. Esta conclusión es, en buena medida, al menos tan antigua como la generación del 37, cuyos hombres entendieron y pusieron en claro el verdadero planteo. Uno de ellos, Alberdi, dio forma a la realista solución de compromiso que supuso la Constitución de 1853.

Hoy la Ciencia Política y su rama Constitucional conciben al *Estado* como algo previo, supremo y omnicomprensivo (la *institución de las instituciones*, según el feliz compendio de Maurice Hauriou). El *gobierno* es sólo una, aunque la principal de las instituciones estatales. La distinción entre ambos conceptos es elaboración de la teoría moderna, lo cual explica y justifica que en el siglo pasado se hablara únicamente de "sistema de gobierno" en forma global; así lo recogió el artículo 1º de la Constitución. Esta concepción indeferenciante no era sólo propia del común de los individuos: Alberdi lo explicaba con precisión cuando, tras indicar que el sistema republicano estaba definitivamente consolidado en nuestro país, comentaba que "la *federación* o *unidad*, es decir, la mayor o menor centralización del gobierno general, son un accidente, un accesorio subalterno de la forma de gobierno.

[1] RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *El federalismo argentino*, Bs. As., 1958, p. 127.

Este accesorio, sin embargo, ha dominado toda la cuestión constitucional de la República Argentina" [2]. Dejando de lado el discutido problema de centralización-descentralización, el apunte del constitucionalista tucumano hoy carece de sentido: las guerras civiles argentinas, lejos de un motivo subalterno, resultaron tener como fundamento el de decidir nada menos que la *forma o sistema de Estado*, y no simples variaciones de la forma de gobierno, materia ésta que, es cierto, quedó claramente definida y fuera de cuestión con bastante antelación. En aquellas discusiones y luchas se jugaba *el todo*. Sus actores lo *sintieron* así, sin duda, hasta sin saberlo, de una manera intuitiva o poco menos, siempre huérfanos de teoría y muchas veces de doctrina [3]. Los hechos y su trasfondo desautorizaron *en esto* la aseveración de Alberdi, aunque su asombro resulta explicable.

También es cierto que bastante tardíamente apareció la teoría científica del federalismo, atendiendo a la necesidad de dar una explicación sobre un fenómeno jurídico-político existente. Aquí sí acertaba Alberdi cuando, con los cortos medios técnicos de la época a su alcance, se esforzaba por señalar los fundamentos reales y por corregir la verdadera *petitio principiis*, generalizada tanto entre los detractores como entre los panegiristas del federalismo: el tomar como punto de referencia a los Estados Unidos, pero suponiéndolos una Confederación; es decir, ignorando o pasando por alto que se había dado en ese país una mutación clave, desde la dificultosa Confederación original, al nuevo tipo de Estado Federal estructurado por la Constitución de 1787.

Esa carencia de base y de conocimientos teóricos justifica, por así decirlo, muchas actitudes diversas y hasta curiosas; pero no las explica. Los documentos que damos a publicidad aportan un elemento más para demostrar cómo los mismos hechos pudieron dar lugar a diversa y aun contrarias interpretaciones, según cada particular enfoque; y, como consecuencia, a veces sobre la misma base traducirse en posiciones diferentes y hasta encontradas, y otras, sobre bases distintas derivar en actitudes coincidentes.

Buenos Aires se convirtió en el centro de imputación de todas las posiciones y doctrinas políticas y económicas. Punto de partida o punto de llegada de todas ellas, a su favor o en su contra. Buenos Aires fue el verdadero paradigma nacional, tanto en lo positivo como en lo nega-

2 *Bases*, cap. XIX.
3 Para la diferencia y oposición entre teoría y doctrina, vid. MARCEL PRÉLOT, *La ciencia política*, capítulo V.

F.D. y C.S. BIBLIOTECA

tivo, en lo que había que imitar y en lo que había que evitar. Las dos grandes tendencias, cada una a su manera, consultaban en definitiva los intereses de Buenos Aires. Ella misma, puesta a elegir, entre el unitarismo que consolidaría su preeminencia nacional según sus propios cánones, y el federalismo (o confederación) que le permitiría ventajosamente el goce autónomo de sus riquezas sin claudicar de aquella preeminencia, terminó por preferir este último. En ello no puede menos que reconocerse la decisiva influencia de los dos factores *exclusivos* de Buenos Aires, íntimamente entrelazados: por un lado el puerto y la aduana, y por el otro el innato liberalismo económico, impuesto casi por la naturaleza misma. Estos dos elementos eran sentidos en Buenos Aires como imposibles de compartir con las demás provincias. Éstas, por su parte, aun cuando pretendían compartir el puerto y la aduana, evitaron el unitarismo sabiendo que consolidaría la prevalencia bonaerense e impondría el liberalismo; y este último sí que resultaba incompatible, pues significaba la ruina económica del interior. Pero tampoco estuvo ausente el quieto conservadorismo provinciano y la vieja e instintiva oposición a todo lo porteño.

El grande y prácticamente único foro de discusión sobre el sistema de Estado fue el Congreso Constituyente de 1824/27. Su antecesor, el Congreso de Tucumán, había soslayado el problema (sólo había discutido la forma de gobierno) y había impuesto en la Constitución de 1819 el común y tradicional sistema de *unidad*. Tampoco el posterior Congreso Constituyente de Santa Fe discutió el tema, pues el sistema federativo que estructuró con la Constitución de 1853 venía impuesto por imperio del Pacto Federal de 1831 y del Acuerdo de San Nicolás. En cambio, el Congreso de 1824 encaró francamente el problema, y prometió y realizó la consulta y el debate. Pero ello sólo sirvió para demostrar la total inconsistencia de las ideas, superada en forma terminante por una realidad ya definitivamente consolidada, suma de recelos y de oposiciones interregionales.

Antes de convocar al Congreso de conformidad con lo convenido en el Tratado Cuadrilátero (enero de 1822), Buenos Aires prefirió lograr la previa anuencia del interior, y tres comisionados porteños, García Cossio, Zavaleta y Las Heras, fueron enviados para lograr con cada provincia por separado una convención preliminar sobre el futuro Congreso y sobre el luego fracasado tratado con España.

Al deán de la Catedral de Buenos Aires, Diego Estanislao Zavaleta, le tocó desempeñar esa misión en Córdoba y las provincias de Cuyo y del Oeste. Gobernaba por entonces en San Luis don José de los

Santos Ortiz (marzo de 1820 a febrero de 1829), hombre de bastantes luces y buen criterio. En 1811 Ortiz había casado con Inés Vélez Sarsfield, hermana del futuro codificador, con cuya familia seguramente existía una vieja relación y amistad [4].

Zavaleta obtuvo un rápido y completo éxito para su misión en San Luis [5]. No sólo logró la total adhesión puntana a los dos asuntos que presentaba, sino que recibió de Ortiz el encargo (aceptado por el comisionado con el visto bueno de su gobierno) de mediar ante Mendoza y San Juan en un nuevo intento de reunificar la antigua provincia de Cuyo. Decidida la convocatoria a Congreso, los electores de la Provincia de San Luis designaron diputado ante él al Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, el 19 de agosto de 1824 [6].

Pocas dudas pueden caber acerca de la influencia que hubo de tener en el nombramiento de Vélez su cuñado, el gobernador Ortiz; mas no habría que desatender a la que pudiera haber tenido paralelamente su hermano Justino Vélez. Según Cháneton —que no menciona para nada a este último— Ortiz habría elaborado la candidatura de Dalmacio durante su larga estadía en Córdoba ese año, en casa de los Vélez [7]. No hubo tal, empero: el gobernador estuvo en Córdoba en

[4] Tanto los viejos Ortiz como los Vélez tuvieron tierras y estuvieron instalados en la zona de Calamuchita, Córdoba. Uno de aquéllos, don Roque Ortiz, dio origen a la rama puntana de la familia, de la que se destacaron dos de sus nietos: uno, el teniente coronel José Lucas Ortiz, que fue Teniente Gobernador en 1812-14, varias veces diputado provincial, y en quien San Martín encontró un eficaz colaborador para la formación del Regimiento de Granaderos; el otro, su primo José (de los) Santos Ortiz, de quien hablamos, entre otras cosas cabildante en 1810, Alcalde y luego Gobernador, posteriormente Ministro en Mendoza, y en 1835 secretario de la misión de Quiroga al norte que condujo a ambos a su trágico fin en Barranca Yaco.

Por su lado, don Dalmacio Vélez Baigorri, padre del codificador, parece haber tenido intereses en San Luis, precisamente a través de su conexión con un Ortiz, José Antonio (ascendiente del luego Gobernador), que tuvo sus negocios allá (ver la *Memoria* de don Dalmacio padre en el nº 11 de esta *Revista*); e incluso don Dalmacio parece haber poseído tierras en el nordeste de aquella Provincia (vid. *Archivo Histórico de San Luis*, 33, nº 3640), Justino Vélez, hijo suyo y por tanto, hermano de Dalmacio y también cuñado de Ortiz, vivía en San Luis y tuvo notoria figuración política en la época (llegó a ser Gobernador defacto). Cfr. igualmente CARLOS BARREIRO ORTIZ. *Los Ortiz de San Luis y otras genealogías*, Bs. As., 1967, y *Dos gobernadores puntanos*, aparecido cuando ya había sido presentado este trabajo.

[5] Véase la documentación completa, con los informes de Zavaleta y copias de otros documentos en AGN, X-2.1.6, *Comisionados a las provincias 1823-24. García Cossio y Zavaleta.*

[6] ARCHIVO HISTÓRICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Documentos del Congreso Constituyente de 1824-27*, nº 127. Copia de la designación enviada a Buenos Aires.

[7] ABEL CHÁNETON, *Historia de Vélez Sarsfield*, ed. Eudeba, p. 43.

F.D.y C.S. BIBLIOTECA

1824, en efecto, por razones de salud y por los estudios de su hija [8], pero por mucho menos tiempo que el indicado por Cháneton y, lo que es más, *con posterioridad* a la designación de su joven cuñado como constituyente [9]. Por lo tanto, y sin perjuicio de las imaginables comunicaciones y consultas, la candidatura de Vélez debió elaborarse directamente en San Luis. Éste, por otra parte, vivía desde el año anterior en Buenos Aires, donde había casado, y con ello (en esto dice bien Cháneton) San Luis ahorraba no pocos gastos en una representación que había de ejercerse a 160 leguas de distancia. Vélez participó en el Congreso desde sus preliminares y, por ser diputado de menor edad fue designado secretario interino en la primera sesión preparatoria [10].

Por ley del 19 de noviembre de 1825 el Congreso decidió aumentar el número de sus miembros, asignando a cada provincia un diputado por cada 7.500 habitantes o fracción, y cargando la Nación con los viáticos y gastos de viajes [11]. Por esta razón hacia fines de año San Luis designó en definitiva para completar su diputación a don Calixto González y al licenciado Santiago Funes, ambos puntanos y el último también gobernador luego [12]. González se incorporó al Congreso en la sesión del 23 de febrero de 1826 [13]; en cambio, Funes aparece en las *Actas* como directamente asistiendo a las sesiones desde la del 31 de marzo siguiente, sin constancia de aprobación de poderes, juramento e incorporación [14].

8 AHSLUIS, 31 nº 3496: carta de María del Rosario Vélez a su hermana Inés Vélez de Ortiz. Córdoba 9/XI/1824, original. *Idem*, nº 3499, carta del P. Juan Ignacio Becerra a Ortiz, Piedra Blanca (San Luis), 30/XI/1824, original.

9 El propio Ortiz firmó la comunicación del nombramiento, dirigida al gobernador de Buenos Aires, el 8 de setiembre de 1824 (AGN, X-5.8.5, original). Aunque no se han encontrado constancias de la posible delegación del mando ante su viaje a Córdoba, los documentos del Archivo Histórico de San Luis demuestran que Ortiz se hallaba en esa ciudad por lo menos hasta mediados de setiembre de 1824, y que ya había regresado para mediados de noviembre. Estos datos nos fueron confirmados por el Director del Archivo, Urbano J. Núñez quien, cuando ya había sido entregado el presente trabajo, publicó un estudio sobre el tema, partiendo también de la citada afirmación de Cháneton (*Boletín de la Junta de Historia de San Luis*, nº 2, pp. 23 y sigs., *"El gobernador Ortiz en 1824"*). En esta nueva ocasión Núñez perfecciona las fechas, constriñendo la ausencia de Ortiz entre el 18 de setiembre y el 24 de noviembre de 1824 como máximo.

10 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, I, 89.

11 *Asambleas*, II, 248-273.

12 *Asambleas*, II, 287.

13 En la sesión del día anterior le fueron aprobados sus poderes. *Asambleas*, II, 696 y 716; y documento nº 2 que reproducimos.

14 *Asambleas*, II, 922. A principios de año Ortiz contestaba a Buenos Aires el reclamo que se le hacía por la tardanza de los nuevos diputados en incorporarse, señalando que ya estaban despachados (AGN, X-5.86, original, San Luis 25 de enero de 1826).

El 14 de diciembre de 1824 la Sala de Electores puntana había formado una comisión especial a fin de dotar a su entonces único constituyente de instrucciones para su desempeño [15]. Pero Vélez no las recibió según Cháneton, y es cierto que parece no haber constancias de que *esas* instrucciones hubieran sido siquiera redactadas. Empero, de esta aseveración no deben extraerse conclusiones fuera de límite. El propio Vélez, y precisamente al tratar por vez primera en el Congreso la forma de "gobierno" (es decir, de Estado), se quejó públicamente de no poder opinar por no tener instrucciones, a pesar de haberlas solicitado [16]. Cháneton, lo mismo que algún autor que lo sigue, deduce de ello que la diputación puntana careció de instrucciones en general, pero tomando como demostración fundamental el hecho de que el diputado Funes votó luego por el régimen federal, mientras Vélez lo hacía por el unitario [17]. Empero, los diputados puntanos actuaron así en esa cuestión, no por carencia de instrucciones, sino de conformidad con la voluntad expresa de la provincia que representaban. Cuando el Congreso consultó a las provincias sobre la forma de Estado, la de San Luis, por medio de su Sala, y en forma parecida a otras cuatro de ellas, contestó que no tenía opinión formada, que ignoraba "cual sea la opinión pública en todo el territorio sobre la forma de Gobierno que mas convenga a la Nacion" —casi las mismas palabras que había pronunciado Vélez (¿influidas por él?)— y que dejaba el asunto librado a la resolución del Congreso, pero siempre con sistema representativo republicano [18]. De tal manera, los diputados puntanos actuaron libremente, según su manera de pensar, porque se había decidido no darles mandato expreso sobre esa cuestión, o quizá porque no fue posible aunar criterios para poder darlo.

De cualquier forma, es posible que Vélez haya contado algunas

15 URBANO J. NÚÑEZ-DUVAL VACCA, *Historia de San Luis*, I, p. 303. *Acta capitular* de esa fecha, en AHSLuis. Integraban la comisión de seis miembros el gobernador Ortiz y el luego constituyente Santiago Funes. El acta de referencia no fue firmada por Justino Vélez, que era representante (o elector) y asistió a la sesión.

16 *Asambleas*, I, 1291. Sesión del 30 de abril de 1825: "El Congreso se ha declarado constituyente, y yo á pesar de esto no tengo instrucciones de mi provincia; las he pedido especialmente, y no se me han dado. ¿Que hago pues en este caso? ¿Como he de dar yo mi opinion á favor de uno ú otro sistema, sino sé si aquel, ó este [es] el que creen por bueno los pueblos, ó el que aborrecen por malo?"

17 CHÁNETON, *op. cit.*, p. 58 y nota 17. Éste, como los demás autores que han tratado el tema, no hablan de Calixto González, ni de su voto en esa ocasión.

18 *Asambleas*, II, 289, sesión del 23 de diciembre de 1825. La comunicación está fechada en San Luis el 5 de ese mes.

FD. y C. S. BIBLIOTECA

veces con instrucciones, ponencias, recomendaciones, o siquiera opiniones formadas por parte del gobierno puntano. Calixto González era hombre de actividad política en San Luis y desde allá llegaba a incorporarse al Congreso; de modo que no puede pasarse por alto esta frase contenida en el documento suyo que más adelante se reproduce: "Yo, llegado este caso, deberé seguir la opinión del Sr. Vélez, sea ésta cual fuere, pues supongo él obrará conforme a las instrucciones que sobre semejantes casos se le hayan dado...". Esta opinión de González deberá ser tomada con cierta prudencia, pues a pesar de todo no se muestra muy interiorizado del manejo político de su provincia, como hubiera podido pensarse. Pero parece evidente que Vélez mantenía —al menos a principios de 1826— una correspondencia bastante frecuente con su cuñado Ortiz, cosa que seguramente conocería González; o por lo menos tendría fundadas razones para suponerlo así. Quizás en esa correspondencia esté la clave de las pretendidas "instrucciones" que pueda haber recibido Vélez, como también la de la eventual influencia que éste pueda haber llegado a tener sobre Ortiz, si es que realmente pudo tener alguna.

En definitiva, los tres diputados puntanos actuaron sabiendo a qué atenerse respecto de sus representados: Vélez y González votaron por el régimen unitario —es decir, a favor del despacho de Comisión— y fundamentaron su posición en la misma sesión del 19 de julio de 1826 en que se resolvió la cuestión; Funes votó en contra, o sea a favor del federalismo.

Los documentos que se transcriben a continuación pertenecen a Dalmacio Vélez Sarsfield y a Calixto González. Son, al parecer y hasta ahora, los únicos informes conocidos o conservados de los diputados por San Luis, que enviaron al gobierno de la provincia que representaban dando cuenta de su gestión y de las circunstancias del momento. Ambos documentos se encuentran en el otrora vapuleado Archivo Histórico de San Luis. El informe de González se halla trunco, sin que se hayan encontrado su continuación y conclusión. Le falta, por supuesto, la firma; pero no cabe duda alguna que es de él, de puño y letra. Además, en la fecha olvidó consignar el mes; pero fácilmente se descubre que es de *febrero* de 1826, por ser el momento de su incorporación y por los demás hechos que relata.

El documento de Calixto González no ha sido dado a publicidad hasta ahora. En cuanto al informe de Vélez Sarsfield, hay razones

para que se lo pueda considerar realmente inédito, a pesar de haber sido publicado no menos de cuatro veces [19].

La nota de Vélez Sarsfield tiene su clásica caligrafía cuidada y su redacción pulida, y aunque el asunto no le brinda mucha ocasión, ya anticipa algo de ese timbre cáustico que luego lo caracterizó como rasgo particular. Demuestra, además, el trato familiar que lo ligaba a Ortiz, un poco más cuñado que gobernador, y hace concreta referencia a su hermano Justino. El informe de González tiene, en cambio, letra tosca, una redacción y vocabulario más populares, y una ortografía y puntuación muy indecisas y vacilantes. Trata a Ortiz con confianza, pero siempre se dirige al gobernador.

El valor de ambos documentos debe ser calibrado en conjunto. Los dos tienen casi la misma fecha, pues fueron redactados con seis días de separación (el de González fue escrito al menos en dos días consecutivos); por lo tanto se refieren a circunstancias similares, la principal de las cuales es el proyecto de crear la Capital de la República en Buenos Aires y disolver esa provincia, frente a la resistencia de sus autoridades. Lo más importante, empero, resulta ser la opinión totalmente diferente que el fundamental proyecto le merece a cada uno de los dos diputados.

19 Las que conocemos, y en orden cronológico, son éstas: a) JUAN W. GEZ, en su obra *La tradición puntana*, Bs. As., 1910 y 1916, en nota a pie de página (2ª ed., pp. 50/51); b) REYNALDO A. PASTOR, en el capítulo de *San Luis ante la Historia*, Bs. As, 1938, con el que adelantó textualmente: c) su trabajo para la *Historia de la Nación Argentina* dirigida por LEVENE ("San Luis 1810-32", t. X, pp. 306/307), ambas también en nota; y d) CARLOS BARREIRO ORTIZ, en el ya citado *Dos Gobernadores*, pp. 99/101, aparecido cuando ya se había entregado este trabajo. El hecho de que, a pesar de estas publicaciones, aún consideremos al documento como inédito, se explica por la cantidad y, sobre todo, por la calidad e importancia de los errores de que adolecen esos intentos. En las versiones de Gez y de Barreiro Ortiz tales defectos son similares, comenzando por la fecha ("setiembre", en vez de *febrero*, como es evidente y fundamental, por los hechos relatados en el texto); y siguiendo por la creación del Poder Ejecutivo Nacional, que aparece como reclamada por todo el "interior" del país (!) (en vez de *interés*), o el considerar a Rivadavia y a Agüero como hombres "muy racionales" (en vez de *muy nacionales*), etc., etc. Es decir, errores que cambian por completo el sentido original, y aún lo contraponen a éste. Gez no consigna fuente de información; Barreiro Ortiz sí lo hace, pero seguramente se trata de un error, pues el documento no está en la publicación del *Archivo de Mitre*. Pensamos que esos errores pudieran imputarse a la fuente consultada, pero ignoramos cual es; no parece que fuera el original, que trascribimos. Por esta razón resulta realmente de lamentar la trascripción intentada por Pastor, precisamente porque consultó en forma directa el original del Archivo puntano (del que fue Director), y así lo consigna al dar la fuente. Además de muchos errores (también el de la fecha, y varias correcciones y ultracorrecciones ortográficas), a su versión le falta una considerable cantidad de texto (más de 200 palabras), es decir, frases y párrafos íntegros, sin dar cuenta de esas supresiones: sin abrir juicio sobre los motivos, no puede considerársela válida.

Vélez no oculta su simpatía por el partido de Rivadavia, que después se haría más evidente; González, a pesar de ser *entonces* federalista, y aunque con algo de recelo, parece abrir ya algún crédito a favor de la autoridad del flamante presidente. Sin embargo, calificando previamente a uno de unitario y al otro de federal, y a pesar de que las opiniones son divergentes, la base de interpretación es la misma en los dos constituyentes: *el punto de vista provinciano*. Todavía distante de su posterior adhesión total al bando porteño, Vélez había demostrado en el Congreso que adoptaba aquel punto de vista en ese entonces con cierta frecuencia. Lo había hecho por lo menos en tres formas o sentidos: velando por los intereses de las provincias; desconfiando de Buenos Aires y aun oponiéndose a ella; y, finalmente —la clave de su posición definitiva—, bregando por la creación de instituciones o "cosas nacionales", para "tener una nación", como fórmula para garantizar y controlar aquellos intereses, al mismo tiempo que para "libertar á los pueblos de ese influjo que se teme de una provincia mas poderosa" [20]. Así, por ejemplo, había defendido la posibilidad de que las provincias siguieran contando con tropas propias, sin perjuicio de la creación del ejército nacional ante la guerra con el Brasil. Resulta demasiado rotunda la afirmación de Cháneton en el sentido de que Vélez actuaba así "obedeciendo sin duda a instrucciones expresas de su mandante" [21]; pero de cualquier manera puede verse en tal posición una defensa de la situación particular de San Luis (en menor medida de Córdoba también), que mantenía y mantuvo sin recursos y por larguísimo tiempo una trágica lucha de vida o muerte con los indígenas del sur. De tal manera, Vélez resultaba coherente consigo cuando luego fundamentaba su adhesión a la *nacionalización* de Buenos Aires —según se verá en el documento reproducido— en la necesidad del *reparto de la riqueza* bonaerense con sus hermanas del interior.

González, en cambio, iba más allá de la oposición casi intuitiva hacia lo porteño, o quizá prescindía de ella esta vez: dejaba sentado su temor por la existencia futura de las provincias, ante la evidencia de que la más poderosa de todas estaba a punto de sucumbir frente al embate del Congreso, que daría así por tierra con las autonomías locales garantizadas por la *Ley Fundamental* de 1825. En este otro sentido

[20] *Asambleas*, I, 1317, sesión del 3 de mayo de 1825. Ver también la opinión de Vélez, adversa a la comisión de las relaciones exteriores a Buenos Aires, *ídem*, I, 1102 y 1112. Sobre esto último, V. TAU ANZOÁTEGUI, *Formación del Estado Federal Argentino*, p. 33.

[21] CHÁNETON, *op. cit.*, p. 53.

del mismo punto de vista provinciano, Buenos Aires formaba fila junto con sus hermanas, en tanto ella también era *provincia autónoma*.

La ley de Capital fue sancionada entre el 3 y 4 de marzo de 1826, sin que conste en las actas la posición final adoptada por González; la de Vélez se deduce de su opinión a favor [22]. Es importante consignar que más tarde González confesó haber abjurado de sus ideas federales, como consecuencia de lo cual votó en definitiva por la forma unitaria de Estado. A tenor de lo que expresa en el documento que va a leerse (que es del momento de su incorporación al Congreso), no habría que desdeñar la posibilidad de la influencia que sobre él pueda haber ejercido Vélez; y aun a corto plazo: "el que habla —decía González— tuvo la desgracia, que así puede llamarse, de haber sido uno de los federales mas acérrimos; mas tambien tuvo la felicidad de no haberse pasado veinte dias sin que conociese los males que habia de acarrear al pais; entró en cuentas consigo, y reconoció su error antes de veinte dias" [23]. Pero yendo más lejos todavía, afirmaba que los males que implicaba el federalismo habían sido "atajados" en San Luis por la suerte de haberse elegido como gobernador a "quien solo podía salvarla" —o sea Ortiz—. Y aseguraba, además, que, aunque la provincia no se había pronunciado oficialmente sobre el tema, y había renunciado a su derecho de rechazar la Constitución, San Luis se volcaba de cualquier manera por la fórmula unitaria, en defensa de sus propios intereses locales, ya que no podía por sí misma "componer [*un*] Estado" [24]. Si González realmente hablaba con fundamento y conocimiento cabal de lo que expresaba, o sea que San Luis se inclinaba por el unitarismo, también podría pensarse en una posible influencia de Vélez sobre su cuñado gobernador, pues Ortiz militaba ostensiblemente en el federalismo. Pero entonces igualmente habría que aceptar que, si existió, esa eventual influencia debió ser efímera y poco profunda. Los

22 *Asambleas*, II, 876. El proyecto, enviado por el Poder Ejecutivo, había entrado y había sido girado a Comisión el 13 de febrero (*idem*, II, 637): con el despacho de ésta, comenzó a tratarse el 23 de febrero, es decir, en la misma sesión en que se incorporó González (*idem*, II, 696).

23 Fundamentación de su voto sobre la forma de Estado, en la sesión del 19 de julio de 1826; *Asambleas*, III, 257.

24 *Ibidem*. Esta tesitura, basada en la pobreza, escasa población, atraso cultural, e institucional de algunas provincias, también fue sostenida por algunos conspicuos defensores del federalismo —Rosas, Dorrego, Anchorena, etc.— como problema a solucionar previamente a la organización del Estado Federal. Después de todo había en ello bastante justificación y acierto. Es posible que en la idea expresada por González haya también una referencia tácita a los ya comentados esfuerzos del gobernador Ortiz para reunificar la antigua provincia de Cuyo, que se proponía, precisamente, como solución para aquellos problemas.

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

hechos desautorizaron en forma terminante a González: convocada sin mucho optimismo por Ortiz en marzo de 1827 [25], la Junta provincial de Representantes se expidió el 26 de ese mes rechazando la Constitución "p.r no estar montada sobre la base de federacion p.r q.e se ha pronunciado la Pluralidad delas Prov.as" [26]. Nótese que el argumento ahora esgrimido es bien distinto del que exponía González; pero, en cambio, es consecuente con la postura inicial de la provincia, cuando fue consultada sobre la forma de Estado. Este criterio de atender al sistema que los pueblos considerasen preferible, había sido sostenido también, como se ha visto, por Vélez Sarsfield; pero no pareciera haberlo tenido en cuenta cuando, a la postre, votó por el sistema unitario, aunque sin duda pudo influir en ello la posición ambigua adoptada por la provincia que representaba, y la libertad de acción que ésta le otorgó. En cuanto a las ideas de Ortiz, debe recordarse que su federalismo lo llevó a la muerte de Barranca Yaco, junto con Juan Facundo Quiroga.

En resumen, Buenos Aires, eje de la discusión, condicionaba una vez más las distintas posiciones. Por un lado, su poderosa autonomía resultaba un escollo insalvable para los teóricos del unitarismo, y por ello se la trataba de eliminar. Por el otro, desde el punto de vista provinciano, o bien se la atacaba, como Vélez, buscando el reparto y evitando su hegemonía dominadora —con lo que se llegaba a la misma postura del unitarismo—, o bien se pretendía su subsistencia, como González, pero no como defensa de Buenos Aires en sí misma, sino en una defensa monolítica de *las* autonomías en general —con lo que se adoptaba una tesitura federal—. Todo esto venía mezclado con una doble característica negativa: la general carencia o grave deficiencia de base teórica en materia política, y la indecisión e indefinición ideológica consecuente, en el momento que analizamos, que duraron hasta que los hechos, generalizados y profundizados, forzaron una resolución, aunque siempre huérfana de ideología, a favor del federalismo (o, mejor, de la Confederación).

25 AHSLuis, 36, nº 3868.

26 *Asambleas*, III, 1405. Dos meses antes, a mediados de enero de 1827, Vélez había pasado por primera vez por San Luis (la segunda y última sería el regreso de este viaje), comisionado por el Congreso para presentar la Constitución en San Juan. Como se sabe, su misión quedó trunca y negativa, ante la actitud hostil de Quiroga. Esta actitud, a su turno, debió tener influencia importante sobre la asumida luego por San Luis.

Hay evidente error de fechas en Chaneton: Vélez no pudo partir de Buenos Aires a fines de enero, pues ya el 24 de ese mes informaba al Congreso de su fracaso, desde Mendoza (*Asambleas*, III, 1382).

I

Sor. D.n Jose Stos. Ortis

B.s Ay.s Feb.o 16 de 1826.

Querido hermano: en el correo anterior se me quedó escrita una carta p.a Vd.; pero en p.te supliria el Mensagero donde se encontraba la elec.n de precid.te y lo mas notable q.e entonces habia. A Vds. sin duda les habra sorprendido la separacion del poder ejecutivo del Gov.o de Bs. Ay.s; pero ello era reclamado por todo el interes del pais, q.e se perdia si seguia en manos de Heras y Garcia, á quienes jamas agradó q.e en esta hubiese un congreso

La administración de Rivadavia y Aguero sin duda sera mejor p.r q.e ambos son hombres, como se dice, muy nacionales. Agustín Delgado ha sido nombrado oficial mayor en el Departam.to de Gov.o con el sueldo de 3.000 p.s En la misma clase ha sido nombrado p.a el de gov.o [*sic: ¿hacienda?*] D.n Marcos Sorrilla recidente en Salta, y p.a la guerra y marina D.n Santiago Vazquez. El gov.o de Bs. Ay.s q.e ha caido en el mayor desprecio, y q.e ya existe sin objeto no ha querido obedecer al precid.te entregando como estaba mandado p.r una Ley del congreso, toda la fuerza de esta prob.a al poder ejecutivo. Rivadavia se ha echo obedecer y Heras se ha quejado del modo más amargo á la Sala de Representantes de la prob.a Sea qual fuere la resolución de este cuerpo, Aguero le ha preparado su destruc.n al Gov.o de Bs. Ay.s y á su sala de representantes, con el proyecto de Ley q.e ha pasado al congreso sobre la formac.n de una capital del estado y la sugeción de toda esta prob.a á solo las autoridades nacionales. De este modo debe concluir la sala y gov.o de Bs. Ay.s p.r mas q.e Heras y Garcia se preparen à resistirlo. Si el Cong.o lo decreta, la ejecuc.n esta en buenas manos. Los porteños no tienen à bien la divicion de su prob.a y q.e lo q.e hace su riqueza se entregue à la nacion: p.r lo demas, à los pueblos creo le hace una inmensa cuenta cargar con las acciones de Bs. Ay.s y con sus deberes. Estos, lo unico q.e tienen de grave, es el emprestito de 5 millones q.e debe Bs. Ay.s; pero de esta cantidad existen 3½ millones q.e ya el cong.o ha puesto en el banco nacional. En fin, hermano, p.r este proyecto ya no habra esa gran desproporcion entre la riqueza de los pueblos, objeto de tantas quejas, p.r q.e lo mas q.e tenia Bs. Ay.s y q.e hacia su grandeza, debe ser ya no de una prob.a sino de la nac.n Vd. mastique bien el proyecto y digame su opinion.

Al otro dia de la salida del correo hubo un grande ataque entre las Armadas. Duró desde las 2 [?] de la tarde hasta las 6. El resultado ha sido q.e ambas esquadras se han estropeado mucho sin conseguir ning.a un triunfo particular.

Avíseme si piensa venir; yo ya no tengo mas voces p.a invitarlo. Actualm.te un dia de Bs. Ay.s lo hade remozar, y seria muy util q.e lo conociesen los hombres q.e goviernan al pais.

A Justino q.e si quiere hacer alg.s contratos de ganado me mande el precio seg.n las edades q.e yo puedo negociarlo en esta.

Men.s. à su familia y mande Vd. a su herm.o

Dalmacio Velez.

Archivo Histórico de San Luis, Carpeta 34 (año 1826), nº 3764. Original.

F.D.Y.C.S. BIBLIOTECA

II

S.or Gov.dr D. Jose Stos. Ortis.

B.s As 22 de 1826. [*sic*: de febrero]

Sor; el sabado 19 llegue à esta y me baje en casa de D.n Guillermo Burela el Domingo pase á lo del S.or Velez y me ha impresionado a la primera vista la mejor confianza, se me ofrecio de beras à virtud de las muchas recomendacions de ud y de toda su casa, yo agradici y no acepte su casa p.r q.e no tiene pieza p.a la calle y p.r q.e aca como lo sabe balen mucho las casas, y este Sor de ningun modo me llebaria nada ni menos me admitiria insinuaciones ó demostracion alguna y yo me reselaria bastante aun de aserlo p.r quanto v. sabe à Senor.s llega à ofenderle la delicadeza p.r mucha finura con q.e uno se condusca en semejantes actos, à mas de esto el Sor Coron.l Pedriel q.e es mi pariente ya me tenia sin prebencion mia arquilada unas dos piezas bastante desentes en casa del Sor D.n Visente Castel y no era regular desairar este comedimiento nasido puramente de afecto, y esta fue la razon q.e di al Sor Velez y sedio gustoso à ella, protestandole no p.r esto dejaria yo de tratarle con la frequencia posible. En el mismo dia me llebo à q.e conosiera la Casa de Congreso instruyendome de todo p.a ebitar en mi lo q.e se bio en Jose Arguello q.e p.r tomar su asiento ocupo el de el Secretario, luego me presento en la Policía, y acompañando un oficio à mis poder.s se entregaron al Secret.o p.a q.e los pasase al President.te del Congreso y pasam.s à presentarme al Mtro. de Estado y no encontrandole se le abiso al primer oficial de este Departam.to hoy han sido presentados ala Comicion mis poderes, y esta ha informado a la Sala y resultando la aceptacion de ellos se me acaba de sitar p.a q.e mañana à las onse del dia me presente à incorporarme.

Por el poco tiempo q.e hase llegue y p.r las ocupacion.s referidas bera no he tenido tiempo de informarme de el estado de los negocios ms dire algo aunq.e supongo el Paysano Velez informará mejor. Ha resultar de un Proyecto de Ley q.e se ba à presentar ala Sala (qual es q.e se disuelba la Junta Provincial) creo q.e no tardara mucho en q.e nos embolbams aunq.e la opinio general esta p.r q.e el Sor Ribadabia atajara este mal q.e amenaza y del q.e ya tiene noticia con bastante antelacion, à este objeto es seguramente q.e ha mandado una ord.n para q.e el Sor Martin Rodrigo no entriegue el Ex.to del entrerillos al nombrado p.r el Sor las Eras, q.e V. ya sabra era el Sor Rondiau y q.e en caso lo haya entregado lo buelba à resibir. La sala de Representantes se trata de sostener à virtud de la Ley q.e el Congreso sanciono q.e las Provincias se rijieran p.r sus institucion.s interin se presentaba la constitucion y se aprobaba p.r los Pueblo.s Esta es la question q.e creo sera definida con las ballonetas si el Sor Ribadabia no handa ligero. El Sor las Eras esta en choce con el ante nombrado y de consiguiente aderido a la Sala, este choq.e resulta dela dibicion de Pueblo q.e se quiere aser p.r q.e en esto ere [*interpolado*: el] Sor las Eras se le ... [*manchado*: ¿quiere?] limitar el pod.r q.e como Govd.r de Prov.a le corresponde, la divicion se reduse à q.e el Sor las Eras solo tenga voz de Lujan afuera y q.e en lo interior entienda inmediatam.te el Presidente de la República.

Se dise higualm.te q.e destruida la sala provincial de BsAs se seguira el mismo ord.n con las del interior y q.e sesaran en el gose de soberania à virtud dela cual nombraban sus Governadores, q.e estos seran nombrados y dependeran del poder Executibo nacional. Yo llegado este caso debere seguir la opinion del Sor de Velez sea esta qual fuere pues supongo el obrara conforme alas instrucion.s q.e sobre semejantes casos sele hayan dado ó al menos conforme alas vazes ó principios q.e contienen semejantes casos. nada he ablado con dicho Sor en ord.n à esto lo primero p.r q.e aun no se ha presentado dicho proyecto y lo segundo p.r falta de tiempo, creo aun hay tiempo me instruya prebiniendole q.e jusjo con bastante fundamento q.e el Congreso sancionara por ley dicho proyecto.

En estos mismos momentos se me presenta un Edecan del Congreso con el Proyecto de Ley y es como sigue

[*sigue copia textual del proyecto de ley, en 6 artículos, luego aprobado, declarando a Buenos Aires Capital del Estado y el resto de la Provincia bajo jurisdicción nacional hasta que se forme otra con su territorio.* Asambleas, *op. cit., II, 696 7.*]

Hoy 23 me incorpore y he hoydo discutir sobre el proyecto, no he encontrado esa sublimidad de discursos q.e me propuse y aguardaba p.r el contrario ha adbertido mucho desfio [*sic:* desvío] del objeto y de consiguiente mucha superfluidad. mas he notado en algunos y no pocos el modo de estar no solo indecoroso al ...

[*falta la continuación y conclusión*]

[*Archivo Histórico de San Luis, Carpeta 35 (año 1826), nº 3840. Original.*] *Incompleto. Manchas de tinta. Agujereado. Transparentada la tinta por el revés.*]

F.D.y C.S. BIBLIOTECA

FACULTAD DE DERECHO · BIBLIOTECA · UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

UN PROYECTO DE LEY SOBRE EL DIVORCIO Y LAS SEPARACIONES VOLUNTARIAS DE LOS MATRIMONIOS EN 1824

Por María Haydée Martín

Cuando el año 1820 terminaba, la unión nacional se había roto y la provincia de Buenos Aires asumía por sí sola la responsabilidad de su futuro. A mediados del año siguiente ingresó en su gobierno Bernardino Rivadavia, recién llegado de Europa, que traía consigo un vasto plan de reformas concebido durante su prolongada estadía en el Viejo Mundo. Bajo sus directivas y con la intervención de hábiles colaboradores, se transformaron y surgieron diversas instituciones de variada naturaleza, abarcando aspectos militares, administrativos, educacionales, económicos, judiciales, eclesiásticos y políticos. Debido a la amplitud de la reforma emprendida, las cuestiones sociales ingresaron en los objetivos del gobierno de Buenos Aires, actuando como legislador al promover la promulgación de leyes conducentes a eliminar o solucionar los problemas de tal naturaleza.

En la convulsionada sociedad de esa época, la celebración de matrimonios ocultos, las uniones ilegítimas y las separaciones de los esposos eran cuestiones muy generalizadas que tanto el gobierno civil como el clero querían limitar. El proyecto de ley que se presenta aquí trató de solucionar la realidad vigente en ese momento, conciliando al mismo tiempo la acción de las autoridades civil y eclesiástica para determinar sus respectivas atribuciones en el caso. Podría considerarse este proyecto también como un ejemplo de las ideas unificadoras de gobierno, por las cuales todo lo concerniente al Estado debía ser atendido por el poder central.

El 7 de agosto de 1823, el Provisor y Gobernador del Obispado de Buenos Aires, doctor Mariano Zavaleta, elevó una nota al gobernador de la provincia, general Martín Rodríguez, solicitando que toda demanda de divorcio o querella de sevicia pudiera ser atendida por los jueces de primera instancia. La finalidad del pedido era aliviar a los tribunales eclesiásticos de entender en pleitos que correspondían más a la jurisdicción civil que a la de la Iglesia, por las causas que

los provocaban [1]. El problema, según el doctor Zavaleta, sobrevino como consecuencia del artículo 1º de la ley del 21 de diciembre de 1822, que estableció la abolición del fuero personal del clero [2], viéndose compelidos los representantes clericales, entre otros trastornos, a comparecer ante los tribunales civiles.

A los dos días de elevada la nota, Bernardino Rivadavia en su carácter de ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores, pasó la misma en calidad de consulta al Tribunal de Justicia, quien en el voto consultivo del 27 de agosto se expidió sobre el particular [3]. Opinó que el poder ejecutivo no podía tomar medidas legislativas por sí mismo, debiendo limitarse a proponer el tema a la Legislatura, única autoridad competente. El Tribunal, presidido por el doctor Manuel Antonio de Castro, afirmó que si bien el poder secular dio a la Iglesia el papel de árbitro en las causas matrimoniales, no concedió el conocimiento de las cuestiones de hecho referidas al matrimonio como contrato civil ni la facultad de penar las faltas que atenten contra los derechos privados o perjudiquen la moral pública. Entendía entonces que las jurisdicciones eclesiástica y civil no se oponían, sino que se complementaban al observar el mismo problema bajo diferentes aspectos.

El 2 de septiembre el gobierno encomendó por decreto al mismo Tribunal de Justicia un proyecto de ley que deslindara las jurisdicciones de los poderes civil y eclesiástico en las causas matrimoniales. Poco después el doctor Zavaleta envió una nueva nota aclarando los alcances de su petitorio y ya el 14 de abril de 1824 el doctor Castro informó que faltaba sólo el acuerdo de todos los miembros del Tribunal para expedirlo. El día 23 del citado mes se elevó al ministro Rivadavia para su consideración, el reclamado "Proyecto de ley sobre el divorcio y las separaciones voluntarias de los matrimonios", ratificado por las rúbricas de Manuel Antonio de Castro, Alejo Castex, Antonio Ezquerrenea y Miguel de Villegas [4]. El documento constó de once artículos, tras los cuales se enunciaban los "principios de derecho" en los que el Tribunal se basaba para la redacción del pro-

[1] RICARDO LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, t. VII, Buenos Aires, 1952, p. 169.

[2] AURELIO PRADO Y ROJAS, *Leyes y Decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876*, t. II, Buenos Aires, 1877, p. 358.

[3] LEVENE, *Historia...*, cit., t. VII, p. 163.

[4] LEVENE, *Historia...*, *cit.*, t. VII, p. 323.

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

yecto de ley. Como observa Alberto Palcos [5], a través de todo el escrito se advierte el sentimiento de repulsa imperante en la época, que por intermedio del Tribunal se hace evidente, hacia la cantidad de desavenencias y pleitos matrimoniales producidos en la provincia de Buenos Aires. Es notable la referencia a demandas de divorcio que se dejan pendientes una vez conseguida por la mujer la asignación de alimentos por parte del marido, estabilizando así una situación anómala y perjudicial a las normas de la sociedad. Los artículos 7º y 8º preveníau tales casos, pudiendo quedar anulada la asignación de alimentos mencionada. Interesa destacar además el artículo 6º, porque disponía la privación de los derechos de ciudadanía a todo marido que se encontrase en las situaciones irregulares allí citadas.

A través de sus cláusulas, este proyecto de ley autorizó al poder secular ordinario para intervenir en la conciliación de los matrimonios desavenidos, e imponía las medidas a tomar en caso de separación voluntaria, divorcio temporal o perpetuo. Con referencia a las jurisdicciones civil y eclesiástica en pleitos matrimoniales, el gobierno trató de complementar este proyecto consultando a la Cámara de Apelaciones, quien estableció más claramente: "No se admitirá en el Tribunal Eclesiástico demanda alguna de divorcio por sevicia sin que se acredite por la parte actora tener ocurrida por el mismo motivo a la potestad civil; haberse castigado o corregido al delincuente y no haber tenido enmienda" [6].

PROYECTO DE LEY SOBRE EL DIVORCIO Y LAS SEPARACIONES VOLUNTARIAS DE LOS MATRIMONIOS

Art. 1º — La ley reprueba la separación voluntaria de los casados legítimamente. Sin perjuicio de la facultad, que corresponde al fuero de la Iglesia para reintegrar el matrimonio a pedimento de parte o del fiscal eclesiástico, puede y debe la jurisdicción civil ordinaria proceder de hecho apremiando al marido o a la mujer, o a uno y otro a la reunión conyugal por querella de parte, y también de oficio a solicitud fiscal. Se exceptúan los casos, en que la separación es por derecho urgente y necesaria.

2º — Si la mujer abandonare voluntariamente y sin causa la casa de su marido, o si separándose con causa, no pusiere su queja dentro de quince días ante el juez eclesiástico para el divorcio, o ante el secular para la

[5] ALBERTO PALCOS, *Rivadavia, ejecutor del pensamiento de Mayo*, Biblioteca Humanidades de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, t. XXXIII, La Plata, 1960, Vol. I, p. 649.

[6] PALCOS, *Rivadavia... cit.*, Vol. I, p. 650.

corrección o el castigo, pierde el derecho a ser alimentada a expensas del marido, durante el tiempo de esta separación.

3° — Permaneciendo la mujer en la separación voluntaria del marido por más de seis meses, pierde el derecho a la mitad de las gananciales adquiridas, durante la separación. Si continuando así separada por más de seis meses, sucediere la muerte del marido, pierde la tutela y curatela legítima de sus hijos, y las pensiones, que por respeto, y causa del matrimonio deberían corresponderle.

4° — El marido que incurriese en el caso del artículo segundo, será obligado a dar a su mujer los alimentos, que el juez señalare a su prudente arbitrio por medio de un juicio breve y sumario, con arreglo a las facultades de aquél y a la dote introducida al matrimonio.

5° — A los seis meses de la separación voluntaria del marido tiene la mujer derecho para pedir la restitución de su dote, sin perjuicio del que le corresponda para ser alimentada, caso de ser su dote insuficiente, o no tenerlo. Si el marido no hubiese recibido dote, ni tuviere como alimentar a su mujer, se reencarga a los jueces el puntual cumplimiento del artículo 1° por medio de los apremios, que consideren más convenientes.

6° — En el caso del artículo anterior, y en el de haberse pronunciado contra el marido sentencia de divorcio temporal o perpetuo por causa delincuente, será privado, mientras dura la separación voluntaria, o el divorcio, del ejercicio y goce de los derechos de ciudadanía: a saber; del sufragio activo y pasivo en las elecciones populares, de servir las funciones de juez, y de ser provisto para los ministerios o empleos públicos.

7° — La mujer que después de haber puesto ante el juez eclesiástico demanda de divorcio contra su marido, obtuviere del secular asignación de alimentos, debe permanecer depositada en la casa que éste le designare, y acreditar que permanece en el depósito todas las veces que fuere requerida. Sin esta justificación puede el marido rehusarle los alimentos.

8° — Si al año de iniciado el pleito de divorcio, no estuviere fenecido, debe acreditar la mujer, que la dilación no ha sido causada por su culpa. En caso contrario el juez a solicitud del marido debe suspenderle los alimentos.

9° — Queda derogada la ley del fuero, que impone a los adúlteros la pena de ser entregados a disposición del ofendido. La mujer acusada por su marido y convencida de adulterio, será condenada a reclusión por el tiempo de tres a cinco años, y su cómplice a prisión por igual tiempo. El marido puede remitir el efecto de esta pena, consistiendo en volver a recibir a su mujer.

10° — El marido convencido por queja de su mujer de haber mantenido en la casa conyugal o fuera de ella alguna concubina, será condenado a seis meses de prisión, y la cómplice a otros tantos de reclusión.

11° — Quedan en su vigor las leyes, que no estuvieren expresamente derogadas por los artículos de la presente.

F.D.Y C.S. BIBLIOTECA

PRINCIPIOS DE DERECHO, EN QUE SE FUNDAN LOS ARTICULOS CONTENIDOS EN EL PROYECTO ANTERIOR

Al artículo 1°.

Por nuestras leyes religiosas y políticas es reprobada la disolución del vínculo del matrimonio, una vez contraido legítimamente. Es por consecuencia reprobada la separación de hecho, que frustra sus objetos, sea por mutuo consentimiento de los casados, sea por voluntad de alguno de ellos. Cuando el marido o la mujer abandona la casa conyugal, y sus primeras obligaciones con respecto a su familia, introduciendo en ella el desorden, las lágrimas, y tal vez el oprobio, no sólo ofende los derechos particulares, sino también el orden público; y por lo mismo debe encargarse el remedio de este mal de tan grave trascendencia al oficio judicial, para que a falta de querella de parte proceda por sí, o por denunciación fiscal sumariamente a la reintegración del matrimonio, a excepción de los casos, en que, promovida la demanda de divorcio o la acción criminal, deba decretarse la separación provisional, lite pendente, o cuando dicha separación es urgente y necesaria por haberse descubierto algún impedimento, que anule el matrimonio.

A los artículos 2°, 3°, 4°, 5° y 6°.

Puede la tenaz obstinación de uno de los consortes voluntariamente separado hacer inútiles los esfuerzos, y apremios judiciales: para este caso deben establecerse leyes cohibentes, que conduzcan a contener la facilidad con que el marido o la mujer rompen la unión conyugal por motivos frívolos, por desavenencias leves, o tal vez por miras licenciosas. Las disposiciones contenidas en los artículos 2°, 3°, 4°, 5° y 6° parecen las más oportunas, en cuanto privan de los favores y bienes resultantes del matrimonio a los que desprecian sus cargas y gravámenes.

Repugna a las ideas de justicia, que el marido continúe en la obligación de alimentar a la mujer, que ha desconocido todas las obligaciones conyugales: que la ley siguiendo el instinto de la naturaleza honre con la tutela y administración de los bienes de sus hijos a la que ha deshonrado la primera y más sagrada asociación natural: que llame al goce de las pensiones de piedad, o de otras establecidas en favor de la buena esposa, que tuvo la desgracia de perder a su marido, a la que muy lejos de sentir su pérdida, lo abandonó mientras vivía.

Igual razón milita con respecto al marido, que abandona a su mujer y a su familia. ¿Con qué título podrá retener la dote recibida para auxiliar las cargas matrimoniales el que de hecho no las cumple? ¿Por qué no ha de alimentar a una mujer, que bajo la fe de un contrato violado perdió tal vez un mejor establecimiento, o se hizo infeliz de por vida? ¿Por qué ha de gozar de los derechos de un ciudadano honrado aquél, a quien la opinión pública deshonra, porque no es buen esposo, ni buen padre de familia?

A los artículos 7° y 8°.

La experiencia ha enseñado con repetidos ejemplares, que muchas mujeres al pretexto de divorcio consiguen la separación provisional en cuanto

a la cohabitación, consiguen la asignación de alimentos, y desde entonces abandonan la causa, para perpetuar con escándalo de las costumbres públicas una vida delincuente a costa de los bienes y del honor del marido, haciendo servir la santidad de las leyes a sus detestables excesos. Es de necesidad precaver seria y escrupulosamente este abuso. Verdad es, que por derecho está dispuesto el depósito de la mujer en tales casos; pero era regularmente nominal, y el pleito de divorcio duraba muchos años, cuando no acababa primero la vida de los cónyuges. Pero una vez impuesta a la mujer la obligación de acreditar su permanencia en secuestro en el lugar designado por el Juez para gozar de los alimentos, y de no haber abandonado la causa, ni pretendido alargarla con maliciosas dilaciones, la precaución de la ley por una parte, y por otra la actividad del marido ocurrirán al remedio de los inconvenientes indicados.

Al artículo 9°.

Constante es, que las leyes de todas las naciones, y de todos los siglos han castigado con penas severas el adulterio, y más gravemente el de la mujer, cuyos efectos son de más funesta trascendencia contra la paz doméstica de las familias, y contra el orden público de la sociedad: pero algunas por llevar la detestación de este delito hasta el extremo, han impuesto penas bárbaras, que asustando al magistrado en la ejecución, han caído en total inobservancia. Esto ha sucedido cabalmente con la ley española escrita en el fuero de las leyes, y después ratificada por la 82 de las de Toro que dispone, que los adúlteros sean entregados al marido ofendido, para que haga de sus personas y bienes lo que quiera. Así vemos, que siendo tan frecuentes las acusaciones de adulterio, no hay ejemplar de pronunciarse la pena legal.

La ley en materia criminal, para ser útil y coercitiva, debe ser practicable; y entonces es, que impone terror para prevenir el delito y producir el escarmiento.

Esta poderosa razón convence de la necesidad de derogar la citada ley del fuero, imponiendo una pena exequible y condigna, cual parece ser la de reclusión por el tiempo de tres a cinco años según las circunstancias más o menos agravantes del delito.

En cuanto al acusador del adulterio, la legislación de la Europa civilizada ha convenido en el principio de no admitir a otro, que al marido, no solamente por la sólida razón indicada en el derecho común, *ne cuilibe liceat faedare matrimonia*, sino por otros innumerables inconvenientes, que no es del caso detallar; y por lo mismo el marido únicamente puede remitir la ofensa, y frustrar los efectos de la pena.

Al artículo 10°.

El marido convencido de haber violado la fe del contrato matrimonial, no es menos delincuente que la mujer, y no debe quedar impune. Sin embargo los efectos del adulterio de la mujer son más perniciosos, son de consecuencias irreparables, y turban más inmediatamente la moral y el orden público, que es el objeto de las leyes. Por esta consideración se impone al marido

F.D. y C.S. BIBLIOTECA

menos pena, omitiendo cuidadosamente la pecuniaria; porque ésta castigaría también a la consorte inocente; y cuando hubiera de aplicarse a ésta, fortificaría más la discordia.

[*Cuatro rúbricas correspondientes a Manuel Antonio de Castro, Alejo Castex, Antonio Ezquerrenea y Miguel de Villegas.*].

[ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *División Gobierno*, X-13-6-2.].

F.D.y C.S. BIBLIOTECA

LAS ORDENANZAS DE MINAS DEL CONDE DE NIEVA Y LOS COMISARIOS (1561)

Por Eduardo Martiré

El Conde y los Comisarios

El 15 de diciembre de 1558 Felipe II designaba en Bruselas, Villa del Ducado de Brabante, Virrey, Gobernador y Capitán General del Perú a Don Diego López de Zúñiga y de Velasco, IV° Conde de Nieva.

El Gobierno del Perú no era por entonces asunto sencillo. Las secuelas de la rebelión de Gonzalo Pizarro y el amargo recuerdo de las Leyes Nuevas, el alzamiento de los encomenderos acaudillados por Hernández Girón, la agitación producida por los religiosos que denunciaban el mal trato de los indios y su propio descontento, las ambiciones de las autoridades locales, los "excesos" del Virrey Marqués de Cañete y la crisis de la minería, configuraban un panorama poco alentador. Cuando Felipe dispuso la separación de Cañete y buscó sucesor, escogió a un varón ilustre: Don Diego de Acebedo y Fonseca, a quien su origen sacrílego no le había sido obstáculo para convertirse en hombre de prestigio e importancia. Cortesano pulido, embajador español ante el Papa, guerrero brillante en Flandes y hombre de confianza del Emperador, era Don Diego candidato ideal para gobernar el tumultuoso Perú. Pero la muerte privó a las Indias del gobierno de este virrey, que falleció imprevistamente cuando se aprestaba a viajar hacia su destino. La muerte de Acebedo produjo un grave problema en la Corte; el Consejo de Indias se dirigió a Felipe, aún fuera de España, dando cuenta de la mala nueva y pidiendo instrucciones. El monarca indicó tres nombres, para que en ese orden se les ofreciera el virreinato vacante: Luis Méndez Quijada, Diego López de Zúñiga, Conde de Nieva y Martín Enriquez de Almansa. Rechazado el ofrecimiento por Quijada, se dirigió el Consejo al Conde de Nieva, por entonces Gobernador y Capitán General de Galicia, quien luego de breve vacilación aceptó [1].

1 José Antonio del Busto D., *El Conde de Nieva, Virrey del Perú*, en *Boletín del Instituto Riva-Agüero* n° 5, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1961-1963, pp. 105-108.

El Conde de Nieva era hombre de rancia estirpe, célebre por sus dotes de amable cortesano, su vida rumbosa y su gusto por los halagos de la Corte; también se había distinguido como guerrero, asistiendo al Emperador en la batalla de Túnez y la Campaña de Provenza. A estos rasgos de su carácter unía el de Nieva una incorregible prodigalidad y una rara habilidad por embarcarse en préstamos ruinosos. Casi toda su vida estuvo rodeado de acreedores y cuando se sintió viejo para luchar contra ellos se abandonó en brazos del peculado y la corrupción.

Los comienzos de esta desesperada carrera hacia su ruina podemos encontrarlos a su vuelta de la Campaña de Italia. Las fabulosas sumas gastadas por Don Diego para asistir al Emperador le produjeron serios problemas financieros y su casa, administrada por su resignada cónyuge, Doña María Enriquez de Almansa (hermana de aquel Martín Enriquez de Almansa que había figurado como tercer candidato para el virreinato del Perú), ante el absoluto desinterés que ponía el Conde por los negocios serios, empezó a acusar graves descalabros económicos. Ellos impusieron al rumboso caballero un prolongado retiro en su Villa solariega de Arnedo durante casi diez años. Pero los atractivos de la vida galana de la Corte eran demasiado poderosos para que el Conde soportara su forzado retiro mucho tiempo; cuando el Emperador anunció que su hijo y heredero Felipe habría de visitar los Países Bajos y Alemania, a fin de hacerse conocer por quienes serían sus súbditos, el de Nieva se unió a la partida. Para hacerlo anudó nuevos préstamos y solicitó licencia real para vender parte de los bienes vinculados al mayorazgo familiar. Reunió así una suma importante y acompañado por sus tres hijos varones y numerosos criados y sirvientes integró el séquito de Don Felipe. Los gastos de este viaje se llevaron pronto las sumas conseguidas en Burgos y las que su esposa le enviaba periódicamente; nuevamente el Conde se entregó a prestamistas, esta vez flamencos, que dejó burlados al emprender un rápido regreso a España. También tuvo que pedir una vez más que se le autorizara a vender bienes vinculados y contrajo importantes deudas en España. Su vuelta a la Villa de Arnedo le puso en medio de sus acreedores, vio sus bienes embargados y desaparecieron los últimos vestigios del mayorazgo. Una negociación desgraciada terminó con la fortuna del Conde, que debió trasladarse a casa de su madre en Valladolid para poder continuar con decoro su existencia y la de los suyos. Tan mala era su situación que había pedido al rey que "se le diese

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

lo que de sus rentas bastase para sustentar su Casa y que lo demás pasase para pagar sus deudas''[2].

Fue entonces cuando por abdicación de su padre, Felipe II se convirtió en el nuevo rey de España, en enero de 1556. La situación de los condes de Nieva era conocida por todos y Felipe, recordando ''los momentos transcurridos en la compañía del bromista viejo, aquel que a pesar de sus arrugas aún se lucía en los torneos, ese noble burgalés del que decían se arruinó por seguir saliendo con él en su cuadrilla''[3], le nombró, para ayudarle, Gobernador y Capitán General del Reino de Galicia. Pero ni el nuevo cargo ni la experiencia vivida apartaron a Don Diego de su prodigalidad; puesto a casar sus hijos, los sueldos de gobernador se fueron en arras, dotes y donaciones propter nupcias. Nuevamente las familiares estrecheses y los prestamistas cercaron a los de Nieva, su situación nunca se vio tan apurada, baste señalar que entre los que facilitaron dineros al Conde figuraba el propio Cabildo de Santiago y que Don Diego tuvo criado al que ''le vinieron a deber cinco o seis años de salario por no haber con qué se lo pagar''[4].

Por ello el inesperado ofrecimiento del Consejo de Indias de ser nombrado Virrey del Perú fue la tabla de salvación a la que el Conde se prendió sin hesitación. Una vez más —habrá pensado Don Diego— su rey venía a salvarlo de las garras de los acreedores; en verdad el sueldo de cuarenta mil ducados anuales que correspondían al cargo de virrey eran una nueva posibilidad para quien creía haberlas perdido todas. Puesto a aceptar no era hombre el de Nieva que dejase pasar la ocasión de aumentar sus beneficios. Escribió al Consejo que junto al sueldo prometido se le agregase ''una buena merced'' y que a su hijo mayor se le nombrase en la Gobernación de Galicia que él dejaba. No gustaron a Felipe estas exigencias, pues a sus peticiones agregó de su puño y letra ''No tiene razón en ninguna de ellas'', accedió en cambio a proporcionarle una ayuda de costas para facilitar el viaje[5].

No bien se comunicó la novedad al Conde éste se aprestó a realizar los preparativos de su partida, pero estando en ellos comenzó a arrepentirse nuestro hombre de haber aceptado tan difícil y peligroso destino. Se sintió viejo (por entonces contaba sesenta años) y enfermo, le horrorizaba la travesía por el Océano hacia lugares desconocidos, per-

[2] J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, p. 72.
[3] J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, pp. 73-74.
[4] J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, p. 75.
[5] ERNESTO SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, Sevilla, 1947, pp. 41-42 y nota 116; J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, p. 107.

día el sueño recordando los asaltos de los piratas que tantas veces había oído contar y le arredraban aquel lejano y tumultuoso Perú, sus arrogantes y poderosos encomenderos, los levantiscos criollos, los explotados indígenas, un clima pernicioso que favorecería sus enfermedades y, tal vez, la muerte lejos de España. Don Diego demoró su partida, pero la demora no gustó ni a la Corona, ni al Consejo, ni a sus accidentales acompañantes, ni a los peruanos. Los vientos de rebelión no habían cesado allende el Océano, el negocio de la perpetuidad urgía y era preciso reemplazar de una vez por todas al Marqués de Cañete, de cuyos "excesos" todos se hacían eco. El Consejo de Indias y el propio Felipe intimaron al Conde a partir y éste sin poder alargar más su permanencia en tierra española salió de ella a principios de 1560. Al hacerlo escribió al rey: "Las naos que han de ir este viaje (aunque son más de treinta y cinco) no podrán salir conmigo sino la menor parte, y esta serán los navíos más pequeños, y en las naos de la armada, aun el día de hoy no están acabadas algunas cosas que se están haciendo, digo esto porque es ansi verdad, y porque Vuestra Magestad no me eche culpa en la dilación de esta partida como me significa tenerla por algunas palabras de su carta, dándome a entender que ha sido a mi cargo la dilación de esta partida", quejábase asimismo de no habérsele dado los mismos poderes que se concedieron a La Gasca y Cañete y que no se hubiera concretado la ayuda de costas prometida [6].

Luego de un penoso viaje llegó el Virrey a Lima el 11 de febrero de 1561 acompañado de numeroso séquito de servidores (más de setenta) y de su segundo hijo varón Don Juan de Velasco. Durante el viaje el Conde concertó nuevos préstamos, amparado ahora en su privilegiada situación, con cargo a devolver una vez en destino. ¡Por supuesto que para eso habría tiempo...!

Junto con el nuevo Virrey habían sido enviados a Lima los Comisarios de la perpetuidad: Briviesca de Muñatones, Vargas de Carvajal y Ortega de Melgosa, y el secretario Domingo de Gamarra.

La designación de estos comisarios era uno de los pasos fundamentales que daba la Corona en el viejo problema de la perpetuidad de las encomiendas. Se trataba, ni más ni menos, que de resolver la introducción del feudalismo en América, aspiración permanente de

6 ROBERTO LEVILLIER, *Gobernantes del Perú, Cartas y Papeles, Siglo XVI*, t. I, Madrid, 1921, pp. 344-345. Dice SCHÄFER (*Op. cit.*, p. 42) que aquella "buena merced", que en definitiva le fue denegada al igual que la ayuda de costas, intentó lucrarlas por sí solo el Virrey "por negocios prohibidos que en parte rayaban en lo criminal".

B. y C. S. BIBLIOTECA

los encomenderos indianos, que por esos años hacía crisis. Cuando el Perú se vio envuelto en la guerra producida por la sublevación de un grupo de encomenderos al mando de Francisco Hernández Girón, los encomenderos que siguieron fieles a la Corona y lograron reducir a los revoltosos, diputaron sus representantes a España para llevar sugerencias sobre el manejo de los indios encomendados y por sobre todo, exigir que en premio a sus servicios se les diesen las encomiendas en perpetuidad. Así viajó a Europa el Capitán Antonio de Ribera, quien alcanzó a Felipe en Bruselas para interesarlo en el asunto, ya que en 1555 el Príncipe había recibido del Emperador especiales facultades para tratar dicho problema. A los razonamientos usuales sobre las ventajas de la perpetuidad (consolidación de la paz en el Perú, mejor trato de los indios y mayores seguridades en punto a su conversión y adoctrinamiento, aumento del trabajo productivo y especialmente de la saca de metales, y acrecentamiento de los ingresos fiscales) agregaba ahora Ribera un nuevo elemento que difícilmente podría soslayar un monarca atribulado por los enormes problemas financieros de su reino: los encomenderos estaban dispuestos a entregar al rey un donativo fabuloso, siete millones seiscientos mil pesos, a cambio de la perpetuidad de sus encomiendas y de la jurisdicción civil y criminal en segunda instancia [7]. Pero el asunto era de demasiada gravedad para que el Príncipe lo resolviese por sí solo, consultado el Consejo de Indias éste se pronunció en contra, decía —abundando en razones— no ser prudente por el momento tratar el asunto. Y de ese mismo parecer fueron los del Consejo de Castilla consultados [8].

La opinión del Consejo no desanimó al nuevo monarca (ya se había producido la abdicación de Carlos V), quien frente a las seguridades que le ofrecía Ribera volvió a insistir, esta vez debía buscarse también el asesoramiento de hombres "que tengan noticia y experiencia". El nuevo dictamen así elaborado no debió satisfacer al angustiado monarca, sólo se avanzaba sobre el anterior con la sugerencia de que se enviasen algunos comisarios al Perú a fin de informarse allí mismo de las ventajas e inconvenientes de la perpetuidad [9]. Pero Felipe pasaba por entonces por una situación financiera demasiado grave para tantos cabildeos. Fue así como el 5 de setiembre de 1556 se diri-

[7] MARVIN GOLDWERT, *La lucha por la perpetuidad de las encomiendas en el Perú virreinal, 1550-1600*, en *Revista Histórica*, órgano del Instituto Histórico del Perú, t. XXII, Lima, 1955-1956, p. 351.

[8] E. SCHÄFER, *Op. cit.*, pp. 285-286.

[9] J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, pp. 84-85.

gió nuevamente al Consejo de Indias haciéndole saber lisa y llanamente que había resuelto "concederlo y mandarlo poner luego en ejecución". Entre las razones que lo había movido figuraba una que se destacaba poderosamente: "Las necesidades son tan grandes y forzosas y mis reinos y Estados están tan trabajados y consumidos y me quedan tantas obligaciones de sostenerlos y ampararlos [...] y sobre todo no me pudiendo socorrer ni ayudar de otra parte con cantidad suficiente para pagar lo mucho que se debe y desempeñar alguna parte de lo vendido" [10]. El Consejo debía tratar con gran celeridad este asunto y proponer los nombres de los comisarios. Sin embargo los consejeros hicieron oír a Felipe una postrer y enérgica opinión el 21 de octubre de 1556, que haría morigerar el proyecto filipino, pues en las Instrucciones al nuevo virrey y comisarios se les indicaba "que no ejecuten la perpetuidad sino que envíen relación". También se les encargaba que averiguasen si por parte de los indios podría obtenerse alguna suma importante en pago de no conceder la perpetuidad a que aspiraban los encomenderos, y se los autorizaba a obtener fondos por otras vías: ventas de nuevo oficios públicos, escribanías, alcaidías, la concesión de mercedes para poder suceder el hijo natural la encomienda de su padre, implantación de nuevos arbitrios, etc. [11]. Bien pudiera ser que los fondos que prometía Ribera llegasen por otra vía.

Luego de algunos trámites el rey designo a los comisarios, que debían ser "dos caballeros y un letrado y otro que tenga experiencia en Hacienda que vaya con secretario" [12], a pesar de lo cual sólo se nombró a tres.

Diego de Briviesca de Muñatones era uno de los que aconsejó a Felipe cuando el rey comunicó su resolución de conceder la perpetuidad, por haber estado con él en Gante en esos momentos, pertenecía al Consejo Real de Castilla y al de la Cámara de Su Magestad y en ese carácter había intervenido en las deliberaciones sobre la perpetui-

10 SILVIO A. ZAVALA, *La encomienda indiana*, Madrid, 1935, pp. 205-206.

11 *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de ultramar*, publicación de la Real Academia de la Historia (25 vol.), Madrid, 1865-1932, t° XVII, pp. 90-96; *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas en América y Oceanía* (42 vol.), Madrid, 1864-1884, t° XXV, pp. 50-59; M. GOLDWERT, *Op. cit*, pp. 356-357; E. SCHÄFER, *Op. cit.*, p. 288. Así, por ejemplo, la corona recibió 76.000 pesos corrientes por el asiento que celebraron el Virrey y los comisarios con la Villa de Potosí, para exonerarla de la jurisdicción de La Plata (*Archivo General de Indias, Sevilla*, Patronato, 188).

12 E. SCHÄFER, *Op. cit.*, p. 287, nota 52.

F.D. Y C.S. BIBLIOTECA

dad mantenidas en el Consejo de Indias, por orden real; era Comendador de la Orden Militar de Calatrava y venía de una familia que había prestado y prestaba señalados servicios a la Corona. Fue el único jurista y el más principal de los comisarios [13].

Diego de Vargas de Carvajal, de la Orden de Santiago, era Correo Mayor de las Indias y regidor perpetuo de Trujillo de Extremadura [14].

Ortega de Melgosa se destacaba por ser hombre honrado y un excelente matemático, había acompañado los ejércitos españoles en Flandes como veedor y contador y pertenecía a la plantilla de la Casa de Contratación, en donde se desempeñaba como Contador cuando se le nombró comisario [15].

Acompañaban a los comisarios, en calidad de secretario, Domingo de Gamarra, antiguo funcionario de la Casa de la Contratación, en donde se ocupaba de los bienes de difuntos [16].

Estos hombres, junto con el nuevo virrey serían los encargados de aconsejar sobre la perpetuidad de las encomiendas y procurar mayores ingresos a la apurada Corona. El problema de la perpetuidad dejó de interesar a España cuando se supo que la fabulosa suma ofrecida por Ribera nunca se llegaría a obtener, porque como señalaron el Virrey y los Comisarios al monarca, "no se podía sacar el fruto que se pensó", pues "está el reino flaco y pobre" [17]. El célebre Matienzo también por ese entonces se quejaba de la pobreza del Perú: "La fama de la gran riqueza del Perú a los que acá estamos nos parece que la debimos soñar y en despertando no vimos nada" [18]. En cuanto a los ma-

13 J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, pp. 92-96; E. SCHÄFER, *Op. cit.*, p. 287.

14 J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, pp. 96-99.

15 J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, pp. 99-101.

16 J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, p. 92.

17 R. LEVILLIER, *Gobernantes del Perú* cit., tº I, p. 408. El Conde y los comisarios habían enviado a España un detallado informe sobre la "perpetuidad", aconsejando se dividiesen en tres partes las encomiendas existentes en el Perú, sólo una de estas partes sería vendida en perpetuidad con jurisdicción civil y criminal en segunda instancia, las otras dos irían a dar a la Corona, una al término de los dos vidas concedidas y previo pago por parte de los indios para no volver a concederlas, y la otra, una vez incorporadas a la Corona, volvería a ser concedida por una vida en premio por servicios al rey. De esta manera consideraban los informantes que se conciliaban la necesidad de fondos por parte del monarca y la necesidad de pacificar el Perú, teniendo en cuenta el poder y los medios económicos de encomenderos, frailes e indios (Carta del Virrey y los Comisarios a S.M., fechada en Los Reyes, 4 de mayo de 1562; R. LEVILLIER, *Gobernantes del Perú* cit., tº I, pp. 395-471. Otra de 8 de agosto de 1562; *Idem.*, tº I, pp. 480-482). Para conocer las vicisitudes de la "perpetuidad" resulta de gran interés la obra de MARVIN GOLDWERT que ya hemos citado.

18 R. LEVILLIER, *Audiencia de Charcas, Correspondencia de Presidentes y Oidores*, tº I, Madrid, 1918, p. 47.

yores recursos para la Corona que debían procurar los enviados y el poner orden en la Hacienda Real, la acción del virrey y los comisarios resultó desastrosa.

La lejanía de España y su codicia fueron malas consejeras para el Conde y sus acompañantes. En un comienzo los Comisarios se quejaban del Virrey, en carta al rey de 18 de abril de 1561, lo acusaban de indolente, codicioso y arbitrario. La codicia del Conde era insaciable, decían, ya habían comenzado sus andanzas en Panamá "donde comenzó muy abiertamente a mostrar su inclinación haciendo algunos negocios feos por codicia" y una vez en Lima ejercía el gobierno sin darles intervención, con solo "dos secretarios suyos, que son corredores de donde sacará dinero y así se hacen los más negocios venales". Los vecinos ocultan lo que tienen "porque el Virrey o su hijo no se lo pidan" [19].

Pronto los comisarios hicieron también su parte, se unieron al Virrey para obtener mayor provecho [20], y una documentación reservada que cayó en manos de la Corona puso en evidencia la corrupción de uno y otros. Habían manejado la Hacienda Real como cosa propia y actuaban arbitrariamente, sintiéndose independientes de las órdenes reales. El Conde llegó a disponer de los quintos reales, llevando la Hacienda Real a una situación deficitaria terrible. Felipe II dispuso la separación de su cargo y que se levantase una prolija investigación, que confió a Lope García de Castro, del Consejo de Indias.

La muerte salvó al Conde de Nieva y a Vargas de Carvajal del castigo merecido, pero los bienes del Virrey fueron confiscados, Briviesca de Muñatones pasó largos años en la cárcel y fue fuertemente

19 R. LEVILLIER, *Gobernantes del Perú* cit., tº II, pp. 540-541. También —por supuesto— procuraba el Conde obtener beneficios con licencia real: a fines del año siguiente, el 26 de diciembre de 1562, se dirigía a Felipe II pidiéndole recordase "que tengo hijos muy pobres y que ellos y yo habemos servido a Vuestra Magestad lo mejor que habemos podido y esto me da atrevimiento para suplicar a Vuestra Magestad con toda la humildad que puedo me de licencia para que pueda dar a don Juan de Velasco, mi hijo que está aquí conmigo, un repartimiento de la cantidad que Vuestra Magestad fuese servido y tambien pido licencia para poner otro en cabeza de don Pedro de Velasco, mi hijo criado de Vuestra Magestad pues en doce o trece años que ha que sirve no ha habido coyuntura de que Vuestra Magestad le mande hacer merced" (L. LEVILLIER, *Gobernantes del Perú*, cit., tº I, p. 501).

20 El Virrey elogiaba al Comisario Briviesca de Muñatones en la carta citada de 26 de diciembre de 1562 por su "buen juicio" y su "mucha experiencia de negocios y muy buen expediente" (R. LEVILLIER, *Gobernantes del Perú* cit., I, 488), también al Secretario Gamarra, a quien en esa misma carta lo señala como "muy hidalgo y de mucha verdad y muy hábil", recomendando se le hiciese merced por ello (p. 499). Véase E. SCHÄFER, *Op. cit.*, p. 42.

E.D. y C.S. BIBLIOTECA

multado y Ortega de Melgosa —tal vez el menos implicado— quedó inhabilitado para ocupar cargos públicos por seis años [21].

La muerte del cuarto Virrey del Perú quedó rodeada de misterio. El odio que había despertado su vida disipada llevó a pensar en un asesinato, los devaneos amorosos del Conde con mujeres livianas y damas principales de Lima hicieron sugerir que había muerto a manos de algún amante o marido celoso, o víctima de un exceso sexual. Se habló también de apoplejía [22].

Las ordenanzas de minas

El 11 de febrero de 1561 hacía su entrada en Lima el Conde de Nieva, los Comisarios lo habían hecho poco antes [23]; ocho meses después, el 11 de octubre de ese mismo año, se dictaban las ordenanzas mineras destinadas a aclarar, modificar y añadir las que en 1550 había hecho el Presidente La Gasca.

Es decir que uno de los primeros problemas que trataron los viajeros fueron los del asiento minero de Potosí y Porco, pilar fundamental de la economía del Imperio. Los funcionarios actuaron en conjunto para dictar estas ordenanzas, conforme a las precisas instrucciones recibidas, que obligaban a los cuatro a reunirse diariamente para despachar los asuntos de gobierno [24]. En un principio, cuando los Comi-

[21] E. Schäfer, *Op. cit.*, pp. 42-46 y nota 118; M. Goldwert, *Op. cit.* en *Rev. cit.*, vol. XXIII, Lima, 1957-1958, pp. 221-222; Ismael Sánchez Bella, *La organización financiera de las Indias (siglo XVI)*, Sevilla, 1968, p. 42.

[22] E. Schäfer, *Op. cit., p.* 46 y nota 123; M. Goldwert, *Op. cit.* vol. XXIII, p. 222; Rubén Vargas Ugarte S. J., *Historia del Perú, Virreinato (1551-600)*, Buenos Aires, 1949, pp. 144-145; Ernesto J. A. Maeder, *Nómina de Gobernantes civiles y eclesiásticos de la Argentina durante la época española (1500-1810)*, Instituto de Historia de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional del Nordeste, Resistencia-Chaco, s/f., p. 22. Fue la Audiencia de Lima en carta al rey quien informó que el Conde murió "de una apoplegía que le dió a las dos de la noche y no duró más de hasta las siete de la mañana sin poder hablar ni confesarse ni declarar cosa alguna" (Roberto Levillier, *Audiencia de Lima, Correspondencia de Presidentes y Oidores*, tº I, Madrid, 1922, p. 332). En las pintorescas e inolvidables *Tradiciones peruanas* de Ricardo Palma (1872-1918) nuestro Conde termina sus días en manos de "cinco embozados [que] principiaron a descargar, con gran fuerza, costalazos de arena sobre el caído, gritándole —¡Ladrón de honras!". Don Diego estaba en el suelo al haberse desprendido la escala por donde descendía del balcón de su prima, casada con Don Rodrigo Manrique de Lara, quien habría sido uno de los promotores del asesinato (Ricardo Palma, *Tradiciones peruanas completas*, Edición y prólogo de Edith Palma, Madrid, 1961, pp. 177-178.

[23] J. A. del Busto, *Op. cit.*, pp. 195-236.

[24] Los Comisarios se habían quejado al rey de que el Conde no asistía a esas reuniones diarias "como lo tiene ordenado" S. M. (R. Levillier, *Gobernantes*

sarios habían de acompañar a Acebedo, sus facultades fueron enormes, pero a pesar de que a instancias del difunto Virrey se les disminuyeron algunas, mantuvieron las de mayor peso, debían intervenir en los asuntos de la perpetuidad y en otros de gobierno, votando con el Virrey y resolviendo por mayoría de votos [25], a fin de que con su consejo y experiencia evitasen los errores del Virrey, "pues las distancias eran tan grandes que la equivocación de un gobernante del Perú resultaba de funestas e irremediables consecuencias al lado de cualquier error que pudiese tener el Virrey de Nápoles, Sicilia o Cataluña" [26]. En cuanto a los Comisarios individualmente, Ortega de Melgosa tenía facultades especiales en materia de Real Hacienda [27]. Y Briviesca, que era el personaje de mayor importancia, votaba en primer término en las reuniones, antes que el Virrey y en caso de muerte de éste debía sucederlo en la Gobernación [28], tenía especiales funciones como juez residenciario [29], al punto que "se había convertido en el terror de los Oidores, letrados y escribientes de la Audiencia del Perú" [30].

Además de que en varios capítulos de las instrucciones se les re-

del Perú cit., t° II, p. 542). Las Ordenanzas guardaron la forma de una Real Provisión, firmada por el Virrey y los Comisarios. Cuando éstos fueron llamados a España el Conde se dirigió a la Corona, agradecía que se le ordenare finiquitar por sí solo los negocios comenzados con los Comisarios, pero se quejaba de no habérselo facultado a "librar las provisiones, porque hasta aquí las que eran necesarias se despachaban por los Comisarios con nombre de Don Felipe, que Dios guarde muchos años, y selladas con su real sello, y ahora yo no se como tengo de hacer esto". Pedía se le informase y hacía saber que hasta tanto llegase la orden real autorizándole a sellar las provisiones "despacharlas he por mi solo sin sellar" (*Idem*, t° I, p. 500).

Uno de esos negocios pendientes que había iniciado el Conde junto con los Comisarios, fue el de poner orden en la explotación de la coca. En este caso habían dictado una Real Provisión "de Su Magestad, sellada con su real sello" ordenando la inspección de los lugares en que se cultivaba esta planta. Los informes fueron presentados luego de la partida de los Comisarios y por tanto el Virrey dictó las ordenanzas de la coca sin guardar la forma de Real Provisión (GUILLERMO LOHMANN VILLENA, *Las "Ordenanzas de la coca" del Conde de Nieva* —1563—, en *Jahrbuch für geschichte von staat, wirtschaft und gesellschaft Lateinamerikas*, Band 4, Köln, 1967, pp. 283-302).

25 *Colección de documentos inéditos ... de Ultramar* cit., t° XVII, pp. 90-96; *Colección de documentos inéditos ... de América y Oceanía* cit., t° XXV, pp. 54-58; E. SCHÄFER, *Op. cit.*, p. 288.

26 J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, p. 104.

27 I. SÁNCHEZ BELLA, *La organización financiera de las Indias (siglo XVI)*, cit., p. 32.

28 *Colección de documentos inéditos ... de Ultramar* cit., t° XVII, p. 95. J. A. DEL BUSTO afirma que el Virrey llevó cédulas ordenando que debía gobernar la Audiencia si fallecía el Conde (*Op. cit.*, pp. 110-111, nota 58).

29 E. SCHÄFER, *Op. cit.*, p. 287.

30 J. A. DEL BUSTO, *Op. cit.*, p. 217. En esta misma obra se hace un completo detalle de la labor de Briviesca en ese carácter (pp. 200-218).

comendaban los problemas mineros, el Conde y sus acompañantes vieron en ellos asuntos de primordial importancia, como que de su actividad pendía la riqueza de todo el reino. Ortega de Melgosa se dirige al rey el 28 de abril de 1561, a poco de llegar, y le hace saber que junto a la tasa de indios, la "labor de las minas tienen entendido el Virrey y Comisarios que son ahora las principales y que más conviene para el beneficio de la tierra y aumento del patrimonio real de Vuestra Magestad y así se dará orden en breve para que se entienda en ello" [31]. Las ordenanzas no se hicieron esperar.

Para elaborarlas tuvieron principalmente en cuenta las que el Obispo de Palencia, Don Pedro de La Gasca había sancionado diez años antes (Estas debieron ser las primeras que se dictaron para el Potosí, habida cuenta de que los minerales de ese cerro se descubrieron alrededor de 1545). Dichas ordenanzas, a lo largo de esos diez años, estaban necesitadas de reformas y aclaraciones, como también era preciso proveer sobre puntos no contemplados en ellas. Fue por ello que los mineros de Potosí, al saber de la llegada del nuevo Virrey, designaron a uno de sus más destacados representantes, Don Francisco de la Serna, para que en nombre de todos hiciese presente a las nuevas autoridades las modificaciones que la experiencia señalaba como necesarias y la conveniencia de dictar normas precisas para determinados casos, sobre los cuales se ofrecían "dudas y diferencias que por las dichas ordenanzas no se pueden discernir y determinar". Señaló de la Serna que el "gran menoscavo y disminución" en que se encontraba el asiento era producido en gran medida "por no haber acertado los nuestros jueces y ministros que en él han residido, en la manera de la administración y gobierno y orden que se debiera tener". Por todo ello y después de consultar con mineros expertos y conocedores, elaboró el diputado un memorial "de las cosas que se debían enmendar y de otras que se debían proveer". Este memorial fue considerado en el "Consejo" que residía en la Ciudad de los Reyes, tratado con "personas entendidas de experiencia que tienen plática de este negocio y materia y diversas veces platicado sobre ello y maduramente conferido", y se convirtió en la base de las ordenanzas que elaboraron el Conde y los Comisarios para el reino del Perú.

Es interesante señalar que —según resulta del texto de las ordenanzas— la reunión diaria que hacían o debían hacer el Virrey y los Comisarios había sido elevada por éstos a la categoría de "Consejo".

31 R. LEVILLIER, *Gobernantes del Perú* cit., tº II, p. 533.

En efecto, sin mediar autorización alguna al respecto, constituyeron el "Consejo Real del Estado y el Tesoro", que integraban el Conde y los Comisarios, con jurisdicción superior sobre las Audiencias[32].

La Audiencia de Charcas, en carta a la Corona de fecha 5 de noviembre de 1561 se refiere a este insólito "Consejo", informando al monarca que en las provisiones reales que despachaban estos funcionarios se nombraban "del consejo y de la hacienda", arrogándose funciones que correspondían a ese tribunal, y refiriéndose a nuestro tema agrega, "hacen nuevas leyes y ordenanzas y algunas corrigiendo y enmendando las que Vuestra Magestad tiene hechas con acuerdo de su Real Consejo de Indias y según se dice tratan de hacer otras para las minas estando trescientas leguas de ellas sin las haber visto", con la sola información de los mineros que allí están instalados, que opinan según sus intereses, siendo que estos asuntos deben conocerse "por vista de ojos"[33].

En realidad la Audiencia tenía razón, pues los recién llegados no habían visitado las minas, ni sabían de ellas más que por informes de terceras personas, especialmente por el memorial que les elevara el procurador de Potosí Francisco de la Serna. A pesar de ello las ordenanzas fueron adecuadas a la realidad que pretendían ordenar y rigieron trece años. Para elaborar este juicio dejamos de lado la propia opinión de sus autores, por resultar sin duda parcial: "En la labor de las minas y descubrimiento de ellas se ha dado —decía el Virrey al Consejo de Indias— la mejor orden que ha sido posible, así en estos reinos como en la provincia de Chile"[34].

En efecto a pesar de la opinión adversa de la Audiencia de Charcas, abiertamente enfrentada con los integrantes del espurio "Consejo" peruano, lo cierto es que estas ordenanzas y las de La Gasca fueron la base del proyecto que uno de sus detractores, el Licenciado Juan de Matienzo, incluyera en su célebre *Gobierno del Perú*,

32 M. GOLDWERT, *Op. cit.*, en *Revista* cit., vol. XXIII, pp. 221-222. Tal vez se sintieron autorizados a considerarse *Consejo* por estar facultados a dictar Reales Provisiones, que como es sabido sólo expedían el Consejo de Indias, los virreyes y las audiencias. En el caso del Conde de Nieva éste solo no podía hacerlo, según lo solicitado por el mismo a la Corona al volver a España los Comisarios (ver nota 24). Cfr.: RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, t° I, Buenos Aires, 1966, pp. 217-218.

33 R. LEVILLIER, *Audiencia de Charcas* cit., t° I, pp. 39-40.

34 R. LEVILLIER, *Gobernantes del Perú* cit., t° I, p. 391. El Conde y los Comisarios consideraban que con esas ordenanzas se ayudaba al "aumento y beneficio de las minas", procurando "que haya buen orden en todo y para que por diferencias y pleitos no se embarace la labor de ellas" (*Idem*, p. 454).

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

publicado varios años después (1567). Matienzo se refiere a ellas al iniciar su proyecto: "en cada título pondré sus leyes y ordenanzas; parte sacadas de las que hizo el Presidente Gasca año de 1550, confirmadas por la Audiencia de los Reyes el mismo año; parte de las que hicieron los Comisarios, y parte añadidas, que hasta ahora no están hechas" [35], y cuando el Solón del Perú, Don Francisco de Toledo se decidió a dar nuevas ordenanzas, tuvo especialmente en cuenta este proyecto [36]. Sostuvo Toledo, en el *Prólogo* a sus famosas leyes de minas, que había entendido la necesidad de dar nuevas ordenanzas porque "las que había sobre esta materia hechas por el Presidente Gasca y por el Conde y Comisarios, y por otros Gobernadores, deciden algunos casos y faltan otros muchos, y aun en los determinados por la variedad del tiempo y más experiencia que ahora se tiene y mudanza de haberes de algunos de ellos, fuere necesario que se proveyesen de otra manera" [37]. De todo lo cual resulta no sólo la importancia que en su época tuvieron las leyes del Conde y los Comisarios, sino también su efectiva vigencia.

Como se dijo más arriba la Audiencia de Charcas estuvo desde un comienzo enfrentada con el Virrey y los Comisarios, por entender que usurpaban funciones que le competían y por los múltiples abusos y excesos, de todo orden, cometidos por ellos. En materia minera entendían los oidores que así como las ordenanzas que hiciera La Gasca fueron aprobadas por la Audiencia de Lima, las que prepararon el Conde y sus amigos debía ser sometida a su confirmación. Nada de eso hicieron los nuevos funcionarios, que constituidos en Consejo con jurisdicción sobre las Audiencias, dispusieron sin más su aplicación.

Pero los oidores decidieron hacer valer sus fueros y ordenaron la suspensión de esas leyes alegando que "eran tan perniciosas al asiento y hechas por información de personas apasionadas, que si no lo hubiéramos hecho se hubiera perdido todo el trato de minas". En carta al rey informaron los oidores los importantes defectos de tales ordenanzas. Sostenían que por ellas se había impuesto a Potosí el arancel de Lima y que "si bien el celo pudo ser bueno, pero fueron mal in-

35 JUAN DE MATIENZO, *Gobierno del Perú (1567)*. Edition et Etude Préliminaire par GUILLERMO LOHMANN VILLENA, *Travaux de l'Institut Français d'Études Andines*, t° XI, París-Lima, 1967, p. 138.

36 JUAN DE MATIENZO, *Gobierno del Perú* cit., p. LXII del *Étude Préliminaire* de G. LOHMANN VILLENA.

37 *Ordenanzas del Perú*, Tomo Primero, recogidas y coordinadas por el Licenciado Don THOMAS DE BALLESTEROS, Lima, 1752, pp. 221 v.-222.

formados porque en Potosí valen las cosas cuatro veces más que en Lima ordinariamente". Se referían a la disposición contenida en la ordenanza XVI que obligaba a guardar el arancel para alguaciles y carceleros establecido para Lima y tal vez a la IV, que había disminuido notablemente los derechos del alcalde y escribano de minas, por considerarlos excesivos.

Criticaron también que por la ordenanza XV se prohibiese cobrar derechos a los indios, argumentando que ello resultaba injusto "habiendo como hay muchos muy ricos, especialmente en Potosí y siéndolo ordinariamente los caciques que siempre los pagaron". De no cobrarse derechos a los indios, por otra parte, quedarán sin castigo sus delitos —decían— "porque el ejecutor será remiso en la ejecución de la justicia contra ellos como no paguen derechos", además de que "inventarán pleitos injustos y dejarán de trabajar por entender en ellos".

Molestaba también a los de Charcas que se hubiese revocado una disposición de las de La Gasca que ordenaba que las mercaderías se vendiesen y comprasen en Charcas y no en Potosí, "por que los de Potosí no tubiesen ocasión de perder en gastos superfluos de vestidos y otras cosas no muy necesarias y de se alzar con las haciendas ajenas como lo acostumbran hacer". Agregaban que la llegada de los mercaderes a Charcas era más viable porque sobre los ríos Cachimayo y Pilcomayo "estan hechos dos muy gentiles puentes de piedra para este efecto". La ordenanza cuestionada era la III que disponía que "cada uno pueda llevar sus mercaderías a vender libremente donde quisiere".

Parecíales perjudicial la ordenanza XXVI que disponía se obligase a los indios a pagar el metal que compraren fiado a los dueños de minas, sosteniendo que eso era "cosa que hasta ahora no se ha osado intentar, mas que buenamente mandarselo sin otro rigor ni prisión alguna" porque "razones hay muy evidentes que por excusar prolijidad se dejan".

Escandaloso consideraban que por la ordenanza XXIV se limitase la prohibición de borracheras a los días de semana, permitiéndolas en cambio los domingos, con tal de que no usasen tambores, por ser ello, aún los domingos, "cosa bien indecente y mal sonante". Bien pudiera permitírseles otro tipo de distracción —agregaban— "sin esta ofensa".

Pero además de estas objeciones, que en verdad no hacían al fondo del problema minero, las demás ordenanzas no merecieron observación.

F.D. y C.S. BIBLIOTECA

tan sólo se cuestionaba que no se ordenase dar socavones bien bajos para evitar pleitos[38].

Tal vez por esa razón o por el mérito propio de estas leyes, la suspensión ordenada por la Audiencia parece no haberse cumplido, pues como se dijo anteriormente las ordenanzas del Conde de Nieva y los Comisarios rigieron durante trece años la minería potosina y sirvieron de antecedente para la legislación posterior.

Un autor contemporáneo, el distinguido historiador boliviano Gunnar Mendoza, ha considerado a estas ordenanzas como un "importante documento de 37 artículos relativos a todos los aspectos del laboreo"[39].

En general las ordenanzas de 1561 vinieron a corregir algunos aspectos de las de 1550 que la experiencia aconsejaba enmendar y agregaron disposiciones nuevas, exigidas por el mayor volumen de los trabajos. Así, por ejemplo, se ordenaba que los mineros fijasen sus cuadras en el término de treinta días a partir de la publicación de las ordenanzas; para el caso de nuevos descubrimientos el término era de un año a partir del registro, sin esperar que se lo exigiesen los otros mineros interesados en catear. En caso de no hacerlo se entendía que se fijaban las cuadras a igual distancia a un lado y otro de la boca de la mina descubierta (I). Esta misma manera de fijar las cuadras fue adoptada imperativamente en las Ordenanzas de Toledo (III, iv, 1)[40]. Por otra ordenanza se variaba lo dispuesto por La Gasca, ordenando que todo minero estuviese siempre obligado a dar entrada por su mina para labrar mina ajena (II), disposición que adoptó también Toledo (III, vi, 1).

La exigencia de dar el "pozo de ordenanzas" para alumbrar la veta, so pena de tener por vaca la mina, de que habla la ordenanza VII es la misma que luego imponen las de Toledo (III, i, 12 y vii, 1 y 2). Las demás ordenanzas se ocupan de mantener la inembargabilidad de los elementos indispensables para el trabajo minero, el buen trato de los indios, asegurar la mano de obra indígena en los asientos de minas, evitar desórdenes, juegos y borracheras (salvo los

[38] R. LEVILLIER, *Audiencia de Charcas* cit., t° I, pp. 67-68.

[39] BARTOLOMÉ ARZANS DE ORSÚA Y VELA, *Historia de la Villa Imperial de Potosí*, Edición de LEWIS HANKE y GUNNAR MENDOZA, Providence, Rhode Islands, Brown University Press, t° I, p. 120, nota 1.

[40] En las citas de las Ordenanzas de Toledo nos referimos siempre a las *Ordenanzas del Perú* citadas en nota 37, cuyo título III° está dedicado a la materia minera.

domingos), prohiben a los escribanos de minas tener minas en sus distritos, etc. Por último reglan muy cuidadosamente todo lo vinculado con los socavones, tema que en las de La Gasca no había sido considerado. Aquí también Toledo encontró mucho material que luego recogió en sus leyes (III, viii).

Sin decirlo expresamente, mantienen estas ordenanzas los que fueran principios inmutables del Derecho Minero hispano-indiano, es decir la propiedad eminente del monarca sobre todos los minerales existentes en su territorio, la concesión de las minas a los vasallos para que las exploten, el registro, el amparo de la propiedad minera a condición de un efectivo laboreo y la regulación de casi todos los aspectos de la explotación a cargo del Estado. Sólo cuando se sancionan las Ordenanzas de Nueva España de 1783 el control de la actividad minera queda en manos de los propios mineros, constituidos, al estilo de los Consulados de Comercio, en Superior Tribunal de Minería.

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

Ordenanzas de minas

Don Felipe, por la gracia de Dios Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las dos Sicilias, de Jerusalem, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Mallorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Jaén, de los Algarbes, de Algecira, de Gibraltar, de las islas de Canarias, de las Indias, islas y Tierra Firme del mar Océano, Conde de Barcelona, Señor de Vizcaya y de Molina, Duque de Atenas y de Neopatria, Marqués de Oristan y de Gociano, Archiduque de Austria, Duque de Borgoña y de Brabante y de Milán, Conde de Flandes y de Tirol &. Por cuanto Francisco de la Serna en nombre y como procurador de los vecinos del asiento de las minas de Potosí que es en los nuestros reinos del Perú, nos ha hecho relación diciendo que por las ordenanzas que el Licenciado Gasca, nuestro Presidente que fue de la nuestra Real Audiencia que reside en la Ciudad de los Reyes de los dichos nuestros reinos, había hecho el año que pasó de mil quinientos y cincuenta años acerca de la buena gobernación y del orden que se había de tener en labrar las minas del cerro de Potosí y de aquella provincia de los Charcas hasta ahora se habían regido y gobernado y determinado, sobre dudas que se habían ofrecido sobre las dichas minas y diferencias de ellas entre las partes, y como quiera que las dichas ordenanzas fueron muy provechosas pero que por ellas no estaba enteramente proveido acerca del orden que se debía tener en el gobierno y labor de las minas y determinación de las diferencias entre partes, porque como cosa que después acá se ha visto por experiencia han sucedido sobre ello dudas y diferencias que por las dichas ordenanzas no se pueden discernir y determinar y otras cosas que para el pro y utilidad del dicho asiento y labor de las minas convenía enmendarlas y quitar las dichas dudas, y que asimismo como constaba y era notorio el dicho asiento de minas y vecinos de él y dueños de las dichas minas habían venido a gran menoscabo y disminución y esto había sido por no haber acertado los nuestros jueces y ministros que en él han residido ,en la manera de la administración y gobierno y orden que se debiera tener para que el dicho asiento y labor de las minas y aprovechamiento de ellas no viniera a tanta perdición y menoscabo, antes pudiera venir en aumento y crecimiento y pro de los dichos nuestros reinos, vecinos y moradores de ellos y de los nuestros quintos y derechos, y que él como procurador del dicho asiento y vecino de él de trece años a esta parte y dueño de minas que siempre ha tenido y labrado en el dicho cerro, considerando las causas de donde ha redundado el dicho daño y disminución había ocurrido a nos hacer relación de ello para que lo mandásemos remediar proveyendo lo que conviniese y que con parecer de algunos vecinos del dicho asiento, los más expertos e informados en lo susodicho, había hecho cierto memorial y capítulos de las cosas que se debían de enmendar y de otras que se debían proveer y de algunas de las dichas Ordenanzas que se debían de enmendar y otras declarar, como en los dichos capítulos que presentó se contenía, y nos pidió mandásemos ver las dichas Ordenanzas y el dicho su memorial y proveer sobre ello lo que nos conviniese a nuestro servicio pro y utilidad del dicho asiento de minas y labor de ellas teniendo como se tiene noticia de la disminución en que ha venido el dicho

asiento de minas y los daños que se les han seguido a los vecinos y dueños de las dichas minas, y queriéndolo remediar y proveer acerca de ello, y de los demás de que nos ha sido hecha relación, lo que más convenga como cosa que tanto importa a nuestro servicio y al bien de los dichos nuestros reinos y de nuestros súbditos y naturales, lo cual todo visto, tratado y platicado por los nuestros comisarios y del nuestro Consejo, nombrados para el asiento de los dichos nuestros reinos, quietud y sosiego de ellos, beneficio público, bien de los conquistadores, pobladores y naturales de ellos, y beneficio de nuestra hacienda, que reside en la Ciudad de los Reyes de los dichos nuestros reinos. Habiendo mandado juntar y llamado personas entendidas de experiencia que tienen plática y trato de este negocio y materia y diversas veces platicado sobre ello, y maduramente conferido, fue acordado que debíamos mandar proveer y ordenar lo que de yuso será contenido para lo que toca al bien público y buen expediente y beneficio y labor de las dichas minas en esta manera:

I°. Primeramente por cuanto en la ordenanza décima de las que hizo el dicho nuestro presidente Gasca, se manda que el que no estuviese cuadrado en su mina pueda reservar la cuadra hasta que otra persona se la pida y somos informados que de esto se han seguido muchos pleitos, porque ninguno se cuadra esperando que se haga nuevo descubrimiento cerca de su mina para cuadrarse hacia aquella parte, y esto es causa de impedir los descubrimientos y catas porque se teme que hecho el descubrimiento el dueño de la mina cercana se cuadrará con treinta varas hacia aquella parte y le tomará lo que hubiere descubierto, y es gran inconveniente para la labor y trato de las minas. Ordenamos y mandamos que todas las personas que tienen minas se cuadren dentro de un mes siguiente después de la publicación de las ordenanzas, en el dicho asiento y fuera de él tomando cuadra a la parte que les pareciere poniendo mojones, y declare dentro del dicho término ante el escribano de minas, a que parte toma su cuadra o cuantas varas a un cabo y a otro, y pongan en la tal cuadra estaca fijada y no la puedan variar ni mudar y ninguno sea obligado a guardarle más pertenencia de la dicha estaca y guarde la raya o mojón que él tuviere puesto, y cumplido el dicho término el que no se hubiese cuadrado y declarado ante el dicho escribano, se entienda haber tomado la mitad de su cuadra a un cabo y la mitad a otro midiendo de la boca de su mina, y ninguno sea obligado a guardarle más pertenencia, y libremente se pueda catear fuera de los tales límites y registrar mina quien la hallare y estacarse conforme a las ordenanzas y lo mismo se entienda con los que descubrieren nuevas minas y vetas con tanto que para cuadrarse tengan un año de término desde el día que se registraren, y el escribano de minas tenga un registro encuadernado en que trate de las dichas cuadras poniendo en él por cabeza esta ordenanza y el pregón de ella con el día mes y año, y no lleve por cada declaración más de dos tomines.

II°. Otrosí, por cuanto en la ordenanza treinta y seis que hizo el dicho nuestro presidente se mandó que el dueño de la mina que estubiere en metal sea obligado a dar entrada por su mina al que nuevamente descubriere mina o veta junto a su raya por término de cuarenta días para que en este tiempo pueda alumbrar y hacer entrada a su mina y somos informados que si la dicha

entrada se diese perpetua se labrarían más minas y se sacaría más metal por que habiéndose de labrar la nueva mina o veta desde la haz de la tierra hasta donde la persona que da la entrada tiene puesta su labor, se gastaría mucho dinero y se podría errar el labor errando la veta, como muchas veces ha acaecido, de cuya causa han cesado muchas labores después de haber hecho muchos gastos en ellas, y muchos de temor de ésto no se disponen a labrar, y sí en el entretanto que se labra la tal mina se sacase provecho de ella por la entrada de la otra mina se podría sufrir, y habría perseverancia en la labor y algunos no querrían dar la dicha entrada por odio que tienen a los que se la piden no se les siguiendo ningún perjuicio, y si alguno se les podría seguir se podría remediar; Ordenamos y mandamos que de aquí adelante la dicha entrada se de perpetuamente, y ninguno la pueda negar, y si el dueño de la mina por donde se hubiere de dar se agraviare de algún perjuicio, el alcalde de minas lo vea y brevemente haga justicia a las partes conforme a la dicha ordenanza treinta y seis, y porque es cosa justa que el dueño de la mina que diere la entrada a otro haya algún provecho por razón de la servidumbre que da por su mina y los gastos de la escalera que tiene ,mandamos que el que así tomare entrada por mina de otro le contribuya con el quinto de lo que sacare de su mina y todas las veces que se hiciere la escalera por donde entrare le pague la tercia parte de lo que costare la escalera y aderezos de ella, y esto por todo el tiempo que se aprovechare de la dicha entrada.

III^{a}. Otrosí, revocamos y damos por ninguna la ordenanza cuarenta y ocho por la cual se prohibe poderse llevar a vender al dicho asiento mercadería alguna, y mandamos que cada uno pueda llevar sus mercaderías a vender libremente donde quisiere.

IV^{a}. Otrosí, por cuanto por las ordenanzas sesenta y dos y sesenta y tres y sesenta y cuatro y sesenta y cinco se tasan los derechos del alcalde y escribano de minas los cuales somos informados que son excesivos según el estado de la tierra de presente y que se deben moderar; Ordenamos y mandamos que de aquí adelante el alcalde de minas, de dar posesión y de cualquier averiguación que hubiere de hacer en el cerro a pedimento de partes, lleve doce pesos corrientes y el escribano lleve ocho pesos y si fuere más de una hasta cuatro, lleve diez y seis pesos y no más y el escribano lleve ocho pesos y se dividan entre las partes, y de registro de cada mina lleve el escribano dos pesos y el descubridor no pague más aunque registre las minas que le concede la ordenanza; otrosí mandamos que el alcalde de minas el día que hubiere de subir al cerro lo haga saber a las personas que allá tuvieren negocios de posesión de estacas, averiguaciones y otras declaraciones, mandando al escribano se le notifique sin que por la notificación se les lleve derechos, y en aquel día el dicho alcalde haga los dichos negocios y no los pueda dilatar para otro, y si lo dilatare la parte no sea obligada a darle más derechos que le cupieran si se hiciera su negocio el otro día antes en que se debiera hacer.

V^{a}. Otrosí, ordenamos y mandamos que el escribano de minas no pueda tener mina y en esto se guarde una nuestra Cédula real que sobre ello habla que está pregonada en la Ciudad de los Reyes.

VI^{a}. Otrosí, porque se tiene experiencia que los hombres ricos no se apli-

can a labrar minas porque han visto que en ello han perdido muchos sus haciendas, y los que tienen poco caudal no se dan a buscarlas por faltarles lo necesario, y porque es cosa muy conveniente que se descubran y labren minas; Ordenamos y mandamos que cuando alguna persona descubriere alguna veta y la registrare que todos los que en ella pidieren estacas y tomaren minas contribuyan la cantidad de pesos que fueren menester, repartiéndola entre ellos por iguales partes, para que se de una cata en la mina del tal descubridor de veinte estados o menos donde se hallare el metal, y los jueces le den el favor necesario para que se les den indios para ello de los de la comarca donde se descubriere, y tomado que sea ya metal en la tal mina, de la primera plata que se sacare, se vuelva y restituya a las tales personas lo que así hubieren contribuido, y si el descubridor de tal mina o veta quisiere él solo a su costa dar la dicha cata lo pueda hacer, contando que dentro de treinta días desde el día que se registrare declare su voluntad en esto ante el escribano de minas y dentro de otros dos meses tenga hecha y dada la dicha cata y pasado el dicho término todos juntos la den como se contiene en esta ordenanza.

VII^a. Otrosí, por cuanto en las vetas y minas que se han registrado en el dicho cerro además de las cinco vetas principales que están en la cuchilla de él, no se ha guardado ni cumplido la orden que se da en la ordenanza treinta y cinco de las que hizo el dicho nuestro presidente, esperando cada uno que el otro labre y descubra el metal, está suspensa la labor y conviene que se descubra y vea el metal si lo hay en las dichas vetas y se de un pozo de veinte y cinco estados en la mina del descubridor, y porque los tales descubridores o lo más por falta de posibilidad no los dan; Ordenamos y mandamos que todas las personas que están registradas en las dichas vetas, dentro de tres meses después de pregonada esta ordenanza en el dicho asiento, hagan la dicha diligencia conforme a la ordenanza de suso y pongan la dicha cata y pozo en veinte y cinco estados y el que así no lo cumpliere pierda la mina y se pronuncie por vaca pasando el dicho término y cualquiera se la pueda tomar y registrar y se le admita el registro de ella y sea obligado a cumplir la dicha ordenanza, con aditamento que si dentro de diez días después que hiciere el dicho nuevo registro la persona que antes tenía la tal mina y la tenía registrada quisiere contribuir con los demás en dar el dicho pozo, que en tal caso haciendo obligación de ello sea admitido y se le vuelva la mina en la parte y lugar donde antes la tenía registrada y el que la había tomado la deje, y la pueda tomar en otra parte arriba o abajo donde estuviere vaco de la misma veta, y pasado el dicho término de los dichos diez días no sea admitido, y por evitar gastos y pleitos y dilaciones sobre el tomar de las tales minas, declaramos que con sólo el pedimento del que la quisiere tomar y vista del Juez y testimonio de cómo no están hechas las dichas diligencias se les apliquen las dichas minas y vetas, y esto sea título bastante para la posesión y propiedad de ellas y mandamos que el alcalde de minas tenga especial cuidado y diligencia de ver las dichas vetas y hacer que se guarde y cumpla esta ordenanza.

VIII^a. Otrosí, porque somos informados que antiguamente se echó la tierra y desmonte que se sacó de las vetas principales del dicho cerro entre

F. D. Y C. S. BIBLIOTECA

las mismas vetas y después que se perdió el metal de ellas los indios han andado buscando en el dicho desmonte que llaman pallaco el metal que antiguamente se echó a mal, por ser bueno y andándolo meneando ha acontecido muchas veces caerse el dicho desmonte sobre las minas y cegarlas y matar dentro algunos indios, por manera que están tan cerca de las minas que los que labran en ellas están en gran riesgo, y proveyendo en el remedio de ello; Ordenamos y mandamos que en el asegurar de las minas y quitar el desmonte se guarde la ordenanza treinta y cuatro que el dicho nuestro presidente hizo que sobre esto trata, y en lo que toca a limpiar el desmonte, porque es muy gran negocio y costoso y embarazoso, el nuestro corregidor de la dicha provincia y alcalde de minas hagan llamamiento de los dueños de las minas, y ordenen y provean lo que sea necesario para que se labren con toda seguridad y para en lo de adelante hagan la ordenanza que les pareciere que conviene y hecha se envíe ante nos al nuestro Consejo nombrado para el asiento de los dichos reinos, quietud y sosiego de ellos, beneficio público, bien de los Conquistadores, pobladores y naturales de ellos, y beneficio de nuestra Hacienda que reside en la dicha Ciudad de los Reyes, para que vista por los dichos nuestros comisarios se provea lo que más convenga.

IX^{a}. Otrosí, por excusar los pleitos y diferencias que se recrecieren entre partes sobre medidas y otras cosas que no son sobre derecho de propiedad ni posesión, y las costas que hacen y vejaciones que se les siguen; Ordenamos y mandamos que cuando los dichos pleitos y diferencias acaecieren no siendo sobre propiedad y posesión, el alcalde de minas mande que las partes nombren cada una su tercero o medidor que lo vean por vista de ojos y lo manden, y averigüen el caso y si los dos no se conformaren nombren de su oficio un tercero y lo que la mayor parte declarare con juramento que primero hagan de hacerlo bien y fielmente, aquello se guarde y cumpla y se ejecute sin embargo de cualquier apelación.

X^{a}. Otrosí, porque muchas veces acaece que algunos con malicia se entran en minas ajenas y de esta causa las nuestras justicias mandan que cese la labor de las tales minas, y es gran inconveniente dejarse de labrar; Ordenamos y mandamos que por ninguna causa se mande que la labor de las minas cese y luego que se comenzare alguna diferencia sobre este artículo el juez vaya en persona y mida y averigüe luego la dicha dicha diferencia, y si alguno se hubiere entrado en pertenencia ajena le mande que la deje y que labre su dueño, de manera que el dicho pleito en lo que toca a la labor se determine sumariamente con la medida en la mano y lo que tocare a los pleitos que de ello pueden suceder se guarden las ordenanzas que sobre ello disponen.

XI^{a}. Otrosí, porque muchos de los que toman minas por despobladas y les son adjudicadas, las dejan estar como las toman sin las labrar; Ordenamos y mandamos que las personas a quien se les adjudicaren minas por despobladas se obliguen luego a dar fianzas en cantidad de cien pesos, que dentro de cincuenta días darán un pozo de diez estados allende de lo que la dicha mina tuviere labrado, y sino lo cumplieren, los dichos cien pesos sean aplicados la mitad para el Hospital y la otra mitad para la nuestra Cámara y cualquiera le pueda tomar la dicha mina con la misma condición y pena.

XII[a]. Otrosí, por cuanto dos vetas del dicho cerro de Potosí que son la Veta Rica, y la de Don Francisco se juntaron en lo hondo y hubo pleito entre el dicho Don Francisco y Gonzalo de Cabrera, y muy gran discordia sobre a quien pertenecería el metal, por no poderse determinar cual veta lo llevaba y por sentencia de la dicha nuestra Real Audiencia se determinó que la veta más principal y más antigua llevase tres quintos y la otra dos quintos, y porque somos informados que las vetas van hondas y se espera que se han de juntar muchas vetas y conviene proveer sobre ello lo que convenga, por excusar pleitos y diferencias que podrían suceder: Ordenamos y mandamos que acerca de esto se guarde por orden lo que en la dicha causa proveyó y determinó la dicha nuestra Real Audiencia.

XIII[a]. Otrosí, por cuanto muchas personas que tienen minas en el dicho cerro han dado socavones so color de labrar mejor sus minas y yéndolos labrando hallan en el camino vetas que no han sido descubiertas que van cruzando y entran en las cuadras de otras minas y los dueños de los socavones las toman y registran y labran y sacan metal de ellas y siguiendo su labor se entran en cuadras ajenas, lo cual es perjuicio de los dueños de las tales minas y cuadras; Ordenamos y mandamos que para que cese el dicho perjuicio, que acerca de esto se guarde la veinte y nueve ordenanza por nos hecha y aquí contenida.

XIV[a]. Otrosí, por cuanto por ordenanza del nuestro Virrey Don Antonio de Mendoza está proveido y ordenado que no se pueden vender las minas, herramientos, negros y bastimentos de ellas por deudas que los dueños de ellas deban, la cual ordenanza es muy conveniente y provechosa, mandamos que se guarde y cumpla como en ella se contiene y en los demás bienes que tuviere se haga justicia a las partes.

XV[a]. Otrosí, por cuanto nos tenemos mandado por nuestra provisión que no se lleven derechos algunos a los indios, mandamos que se guarde la dicha provisión y las nuestras justicias la hagan guardar y ejecutar, y no consientan que les lleven derechos los alguaciles, ni escribanos, ni otros oficiales.

XVI[a]. Otrosí, ordenamos y mandamos que el arancel que se guarda en esta Ciudad por los alguaciles y carceleros con los españoles, se guarde con ellos mismos en el dicho asiento de Potosí.

XVII[a]. Otrosí porque se tiene experiencia que por los muchos regatones que hay en el dicho asiento las cosas de acarreo que allí llevan a vender tienen mucho precio a causa de las muchas reventas que se hacen: Ordenamos y mandamos que de aquí adelante en el dicho asiento en las cosas y mercaderías que allí se llevaren a vender de cualquier género que sean no pueda haber más de una venta, conforme a la ordenanza que sobre ello hay en la dicha ciudad de los Reyes, la cual mandamos se guarde y cumpla en el dicho asiento según y como en ella se contiene.

XVIII[a]. Otrosí, por cuanto por ordenanzas de las dichas minas está dispuesto que de lo que los mercaderes compraren para tornar a vender, los vecinos puedan tomar por el tanto lo que hubieran menester, y somos informados que cuando los vecinos del dicho asiento quieren tomar alguna cosa por el tanto, los mercaderes lo defienden diciendo que no se entiende con ellos, sino con los vecinos del Río de la Plata, y por quitar la duda y diferencia

F.D.C.S. BIBLIOTECA

que sobre ello hay; Ordenamos y mandamos que de las mercaderías que se compraren de los que las meten en el dicho asiento para tornar a vender, los vecinos y moradores del dicho asiento puedan tomar por el tanto lo que juraren que han menester para sus casas y minas, como sean cosas de comer, hierro y acero y herramientas de minas.

XIX[a]. Otrosí, porque somos informados que los caciques de la provincia de los Charcas han llevado a sus tierras mucha cantidad de yanaconas, así naturales como forasteros, los cuales solían residir en el dicho asiento y entendían en la labor de las minas y eran diestros en ellas y so color de darles los dichos caciques chacras, tierras y mujeres en sus provincias, los han llevado a vivir en ellas y han dejado el trato y grangerías que solían tener en el dicho asiento, de lo cual ha redundado daño y menoscabo a la labor de las minas; Ordenamos y mandamos que los dichos caciques sean compelidos y apremiados a volver y traer a poblar al dicho asiento los tales yanaconas que así hubieren residido en él y se haga copia de la cantidad que se trajere y cuantos cada cacique, la cual con las diligencias que sobre ello las nuestras justicias hicieren, se envíen ante nos al dicho nuestro Consejo.

XX[a] Otrosí, porque muchas personas han llevado a sus chacras y tienen en ellas cantidad de yanaconas de los que como dicho es, residían en el dicho asiento y no los dejan volver a él, y se entiende que si les diesen libertad para ello volverían y residirían en él; Ordenamos y mandamos que las tales personas y amos de los dichos yanaconas no se lo puedan estorbar a los que quisieren volverse al dicho asiento, y si pidieren libertad para ello, el dicho nuestro corregidor y demás nuestras justicias tengan cuidado de lo saber y se la manden dar y vueltos al dicho asiento sirvan a los dichos sus amos conforme a la orden que en el dicho asiento hay y está dada.

XXI[a]. Otrosí, por cuanto muchos de los yanaconas que residen en Potosí, diestros en labrar las minas, han tomado y hecho chacras a dos y a tres y a cuatro leguas del dicho asiento y so color de labrarlas y beneficiarlas están la mayor parte del año fuera del dicho asiento, lo cual es causa de perderse parte de la labor de las minas; Ordenamos y mandamos que pues está sabido el tiempo necesario para sembrar y coger las dichas chacras se les señale y limite el tiempo y ocupándose más se oiga sobre ello a sus amos, y a su pedimiento las nuestras justicias provean se cumpla lo proveído acerca del tiempo y se les ponga pena de perdimiento de la chacra si excediere de ella.

XXII[a]. Otrosí, por cuanto en el dicho asiento de Potosí muchas personas de los que tienen yanaconas los ocupan en grangerías que no tocan ni conciernen a la labor de las dichas minas; Ordenamos y mandamos que ninguna persona de los que tienen los dichos yanaconas no los puedan ocupar en otra grangería fuera de la labor de las dichas minas y si no tuviere minas, los concierten con quien las tenga, presupuesto que todos han de tener amos y los que no los tuvieren se los den y los concierten con ellos conforme a la orden del dicho asiento.

XXIII[a]. Otrosí, porque como está proveído y mandado que en la plaza del dicho asiento se dan y reparten ochocientos indios alquilados cada lunes y algunos tiempos serían menester más y otros menos; Ordenamos y man-

damos que cuando a la dicha nuestra justicia le pareciere que sobran o faltan, pueda añadir el número hasta mil indios y menguar los que les pareciere, teniendo respeto al número bastante de que hubiere necesidad para las minas y labor de ellas y siempre tenga cuenta en que haya la copia de indios alquilados que fuere necesario, con tanto que a los indios que residen en Verenguella no les compela a dar más indios alquilados en Potosí, dé conforme al número que allí residiere.

XXIV[a]. Otrosí, Ordenamos y mandamos que se tenga gran cuenta con estorbar los indios del dicho asiento que no beban ni hagan borracheras si no fuere en Domingo y sin atambores porque de ellas se entiende se causa su ociosidad, allende de ser impedimento para su conversión y policía, y para lo contrario de esta ordenanza no se puede dar licencia por ningún juez eclesiástico ni seglar y sobre el cumplimiento de ello se ponga pena corporal y no pecuniaria al que no lo cumpliere excepto si no fuere cacique principal.

XXV[a]. Otrosí, Ordenamos y mandamos que los caciques de Chucuyto sean compelidos a poner en las minas y asiento de Porco quinientos indios con un principal, y en Verenguela doscientos y cincuenta con otro principal que den cuenta de ellos, y si pareciere que se sustentan y son aprovechados se añada el número como más convenga.

XXVI[a]. Otrosi, Ordenamos y mandamos que ningún curaca indio ni yanacona no juegue ningún día de trabajo, por el mal ejemplo que de ello se sigue, sino fuere el Domingo, so pena que el curaca pague un marco de plata para el dicho Hospital del dicho asiento y esté tres días en la cárcel y al indio o yanacona le sean dados cien azotes y trasquilado, y las dichas nuestras justicias tengan especial cuidado de que así se cumpla.

XXVII[a]. Otrosí, porque uno de los inconvenientes que hay, por donde se dejan de labrar las minas, es no pagar los indios y yanaconas el metal que compran a los dueños de las minas y esto ha procedido de que el nuestro corregidor no los ha querido compeler a ello, de que ha venido gran daño; Ordenamos y mandamos que la dicha nuestra justicia compela a los indios yanaconas y los apremie a que paguen el metal que tomaren fiado y haga sobre ello justicia a las partes.

Y porque es notoria la utilidad que resulta de labrar las minas por socavón, así para la seguridad de los que en ello entienden, como para que con menos trabajo se busque y saque el metal de lo hondo de las dichas minas y porque después que esto se ha entendido muchas personas han empezado esta labor ya la continúan al presente en el cerro de Potosí y en el de Porco y en otras de la dicha provincia de los Charcas, lo cual se hace con mucha costa y por quitar de pleitos y diferencias a los que en ello entienden es justo proveer sobre las dudas que se han ofrecido y podrían ofrecer para que la labor de las dichas minas no se impida y se descubran las vetas que en los cerros se entiende que hay; Ordenamos y mandamos guarden las ordenanzas siguientes:

XXVIII[a]. Otrosí, que cualquiera persona que quisiere labrar su mina por socavón lo pueda hacer y que el tal pueda tomar y empezar la boca del

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

tal socavón de donde le pareciere, aunque sea lejos de la dicha su mina, con condición que guarde la pertenecia al que hubiere empezado otro socavón y le estuviere señalada por las nuestras justicias, en la forma que adelante se dirá.

XXIX[a]. Item, que cada y cuando que alguno quisiere empezar el dicho socavón, sea obligado a comparecer ante nuestra justicia y señalar su mina donde pretende ir por él, y la dicha nuestra justicia hecha la derecera, mida la distancia que hay desde la boca hasta la dicha mina y el que labra sea obligado a ir derecho por la parte que le fuere señalada, sin mudar derrota ni torcerse en el camino, sopena que por el mismo caso que lo tal hiciere se le pueda mandar que torne la labor de donde pareciere haberse torcido y la lleve derecha y que en tanto no pase adelante, y hecha la dicha averiguación con cartabón y personas que lo entiendan, el dicho mando se ejecute y guarde y la dicha medida que al principio del dicho socavón se echare, se guarde y ponga en el registro del escribano y se dé a la parte, en pública forma si la quisiere, para que con ella con el dicho socavón se averigue después si ha pasado de la dicha su mina a donde pretendió ir al tiempo que lo empezó y de sus cuadras porque habiendo llegado y rompido las cajas de la veta donde tuviere la dicha su mina y hecho socavón hasta el límite de las dichas sns cuadras, no pueda pasar adelante por ninguna vía, y que al tiempo que la dicha medida se hiciere se haga en nivel aquel lugar y parte de la dicha su mina va a parar, para que después que llegare se entienda que en la labor no excede ni pasa su pertenencia y conforme a lo que así se hubiere averiguado, por defuera labre después que hubiere llegado a ella con el dicho socavon y que todas las veces que por alguna persona a quien pueda venir perjuicio se pidiere, el juez sea obligado a ir a ver si el que labra va derecho conforme a lo que se le mandó y echar la dicha derecera y proveer lo contenido en esta ordenanza, con condición que aquel que lo pidiere pague los derechos que está mandado que se lleven por las dichas averiguaciones.

XXX[a]. Item, que por cuanto en las cuadras de la dicha su mina podría hallar algunas vetas o ramos de ellas que fuesen de importancia, que si lo tal acaeciere las pueda seguir y labrar y tenerlas por suyas como la misma mina principal a donde fue dirigido por el dicho socavón, con condición que en aquella que se descubriere en la dicha cuadra no pueda labrar en largo más de conforme a la cantidad que tuviere de mina en la dicha veta, de la una parte y de la otra de la dicha cuadra, en la cantidad que la hubiere tomado al tiempo que se cuadró, y que con sólo haber echado el juez la dicha medida pueda conforme a ella hacer por de dentro la señal donde ha de labrar cada uno, la cual se ordena y mandamos que se tenga por mojón y estaca fija como se haga sobre medida y citación de partes, lo cual se haga cumplir no embargante cualquier apelación so las penas que fueren impuestas.

XXXI[a]. Item, que por cuanto si algunos quisiesen tomar los socavones tan bajos, por pretender hallarse más hondos, al tiempo que llegaren a las dichas sus minas, que fuese necesario empezarlos de manera que hubiese en medio alguna veta y pretendiéndose principalmente la labor de las dichas minas como se pretende, lo susodicho no ha de ser impedimento para que se dejen de dar, por quitar los pleitos que podrían suceder al tiempo que llegasen

con los tales socavones a la veta ajena, se ordena y mandamos que al tiempo que tal socavón se empezare, así como se manda que se eche la medida hasta la propia veta, asimismo se mida hasta la veta que estuviere en medio y se declare conforme al rumbo que lleva, a que mina de la dicha veta va a parar conforme a la derecera que se le echó y cuanto hay hasta la cuadra de la dicha veta, para que por la dicha medida se entienda cuando llegó a ella con el dicho socavón, y que llegado sea obligado a pasar por las dichas cuadras y vetas sin hacer más ancho camino que lo que el dicho socavón lleva, así de alto como de ancho, y si en las dichas cuadras y vetas hubiere algún metal lo deje para el Señor de la mina sin tomar cosa alguna de ella y que pase con su obra adelante, de manera que así como está prohibido entrar por lo alto en hacienda ajena, con las mismas penas se prohíbe que no se entre por el dicho socavón, sino que lo tal que en el dicho camino se hallare se deje para el Señor de la dicha mina, lo cual se verifica en todos los socavones que están empezados para ir a la Veta Rica, que de necesidad han de pasar por la veta de Mendieta, en lo cual se ha de guardar y cumplir conforme a lo susodicho y a lo demás que por las ordenanzas siguientes se dispone.

XXVII[a]. Item, por cuanto podría ser que yendo a buscar la veta principal a que van dirigidos por los dichos socavones, hallasen en el camino otras vetas principales, y es justo y cosa razonable que pues toman el dicho trabajo y se aventuran a hacer tanto gasto, gocen de alguna parte de las dichas vetas; Ordenamos y mandamos que si lo susodicho acaeciere, que pueda gozar de tanta parte de mina en la dicha veta, que así se descubriere, cuanto pareciere que tiene en la veta adonde va dirigido con el dicho socavón, la cual sea obligado a tomar a la parte que tuviere arriba la dicha su mina a mano derecha o a la otra, como la tuviere, y si fueren muchos los que dan el dicho socavón, que tanta parte tengan en la veta que nuevamente descubrieren, cuanta tienen arriba adonde van dirigidos, la cual sean obligados a manifestar a la nuestra justicia dentro de ocho días que la descubrieren, y que esto se entienda en caso que sea una o muchas las vetas que se descubrieren en el camino, porque en cada una se permite y damos licencia que puedan tener la dicha parte no embargante las ordenanzas que hablan en tener uno muchas minas dentro de una comarca.

XXXIII[a]. Item, por cuanto los socavones que están empezados para tomar la Veta Rica, o los demás son anchos y en ellos se hacen grandes costas y es justo que aquellos que los dan gocen de lo que en el camino se descubriere, y porque podría ser que alguno llegase más presto a la veta nueva de que se trata en la ordenanza antes de ésta y entendido esto algunos pidiesen estacas al que la manifieste, y la pretendiesen labrar por el dicho socavón, y al tiempo que los demás llegasen la hallasen ocupada y hubiese pleitos y diferencias entre ellos y los que dan los dichos socavones; Ordenamos y mandamos que dado caso que la dicha veta se descubra en alguno de los dichos socavones, que ninguna persona se pueda registrar en el paraje y límite de los que van dando los dichos socavones, sino que se la dejen libre para que ellos la gocen, pues de necesidad corriendo las dichas vetas norte sur, como se ve en todas las descubiertas en el dicho cerro, y dándose los

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

dichos socavones de este a oeste, de necesidad topándose veta nueva en el uno, se ha de topar en todos y porque el mismo inconveniente habría si fuese obligado el que así halla la dicha veta nueva a señalarnos mina como en las ordenanzas que el dicho nuestro presidente hizo está mandado; Ordenamos y mandamos que en las vetas nuevas que por los dichos socavones se descubrieren, cese la dicha obligación pues allende de no poderse labrar la dicha mina para nos sin mucha costa, todas las demás labores se impedirían, y se ha visto por experiencia que el dicho asiento de Potosí, por la diferente calidad del metal de aquellas minas que de otras ningunas que se hayan visto, que sin comparación es mayor el provecho que se nos sigue en que los particulares labren las dichas minas ,que no estando en nuestra cabeza y lo mismo se entienda si en los socavones que están dados se nos hubiere señalado mina, dando por ninguno el dicho registro y que las dichas minas las haya aquel que está dispuesto por el tal ordenanzas y que las pertenencias de dichos socavones empezados y por empezar se entienda en tanta cantidad de un cavo y de otro de la boca, cuanto fuere la cantidad de la mina o minas a que fueren dirigidos, la cual se manda que el alcalde señale el día que se empezare y ponga los mojones, y puesto que ninguna persona pueda empezar socavón en aquella pertenencia, y porque podría ser que algunos hubiesen tomado más límite del que arriba va declarado, en la boca del dicho socavón, ordenamos que luego que esta ordenanza se pregonare en el dicho asiento, se pongan los dichos mojones conforme al tenor y forma de ella, para que fuera del dicho límite otros puedan dar socavones si quisieren, los cuales sino estuviereu empezados al tiempo que la dicha veta nueva se descubriere, que en lo que estuviere vacío cualquiera se pueda estar y labrarlo por el dicho socavón, pagando al dueño de ella la parte que abajo va declarado.

XXXIV[a]. Item, porque es justo que al Señor de la mina por donde está permitido que pase el dicho socavón también se le siga algún provecho por dar libre y franco el dicho pasaje por su mina y cuadra; Ordenamos y mandamos que si quisiere labrar por el dicho socavón la dicha su mina, lo pueda hacer sin pagar cosa ninguna y el que da el dicho socavón sea obligado a darle la dicha entrada libremente y le ha de dejar el dicho pasaje fijo, sin desbaratarle ni socavarle por debajo, de manera que pueda pasar carretón con el metal y desmonte, pero si alguna otra persona de las que tienen miras en la dicha veta quisiere entrar a labrar su mina por el dicho socavón, el dueño sea obligado a permitirlo con condición que le dé el cuarto del metal que sacare de la dicha mina todo el tiempo que por allí quisiere labrar, pero si después que le queda el dicho socavón hubiere llegado a su mina adonde va dirigido y fue su principal intento al tiempo que le empezó y algunos de los que tienen minas en la dicha veta los quisieren labrar por el dicho socavón, no se les pueda impedir por ninguna vía, con condición que si quisiere labrar la dicha su mina por la misma veta, o por socavón por donde tome la mina y veta que pretende de las que están, hallado lo cual escoja el que quisiere labrar pague el tercio al Señor del socavón, pero si los que tuvieren minas en las vetas que están más adelante quisieren entrada por el dicho socavón, como los de la veta de Centeno, que el Señor del

dicho socavón, sea obligado a dársela pagándole el cuarto del metal que de ellas se sacare, con condición que sino tuviere rota la caja segunda de su mina y abierto el camino de toda su cuadra, se abra a costa de entrambos todo lo que tomare la cuadra, pero si en ella se hallare algún metal, se saque de allí la costa que hiciere y luego se queden las dichas cuadras y lo que en ellas hallare para el Señor de la dicha mina y socavón.

XXXV[a]. Item, por cuanto las personas que dan socavones principalmente pretenden ir con ellos a sus minas y labrarlas a más provecho y con menos costa suya y poco riesgo y menos trabajo de los que entienden en la dicha labor y en tanto que dan los dichos socavones no pueden labrar sus minas por la parte y lugar que lo han hecho hasta aquí, llegan a ellas por el dicho socavón por causa de estar muy hondas y haber faltado el metal en las más de ellas y siendo así no es justo que se las tomen por despobladas, ni que con los tales se entiendan las ordenanzas hechas sobre los despoblados; Ordenamos y mandamos que por el mismo caso que cualquiera persona que labrare socavón o lo tuviere poblado se entienda tener poblada y labrar la mina a que con él va dirigido, lo cual haya lugar en caso que el socavón sea de uno o de muchas personas, porque todas aquellas minas a que fuere dirigido conforme al registro y compañía que del dicho socavón se hubiere hecho, no embargante las ordenanzas que sobre ello hablan.

XXXVI[a]. Item, por cuanto para tratar de las dudas y diferencias que en los dichos socavones y labor de ellos se han de averiguar para que ninguno pueda tomar a otro su hacienda, ni entrar en cuadra ni en pertenencias ajenas, que lo que principalmente se pretende y asimismo para ver las vetas que en ellos se descubrieron, para que cada uno camine con más diligencia con la obra del socavón que va dando a tomarlas y para otros afectos necesarios; Ordenamos y mandamos que todas las personas que dan o dieren los dichos socavones, sean obligados a dejar entrar por ellos a los que lo pidieren para ver la dicha labor las veces que quisieren, sin que se ponga impedimento en ello, de manera que cada uno que quisiere pueda ver por el dicho socavón si labran en su perjuicio para que pida lo que le convenga.

XXXVII[a]. Item, por cuanto todos los pleitos de minas, especialmente de socavones, por la mayor parte vienen a consistir en medida, según consta por las dichas ordenanzas que el dicho nuestro presidente hizo y por éstas que nuevamente hacemos, y siendo así está claro que todos los pleitos que se han ofrecido y ofrecen allende de poderse excusar, está visto que fuera del dicho asiento se pueden mal entender por no tener presentes las minas para echar la medida y entender la duda; Ordenamos y mandamos que si los tales pleitos se ofrecieren, visto el pedimiento de la parte, citados las otras a quien toca, sin hacer más proceso vaya el alcalde en persona a las dichas minas y socavones, pagándole su salario aquél que lo pidiere, y vea el pedimiento y eche la medida que el viere que conviene, conforme a las ordenanzas y medidas, teniendo consideración a la decaída que hacen las vetas, cuando sobre ello se ofreciere duda, y visto donde llegó la medida, si las partes quedaren satisfechas, cese el pleito y se amojone la dicha diferencia y si no, los compela a que cada uno nombre un tercero dentro de dos días, y sino lo quisiere nombrar alguna de las partes que el juez lo nombre de su oficio,

F. D. Y C. S. BIBLIOTECA

los cuales echen la dicha medida y sino se concertaren el juez nombre otro tercero y hecha la dicha medida por todos tres, visto lo que dijeren en el caso, el alcalde sentencie y ejecute lo que sentenciare y se guarde y cumpla hasta que otra cosa se determine por los superiores y que el dicho alcalde, en la sentencia que diere, dé razón de la duda y de la medida que tomó y de la ordenanza por donde determinó el caso, y que en los pleitos semejantes no pueda haber otros autos, y que si de la dicha sentencia se apelare, en tanto que se sigue y fenece en apelación, se guarde lo que hubiere sentenciado el dicho alcalde, hasta tanto por los dichos superiores otra cosa se determine.

Las cuales dichas ordenanzas y declaraciones de suso contenidas y cada una cosa y parte de ello queremos y mandamos que sean guardadas y cumplidas y ejecutadas inviolablemente y que tengan vigor y fuerza de leyes hasta tanto que otra cosa por nos se provea y mande, además de las dichas ordenanzas hechas por el dicho nuestro presidente Gasca, las cuales asimismo queremos y mandamos que sean guardadas y cumplidas con las declaraciones, adiciones, limitaciones susodichas y mandamos y encargamos a los nuestros Presidentes y Oidores de las nuestras Audiencias que residen en las ciudades de los Reyes y de la Plata y a todos nuestros Corregidores y Alcaldes de minas y ordinarios y otros nuestros jueces y justicias de la dicha provincia de los Charcas y asientos de Potosí y Porco y demás asientos de minas de plata de la dicha provincia y de todos los dichos nuestros reinos y cada uno de ellos en sus lugares y jurisdicciones y a otras cualesquier personas de cualquier estado y condición o preeminencia que sean, a quien lo susodicho toca y atañe, así a los que ahora sois como a los fueren desde aquí adelante y a cada uno y cualquier de ellos, que con mucha diligencia y especial cuidado las guardéis y cumpláis y ejecutéis y hagáis guardar y cumplir y ejecutar en todo y por todo como en ellas y en cada una de ellas se contiene, y contra el tenor y forma de lo en ellas contenido no vayáis ni paséis ni consintáis ir ni pasar ahora en tiempo alguno, ni por alguna manera, so pena de la nuestra merced y de cada mil pesos de oro para la nuestra cámara y fisco; y para que venga a noticia de todos y ninguno pretenda ignorancia mandamos sean pregonadas públicamente por pregonero y ante escribano en las dichas ciudades de los Reyes y de la Plata y en el dicho asiento de Potosí, y en las demás partes que pareciere que conviene. Dada en la Ciudad de los Reyes a once días del mes de Octubre de mil y quinientos y sesenta y un años. El Conde de Nieba, El Licenciado Virviesca de Muñatones, Vargas de Carvaxal, Ortega de Melgossa, refrendada Domingo de Gamarra.

Sacóse del libro * Domingo de Gamarra.

[Archivo General de Indias (Sevilla), *Patronato*, Leg. 188].

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

FALLECIMIENTO DEL DOCTOR SAMUEL W. MEDRANO

Las páginas iniciales de esta *Revista* están dedicadas a recordar la vida y la personalidad del profesor Samuel W. Medrano, en homenaje a su memoria. A continuación publicamos los discursos que frente a su tumba pronunciaron el Director del Instituto y el doctor Jorge A. Mazzinghi, así como su bibliografía.

Discurso del Doctor Ricardo Zorraquín Becú

Cumplo el penoso y triste deber de decir el último adiós a nuestro querido amigo Samuel Medrano. Lo hago en nombre de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, y en representación también del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Éste y aquélla lo contaron durante muchos años entre sus colaboradores más asiduos. Dirigió el Instituto en ausencia de su titular y cumplió en él una profícua labor, en épocas en que los estudios histórico-jurídicos alcanzaban un alto grado de desarrollo y de difusión. Por eso intervino en congresos y reuniones científicas en los cuales demostró siempre un alto grado de preparación y el ponderado afán de contribuir al adelanto de los estudios.

Medrano se incorporó a la Facultad de Derecho, como profesor de Historia Argentina en el curso de ingreso, hace cinco lustros. Años después pasó a integrar la cátedra de Introducción al Derecho y, al cumplir el límite de edad, fue designado profesor consulto de la misma materia. También actuó, desde su fundación en 1958, en la Universidad Católica Argentina, como titular de Historia del Derecho. En una y otra asignatura, y en ambas universidades, fue en todo momento el maestro asiduo y laborioso, dedicado por completo a una labor intelectual y docente que cumplió con vocación de servicio y con el deseo de formar científica y moralmente a la juventud que pasaba por sus aulas, a la que trataba con paternal simpatía despojándose de toda afectación y severidad.

Lector asíduo, estudioso incansable, escritor fecundo y elegante, profesor con una muy acentuada preocupación por la enseñanza, Medrano se destacaba por sus singulares cualidades y también por sus ideas bien definidas. Su preparación científica, sus tendencias políticas y sus creencias religiosas orientaron el contenido de su enseñanza, que se situó dentro de la filosofía tradicional y de la más pura ortodoxia. Las dos materias fundamentales que enseñaba le permitieron difundir nociones clásicas que, por desgracia para la juventud de nuestra época, suelen olvidarse con frecuencia, incluso en las casas de altos estudios. El derecho, para Medrano, no era la acumulación artificiosa de preceptos normativos, ni la conducta humana regida por leyes arbitrarias. Desechaba igualmente el positivismo y las corrientes kelsenianas

tan en boga entre nosotros. No, el derecho tenía que estar inspirado por altos ideales de justicia y cumplirlos en la realidad, era una parte de la moral y su objetivo último consistía en procurar el bien común. La concepción escolástica o neo-tomista alcanzaba en sus clases y en sus conversaciones un alto grado de persuación razonada, porque surgía de sus propios sentimientos y aspiraciones sociales y políticas. Cultivaba el derecho con amor y con pasión, convencido de la necesidad de su vigencia plena y de su carácter formativo dentro de la sociedad. Muy lejos estaba entonces de aprobar cualquier forma de violencia, ni la ley arbitraria, ni el gesto despótico.

Medrano sentía profundamente a la patria. Su espíritu nacionalista venía de muy lejos, porque era el heredero de aquel Pedro Medrano que votó en Tucumán la independencia política, y de Monseñor Mariano Medrano que reorganizó la Iglesia argentina después de las conmociones de la revolución. Había recibido y cultivaba en su corazón la ortodoxia indiscutida del segundo y el patriotismo generoso del primero. Y por eso la Argentina se enraizaba en sus sentimientos como si fuera algo familiar, algo que le pertenecía por abolengo y tradición. Quería una Argentina grande y poderosa, y al mismo tiempo justa y honestamente gobernada, lamentándose con frecuencia de no poder aceptar ni admitir ciertas realidades políticas que vivía, y a las cuales criticaba con vehemente y singular perspicacia.

Al recordar su personalidad, no podemos olvidar el catolicismo auténtico de Medrano. Perteneció o participó de todo ese movimiento intelectual que rejuveneció a la Iglesia, y que desde el Convivium, pasando por los Cursos de Cultura Católica, llegaría a crear la Universidad Pontificia. En todas partes, pero especialmente en esta última, dejó la huella de su pensamiento, de sus convicciones profundas, de su honda espiritualidad.

Fue, por último, un hombre de hogar. Sus actividades, los puestos públicos que desempeñó con eficacia y dignidad, sus tareas docentes, nunca lo apartaron de la intimidad de su casa, en la cual encontraba el refugio afectuoso de su digna compañera y de sus hijos. A ellos, que eran la parte principal de su vida y de sus afanes, nuestro más sincero sentimiento de pesar. Pero tienen sin duda alguna el consuelo de saber que Dios se ha llevado, sin sufrimientos, un espíritu justo, que a lo largo de su vida hizo el bien y prodigó los frutos de su inteligencia, de su religiosidad y de su patriotismo. Quede para nosotros también el recuerdo de una vida sin mancha, fecunda y dignamente vivida.

Discurso del Doctor Jorge A. Mazzinghi, Decano de la Facultad de derecho de la Universidad Católica Argentina

Había una gran riqueza en la personalidad del Dr. Samuel W. Medrano, y en su alma un impulso generoso, que lo incitó a prodigar esa riqueza en todas las nobles empresas de la inteligencia y de la acción, cuya convocatoria jamás desoyó.

Hace más de cuarenta años, junto a un grupo de argentinos ansiosos por asentar la elaboración del pensamiento sobre la base inconmovible del

F.D.Y.C.S. BIBLIOTECA

catolicismo, fue fundador de los Cursos de Cultura Católica, que a él, como a muchos otros, le imprimieron carácter.

Allí asumió el rumbo que había de orientar el resto de sus pasos. Allí acuñó sus amistades más sólidas, con el metal incorruptible que constituye la comunión en la fe, los encuentros del espíritu, la coincidencia en los ideales más puros.

Fue un argentino cabal, siempre animado por la pasión de la patria, a la que supo darse sin retaceos y sin dejarse abatir por las sombrías amenazas que, con máscaras diferentes, acechaban constantemente su porvenir. Quizás porque conocía lo profundo de nuestra historia, había discernido con claridad lo que nos une, lo que tenemos por realizar en común.

Pero ese hondo sentido nacional, que era rasgo tan evidente de su pensamiento, no estuvo nunca limitado por las peripecias de la residencia en la tierra, sino que se levantaba en alas de la fe, divisando perspectivas indescifrables para otros.

Dios ha querido poner fin a su fecundo y sereno peregrinar por este mundo, y lo ha llamado a Su Reino, lo ha convocado a entrar a Su gozo eterno.

En nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, cumplo el deber de expresar ante su tumba la gratitud que le debe nuestra casa de estudios.

Estuvo entre los profesores titulares que inauguraron la carrera de abogacía. Desde los días iniciales, en 1958, ocupó la cátedra de Historia del Derecho Argentino, que no abandonó hasta diez años después. Desempeñó también, hasta el año pasado, la cátedra de Historia Política Argentina en el curso de Doctorado en Ciencias Políticas, de nuestra Facultad. En 1968 fue su Decano Interino.

Pero por sobre todo eso, fue un sólido pilar, en el cual la Universidad Católica pudo asentar su esfuerzo tendiente a formar las inteligencias juveniles a la luz de la Fe.

Enseñó siempre, y no sólo en la Cátedra, sino también fuera de ella, con el limpio ejemplo de su vida, con su palabra desparramada llanamente, con esa sencillez que convenía a su personalidad de gran señor criollo.

Y a través de esa actitud, mostrando sin alardes la hondura y la trabazón de sus ideas, ganó el respeto y el cariño de quienes fueron sus alumnos y de quienes fuimos sus colegas.

La memoria de Samuel W. Medrano, no necesita ser rescatada de la muerte: está con nosotros y estará con quienes vengan detrás.

Desde esa misteriosa perspectiva que ahora tendrán sus ojos, podrá mirar su vida entera, como una obra ofrecida día tras día a Su Creador.

Que nos vea de pie, sin amargura, dispuestos a imitar su ejemplo y a perseverar en la obra emprendida, elevando a Santa María de los Buenos Aires, Patrona de nuestra Universidad, una plegaria por su eterno descanso [1].

[1] Publicado también en *Universitas*, Revista de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, año 6, nº 25, abril-junio de 1972.

Bibliografía del Doctor Samuel W. Medrano

1. *Francisco Durá y su lucha contra el liberalismo en la Argentina*, conferencia en los Cursos de Cultura Católica, publicada en el diario "Crisol", Buenos Aires, 27 de setiembre de 1933.
2. *La libertad de enseñanza*, conferencia en los Cursos de Cultura Católica, publicada en el diario "Crisol", Buenos Aires, 17 de julio de 1934.
3. *Cuatro Siglos*, en el libro del Cuarto Centenario de la Fundación de Buenos Aires, Buenos Aires, 1936.
4. *Construcción de la Cristiandad en la Argentina*, ensayo sobre la enseñanza de la historia colonial argentina, Buenos Aires, 1940.
5. *Fronteras*, serie de artículos sobre la historia de los límites territoriales argentinos, en "Nueva Política", Buenos Aires, 1941.
6. *Educación y Cultura en la Argentina Colonial*, conferencia en los cursos de Cultura Católica de La Plata, publicada en la Revista "Sol y Luna", Buenos Aires, 1942.
7. *Estrada historiador*, estudio en el libro del Centenario de Estrada, Buenos Aires, 1943.
8. *La Reconquista*, estudio histórico leído en la Municipalidad de Tigre y publicado en el diario "Octubre", Buenos Aires, agosto de 1948.
9. *El Libertador José de San Martín*, libro publicado en la Colección Austral de la Editorial Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1950.
10. *La política de abastos en la tradición de Buenos Aires*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho", Buenos Aires, 1950.
11. *La Argentina en la conmemoración de Francisco de Vitoria*, en el libro "Estudios sobre las ideas de Francisco de Vitoria", editado por la "Fundación Vitoria-Suárez", Buenos Aires, 1951.
12. *Exigencias actuales de nuestra historiografía*, estudio crítico pronunciado en el Instituto de Humanidades de Salta, el 25 de enero de 1951, y publicado en la Revista del mismo Instituto.
13. *La Revolución de Mayo*, artículo publicado en "Antorcha", diario de la A.C.A., mayo de 1951.
14. *Veinte años de vida intelectual y los Cursos de Cultura Católica*, en el "Boletín de la Acción Católica Argentina", Buenos Aires, 1951.
15. *Problemas constitucionales en el Congreso de Tucumán*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho", Buenos Aires, 1952.
16. *Constituciones de la República Argentina*, en colaboración con el Profesor Doctor Faustino J. Legón. Esta obra es integrante de la Colección de Constituciones Hispano-Americanas del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

F.D.C.S. BIBLIOTECA

17. *Los aspectos sociales en el debate sobre la ciudadanía en 1826*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho", Buenos Aires, 1953, nº 5.
18. *Problemas de la organización de la justicia en las primeras soluciones constituyentes*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho" nº 6, Buenos Aires, 1954.
19. *La experiencia histórica argentina y la política de planificación*, conferencia en el Instituto de Derecho Político, 29 de octubre de 1953, publicada en los "Cuadernos" del mismo Instituto, Buenos Aires, 1954.
20. *La Junta Consultiva Nacional y sus antecedentes históricos*, artículo en la Revista "Esto Es", Buenos Aires, diciembre de 1955.
21. *Las ideas sobre el Poder Judicial en el Congreso Constituyente de 1826*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho" nº 7, Buenos Aires, 1955-1956.
22. *Las relaciones culturales y morales entre el Viejo y el Nuevo Continente*, respuesta al cuestionario de la U.N.E.S.C.O., Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1957.
23. *Tres etapas en el pensamiento argentino del siglo XIX* (Castañeda, Aneyros, Estrada), estudio publicado en la Revista "Presencia", mayo 9 de 1958.
24. *Variaciones sobre el Ejecutivo fuerte*, estudio de historia constitucional argentina, en "Revista Argentina de Política", Buenos Aires, 1958, nº 1.
25. *Los supuestos de la ley fundamental de 1825*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho", nº 10, Buenos Aires, 1959.
26. *La conducción jurídica y política de la Revolución de Mayo*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho", nº 11, Buenos Aires, 1960.
27. *El Congreso de Tucumán, una experiencia histórica*, trabajo leído en el Ateneo de la República, Buenos Aires, 19 de abril de 1966; y publicado en la "Revista de la Unión Industrial Argentina", mayo-julio de 1966.
28. *Diputados porteños en el Congreso de Tucumán*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene" nº 17, Buenos Aires, 1966.
29. *¿República o Monarquía?*, estudio histórico publicado en el libro "El Congreso de Tucumán", dirigido por el R.P. Guillermo Furlong, Buenos Aires, 1966, Editorial Theoría.
30. *La condición humana en las Partidas*, en "Universitas, revista de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de Buenos Aires", año 5, nº 23, diciembre de 1971.

PROFESORES DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

El Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires confirmó como profesores titulares de las cátedras de Historia del Derecho Argentino a los doctores Ricardo Zorraquín Becú y José M. Mariluz Urquijo. Esta nueva designación tiene carácter definitivo de acuerdo con lo establecido en los Estatutos de la Universidad, y se produjo una vez vencido el plazo de tres años de la primera designación.

AYUDANTES DE CÁTEDRA

En el respectivo concurso bienal para proveer de ayudante a las Cátedras de Historia del Derecho Argentino fueron elegidos, en la cátedra del doctor Ricardo Zorraquín Becú, como ayudantes de segunda, los abogados Tulio E. Ortiz y Guillermina Martínez Casado; y en la cátedra del doctor José M. Mariluz Urquijo, para el mismo cargo los abogados Alvaro Izurieta y Sea y Ramona L. Meza Giménez.

El doctor Carlos Guillermo Frontera fue promovido al cargo de ayudante de primera en la cátedra del doctor Zorraquín Becú.

CONFERENCIAS

Durante el año 1972 el Instituto celebró varias reuniones públicas, en las que se abordaron temas de la especialidad.

La conferencia inaugural se celebró el día 7 de junio y estuvo a cargo del Director del Instituto, doctor Ricardo Zorraquín Becú, quien disertó sobre *El concepto y las divisiones del derecho. De Cicerón a Santo Tomás.*

El día 10 de agosto el doctor Víctor Tau Anzoátegui trató el tema *La costumbre como fuente del derecho indiano durante los siglos XVI y XVII.*

El doctor Marcelo U. Salerno se refirió en su conferencia del día 1º de septiembre a *El desarrollo histórico de la obligación. Desde el derecho hispano-romano al derecho castellano-indiano.*

El 12 de septiembre la reunión estuvo dedicada a escuchar la exposición del doctor Abelardo Levaggi sobre *El régimen jurídico del esclavo en el Río de la Plata antes de 1810 a la luz de expedientes judiciales.*

El Instituto recibió el día 26 de septiembre al profesor Andrés

F.D.Y C.S. BIBLIOTECA

Allende, catedrático de la Universidad Nacional de La Plata y miembro de número de la Academia Nacional de la Historia, quien disertó sobre *Los procesos de 1853 a los antiguos mazorqueros de la época de Rosas.*

En una reunión especial, celebrada el 21 de julio con la participación de profesores y docentes de la cátedra y otros invitados el Instituto recibió al distinguido historiador venezolano, doctor Guillermo Morón, quien disertó sobre la jurisdicción de las audiencias y las cuestiones de límites en los países de la América Española.

CURSO DE DOCTORADO

El curso de doctorado en la especialidad Historia del Derecho correspondiente al año 1972 estuvo a cargo de los doctores José M. Mariluz Urquijo y Víctor Tau Anzoátegui. El primero se ocupó del desarrollo de un seminario sobre *Los oficios vendibles y renunciables en el derecho indiano.* El doctor Tau Anzoátegui abordó en las clases teóricas el tema *Reforma y codificación en el siglo XIX.*

PUBLICACIONES

El doctor José M. Mariluz Urquijo prepara actualmente la edición crítica del *Syntagma de las resoluciones prácticas quotidianas del Real Patronazgo de las Indias (1783)* del jurista rioplatense Pedro Vicente Cañete.

Asimismo el doctor Eduardo Martiré proyecta publicar una edición también crítica del *Código Carolino de Ordenanzas Reales para las Minas del Potosí y demás provincias del Río de la Plata* del mismo jurista indiano (1794).

Ambas publicaciones formarán parte de la Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino (volúmenes XII y XIII).

Para la realización de estas investigaciones y su edición se cuenta con el apoyo del Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas y con sendos subsidios del Fondo para la Investigación Científica de la Universidad de Buenos Aires.

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

TERCER CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Entre el 17 y el 23 de enero de 1972 se reunió en Madrid el III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. La organización estuvo a cargo, por especial encargo de la anterior reunión, de una Comisión presidida por el profesor Alfonso García-Gallo, catedrático de Historia del Derecho español e indiano de la Universidad Complutense de Madrid y de los miembros del Departamento histórico-jurídico del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. A su celebración contribuyeron además el Instituto de Cultura Hispánica, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y las Direcciones Generales de Relaciones Culturales, de Bellas Artes y de Archivos y Bibliotecas y el Ministerio de Información y Turismo. Concurrieron al Congreso representantes de once países: Argentina, Chile, Ecuador, España, Paraguay, Perú, Uruguay, Francia, Méjico, Nicaragua y Venezuela. Se presentaron y expusieron cuarenta comunicaciones. De nuestro país concurrieron especialmente invitados los doctores Ricardo Zorraquín Becú, José M. Mariluz Urquijo, Eduardo Martiré, Víctor Tau Anzoátegui, Julio C. Guillamondegui, Marcelo U. Salerno y la profesora Daisy Ripodas Ardanaz. No pudo concurrir a último momento el doctor Abelardo Levaggi pero al igual que los anteriores envió su comunicación.

El acto inaugural se realizó el 17 de enero en el salón de actos del Instituto de Cultura Hispánica. Hicieron uso de la palabra el profesor García-Gallo, Presidente de la Comisión Organizadora; don Alamiro de Ávila Martel, en representación de los delegados, y por último dirigió unas palabras de salutación el Director del Instituto de Cultura Hispánica, don Gregorio Marañón.

Las seis sesiones de trabajo tuvieron lugar en el Museo de América consagrándose cada una de ellas a un determinado tema. La primera, sobre la formación y fuentes del derecho indiano; la segunda, sobre el derecho público indiano en general (político y administrativo); la tercera, sobre la organización provincial y local; la cuarta, sobre el derecho patrimonial; la quinta, sobre el derecho económico; y la sexta, sobre investigación y enseñanza del derecho indiano.

La clausura del Congreso se llevó a cabo en el Aula Miguel de

Unamuno de la Universidad de Salamanca. En la oportunidad el profesor García-Gallo pronunció una magnífica conferencia sobre *La Universidad de Salamanca en la formación del Derecho Indiano.*

Finalmente, el profesor Ricardo Zorraquín Becú pronunció un discurso señalando la significación del Congreso que concluía y agradeciendo la gentil hospitalidad española en esta ocasión.

La Comisión Organizadora del Congreso ha anunciado la próxima publicación de los trabajos presentados.

Aún no se ha fijado la sede del IV Congreso a reunirse en 1975. Ello lo hará el Comité Directivo del Instituto, una vez estudiadas las posibilidades materiales de su organización y celebración. Con el fin de incorporar plenamente al Instituto a los países del Caribe, América Central y Méjico, se ha estimado la conveniencia de buscar el punto de reunión en alguna ciudad de esta área.

Sólo resta señalar que la organización del Congreso fue espléndida, gozando durante una semana de la afectuosa hospitalidad española. Por aparte del alto nivel científico del Congreso, la Comisión Organizadora y especialmente el profesor García-Gallo y su familia se encargaron de brindarnos la más cuidadosa atención en todos los detalles y de hacernos gozar de dos magníficas excursiones, una a Toledo y otra a Salamanca donde se clausuró el Congreso.

INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Con motivo de la celebración del III Congreso efectuado en Madrid del que damos cuenta precedentemente, el Instituto celebró una sesión especial de carácter interno el día 21 de enero de 1972 cuya acta se transcribe a continuación:

En Madrid a 20 de enero de 1972, siendo las 16 y 30 horas, en la sede del Museo de América se celebra la sesión especial del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, bajo la Presidencia del Consejo Directivo integrado por los profesores Alamiro de Ávila Martel, Alfonso García-Gallo y Ricardo Zorraquín Becú, actuando como secretarios los profesores Eduardo Martiré y Víctor Tau Anzoátegui. Están presentes a más de los nombrados los siguientes miembros del Instituto: María Angélica Figueroa Quintero, Alberto de la Hera, Sergio Martínez Baeza, José Martínez Gijón, Juan Manzano y Manzano, Demetrio Ramos, Manuel Salvat Monguillot e Ismael Sánchez Bella.

F.D. y C.S. BIBLIOTECA

La sesión se desarrolla de acuerdo al siguiente orden del día:

1º) La incorporación de nuevos miembros;
2º) IV Congreso del Instituto;
3º) Edición de un Boletín informativo;
4º) Ruegos y preguntas.

Puesto a consideración el punto primero, se resuelve la incorporación de los nuevos miembros siguientes: Horacio Aranguiz Donoso, Bernardino Bravo Lira, Fernando Campos Harriet, Antonio Dougnac Rodríguez, Patricio Estellé Méndez, Concepción García-Gallo Peñuela, Javier González Echenique, Julio C. Guillamondegui, Abelardo Levaggi, Guillermo Floris Margadant, Carlos Molina Argüello, Gisela Morazzani de Pérez Enciso, José Reig Satorres, Daisy Rípodas Ardanaz, C. Alberto Roca, Isidoro J. Ruiz Moreno, Marcelo Urbano Salerno, Francisco Tomás Valiente.

En cuanto al segundo punto del orden del día y previo informe del profesor García-Gallo se resuelve por unanimidad y luego de un cambio de ideas, otorgar un voto de confianza a la Mesa Directiva del Instituto a fin de que previo estudio de las posibilidades materiales de su organización y celebración, fije el lugar en que se desarrollará el IV Congreso del Instituto en el año 1975. Con el fin de incorporar plenamente la actividad del Instituto a los países del Caribe, América Central y Méjico se ha estimado la conveniencia de buscar el punto de reunión en alguna ciudad de esta área.

Con respecto al tercer punto del orden del día el profesor Tau Anzoátegui propone la edición de un Boletín semestral o anual destinado a brindar informaciones sobre la marcha del Instituto y sobre el estado de las investigaciones y enseñanza del Derecho Indiano. El proyecto elaborado por la Secretaría recibe general beneplácito de los asistentes y es aprobado por unanimidad. Se encomienda a la Secretaría del Instituto la tarea de concretar este proyecto y de gestionar la obtención de los fondos necesarios para financiar esta publicación.

Puesto a consideración el cuarto punto del orden del día, se tratan entre los asistentes diversas materias con relación a la futura marcha del Instituto. Siendo las 19 horas se levanta la sesión.

Con las nuevas incorporaciones aprobadas, el Instituto cuenta actualmente con los siguientes miembros:

1. Alamiro de Ávila Martel
2. María Angélica Figueroa Quintero

3. Alfonso García-Gallo
4. Lewis Hanke
5. Alberto de la Hera
6. Guillermo Lohmann Villena
7. Juan Manzano y Manzano
8. José M. Mariluz Urquijo
9. Sergio Martínez Baeza
10. José Martínez Gijón
11. Eduardo Martiré
12. Manuel T. Marull
13. Antonio Muro Orejón
14. Edmundo M. Narancio
15. Roberto I. Peña
16. Demetrio Ramos
17. Manuel Salvat Monguillot
18. Ismael Sánchez Bella
19. Víctor Tau Anzoátegui
20. Juan Vicente Ugarte del Pino
21. Rafael Eladio Velázquez
22. Gonzalo Vial Correa
23. Silvio Zavala
24. Ricardo Zorraquín Becú
25. Horacio Aranguiz Donoso
26. Bernardino Bravo Lira
27. Fernando Campos Harriet
28. Antonio Dougnac Rodríguez
29. Patricio Estellé Méndez
30. Concepción García-Gallo Peñuela
31. Javier González Echenique
32. Julio César Guillamondegui
33. Abelardo Levaggi
34. Guillermo Floris Margadant
35. Carlos Molina Argüello
36. Gisela Morazzani de Pérez Enciso
37. José Reig Satorres
38. Daisy Rípodas Ardanaz
39. C. Alberto Roca
40. Isidoro J. Ruiz Moreno
41. Marcelo U. Salerno
42. Francisco Tomás Valiente

F.D.y C.S. BIBLIOTECA

BIBLIOGRAFIA

AMBROSIO ROMERO CARRANZA, ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA y EDUARDO VENTURA FLORES PIRÁN, *Historia política de la Argentina*, 2 vols., Buenos Aires, 1970-71, 1180 págs.

Esta importante publicación se debe al esfuerzo de tres distinguidos profesores de Derecho Político de nuestra Facultad, que han puesto a contribución su vasto saber, un estudio perseverante del pasado argentino y una comunidad de ideas que hace de esta historia un todo coherente e inspirado en análogas posiciones ideológicas.

El doctor Romero Carranza ha ejercido durante muchos años la docencia universitaria, y además de su larga actuación en la justicia, sus inquietudes espirituales lo han llevado a ejercer un verdadero magisterio en otros campos de la intelectualidad argentina. El doctor Rodríguez Varela es actualmente Decano de esta casa de estudios, cargo que desempeña con una eficacia y una prudencia características. Y el doctor Ventura Flores Pirán es también un destacado profesor dedicado a sus funciones docentes no sólo en esta Facultad sino también en la Universidad Católica y en otros centros de enseñanza. Lógico era que todos ellos trataran de realizar —como labor de extensión de la cátedra— una historia política de la Argentina. Buenos colaboradores para tan ardua tarea.

La obra se ha proyectado en tres volúmenes, destinados a considerar sucesivamente "Desde la época colonial hasta 1816", "Desde 1816 hasta 1862" y "Desde 1862 hasta 1970". Sólo han aparecido hasta ahora los dos primeros tomos, que por cierto son de desigual extensión (420 y 760 págs.).

El primer volumen trata de la gestación y del nacimiento del Estado argentino, ubicando en 1810 la fecha separativa de ambos procesos. Poco desarrollo se dedica al período hispánico, sin duda porque los autores han dado preferente atención a los hechos e ideologías que condujeron a la formación de la nacionalidad argentina. Se ocupan, sin duda, de la escolástica española del siglo XVI y de las doctrinas predominantes en la época borbónica, pero al mismo tiempo estudian el pensamiento político inglés, norteamericano y francés y su proyección e influencia sobre el Río de la Plata. Sorprende que dediquen también un capítulo a los movimientos insurreccionales que estallaron en América, desde el de Gonzalo Pizarro hasta el de Tupac Amaru, tan disímiles y distantes unos de otros y, a mi juicio, de escasa o ninguna influencia sobre nuestro movimiento emancipador.

Luego de historiar el virreinato rioplatense y sus vicisitudes políticas, el libro entra de lleno en la revolución de Mayo y en las diferentes interpretaciones que ha merecido. Los autores la consideran un verdadero movimiento separatista inspirado principalmente en las ideas de Suárez. Los episodios políticos posteriores, hasta la independencia, completan el primer volumen.

El segundo se compone de tres partes: primeros pasos (1816-1835), parálisis (1835-1852) y recuperación del Estado argentino (1852-1862). Una extensa y minuciosa crónica de los acontecimientos sirve para exhibir las corrientes políticas contradictorias, las aspiraciones disímiles y los esfuerzos estériles que se realizaron durante ese primer período para constituir a la Nación. Imposible resulta comentar en esta breve nota las páginas dedicadas a esa época tan llena de vicisitudes como la que conduce al triunfo del federalismo. Sólo diremos que la obra realiza con preferencia el análisis ideológico de las tendencias en pugna y se detiene en la evolución institucional no sólo de la Nación sino también de cada una de las provincias.

Al gobierno autocrático de Rosas está dedicada la segunda parte del volumen, en la cual se recuerdan sus orientaciones políticas, las de la Asociación de Mayo, los conflictos internacionales y las luchas civiles que tantos enconos provocaron. El libro pone en evidencia el creciente poder de Rosas, sus abusos y la sumisión de los demás gobernado-

res, pero no realiza un análisis de tipo institucional ni trata de explicar la dictadura.

La década de 1852-62 es el tema de la última parte, que comprende los conflictos entre Buenos Aires y la Confederación, la obra del Congreso Constituyente, la reforma de 1860 y los sucesos que en definitiva condujeron a la exaltación de Mitre a la primera magistratura de la Nación definitivamente unida.

Toda la obra está compuesta con evidente preocupación por exponer el desarrollo de los acontecimientos políticos, con abundantes citas de documentos contemporáneos y de opiniones más recientes. Es numerosa la bibliografía utilizada y todo ello demuestra la ímproba labor que sus autores se impusieron. El libro resulta así de innegable utilidad porque al penetrar en el detalle de los sucesos brinda a los lectores una información que a veces sólo aparece en los estudios especializados. Cabe agregar que en las páginas de este libro domina una ideología liberal y cristiana que sus autores han tratado de destacar. Así los juicios y comentarios que jalonan la exposición de los hechos derivan siempre de esa postura católica y democrática, que constituye así la doctrina inspiradora que ha movido a realizar tan difícil tarea.

RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ

REMEDIOS CONTRERAS Y CARMEN CORTÉS, *Catálogo de la Colección Mata Linares*, tomos I a III, Madrid, Real Academia de la Historia, 1970-1971.

Benito de la Mata Linares, magistrado judicial de larga actuación en América Meridional, llegó a reunir 126 tomos —algunos de impresos, la mayoría de manuscritos— que totalizan más de 10.000 documentos diversos abarcadores de las más variadas cuestiones. Se trata de originales y de copias simples, de escritos que él redactó y de papeles ajenos que se limitó a recopilar o, a veces, a glosar con su letra inconfundible. La colección fue incorporada a la Real Academia de la Historia de Madrid por donación que realizó en 1851 su sobrino, el Marqués del Socorro, y puede ser consultada en la acogedora biblioteca de esa corporación. Para los argentinos presenta un interés muy especial pues dado que Mata Linares permaneció varios años en Buenos Aires como regente de la segunda Audiencia la colección incluye un buen conjunto de papeles directamente relacionados con nuestro país.

Alguna vez se intentó catalogar los fondos de mayor interés de ese ingente material. Por encargo del Archivo General de la Nación, Rómulo D. Carbia redactó en 1912 algunas papeletas que fueron dadas a conocer muchos años después por Raúl A. Molina en sus *Misiones Argentinas en los Archivos Europeos* y en 1929 José Torre Revello realizó un inventario mucho más extenso y detallado que comprende 280 fichas, publicado en sus *Documentos referentes a la Historia Argentina en la Real Academia de la Historia de Madrid* que hasta ahora constituía la mejor llave impresa de la colección, al menos para la parte referente a la Argentina. Más tarde publicaron también sumarias listas de documentos José Tudela de la Orden y Lino Gómez Canedo. Esos meritorios esfuerzos han sido ahora ampliamente superados por el nuevo catálogo que comentamos, que una vez que sea completado con la parte que aún falta publicar, constituirá el inventario definitivo que esperaban todos los americanistas.

Realizado por iniciativa de D. Ciriaco Pérez-Bustamante este lo precede con una breve introducción de especial interés para conocer la última etapa de la vida del autor de la colección cuya figura se desdibujaba al salir de Buenos Aires. Merced a ese prólogo sabemos ahora que fue Consejero de Indias, que estuvo al servicio de José Bonaparte, que perteneció a la masonería y que con el regreso de Fernando VII fue depuesto de su cargo al igual que otros afrancesados.

Aunque no escasean los antecedentes que interesan a la historia general, social, política o económica es, tal vez, el historiador del derecho quien encontrará mayor caudal de noticias que le conciernen. Documentación de las Audiencias de Santiago de Chile y Buenos Aires, dictámenes fiscales, autos de virreyes, actas de concilios provinciales,

F.D.Y.C.S. BIBLIOTECA

comentarios sobre temas jurídicos, extractos de juicios, legislación indiana emanada de autoridades metropolitanas y americanas son apenas algunos de los materiales recogidos por Mata Linares; las últimas páginas del t. II del catálogo y todo el tomo III están dedicados a indicar parte de los volúmenes de cedularios que componen la colección. Los papeles relacionados con la actuación personal del propio Mata Linares ofrecen también gran interés. Hace años dimos a conocer la memoria que presentó como regente de la Real Audiencia de Buenos Aires y publicamos su proyecto de *Instrucción circular para el mejor y más breve despacho de la formación de las causas criminales* pero aún quedan muchos papeles importantes merecedores de atención. Por no abundar en ejemplos nos limitaremos a citar el t. LXII en el que se consigna el derecho aplicable en diferentes pleitos ventilados ante la Audiencia porteña; dada la carencia de fundamentación de las sentencias de la época es este un material irreemplazable para apreciar qué elementos tenía presentes un juez de Indias en el momento de fallar.

Lo hasta ahora catalogado suma 7672 entradas y llega hasta el t. CIX de la colección. Es de desear que la obra sea rápidamente completada con la catalogación de los tomos restantes y con algunos índices complementarios. De todos modos lo ya publicado hasta ahora basta para afirmar que este magnífico despliegue de la colección con la mención individualizada de cada documento multiplicará su utilización y estimulará el acceso a ella de nuevos investigadores.

JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO

MARÍA DEL CARMEN CARLÉ, *Del Concejo Medieval Castellano-Leonés*. Instituto de Historia de España, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1968, 281 páginas.

La historia medieval española tiene en la Dra. Carlé una cultora sagaz y constante. No es fácil realizar este tipo de investigación en Buenos Aires. Las dificultades son grandes, muchas veces insalvables. Sin embargo el trabajo que comentamos, igual que muchos otros, se explica —descontando la idoneidad del autor— por la presencia en nuestro país de un gran maestro y medievalista que tiene el don de suscitar vocaciones. El Dr. Claudio Sánchez-Albornoz, al que me estoy refiriendo, ha sabido formar lejos de España una escuela de investigadores a la que ha marcado con la impronta de su actitud de estudioso: seriedad y precisión.

Digna exponente de la escuela y de la formación recibida es la actual Profesora Titular de Historia de España de la Universidad de Buenos Aires, destacada discípula del maestro y poseedora en sumo grado de las cualidades que caracterizan a su escuela. Este libro es fruto sazonado de años de dedicación. Muchas son las publicaciones que desde su tesis doctoral sobre "La vida en Castilla del Rey Sabio al Emplazado" jalonan su constante esfuerzo en esta especialidad.

La obra que nos ocupa "Del Concejo Medieval Castellano-Leonés" ofrece un panorama de conjunto que viene a llenar un vacío en la bibliografía medieval hispana y resulta imprescindible para el investigador de la realidad americana. Estéril esfuerzo es pretender estudiar nuestro pasado sin abrevar en las fuentes y sin recurrir a los orígenes. ¿Qué le deben nuestros cabildos a esta institución democrática medieval? Democrática, afirma la Dra. Carlé, a condición de que no busquemos en el siglo XII una democracia al estilo del XX. El investigador de nuestra historia puede y debe encontrar los puntos de contacto.

Al estudiar el problema de los orígenes recapitula las diversas teorías que el renacimiento urbano del siglo XI ha suscitado. Desfilan los principales sostenedores de los dos grandes grupos de opinión: romanistas y germanistas. Dentro de los últimos destaca la posición de Eduardo de Hinojosa y de Sánchez-Albornoz, quien demostró que el agotado municipio romano no pudo sobrevivir a la invasión musulmana porque se había extinguido antes de ella. Y siguiendo a este historiador recuerda la necesidad de ver una conjunción de elementos en el origen del régimen municipal, teniendo en cuenta los tres aspec-

tos que ofrecen estas ciudades: urbes, fortalezas y mercados. Cuando la Dra. Carlé estudia el *conventus publicus vicinorum* afirma que no cree que el concejo descienda en forma estricta y casi biológica de él. Se ocupa de nuevos centros poblados, en especial las pueblas, que nacen con el proceso de la Reconquista y la repoblación y se fundan por iniciativa del rey o de un obispo. También existe un avance espontáneo de campesinos que ocupan por *pressura* los terrenos vacíos. El ansia de mejorar su vida los empujaba hacia el sur. De esa doble corriente surgieron las ciudades repobladas de golpe y los pequeños núcleos rurales. De ambas nacerán concejos, pero no idénticos. La tarea repobladora continúa y con los siglos varían las figuras jurídicas y las técnicas empleadas. Se ha pensado en la existencia de un comunismo agrario parcial aplicado a la tierra de labranza, aunque no hay contundentes elementos de juicio al respecto. De las ventas y donaciones se deduce que era individual la propiedad de casas, huertas, viñas y campos de labranza. Pero junto a esta propiedad se encuentran tierras de aprovechamiento común, entre ellas dehesas o montes. Con los dos tipos de concejos, rural y urbano, se cierra esta primera parte.

En el 2º capítulo —Del concejo al municipio— comienza afirmando la existencia de asambleas concejiles premunicipales, integradas por todos los habitantes sin distinción, pero con el tiempo cambia la composición, reduciéndose cada vez más y se integra sólo por hombres y entre éstos, por vecinos. Fueron los pequeños concejos rurales castellanos los que lograron las primeras inmunidades y así iniciaron el camino hacia el municipio. Camino que comenzó cuando los reyes concedieron a los concejos el derecho a elegir sus funcionarios. Marcha hacia la autonomía que no será rápida.

Cinco densos subtemas integran el capítulo siguiente denominado Constitución y Evolución. Cuando estudia La Estructura Física se plantea el problema del nacimiento de los concejos en el período que abarcan los siglos XI al XIII y afirma que en su raíz está la Reconquista y repoblación. Con las conquistas de Fernando III en Andalucía se perfeccionan los repartos, pero el problema de la entrega de las tierras no terminaba allí y estudia en los fueros municipales las formas de partición. Al ocuparse de los repobladores presenta los diversos grupos raciales y religiosos en el mismo período. La temprana aparición de los judíos, al menos desde el siglo X y la equiparación de la caloña de su muerte con la de los cristianos en el fuero de Castrojeriz, le permite afirmar que: "Encontramos ya en este momento casi inicial de la vida concejil dos elementos que van a caracterizar el acontecer de las comunidades hebraicas en las ciudades de León y Castilla: la protección foral y la hostilidad popular". También es notable, desde antiguo, la presencia de mozárabes. En los grandes concejos surgidos desde fines del XI la población es más heterogénea: aparecen grandes núcleos de mudéjares y aumentan los mozárabes. A éstos se unen francos y portugueses, pero será Sevilla —activo centro mercantil— donde predomine el elemento extranjero, en especial, genoveses e italianos de otra procedencia.

En cuanto a la Estructura Social, las primeras diferencias entre pobladores se expresa como "los mayores" y "los menores" y no existe en los municipios embrionarios disposición alguna que rija la convivencia entre infanzones y villanos. Más tarde los concejos trataron de impedir la preponderancia de los nobles que con sus fueros personales se encontraban en situación ventajosa frente a los villanos y bien pronto se destacan los caballeros propietarios, condición a la que acceden por su situación económica que les significará papel principalísimo en el gobierno local. Estos caballeros ciudadanos no se asimilan a la nobleza, pero comparten algunos de sus privilegios fundamentales.

Al referirse a la Estructura Jurídica destaca el proceso de agudo localismo que sufren las villas durante la Edad Media: trato preferencial dado a sus gentes frente a los extraños y dentro del conjunto villa y alfoz, a los vecinos frente a los que no lo eran, a los de la villa frente a los de la aldea y la solidaridad entre los vecinos. Estudia el concepto de vecino y no vecino, vecino de villa y de aldea y las formas de acceder a la vecindad. También enumera sus derechos y expresa cómo podía eximirse de la obligación común a todos

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

de pagar pechos por dos motivos: por privilegio de exención o por pobreza.

Cuando estudia la Estructura de gobierno, comienza refiriéndose a la Asamblea que surge justamente del ejercicio por el *concilium* de uno de sus derechos fundamentales: la elección de sus aportellados. A partir de la concesión —que no puede fijarse con exactitud y que se sitúa en los años finales del siglo X o principios del XI— la asamblea se reúne una vez al año para elegir a los hombres que en los doce meses siguientes ejercerán el gobierno local. Hasta las reformas de Alfonso XI y de acuerdo a su amplitud, distingue dos tipos de reuniones: el "concejo abierto" y la asamblea no plena.

Acepta la Dra. Carlé al estudiar los Funcionarios de concejo que es difícil por su heterogeneidad reducirlos a un grupo homogéneo y comienza por el primero en cuanto a su importancia: el juez. Se preocupa por sus funciones y obligaciones y continúa con los alcaldes —representantes por excelencia del concejo— los justicias, los seis, los pesquerdores, los jurados, los funcionarios menores... La forma de elección, periodicidad, condiciones para ser elegido, toma de posesión y circunstancias que vedaban o anulaban la elección son otros tantos aspectos que deja totalmente aclarados. Afirma al ocuparse de los Representantes del poder real en el concejo que, cualquiera fuera el grado de autonomía de los municipios de realengo, nunca faltó la presencia del representante de ese poder: el *dominus villae*, el merino, los jueces y alcaldes del rey.

Tampoco olvida en Tensiones y Luchas que el enfrentamiento más o menos violento entre los distintos grupos no es fenómeno característico español, aunque es mejor conocido fuera de España. Observa a través de documentos y crónicas el surgir de los diversos "linajes" de pobladores y distingue entre los tempranos movimientos de rebeldía en tierras de señorío y las tierras de realengo donde los burgueses disfrutaron de fuero más ventajoso. El debilitamiento del poder central permitió que afloraran las tensiones latentes en especial desde la rebelión de Sancho IV hasta el acceso al trono de Alfonso XI. Los grupos oligárquicos oprimían a los pueblos y contra todos los grupos desbordará el descontento de la mayoría. Los desbordes pueden fecharse entre fines del siglo XIII y mediados del XIV y de ellos salió la oligarquía caballeresca con su poder indemne.

Al tratar del tema Villa y Tierra, afirma que el término de una villa se adquiría ya en el momento de la repoblación o *a posteriori* por donación regia o comprando tierras o aldeas. Estudia los derechos de la villa sobre el término y los de las aldeas frente a la villa; los concejos de aldeas y su función; los funcionarios propios de los concejos aldeanos; la unión fiscal son algunas de las cuestiones que resuelve en este capítulo.

En el dedicado a Vida Económica estudia la gestión concejil en cuanto a bienes y rentas del lugar y a la organización del trabajo, la producción y el comercio. Destaca la importancia de montes y dehesas en este tipo de sociedad, no sólo en cuanto al derecho de los beneficiarios a usufructuarlos sino en cuanto a la percepción del montazgo. Ésta y otras rentas se utilizan en el pago de funcionarios, reparaciones en la ciudad y sobre todo trabajos de defensa.

Exceptuando Santiago de Compostela la vida y los intereses del concejo y de sus gentes gira en torno al campo y sus trabajos. Uso del monte y de la dehesa, guarda del ganado, protección de sembrados y riego son algunos de los problemas de competencia concejil. No se excluye la actividad artesanal y se ocupa de la producción, métodos, comercialización del producto, precios control de pesos y medidas, vigilancia del mercado y la agrupación de menestrales en cofradías o gremios.

En el último capítulo —Poder local y poder central— afirma en base a la documentación foral manejada que desde el nacimiento del municipio hasta su reforma por Alfonso XI, las libertades de que disfrutaban los concejos sufren una evolución que podría representarse por una curva ascendente-descendente. Señala el constante forcejeo de los concejos ansiosos siempre de mayor autonomía y el poder real cuidadoso de reprimirla, a la par que destaca las primeras hermandades, que tuvieron fines económicos, no políticos.

Se ocupa también de tema tan deba-

tido como es el acceso de los concejos a las curias.

El trabajo se completa con un Apéndice que dedica al concejo de señorío y a los derechos políticos administrativos de que gozaba el señor y que podían ser cedidos, total o parcialmente, a los pobladores.

NELLY R. PORRO

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Esquema histórico del derecho sucesorio. Del medievo castellano al siglo XIX*, Buenos Aires, 1971, 127 páginas.

El distinguido historiador del derecho, que tantas pruebas ha dado ya de su capacidad y de su vocación, acaba de publicar un denso estudio sobre el régimen sucesorio que va desde la Alta Edad Media hasta fines del siglo XIX. Nos interesa destacar, al analizarlo, su método y su contenido.

Si bien el autor comienza diciendo, en forma excesivamente modesta, que sólo ha tratado "de ofrecer a los estudiantes un panorama sobre las líneas directrices del derecho sucesorio", puede afirmarse que la obra excede ampliamente ese objetivo limitado. En realidad, es un estudio cabal del tema, hecho de acuerdo con las exigencias que impone la historia jurídica.

Bien dice el doctor Tau Anzoátegui que "las características del derecho sucesorio nos obligan a no perder de vista los elementos sociales que rodean, forman y condicionan lo jurídico". Algo análogo podría sostenerse respecto de cualquier otra institución. Y es por ello que coincido plenamente en la necesidad de vincular el estudio del derecho pretérito con el de las creencias, las ideologías y las circunstancias históricas, porque de otra manera no sería posible comprenderlo y explicarlo.

Se limita la obra a investigar "las líneas fundamentales o directrices del proceso", dejando de lado el análisis detallado del régimen sucesorio. Esto constituye un acierto. La misión del historiador del derecho no consiste en hacer la exégesis y el comentario de todas las disposiciones que se refieren a la institución que estudia —como lo haría un jurista dogmático respecto del derecho actual— sino en mostrar las ideas inspiradoras del sistema, así como las soluciones más características, sus razones y sus consecuencias. De lo contrario sería necesario escribir, para cada institución, un verdadero tratado sobre la materia. Este punto de vista puede parecer exagerado porque de lo que se trata, en definitiva, es de conocer el derecho pretérito y, si es posible, hasta en sus mínimos detalles. Pero el autor afirma, y con razón, que "el enfoque así concebido es probable que sea el más adecuado para apreciar la historicidad del derecho y en consecuencia el más fructífero para quienes, en general, estudian el campo jurídico". Es más útil conocer las orientaciones generales de un sistema que adentrarse en el análisis minucioso del derecho, sus relaciones con la vida social y aún los resultados que produjo.

La obra comienza analizando el régimen sucesorio de la Alta Edad Media en función de las concepciones religiosas y de la situación social de la época. Destaca así dos aspectos fundamentales que influyeron sobre la regulación jurídica del sistema: el profundo espíritu católico y el predominio de la familia sobre el individuo. Por eso se impone, respecto de los bienes inmuebles llamados de abolengo, un régimen de sucesión familiar o más bien un cambio de titularidad dentro del grupo, y un sistema hereditario pluralista respecto de los demás bienes.

El sistema que va a aplicarse en América arranca de la recepción del derecho romano, que cristaliza en las Partidas y en otras leyes posteriores. Aparece entonces la dote que la mujer lleva al matrimonio, y se mantienen las arras que el marido donaba a la esposa. Ambas instituciones tuvieron una finalidad específicamente sucesoria; lo mismo que la distinción de los bienes gananciales, que salvo convención en contrario se repartían por mitades entre los cónyuges.

En las Partidas se acentuó el sistema individualista de la propiedad, sin que desapareciera totalmente el concepto familiar aunque encauzándolo por otras vías: así el retracto gentilicio, el mayorazgo, la mejora del tercio y quinto (admitida definitivamente en las leyes de Toro), y la preferencia acordada a

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

los parientes consanguíneos "hasta el dezeno grado" sobre la mujer, la cual sólo en caso de pobreza recibía la "cuarta marital". Desde otro punto de vista, la influencia de la religión o el deseo de favorecer al matrimonio legítimo hizo que los descendientes del mismo eliminaran de la sucesión a los hijos naturales. En esta época prevaleció indiscutiblemente el régimen testamentario, que satisfacía a la vez los requerimientos jurídicos de seguridad y las preocupaciones religiosas de quienes aspiraban a dejar ordenadas sus cosas para después de su muerte. Tanto la Iglesia como la legislación favorecieron este sistema sucesorio.

En Indias se trató igualmente de asegurar la libertad de testar. Los actos de disposición para caso de muerte servían no sólo para instituir herederos sino también para "descargo de la conciencia" de su autor (pago de deudas, restitución de bienes, reparación de abusos cometidos con los indios, etc.). La obra se ocupa también de la sucesión en las encomiendas, la legislación sobre "bienes de difuntos" y el régimen establecido para los indios.

El último capítulo de esta interesante obra está dedicado a estudiar la evolución de las ideas y de las soluciones legales desde el último tercio del siglo XVIII hasta la codificación. El rasgo más característico de esta época de secularización es el predominio que se aspira a dar a un orden sucesorio legislado en detrimento de la relativa libertad que tenía el testador. Además, se suprime en España y en Indias la intervención de los tribunales eclesiásticos en los juicios sucesorios, aunque se tratara de clérigos; se fortalece el fuero militar; y se combaten, procurando su extinción, los mayorazgos. Aunque brevemente, el autor estudia también las opiniones de los juristas del siglo XIX más vinculados con nuestra historia (Bentham, Sonellera, Casagemas, Alvarez, etc.), y las normas sucesorias de los códigos de esa época, incluyendo el de Vélez Sársfield.

No podemos en esta reseña de propósitos simplemente informativos entrar en el detalle de tantas cuestiones interesantes; pero sí conviene recomendar la lectura de este libro bien pensado, escrito con claridad, en el cual se destacan agudamente los problemas más importantes, y que no deja de estar solidamente fundado en un conocimiento adecuado de la bibliografía correspondiente.

R. Z. B.

Actas del I Symposium de Historia de la Administración, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1970, 608 págs.

Más que analizar pormenorizadamente los veinte trabajos presentados nos importa subrayar la feliz idea del Instituto de Estudios Administrativos de realizar este encuentro entre historiadores, archiveros y administrativistas para tratar problemas comunes en un fecundo intercambio interdisciplinario.

Entre otras cosas la reunión proporcionó un adecuado marco para refirmar la conciencia de todos los asistentes sobre la necesidad de la historia del derecho para que el jurista pueda desempeñar inteligentemente su papel. En el reconocimiento de esa verdad los juristas puros no ceden el paso a los historiadores del derecho. Luis Jordana de Pozas sostiene que no es posible regir una institución o interpretar con acierto una ley si no se conocen sus orígenes, motivos y desarrollo y que la historia de la Administración no puede limitarse a la de la legislación y la actividad para ejecutarla sino que debe extenderse a investigar el proceso, las dificultades y alternativas de esa ejecución o las consecuencias de su incumplimiento. José Villar Palasí no es menos elocuente. Al administrativista —dice— se le plantea una doble tarea: "por un lado la necesidad de acudir al *Boletín Oficial* para estar al tanto de la cotidianidad legislativa y al mismo tiempo la necesidad de la investigación histórica para poder comprender el sentido de esa realidad que se le ofrece cada mañana, para saber que es lo movedizo y que es lo permanente. Si tenemos la pretensión de construir una ciencia sin caducidad, una ciencia de comprensión no nos queda más remedio que meternos de lleno en la historia...".

Alfonso García-Gallo, dando por supuesta la urgencia de llegar a una co-

laboración entre historiadores y administrativistas, desciende a tratar algunas cuestiones concretas que ella plantea precisando cuál debe ser la misión de aquellos dentro de la historia de la Administración. Así, insiste en la necesidad de diseñar en perspectiva histórica una teoría general de la Administración para terminar expresando que "lo mismo que cuando se trabaja en derecho comparado no basta tener a la vista los textos legales de otro país si no se conoce el sistema en que están insertos, tampoco es suficiente para una reconstrucción histórica utilizar con profusión documentos y textos antiguos con la misma técnica que se manejan los vigentes. Lo más difícil para el historiador es situarse en cada una de las épocas, captar su ambiente y su espíritu, aprehender la realidad social, económica, y política que subyace en el fondo y que los documentos dan por supuesta y conocida. Que el historiador jurista reciba la problemática del administrativista y que éste acepte de aquél esa sutil comprensión del pasado sin la cual nunca pasará de ser un mero erudito". Dado que no obstante algunos meritorios precedentes la historia de la Administración hispana está aún en sus comienzos, las orientaciones del maestro de tantos historiadores del derecho vienen en un momento muy oportuno para clarificar las metas a las que conviene tender y los caminos que deben recorrerse.

En un mismo plano de principios generales el profesor de la Universidad de Sevilla José Martínez Gijón encara con agudeza *La historia de las instituciones administrativas y su enseñanza en las facultades de derecho de la Universidad española* refiriéndose a planes de enseñanza, contenido y método de exposición que considera más convenientes. En la medida de lo posible —afirma— debe superarse el casuismo propio de los textos reguladores de las cuestiones administrativas para señalarse, en cambio, la esencia, naturaleza y necesidad de cada una de las instituciones. Considero más importante —agrega— describir las características generales de la Administración en sus diferentes niveles y explicar su trayectoria o las causas que la motivaron que la masa de oficiales concretos puestos a su servicio.

De los valiosos trabajos monográficos presentados a la reunión citaremos uno de Tomás Valiente que es comentado en otra nota bibliográfica de esta misma revista, el aporte de Rafael Gibert sobre *El funcionario español de la época austríaca* basado en el análisis de la obra de Francisco Bermúdez de Pedraza sobre *El Secretario del Rey*, un estudio de José Antonio Escudero sobre la *Administración central borbónica* que es un adelanto de su libro sobre *Los Secretarios de Estado y del Despacho* y sendos comentarios de M. Baena del Alcázar y José Luis Meilán Gil sobre las *Instituciones de Derecho Público* de Dou y Bassols.

J. M M. U.

Carlos Alberto Floria y César A. García Belsunce, *Historia de los argentinos*, 2 vols., Buenos Aires, 1971, 518 y 504 páginas.

Los autores han indicado —en una Nota preliminar— los propósitos perseguidos y los criterios orientadores que tuvieron en cuenta al redactar la obra. En cuanto a los primeros, significan una deliberada limitación, al procurar sólo "una síntesis necesariamente selectiva" de los aspectos fundamentales del proceso histórico que va desde el descubrimiento de América hasta 1955, y al tratar de que su libro sea "un ensayo accesible para estudiantes de nivel universitario y para el público que tiene apetencia de información histórica". En cuanto a los segundos, anuncian una posición novedosa y original, pues aspiran a "aportar perspectivas que proceden de otras ciencias que el historiador no debe soslayar: la ciencia política, la sociología, la economía, estudios demográficos y militares, enfoques religiosos". En otros términos, tratan de completar el conocimiento histórico con interpretaciones o juicios que surgen desde el campo de diferentes disciplinas, para explicar mejor el pasado. Por cierto que aquella tendencia a la exposición sintética ayuda a comprender mejor cada proceso en sus líneas generales y en su significado político, social o económico. Pero creemos, en cambio, que los autores han sido demasiado mo-

F.D.Y.C.S. BIBLIOTECA

destos al limitar el número de sus posibles lectores, puesto que esa labor de síntesis inteligentemente comentada con ayuda de otras ciencias debe servir también a los mismos historiadores, que necesitan alcanzar una visión más amplia y el apoyo de nuevos criterios en una tarea que no es sólo erudita sino también interpretativa y crítica.

Por cierto que los doctores Floria y García Belsunce estaban excelentemente preparados para escribir una obra de tales características. El primero, notable publicista que se ocupa de los problemas nacionales del pasado y del presente (es, desde hace años, uno de los principales redactores de la revista *Criterio*), tiene marcada vocación por la política y las ciencias sociales. El segundo es un infatigable investigador de nuestro pasado —muy vinculado a nuestro Instituto— y autor de importantes trabajos históricos. Ambos ejercen asiduamente la docencia, función ésta que obliga a actualizar constantemente el saber y el pensamiento, manteniendo un alto grado de preparación a fin de cumplir una tarea que es eminentemente formativa.

El primer volumen contiene tres partes: la dominación hispánica, el proceso revolucionario y la Nación independiente. Después de mostrar un panorama de Europa en el siglo XVI, se hace un resumen de la conquista de América y de los problemas que ésta planteó, distinguiendo luego las dos épocas de austrias y borbones con sus correspondientes características y especiales aunque relativamente breves referencias a las provincias que hoy forman la Argentina. El proceso revolucionario es estudiado contemplando los factores internacionales, los acontecimientos anteriores y definitorios que condujeron a la separación de España, las ideologías que influyeron en el cambio y los sucesos posteriores hasta 1820. La tercera parte está dedicada al conflicto entre unitarios y federales, el final de la lucha por la emancipación, la guerra contra el Brasil y la revolución de Lavalle.

El segundo tomo va desde 1829 hasta 1955, o sea la época de las dos Confederaciones —la de Rosas y la de Urquiza—, la unidad definitiva, las presidencias constitucionales y las otras. Algunos títulos pueden mostrar, sin necesidad de mayores comentarios, los enfoques de los autores respecto de la evolución argentina: "la nacionalización del liberalismo" es la obra de Mitre; "el apogeo liberal" llega hasta 1880; "la alianza de los notables" empieza con Roca y concluye en Quintana; aparece entonces "la Argentina de los partidos"; entre 1930 y 1943 se produce "la restauración neoconservadora" y posteriormente "la revolución social".

A lo largo de toda la obra se advierte la preocupación de los autores por presentar, junto al relato de los acontecimientos, el panorama social y económico de cada momento, las ideas dominantes y la interpretación histórica que surge de todos esos procesos. Además se dedican abundantes páginas a los problemas internacionales y a las guerras que hubo que librar en el exterior. Es notable el justo equilibrio que mantienen, evitando embanderarse en las distintas corrientes historiográficas que actualmente hacen de nuestro pasado un motivo de constantes y apasionadas controversias. Aun respecto de épocas y personajes muy debatidos, como Rosas o Perón, la postura que adoptan los autores es la de buscar más la explicación de sus actuaciones que la crítica o el aplauso desmedidos. Esto no significa que el libro adopte posiciones eclécticas, sino que al contemplar el pasado lo hace tratando de comprenderlo sin apasionamientos estériles. En este sentido puede afirmarse, en elogio de quienes han publicado la obra, que han conseguido exponer e interpretar los procesos del pasado de un modo que me atrevería a llamar científico, por oposición a lo sentimental o banderizo.

El libro se completa con numerosas ilustraciones adecuadamente seleccionadas, una bibliografía general que estimamos algo exigua, y los índices de nombres y lugares.

R. Z. B.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del Derecho Canónico, I. El Primer Milenio*. Salamanca, 1967. 452 págs.

Con alborozo debemos saludar la publicación del primer tomo de esta obra,

destos al limitar el número de sus posibles lectores, puesto que esa labor de síntesis inteligentemente comentada con ayuda de otras ciencias debe servir también a los mismos historiadores, que necesitan alcanzar una visión más amplia y el apoyo de nuevos criterios en una tarea que no es sólo erudita sino también interpretativa y crítica.

Por cierto que los doctores Floria y García Belsunce estaban excelentemente preparados para escribir una obra de tales características. El primero, notable publicista que se ocupa de los problemas nacionales del pasado y del presente (es, desde hace años, uno de los principales redactores de la revista *Criterio*), tiene marcada vocación por la política y las ciencias sociales. El segundo es un infatigable investigador de nuestro pasado —muy vinculado a nuestro Instituto— y autor de importantes trabajos históricos. Ambos ejercen asiduamente la docencia, función ésta que obliga a actualizar constantemente el saber y el pensamiento, manteniendo un alto grado de preparación a fin de cumplir una tarea que es eminentemente formativa.

El primer volumen contiene tres partes: la dominación hispánica, el proceso revolucionario y la Nación independiente. Después de mostrar un panorama de Europa en el siglo XVI, se hace un resumen de la conquista de América y de los problemas que ésta planteó, distinguiendo luego las dos épocas de austrias y borbones con sus correspondientes características y especiales aunque relativamente breves referencias a las provincias que hoy forman la Argentina. El proceso revolucionario es estudiado contemplando los factores internacionales, los acontecimientos anteriores y definitorios que condujeron a la separación de España, las ideologías que influyeron en el cambio y los sucesos posteriores hasta 1820. La tercera parte está dedicada al conflicto entre unitarios y federales, el final de la lucha por la emancipación, la guerra contra el Brasil y la revolución de Lavalle.

El segundo tomo va desde 1829 hasta 1955, o sea la época de las dos Confederaciones —la de Rosas y la de Urquiza—, la unidad definitiva, las presidencias constitucionales y las otras. Algunos títulos pueden mostrar, sin necesidad de mayores comentarios, los enfoques de los autores respecto de la evolución argentina: "la nacionalización del liberalismo" es la obra de Mitre; "el apogeo liberal" llega hasta 1880; "la alianza de los notables" empieza con Roca y concluye en Quintana; aparece entonces "la Argentina de los partidos"; entre 1930 y 1943 se produce "la restauración neoconservadora" y posteriormente "la revolución social".

A lo largo de toda la obra se advierte la preocupación de los autores por presentar, junto al relato de los acontecimientos, el panorama social y económico de cada momento, las ideas dominantes y la interpretación histórica que surge de todos esos procesos. Además se dedican abundantes páginas a los problemas internacionales y a las guerras que hubo que librar en el exterior. Es notable el justo equilibrio que mantienen, evitando embanderarse en las distintas corrientes historiográficas que actualmente hacen de nuestro pasado un motivo de constantes y apasionadas controversias. Aun respecto de épocas y personajes muy debatidos, como Rosas o Perón, la postura que adoptan los autores es la de buscar más la explicación de sus actuaciones que la crítica o el aplauso desmedidos. Esto no significa que el libro adopte posiciones eclécticas, sino que al contemplar el pasado lo hace tratando de comprenderlo sin apasionamientos estériles. En este sentido puede afirmarse, en elogio de quienes han publicado la obra, que han conseguido exponer e interpretar los procesos del pasado de un modo que me atrevería a llamar científico, por oposición a lo sentimental o banderizo.

El libro se completa con numerosas ilustraciones adecuadamente seleccionadas, una bibliografía general que estimamos algo exigua, y los índices de nombres y lugares.

R. Z. B.

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del Derecho Canónico, I. El Primer Milenio*. Salamanca, 1967. 452 págs.

Con alborozo debemos saludar la publicación del primer tomo de esta obra,

que la solapa presenta como "la primera Historia del Derecho Canónico escrita en español", y que pone al lector de habla hispana en contacto con uno de los ordenamientos jurídicos vertebrales de la civilización occidental, el Derecho Canónico, y, precisamente, desde una perspectiva histórica, o sea, la más interesante para el mejor conocimiento de los modernos Derechos nacionales derivados del tronco del Derecho Común.

La obra en cuestión, a juzgar por el presente tomo, ha sido concebida y realizada con un rigor metodológico impecable, digno de la mejor escuela histórico-jurídica española. A manera de muestra, no resistimos la tentación de reproducir el apartado inicial del libro que, dedicado al objeto de la Historia del Derecho Canónico, ya exhibe la claridad conceptual y la precisión terminológica que campean por todo el volumen.

"Esta disciplina —dice el Prof. P. Antonio García y García— se ocupa del estudio del fenómeno jurídico en la Iglesia a través de sus veinte siglos de existencia. La génesis del derecho en la Iglesia presenta una estructura triangular, que consta de tres elementos que, aún guardando su propia personalidad, ejercen y reciben un fuerte influjo mutuo. Dichos factores son el *pueblo* o *comunidad*, los *juristas* y la *autoridad eclesiástica legífera*. La comunidad es la primera en acusar la presencia de un problema planteado, sea porque no existe una norma sea porque la norma existente es inadecuada. Surgen espontáneamente las consultas a los juristas y los recursos a la autoridad. El jurista auténtico, por su parte, estudia estos problemas mirando a la vez la realidad de la vida práctica en el seno de la comunidad y la norma emanada de la autoridad eclesiástica competente. El legislador a su vez debe dictar la norma teniendo en cuenta la problemática planteada por la comunidad y las elaboraciones de los juristas. Debido a la conjunción de estas tres fuerzas surge o se modifica la institución. Esta triple realidad podría representarse del siguiente modo: autoridad-fuentes (*vértice del triángulo*); juristas-ciencia canónica; y comunidad-instituciones (*bases del triángulo*).

Llamamos *fuentes* a los textos legales emanados de las autoridades legíferas, *ciencia canónica* a las elaboraciones de los canonistas e *instituciones* al contenido de las dos anteriores.

"Cuando las tres fuerzas antes apuntadas no actúan con la debida conexión, surge un derecho inadaptado, si no se tiene en cuenta la problemática real que emerge de la vida cotidiana de la comunidad; o también puede llegarse a un estado de anarquía, si la comunidad actúa por su propia cuenta, haciendo caso omiso de toda norma. Si se requiere una perfecta conexión de estos tres elementos para que el proceso vital del derecho se desarrolle con normalidad, también es necesario estudiarlos conjuntamente, sin aislarlos. Por esta razón, no vamos a escribir aquí una historia de las fuentes, ni una historia de la ciencia canónica, ni una descripción de las instituciones canónicas, sino una historia de las tres cosas a la vez.

"Prácticamente, nuestro estudio se circunscribirá a la Europa occidental y parcialmente a las cristiandades de Oriente. Dicho en otros términos, se atendrá generalmente a los límites geográficos de la cristiandad medieval, aunque con los oportunos cambios de ángulo visual y de distancia. Aunque pudiera parecer paradójico reducir la historia del derecho de la Iglesia Católica a un área geográfica tan reducida, la paradoja desaparece si se considera que nos hallamos ante un problema semejante al que surge en el estudio del derecho romano, que aunque nació en Roma y para regir el mundo romano, tuvo una proyección espacial y temporal mucho más amplia. Algo parecido ocurre con el derecho canónico. Nace en Oriente. Hombres venidos de Oriente lo importan a Occidente. El mundo occidental lo elabora a su modo y lo proyecta a su vez, sobre los vastos territorios de su influencia. Tal es la trayectoria que seguiremos en este libro".

En el mismo primer capítulo, de "Prolegómenos", el autor trata del método, distinguiendo dos orientaciones: histórica e histórico-jurídica. La primera considera al Derecho como una parte de la historia general de la Iglesia; para la segunda, la Historia del Derecho Canónico "es una ciencia histórica en cuanto que se ocupa de la dimensión histórica del fenómeno jurí-

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

dico. Pero es a la vez una ciencia jurídica, por razón de su contenido''. Esta orientación histórico-jurídica se ha verificado, a su vez, de dos maneras: ''una *dogmática* o en función del derecho vigente y otra *autónoma* que trata de ambientar cada institución o fenómeno en el cuadro histórico-ambiental de la sociedad en que se produjo. Es obvio que este manual —subraya el Prof. García— quiere alinearse dentro de esta última tendencia'' (p. 23), y a decir verdad que lo logra, no obstante el esquematismo —de un orden y una lógica, por lo demás, dignos de encomio— propio de su índole de manual.

Otros tópicos abordados en el mismo capítulo primero son: división de la Historia del Derecho Canónico, interés y actualidad de la Historia del Derecho Canónico, e historia de esta especialidad. Acerca del interés de la disciplina para la historia de la civilización occidental, no está demás recordar con el autor que ''los principales aspectos de la sociedad occidental estuvieron estrechamente ligados con el derecho canónico. Instituciones como la familia, relaciones entre la Iglesia y el estado, la economía, la enseñanza, las diferentes profesiones que van desde el clero hasta la carrera de las armas, recibieron del derecho canónico una impronta indeleble. La Iglesia tuvo a la vista para estructurarse los moldes del derecho romano. Ambos derechos, romano y canónico, a su vez, sirvieron de modelo para los ordenamientos jurídicos de los países de Occidente. Para su estudio histórico, nos hallamos ante una trilogía difícilmente separable'' (pp. 18-9).

El capítulo 2, también introductorio, se refiere a la teoría de las fuentes canónicas y a las fuentes de derecho divino, y de aquí en más comienza la exposición histórica con el período correspondiente al Derecho de la primitiva Iglesia (s. I-III), al que siguen en este volumen el Derecho de la Iglesia en el Imperio Romano-Bizantino (s. IV-VII) y el Derecho de la Iglesia en los reinos germánicos (s. VII-XII). Cada uno de estos períodos es estudiado a través de aspectos tales como: ambiente histórico y fuentes; la ciencia canónica; el pontificado romano; el episcopado; el clero diocesano, el monacato y el laicado, e instituciones del derecho matrimonial, penitencial, penal y patrimonial.

Las fuentes y la bibliografía utilizadas por el autor son en todos los casos de primera agua y constituyen una guía segura para el lector deseoso de ampliar sus conocimientos sobre cada uno de los aspectos comprendidos en la obra. El criterio selectivo aplicado resulta de las propias palabras del Prof. García: ''En general, no se citan manuales... Tampoco citaremos bibliografía antigua superada, contentándonos bajo este aspecto con remitir a la bibliografía más reciente, donde será fácil encontrar la cita de autores y estudios más antiguos. Por lo que respecta a las fuentes, indicaremos las más importantes al tratar de cada tema'' (p. 25).

A riesgo de ser redundantes, insistimos en la excelencia del libro, bajo todo punto de vista, y en la gran utilidad que está llamado a prestar no sólo a los especialistas de la disciplina, sino a todos los juristas en general, partiendo de la base de que nadie que se precie de tal puede ignorar o permanecer indiferente ante ninguna de las fuentes del Derecho actual, más aún, tratándose de una fuente de la relevancia de ésta, no por generalmente poco conocida, menos importante. Extendemos al Instituto de Historia de la Teología Española, de Salamanca, editor del libro, nuestras felicitaciones por la calidad de la impresión, sin perjuicio de algunas erratas que pudieron haberse evitado.

ABELARDO LEVAGGI

ENRIQUE DÍAZ ARAUJO, *Consideraciones sobre Vélez Sarsfield y su obra*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Mendoza, 1971, 96 págs. mimeografiadas.

El debatido y no siempre comprendido problema de las ideas que gravitaron en la elaboración de nuestro centenario código civil, es objeto de estudio por parte del profesor mendocino, Enrique Díaz Araujo. No se trata de un trabajo de compromiso o de ocasión —como algunos de los que aparecieron en los últimos años con motivo del centenario de la magna obra—, sino por el con-

trario, es fruto de muchas lecturas y de un moderno pensamiento. El autor aclara que el trabajo consiste en "una recomposición de materiales éditos interpretados bajo mi personal concepción de las ideas políticas", que lo muestran adherido a la filosofía tradicional y al clasicismo político. Este punto de partida, así como algunas de sus conclusiones, pueden acaso originar divergencias, pero lo cierto es que la agudeza de las interpretaciones excede aquella propia limitación, por lo que muchos de sus juicios son válidos para quienes sustentan posiciones ideológicas no coincidentes con las del autor, o para quienes busquen aproximarse a puntos de mira objetivos.

El trabajo se divide en dos partes. En la primera, traza una ágil, descarnada y crítica semblanza de Vélez Sársfield, por la que desfilan su vida, actuación pública y rasgos morales, todo ello no con el afán de reiterar datos biográficos conocidos, sino para alcanzar una mejor comprensión de su obra, es decir del Código Civil, único de los trabajos de don Dalmacio que estudia Díaz Araujo, y al que dedica la segunda parte de su monografía.

El autor señala que su propósito es sólo realizar "un análisis sociopolítico del Código Civil", pues considera que carece de "competencia en los dominios civilistas". Esta aclaración no impide que Díaz Araujo se introduzca en el mundo del derecho civil, a nuestro juicio, con oportunidad y certeza, con una perspectiva que le permite llegar en algunos temas a honduras a las que regularmente no llegan la mayoría de los que consagran sus esfuerzos intelectuales al estudio del Derecho Civil actual.

Luego de indagar la formación universitaria del codificador, sostiene que se formó en el iusnaturalismo de la escuela española y en el conocimiento de los tratadistas del derecho romano y canónico, agregando a ello, los años próximos a la elaboración del Código, el conocimiento de los grandes comentaristas franceses. De ahí sostiene que "Vélez participó de una cosmovisión tradicional, que la mediatizó en un eclecticismo de matiz racionalista; pero que nunca advino a las formulaciones más avanzadas de ese mismo pensamiento moderno, como el utilitarismo positivista que atrajo a muchos de sus contemporáneos". El mismo Vélez confesaba su eclecticismo al adherir a una posición "nacida de la alianza del elemento histórico y del elemento filosófico", es decir "lo que quiere la razón y lo que han practicado los antepasados", lo que significaba —en sus propias palabras— que "una nación puede darse nuevos códigos teniendo siempre presente la legislación que la ha regido".

Díaz Araujo analiza a continuación las influencias ideológicas que se advierten en las distintas partes del Código. Sostiene que concibió a la familia monogámica, indisoluble y fundada en la potestad paterna y marital; al matrimonio como institución religiosa cristiana y no sólo católica, por lo que en esta materia sus normas se ajustaban al pensamiento tradicional. Pero agrega que mientras ésta había gravitado en la regulación de la familia y de la persona, los actos jurídicos, obligaciones, contratos y sucesiones en cambio están insuflados de la filosofía liberal. En cuanto a los derechos reales, el punto clave lo encuentra en el art. 2506, que define el dominio como "el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y la acción de una persona", en tanto en las Partidas el poder del propietario de hacer en una cosa lo que quisiese debía ser "según Dios e según fuero". Aquella concepción absoluta e individualista del dominio se extiende —según el autor— a los demás derechos reales, con la sola excepción del art. 2611 y las que nacen del título de las Restricciones al Dominio. En cuanto al régimen de los derechos creditorios, Díaz Araujo, considera que "esa parte de la obra tiene el sello neto del individualismo jurídico, social y económico".

Estamos pues en presencia de un trabajo sugerente, que no se propone agotar el tema, ni dar un punto de vista definitivo, pero que brinda un ágil, nuevo y profundo enfoque sobre algunos aspectos. Monografía de obligada consulta de hoy en más para quienes trabajen sobre tan rico filón de nuestra historia jurídica y de nuestro actual derecho. Lo único que cabe lamentar es que tan excelente obra no se haya podido imprimir —se trata de una edición

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

mimeografiada—, lo que sin duda contribuye a restarle la merecida difusión.

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1971, 180 págs.

Como señala el autor en la *Introducción*, "el presente trabajo pretende ofrecer una exposición detallada y general de la organización y de la administración de justicia entre los mercaderes en el Derecho histórico español, tema que, como tantas otras instituciones jurídicas mercantiles, no había sido aún tratado de una forma acabada. Sin embargo —continúa—, la existencia de una bibliografía monográfica relativamente copiosa, de carácter eminentemente local, ha permitido acceder a una valiosa serie de datos de un considerable interés a la hora de intentar el estudio sistemático de la materia".

La obra está dividida en cuatro partes. La primera, titulada *Los orígenes*, se ocupa inicialmente de la jurisdicción gremial y marítima en la Baja Edad Media, caracterizada por ser objetiva (sobre "fechos de la mar"), técnica (requiere conocimiento de los usos marineros), y además única, pues se aplica a "los de la mar", sin que aparezca escindida en función de los diferentes gremios marineros. Trátase luego de la situación anterior a la creación de los consulados, donde se destaca la importancia del arbitraje como fórmula de solución de conflictos en aquellos lugares en donde la importancia del comercio lo hacía imprescindible.

La segunda parte, que es la más extensa, se ocupa propiamente de *El sistema consular*. Gacto Fernández señala aquí que "lo que caracteriza al consulado es la existencia de un tribunal propio e independiente, hábil para decidir las cuestiones que los miembros de la comunidad le plantearan; esta facultad jurisdiccional se otorga en muchos casos en un momento posterior a la formación de los grupos profesionales, y viene a significar la confirmación de una práctica de mayor o menor antigüedad, según los casos", consignando que el primer tribunal consular que funcionó en forma oficial fue el de Valencia, creado en 1283, aunque es probable que para entonces estuviere ya en marcha una corte parecida en Barcelona. El autor trata la institución consular como forma de organización de los comerciantes de una misma nación, de la institución como forma de organización de los comerciantes en países extraños y del consulado como organismo de promoción de la economía.

En parágrafo aparte se estudia la integración del cuerpo y la matrícula, señalándose la presencia de prohombres navegantes y marineros en Valencia; de mercaderes, patrones de naos, descargadores y cambistas, vendedores al por menor e incluso artesanos en Barcelona, distrito en el cual, a partir de 1480, se formalizó el estamento mercantil mediante una matrícula a la que sólo podían acceder quienes en efecto desarrollaran una actividad mercantil.

Esta segunda parte se cierra con un minucioso examen de la jurisdicción mercantil y su procedimiento en España, con algunas referencias a Indias. Se destaca aquí el estudio de la naturaleza —objetiva y subjetiva— de la jurisdicción mercantil. Sostiene Gacto Fernández que "uno de los primeros problemas que surgen al enfrentarnos con el estudio de la jurisdicción mercantil y profundizar en su contenido, es el de precisar si se trata de una jurisdicción de clase, ideada para intervenir en los pleitos en que al menos una de las partes fuera mercader, o si, por el contrario, esta circunstancia personal podía resultar irrelevante por encaminarse a solucionar una determinada categoría de conflictos, los de comercio, sin tener en cuenta quienes eran los sujetos que participaban en ellos". Al respecto, previa nuestra aclaración de que ambos criterios no existieron en la historia jurídica española en forma pura (Cfr. JESÚS RUBIO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, Ed. Nauta, 1969, p. 60), no siendo la consular una jurisdicción abiertamente clasista, había casos en que la condición de profesional del comercio en una de las partes calificaría el negocio de mercantil, como ocurría, vgr. en algún tipo de ventas. Otras veces, afirma el autor, junto a esta circunstancia personal, adquiere importancia el lugar de celebra-

ción de las negociaciones, en orden a la clasificación mercantil del acto, como sucedía, por ejemplo, en las ferias.

Las circunstancias que calificaban de comerciante a una persona ocuparon en gran medida a la doctrina italiana y española (Stracca, Hevia Bolaño, Domínguez Vicente, A. de Ansaldis, etc.), pero en la práctica la condición de mercader quedaba conferida por el simple hecho del ejercicio profesional del comercio. Sin embargo, la competencia de los tribunales consulares del siglo XVIII experimenta ligeras modificaciones, derivadas de la diferente concepción con que se erigen; el acceso a ellos, como en la época anterior, quedaba restringido a unas determinadas personas: comerciantes al por mayor, mercaderes, dueños de embarcaciones y sus factores, encomenderos y dependientes, pero junto a ellos, de acuerdo a los nuevos principios ilustrados, se admite ahora a hacendados, empleantes y dueños de fábricas.

El procedimiento consular estaba asentado en las premisas de rapidez en el trámite y técnica especial, propia de la profesión mercantil, como se expresa en los mismos documentos de solicitud e instalación de consulados. Gacto Fernández pasa a estudiar el procedimiento ordinario, con la primera instancia en manos de los jueces consulares o sustitutos, para el caso de ausencia, enfermedad o justa causa de recusación, y apelación ante el juez de alzadas, y una tercera instancia cuando la parte apelada que hubiera sufrido la revocación de la primera sentencia en perjuicio propio así lo solicitaba. El arbitraje, que aparece aquí como procedimiento extraordinario, era fomentado por los propios consulados, en cuyo seno fue utilizado con frecuencia.

La tercera parte está dedicada a *Los tribunales de comercio en el siglo XIX*. El Código de Comercio de 1829 mantuvo una jurisdicción especial en los asuntos mercantiles, y en primera instancia, en aquellas localidades en las que existiese un consulado de comercio y en aquellas otras donde se erigiera de nuevo. La segunda y tercera instancia desembocan en la jurisdicción ordinaria, estableciéndose que conocieran de las apelaciones las Audiencias y Cancillerías del distrito.

En esta época los consulados, que mantienen su denominación, poco tienen de común con los de épocas anteriores, pues se desentienden de cualquier función no judicial, pasando las actividades administrativas a la competencia de la Junta de Comerciantes, y en el caso del de Buenos Aires, por un decreto de 1821, a un flamante Departamento de Ingenieros.

El trabajo se cierra con *La supresión de la jurisdicción mercantil*, que se produce en España por el *Decreto de unificación de fueros* de 1868, que ordenó el pase a la jurisdicción ordinaria. El autor explica a este hecho por la tecnificación alcanzada en el Derecho mercantil con la codificación, así como por el retraimiento de la costumbre como fuente de creación del ordenamiento mercantil. Los jueces mercaderes habían llegado así a "sentenciar en menor medida que su asesor legal".

La obra de Gacto Fernández es una sólida composición basada en el estudio de fuentes documentales éditas y bibliografía complementaria que por sus méritos merece la distinción que significa pertenecer a la serie de publicaciones de la prestigiosa Universidad Hispalense.

JULIO C. GUILLAMONDEGUI

JOHN HENRY MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*. Fondo de Cultura Económica. Traducción de Carlos Sierra. México, 1971. 258 págs.

No es este un libro de historia jurídica, ni tampoco estuvo originariamente destinado al mundo del derecho continental. Es más, su autor confiesa que "ha sido escrito para aficionados y no para profesionales". Sin saber a ciencia cierta cual es la utilidad que la obrita puede tener para los lectores anglosajones, a quienes el autor la destinó, puedese en cambio, si señalar que ofrece interesantes perspectivas para quienes cultivamos la historia del derecho.

El profesor Merryman se ha propuesto mostrar las diferencias y afinidades entre los derechos anglosajón y continental. Aunque, como el mismo autor lo señala, sólo trata de reflejar las actitudes predominantes, y por ende se basa

F.D.Y.C.S. BIBLIOTECA

sólo en el prolijo conocimiento de algunos exponentes principales del sistema continental, como el derecho francés y el alemán, la obra presenta el raro interés de ofrecer una historia esquemática del más antiguo ordenamiento jurídico actualmente existente, desde sus orígenes en la ley de las XII Tablas, hace 25 siglos. Hace así especial hincapié en las principales actitudes mentales del jurista continental, en una viva e inteligente confrontación con las que son propias del hombre de derecho anglosajón.

Si de esta confrontación brotan sugerentes desarrollos, no son menos los que surgen de la diferencia que se observa en el propio derecho continental con la consolidación del sistema en los siglos XIX y XX. Así mientras las diferencias son radicales entre el sistema continental decimonónico y el derecho anglosajón, en cambio, se atenuan cuando esa comparación se realiza con el ordenamiento jurídico continental de la Baja Edad Media y de la Edad Moderna en donde no predominaba un rígido sistema de leyes codificadas. Los temas sobre las fuentes del derecho, la codificación, el papel de los jueces, la interpretación de la ley, la función protagónica del legislador y la autoridad de la ciencia jurídica dan, por cierto, aspectos claves, que uno y otro orden resuelven de manera tan diferente. Son claros ejemplos de actitudes mentales divergentes que desconcertan a los que no pertenecen, por su formación y actuación a ese orden jurídico.

Uno de los problemas mentales más grave que tiene la Historia del Derecho dentro de los países incluidos en el llamado derecho continental es que los cultivadores de la disciplina, formados naturalmente dentro del sistema dogmático y abstracto consolidado en el siglo XIX —que constituyó, sin duda, una de las más perfectas y perdurables creaciones del espíritu jurídico—, difícilmente abandonan esa mentalidad cuando se proponen trabajar la propia historia del derecho continental y atrapados por la red del sistema adoptan a menudo en la práctica, actitudes e interpretaciones que revelan la fuerza de una formación jurídica, hoy día en gran parte aún predominante. El libro que comentamos, sin que por cierto el autor se lo haya propuesto ni imaginado, contribuye a liberar al historiador del derecho de las pesadas cadenas mentales que a veces le quitan la dinámica perspectiva de lo jurídico y lo enclaustran en una concepción dogmática. Esta es criticada por todos cuando de metodología se trata, pero es de difícil aplicación cuando llega el momento de tratar temas concretos.

Un acierto, pues, esta traducción española, que nos llega a sólo dos años de la publicación de la primera edición inglesa.

V. T. A.

Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, vol. II, Sección de investigaciones Histórico Jurídicas de la Corporación de Estudios y Publicaciones de Guayaquil, 1971, 615 págs.

Se trata del segundo volumen de esta reciente publicación que dirige el destacado catedrático de historia jurídica, Dr. José Reig Satorres. Este nuevo número del *Anuario* afirma los méritos que señalamos al comentar el primero. Está dedicado —en su mayor parte— a publicar los Autos Acordados de la Real Audiencia de Quito (1578-1722), valiosísima documentación que permanecía inédita y que servirá para mejor conocer el pasado jurídico indiano. Una ajustada *Introducción* del Licenciado Juan R. Freile-Granizo y dos índices, uno general y otro onomástico, dan especial relieve a esta edición de fuentes.

Se publican también las actas capitulares del "Ayuntamiento Constitucional de Quito", correspondientes al año 1820; un "Plan y Reglamentación para el establecimiento de una Compañía de Minería" presentado por el Cabildo de Cuenca a Bolívar en fecha 1º de octubre de 1822, con una interesante introducción de Emilio Gallegos Ortiz y tres importantes trabajos: "Las Leyes Sociales de la Gran Colombia" de Julio Tobar Donoso; "La entrevista de Bolívar y San Martín, primera conferencia cumbre de la Independencia" de Jorge Villacrés Moscoso; y "Reales Audiencias" del Director del *Anuario*, Dr. José Reig Satorres, en el que su autor,

haciendo gala de una completa información bibliográfica, manejada con inteligencia, brinda un excelente panorama general de la institución audiencial, pieza clave de la organización indiana.

EDUARDO MARTIRÉ

JORGE REINALDO A. VANOSSI, *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y su jurisprudencia*. Buenos Aires, 1970, 213 págs.

Con esta obra el autor alcanzó en 1970 el doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral. Lleva un prólogo del profesor Carlos Sánchez Viamonte.

Se propone el doctor Vanossi demostrar la influencia que tuvo José Benjamín Gorostiaga en el proceso constitucional argentino de 1853-1860 y en la posterior interpretación de los textos, especialmente durante su actuación como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El autor trabajó especialmente sobre las actas del Congreso General Constituyente de 1853, las de la Convención Nacional de 1860; las de la Convención Constituyente de la provincia de Buenos Aires de 1870-1873; los diarios de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación correspondientes a los años 1862 y 1863; y la colección de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En todas estas fuentes se refleja la vigorosa personalidad de Gorostiaga, jurista de larga e intensa actuación pública.

La figura de Gorostiaga no había sido objeto hasta ahora de un estudio tan prolijo como éste. No sólo se trata de la biografía del recordado redactor de nuestra Constitución sino de señalar su fecunda labor como interprete de la misma. Ha sido así fructífero y por demás útil el trabajo sobre la vasta colección de fallos del más alto tribunal judicial de la Nación. En suma, un nuevo y estimable aporte para la historia del derecho constitucional, algunas de cuyas conclusiones el autor anticipó en una conferencia pronunciada en nuestro Instituto.

V. T. A.

DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, *Escritos Jurídicos*, publicación del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino, Tomo XI, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, 373 págs.

En homenaje al centenario de la sanción del Código Civil, el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene ha dado a la estampa un conjunto de escritos jurídicos de Dalmacio Vélez Sarsfield. En esta edición se reunen varios trabajos de nuestro insigne codificador, seleccionados por su propio autor en un volumen que perteneció originariamente al doctor José María Moreno —célebre catedrático de derecho civil— y que ahora pertenece al Instituto por generosa disposición del doctor José María Mariluz Urquijo.

El material reunido comprende trabajos en su mayoría éditos —aunque de difícil acceso— y otros que no lo fueron antes de ahora. De la lectura de estas páginas, que constituyen una auténtica miscelánea por la diversidad de temas que se tratan, se desprende el profundo conocimiento jurídico de su autor volcado en piezas procesales, dictámenes, discursos... Y ello es así, por cuanto el codificador, al desarrollar sus argumentos con impecable lógica, da al mismo tiempo el fundamento normativo en que se basa mediante la cita erudita de la disposición legal aplicable al caso. Cháneton, en su conocida biografía del ilustre cordobés, destacó las bondades y calidades científicas de estos escritos, si bien los agrupó bajo la genérica designación de "obras menores" para destacar la importancia de otras producciones de su intelecto que le dieron fama y notoriedad.

Vélez Sarsfield comienza a emplear en estos escritos citas de derecho comparado, especialmente recurre a la autoridad doctrinaria de los autores franceses. Así puede señalarse la invocación de Toullier en el memorial redactado en 1840 en la causa seguida por Miguel Azcuénaga contra Vicente Costa. Y en posteriores composiciones —de 1846, 1847 y 1848— aparecen citas de otros

F.D.y C.S. BIBLIOTECA

insignes juristas extranjeros como Pothier, Merlin, Le Clercq, Troplong, Chardon y Savigny. Ello revela su sólida preparación científica y pone en evidencia que, posiblemente, fue el primero en utilizar en nuestro medio el método comparativo con otras legislaciones y sistemas. Pero no debe pensarse que en estas piezas omitiera referirse al derecho castellano e indiano; por el contrario, dedicó al derecho vigente amplias referencias de suma utilidad para la historiografía contemporánea.

Por su especial interés para el derecho privado deben destacarse dos escritos relativos a la locación-conducción, en causas donde se debatía la vigencia en el Río de la Plata del auto acordado del Consejo de Castilla para las casas de Madrid del 31 de julio de 1792. Además, en otros escritos se ocupó de la posesión de la herencia, de la filiación e investigación de la paternidad, de las nulidades, de las promesas de venta, del divorcio, de las obligaciones de letras, de la quiebra fraudulenta —la famosa defensa de don Faustino Lezica—, de las quitas y esperas y de las sociedades anónimas. En materia criminal, la publicación del informe presentado con motivo del homicidio imputado a José María Yañez, permite contar con un importante documento sobre el derecho penal de la época. Asimismo, se incluyen algunos dictámenes en materia de derecho canónico y de patronato, especialidad que dominó y de cuya trascendencia ya hiciera mención Abelardo Levaggi en "Dalmacio Vélez Sarsfield y el derecho eclesiástico".

Por último, merece destacarse la inclusión del prólogo que el codificador redactó para la edición argentina de 1866 de la obra de Jorge T. Curtis sobre la Historia de la Constitución de los Estados Unidos; esta pieza, considerada como una de las expresiones literarias mejor logradas de su autor, revela una faz aún poco estudiada de Vélez Sarsfield: su labor como constitucionalista. Puede señalarse que aquí demuestra una vez más su versación histórica sobre la evolución constitucional de la Unión, país que tanto admiró y al cual concibió como "nuestro perpetuo ejemplo en materia de libertades sociales e industriales".

Más allá de toda falsa retórica o del circunstancial discurso declamatorio, la publicación de esta obra constituye una expresiva demostración de gratitud hacia el codificador con un criterio positivo de aportar fuentes de consulta para eruditos, investigadores, docentes y estudiantes, en un legítimo afán de dar a conocer genuinas manifestaciones de la cultura jurídica nacional. Todo el material reunido ofrece múltiple interés, tanto del punto de vista de la historia, como del derecho.

En estos trabajos Vélez Sarsfield demuestra su sapiencia, su maestría, su técnica, su dialéctica y, por sobre todo, su recto sentido de la justicia. En ellos está presente el jurista en su quehacer cotidiano, en la lucha por el derecho, desde su bufete de abogado o desde su oficina de funcionario. En todos ellos prevalece un criterio laborioso, reflexivo, prudente, exento de toda fingida exaltación emocional. Reflejan el alma de un hombre lleno de inquietudes que no permitió abandonarse a la indiferencia "que corrompe, ni a la indolencia que enerva", como lo puntualizó Saldías. Porque en cada una de estas páginas se siente la presencia de un espíritu creador, quien, según Sarmiento, fue "acaso el más notable teólogo y jurista de su tiempo".

MARCELO URBANO SALERNO

DE MARCO, UGARTE, y otros. *Temas de Derecho Indiano*, Santa Fe, Ediciones Colmegna, S. A., 1970, 143 págs.

En este pequeño volumen se recogen las conferencias pronunciadas en un curso sobre Historia del Derecho Indiano organizado por el Instituto de Cultura Hispánica de Rosario en el año 1968. Con un prólogo del profesor Miguel Angel De Marco y una disertación introductoria del Presidente del Instituto, profesor Conrado Ugarte, las restantes conferencias estuvieron dedicadas a brindar, a un público no especializado, distintos enfoques del derecho indiano. En primer lugar el doctor Víctor Tau Anzoátegui aporta las reflexiones sobre metodología y las fuentes de estudio de esta disciplina, destacando principalmente que el mismo debe

hacerse con conocimiento de los métodos y fuentes histórico-jurídicas. El doctor Néstor Saguez, comenta las instituciones peninsulares, la situación de la monarquía española antes y después del descubrimiento, y su doctrina política, orientada sobre las tendencias de la Escuela Española del siglo XVI, y sus conceptos sobre el Estado, la soberanía, el poder político, etc.

Por su parte el doctor Eduardo Martiré encara la organización judicial, sus órganos y la legislación aplicable, sin descuidar la distribución que en todas las esferas del ejercicio ofrecen las magistraturas, ya que se consideraba más importante la rectitud de conciencia que el saber jurídico, de ahí su proliferación.

Hubo también una disertación sobre el Derecho Penal, cuya consideración tomó a su cargo el doctor Roberto Terán Lomas, quien analiza el conglomerado jurídico indiano como yuxtaposición de disposiciones de diferente origen, para luego considerar la práctica penal indiana.

La concepción del trabajo recibe su tratamiento por el ensayo del doctor Jorge E. Mare quien partiendo del régimen de trabajo obligatorio vigente en el sistema precolombino, y a través de las disposiciones indianas, da una visión de las principales normas que sobre la materia rigieron en América.

No podía concluir un panorama del derecho indiano sin hablar aunque más no fuera parcialmente de aspectos del derecho privado, y es el doctor Carlos Gianonne quien analiza las variantes y peculiaridades que tuvo el matrimonio en Indias, debido a las condiciones sociales existentes. Considero que el objetivo del Instituto de Cultura Hispánica de Rosario, se encuentra cumplido en cuanto se introduce al lector en el derecho y en la realidad indiana, a través de un conjunto de conferencias que sí revelan una natural heterogeneidad en la forma de encarar los temas, en las fuentes utilizadas y hasta la valoración de las mismas, en cambio, ofrecen de común la inquietud por un tema que no había sido abordado hasta entonces en un curso post-universitario en una ciudad del interior del país.

ANA MARÍA SAÑUDO

ARTURO ANDRÉS ROIG, *Los krausistas argentinos*, Ed. J. M. Cajica Jr. S.A. Puebla, México, 1969, 510 págs.

La presencia del krausismo en nuestro país, ha sido un fenómeno intelectual polifacético, y de importante acción social, hasta hoy poco indagado por nuestras letras. En el intento de realizar nna contribución en tal sentido, el profesor mendocino Arturo Andrés Roig incursiona en este campo de la historia de las ideas argentinas, mediante este ensayo, que por la atingencia que guarda, en muchas de sus partes con nuestra especialidad jurídica, nos hemos propuesto darlo a conocer mediante un compendio de cada uno de sus capítulos.

Esta investigación del pensamiento argentino de la última mitad del siglo pasado, y primeras décadas del presente, logra enumerar cada una de las corrientes principales del mismo con exactitud y rigor. La labor conduce al autor, a disentir de varias conclusiones corrientes de nuestra historiografía filosófica. Esta, cultivada en primer lugar por autores positivistas, incluyó en su seno, como antecedente primario, al vasto y difuso pensamiento romántico, que se enseñoreó durante todo el siglo pasado en el pensamiento nacional. Con este antecedente crítico se aclara la ubicación del pensamiento krausista. Significó un fenómeno generacional de 1850-1930, más que una escuela; fue un lineamiento de gran vocación nacional, situado entre las conflictuadas tendencias católica y "racionalista", que por su vitalidad y duración, ejerció contemporáneamente, el albaceazgo del romanticismo anterior.

La meritoria tesis doctoral de Julián Barraquero (1878), presentada por J. M. Estrada, es expuesta en la primera parte del capítulo 2º. *Espíritu y Práctica de la Ley Constitucional Argentina*, fue un impulso hacia la regeneración moral de la política nacional. Una interpretación de nuestra carta, que perduró como lugar común en la teoría y práctica jurídico-política. Intento doctrinal de proporción ecuménica y humanitaria, que postulaba que la constitución respondía al krausismo, y sus ideales. En la segunda parte es tratada la obra iusfilosófica de Wenceslao Esca-

F.D.y C.S. BIBLIOTECA

lante. La organización de la cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1884), desde la que difundió por un cuarto de siglo sus *Lecciones de Filosofía del Derecho* con esa orientación dominante, representó el gran momento de la asimilación del krausismo. Asimismo éste coincidió con los años de máximo esplendor de la filosofía positivista. El frondoso sistema de Escalante, en el que intenta superar el concepto de la filosofía del derecho, y de la historia, y el concepto del derecho de Ahrens, inmerso en la realidad nacional y bajo otros elementos de filosofía espiritualista europea, es desarrollado íntegramente. Rechazo básico de Spencer, y con él del positivismo jurídico; un intento de volver a los puntos de partida kantianos, para abrir nuevamente el camino de la metafísica. De las definiciones de derecho objetivo, y subjetivo; de las relaciones entre derecho y moral; y del derecho primordial de la personalidad, partían deductivamente, dentro del sistema, los otros derechos individuales de libertad, igualdad y propiedad. Este era un derecho natural e inalienable, en cuanto permitía el cumplimiento del destino humano individual. Se desnaturalizaba en la medida en que desaparecía esa legitimación. Había pues en el pensamiento de Escalante, una valoración social de la propiedad. Por su parte el Estado era concebido, con la función de intervenir preservando el derecho, sobre la base del acuerdo previo de los ciudadanos. Una formulación armónica con la del liberalismo, más allá del individualismo estrecho, y del estatismo; en la que salvados "los peligros que el individuo corría dentro del oscuro sistema de Krause", obtenía de la doctrina de este mismo, las exigencias de un "solidarismo" de base metafísica claramente delimitado.

La Polémica entre krausistas y positivistas tema del capítulo 5º, se centró específicamente, dentro del derecho penal, y de la filosofía jurídica, a través del ataque de W. Escalante al evolucionismo spenceriano, y el del eximio jurista Rodolfo Rivarola al racionalismo dogmático, de cuyo pensamiento aquí se informa. Ambas corrientes, enfrentadas en el primer momento, trataron más tarde de asimilarse mutuamente. Tal era el peso de la tradición espiritualista argentina. Este proceso condujo, a nuestro pensamiento jurídico filosófico, del racionalismo espiritualista y metafísico —partiendo de un segundo retorno a la filosofía kantiana—, al denominado "positivismo espiritualista". Nuevamente en estas páginas, una frondosa explicación, de los cursos históricos y de la evolución de nuestras ideas iusfilosóficas, a los que se accede con una sólida preparación, y rigurosa investigación.

El afianzamiento de la filosofía política de Carlos C. F. Krause en el Río de la Plata, destaca dos figuras señeras: la de Jorge Batlle y Ordoñez (1856-1928) en el Uruguay; y la de Hipólito Irigoyen (1852-1933) en nuestro país. El análisis de medio siglo de radicalismo, acaudillado por este último, permiten concluir que, a más de continuar por él "la escuela política del federalismo científico", del antiguo partido federal, que con su larga tradición doctrinaria militó en la oposición, a partir de 1853, la filosofía de base del enorme movimiento cívico popular, tiene su cimiento en Krause, Ahrens y Tiberghien. El trascendentalismo de esta filosofía confirman la fuerza del dogmatismo radical, espiritualista y creyente; al igual que el concepto de nación explica en buena medida el afianzamiento de esta filosofía foránea. Uno de los momentos más logrados, el del análisis de la concepción irigoyenista del partido político; el de la plataforma radical reducida al problema electoral; y el de las técnicas políticas partidarias, demuestra la justificación teórica krausiana. Este episodio krausista en la Argentina, cierra con él la postrer manifestación de la conciencia romántica nacional. Una interpretación del pensamiento y obra de Irigoyen poco tratada desde este escorzo específico: es decir incluido dentro de la historia de nuestro pensamiento político-filosófico exclusivamente; abre un amplísimo campo de comprensión del monumental movimiento político, a la vez que permite deducir la incidencia que habría tenido, en otras manifestaciones de la vida nacional, tales como la de la Reforma Universitaria de 1918 y en la política social y pedagógica de la época. Un lugar de significación dentro del ensayo.

El krausismo dejó profundas huellas,

a través de colegios normales y a partir de congresos pedagógicos, en las ideas argentinas sobre la educación popular. Destácanse la actuación de Pedro Scalabrini en la Escuela Normal de Paraná; de H. Irigoyen en el Colegio Normal de Bs. As., así como el experimento krausista de Carlos Norberto Vergara en Mercedes en 1887. Complétase esta parte del estudio, con una amplia exposición de la *Disertación sobre la Educación de la Voluntad* de W. Escalante, presentada al Congreso Pedagógico de 1882; la tesis de J. Barraquero *La Enseñanza de la Filosofía* para la enseñanza igualmente en la escuela secundaria; y con los *Estudios de la Filosofía* (1894) dedicados a la juventud escolar, de Carlos López Sánchez; todas éstas de inspiración krausista. En el cap. 6º, se concluye con los desarrollos finales y evolución posterior del krausismo. Cobra aquí importancia la vida y la obra del admirable educador mendocino Carlos Norberto Vergara (1857-1929). Alumno de Scalabrini en Paraná, y formado en la filosofía krausista, retornó a la misma, luego de una breve incursión en el pensamiento positivista, al cual accedió impulsado por su maestro. En su vida dedicada con típica pasión paranaense, a la organización de escuelas en las provincias argentinas, y a la elaboración de una inmensa obra pedagógica, puede observarse nuevamente ahora dentro del campo de la pedagogía la influencia profunda y perdurable hasta muy entrado el siglo, que esa filosofía, ha marcado dentro de un vasto fenómeno cultural, al que no se le concedió, ni se le concede hasta hoy, presencia histórica. Otro capítulo de singular interés para la evolución de las ideas pedagógicas.

Coméntanse en el cap. 7º la presencia del krausismo español en la Argentina, las relaciones, y las causas que entablaron estas últimas, entre los pensadores españoles y argentinos de la época. Así, la estada y obra de Adolfo Posada en nuestro país, y la visita de Rafael Altamira en 1909, como el arribo de los exilados españoles, último hecho importante y significativo dentro de las influencias del krausismo.

No debiéramos cerrar este comentario sin destacar la innegable tarea de investigación y estudio que *Los Krausistas Argentinos* aporta, la cual, sin perjuicio de las consideraciones a que diera mérito, se realiza dentro de una objetividad científica perceptible en todo momento, y hace del libro del profesor Roig una obra de tesis recomendable.

ALBERTO M. SIBILEAU

AUGUSTO BRUNA VARGAS, *Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, 75 págs.

La obra está dividida en tres partes: Legislación española, Legislación indiana y Legislación chilena. En la primera de ellas se ocupa el autor de señalar las normas que regularon el derecho de propiedad minero en las leyes españolas durante la Edad Media y durante la monarquía de los Austrias. En la segunda se ocupa de las Ordenanzas de Toledo; las normas contenidas en las Ordenanzas del Perú de 1681 y de las Ordenanzas de Huidobro. Todo un extenso capítulo está dedicado a las Ordenanzas de Nueva España. La última parte contiene la legislación chilena posterior a la independencia.

Se trata de una obra bien planeada y correctamente elaborada. Si bien se advierte cierto dogmatismo en las afirmaciones del autor, nos encontramos frente a un trabajo importante para la elaboración de la historia del Derecho Minero hispano-indiano, sobre el cual poco se ha trabajado hasta el presente.

E. M.

RICARDO GARRIDO JUAN, *La letra de cambio en el medioevo valenciano*. Prólogo de Manuel Broseta Pont, Valencia, Publicación del Servicio de Archivos, Bibliotecas y Museos Municipales de Valencia, 1971, 74 págs.

Según expresa el prologuista, los modernos estudios sobre los orígenes de la letra de cambio han venido a demostrar que "la letra surgió material y jurídicamente mediante la conjunción

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

o fusión de dos documentos esenciales: el *pagaré cambiario* y el *mandato de pago*. De ahí que en múltiples ocasiones, algunos autores pretendan configurar como verdadera letra de cambio lo que es un simple mandato de pago, o en otras ocasiones un mero pagaré, o incluso un documento intermedio al que faltan alguno o algunos de los requisitos que son esenciales a la letra de cambio''.

Es así que el autor analiza y valoriza con el auxilio de selecta bibliografía una letra de cambio que se conserva en el Archivo Municipal de Valencia, librada en 1371 ó 1376, y que se trataría para él de la más antigua que se conserva, pues las citadas por algunos tratadistas, como Goldsmiehdt (*Universalgeschichte des Handelrechts*, Stuttgart, 1891), por ejemplo, son en realidad meros pagarés domiciliados.

Para fundar sus conclusiones Garrido Juan se ocupa del cambio y sus instrumentos en las leyes y en la doctrina científica de la Edad Media, de los orígenes históricos de la letra, del panorama mercantil de Valencia en el siglo XIV, de sus primitivas letras de cambio, de su evolución, de los documentos similares y complementarios y del análisis de las letras medievales valencianas.

Si bien el trabajo, conforme evidencia el método aplicado, ha sido redactado por un jurista y no por un historiador del derecho, constituye para éste un interesante aporte al conocimiento de los orígenes y formación de la letra de cambio, realzado por la inclusión en el texto de varios documentos de los siglos XIV a XVII de los Archivos Municipales de Barcelona y Valencia.

J. C. G.

ROBERTO I. PEÑA, *Notas para un estudio del derecho canónico matrimonial indiano*. Cátedra de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, 1971, 28 págs.

Saludamos la aparición de este primer opúsculo de la colección ''Lecciones de Historia Jurídica'' que publica la cátedra de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Aunque son ya varias las publicaciones de historia jurídica que provienen de ese medio, la nueva colección significa la iniciación de otro esfuerzo que deseamos fructífero. Cabe recordar que se trata de la más antigua cátedra autónoma de historia jurídica en la Argentina, desde hace muchos años a cargo de los doctores Roberto I. Peña y Alfredo Velázquez Martínez. El doctor Peña tiene una larga trayectoria docente en la Universidad de Córdoba, tanto en la Facultad de Filosofía y Letras como en la de Derecho y Ciencias Sociales, avalada por una rigurosa especialización en temas de nuestra historia política y jurídica, de la que han dado muestras sus trabajos de investigación, desde el recordado libro sobre *El pensamiento político del Deán Funes* hasta sus actuales investigaciones en archivos cordobeses, que continúa, pese a su consagración a tareas de gobierno universitario, como Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Vicerrector de la Universidad.

Precisamente el trabajo que comentamos aborda aspectos de uno de los temas que desde hace varios años viene preocupando al doctor Peña, y es motivo de sus investigaciones. Dada la índole de esta publicación, no se reflejan en la misma estas investigaciones, limitándose el autor a señalar, de modo introductorio algunos caracteres del matrimonio canónico en Indias.

V. T. A.

MIGUEL ÁNGEL DE MARCO, *San Martín y la idea de justicia*, Facultad de Humanidades de Rosario, Centro de Investigaciones Históricas, Monografías y Ensayos, nº 8, 25 págs.

El autor, director del Centro de Investigaciones Históricas de la Facultad de Humanidades de Rosario ha compuesto este trabajo monográfico con el objeto de reflejar el concepto que sobre la idea de justicia tenía el general San Martín, idea que va a perdurar durante toda su vida pública y privada y fruto,

según De Marco, del origen y formación cristiana y española del Libertador, mencionando entre sus fuentes formativas al Código de las Siete Partidas, las Ordenanzas militares de Carlos III, como así también toda la tradición histórica, jurídica y literaria española.

CARLOS O. F. BIANCHI

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Origen bajomedieval de la patrimonialización y enajenación de oficios públicos en Castilla*, separata de *Actas del Ier. Symposium de Historia de la Administración*, I.E.A., Madrid, 1970, 37 págs.

El distinguido catedrático de Historia del Derecho Español de la Universidad de Salamanca, don Francisco Tomás y Valiente, se ocupa de mostrar la primera etapa histórica de la formación del "oficio" y del "oficial real" castellano, ubicada en la Baja Edad Media. Luego de recordar lo dicho sobre el particular por Max Weber se detiene el autor en las disposiciones de Partidas y encuentra en ellas, si no un sistema completo y exhaustivamente regulado, si "los principios y caracteres generales que informarán los oficios, el nombramiento de sus titulares, su esfera de competencia y su retribución". Los antecedentes de estos oficios y oficiales a sueldo del rey, dice Valiente, no deben ubicarse sólo en el aspecto administrativo de la organización eclesiástica, o la administración imperial de Roma, sino también en los llamados "feudos de Cámara", es decir señores feudales que en lugar de tierras habían recibido honores y una retribución fija en dinero. Sobre todo que en ambos casos (feudo y oficio) estaba presente por parte de la Corona el deseo de recompensar servicios o atraer voluntades. Distingue también el autor los oficios retribuidos directamente por la Hacienda Real y los mantenidos por los municipios o por los particulares que utilizaban sus servicios.

En otros casos la retribución representaba una parte de lo ingresado en la Real Hacienda. Durante años se vacila en la adopción de uno u otro sistema, predominando siempre el más fácilmente comerciable.

La investigación se centra en los oficios que podrían llamarse menores, es decir en aquellos que no eran en realidad, verdaderos cargos políticos, pues en esos casos "su recompensa mayor era la participación en el poder y la aceptación de las mercedes reales de todo tipo con que el monarca premiaba su lealtad". Encuentra en ellos el autor, que además de la retribución que percibían en virtud del oficio recibido, los oficiales también se beneficiaban de distintas maneras: Excepción de marchar a la guerra, eximición de pechar, retribuciones extraordinarias motivadas por acontecimientos de su vida privada (como el matrimonio), etc.

Los primeros antecedentes de la patrimonialización de oficios se encuentran en su carácter vitalicio; los oficios más importantes de la esfera municipal, los regidores, lo fueron y pronto se convirtieron en hereditarios por distintos expedientes. Así señala Valiente el caso del rey Juan II que facilitó la perpetuación de los oficios de regidores nombrando al mismo tiempo al padre y al hijo y el del pródigo Enrique IV que los concedió "por juro de heredad". En general la perpetuación se deslizó por las renuncias del titular a favor de su hijo o heredero, con una intervención casi mecánica de la Corona, que nada garantizaba.

Pero el más claro indicio de la concepción del oficio como integrante del patrimonio de su titular, dice el autor, surge de la facultad del oficial real de designar "escusador" o "sostituto". Es decir de la separación entre el titular del oficio y quien lo ejerce. Contra esta práctica, desastrosa para quienes debían valerse de los servicios del oficial, se alzaron permanentemente, aunque sin éxito, las Cortes castellanas. Pero era que la propia Corona mercaba con sus oficios, que entregaba como mercedes (estando sobreentendido que los ejercía otro y no el beneficiado) o bien vendiéndolos por precio al mejor postor, lo que venía a producir también otro fenómeno pernicioso: la acumulación de varios oficios en un solo personaje, quien tal vez no ejerciera ninguno de ellos, beneficiándose en cambio con la renta de cada oficio y con su arrenda-

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

miento a los que, o bien lo ejercían o bien volvían a cederlo por precio.

Fue en la segunda mitad del siglo XV cuando, en Castilla, se trató de poner remedio a estas vergonzosas transacciones mercantiles de oficios públicos mediante la "renuntiatio in favorem". Esta institución jurídica, conocida desde los tiempos de Juan II y Enrique IV, fue perfeccionada e impuesta por los Reyes Católicos. Se terminó así, dice Valiente, con el oficio público como simple instrumento de mercedes reales, y por supuesto, con los abusos de sus titulares y cesionarios, procurando que estas operaciones no escapasen al control real.

Con clara sistematización e inteligente utilización de fuentes documentales, Tomás y Valiente ha compuesto este interesantísimo trabajo en el que aborda uno de los temas de mayor interés para el mejor conocimiento de la estructura burocrática hispano-indiana.

E. M.

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN, *La práctica del comercio por intermediario en el tráfico con las Indias durante el siglo XVI*, separata de INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1970, 83 págs.

Sostiene el autor que el comercio con las Indias a través de intermediarios era económicamente más lucrativo por múltiples razones. Organizado desde Sevilla, un capitalista individual, o una compañía mercantil, podían colocar al mismo tiempo numerosas cargazones de mercaderías en diferentes puntos del Nuevo Mundo, sirviéndose para ello de terceros que las vendiesen y negociasen, y con las ganancias que se obtuvieran era, a su vez, posible continuar e incrementar el comercio. Incluso cuando el tráfico se mantenía en un solo puerto de las Indias, era más rentable disponer allí de un agente que se encargara de la venta y remitir las ganancias, puesto que en un espacio de tiempo no demasiado largo se le podían enviar sucesivas cargazones de mercancías. También lo era, en base al ahorro que suponía para el capitalista, servirse de un tercero que residía en las Indias, o que entonces emprendía el viaje, cuando al negocio que planteaba era una operación aislada. En otros casos el comercio por intermediarios era el único posible, ya que con frecuencia los comerciantes y los banqueros no podían ausentarse de sus almacenes u oficinas. Dicho comercio era practicado por los comerciantes extranjeros —franceses, holandeses, de Frankfurt, etc.— con América, los cuales, mediante intermediarios españoles, eludían la prohibición de negociar y vender sus mercancías en aquellos territorios.

El catedrático Martínez Gijón, que había abordado el tema en dos artículos sobre *La comenda*, analiza documentos inéditos del Archivo de Protocolos de Sevilla, y estudia los distintos medios que fueron utilizados para estructurar el comercio indirecto con Indias, exceptuando sólo los claramente asociativos. Así es que se ocupa de la encomienda y de la comisión, consignación o cuenta aparte y de los frecuentes contratos de factoría. "Otras veces los documentos prescinden de estas figuras específicas y utilizan otras más genéricas, que se refieren, en ocasiones, al título o poder que justifica la actuación comercial del tercero, o a las consecuencias que para éste se derivan de la relación jurídica estipulada, calificándose entonces el documento como obligación, aunque en realidad se trate de una obligación bilateral en cuanto implica deberes para las dos partes contratantes. No cabe duda de que el contrato de compañía mercantil, bajo la forma concreta de aportación de capital —por una de las partes, y de trabajo e industria por la otra, la más de las veces, o bajo cualquiera otra forma, siempre que uno de los compañeros se obligue a residir en las Indias y a realizar allí el comercio de la compañía, constituía un instrumento idóneo para solucionar las exigencias del comercio". Sin embargo, el contrato de sociedad, por la diferencia entre el estatuto jurídico del socio y el del agente intermediario, no es estudiado en esta oportunidad.

Luego de analizar los documentos, el autor los clasifica según que la relación se estipule para una sola operación comercial, caso de la comenda, o que se

suponga un tráfico continuo y permanente durante el tiempo previamente establecido, y que puede prorrogarse con el acuerdo de las partes, como en la factoría-servicio o en la factoría-compañía.

Se concluye precisando la naturaleza jurídica de las relaciones entre principal e intermediario, incluyéndose un extenso apéndice documental que permite al lector valorizar por cuenta propia lo expuesto con acierto por el autor, que presentó originariamente esta comunicación al Segundo Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Santiago de Chile en 1969.

J. C. G.

ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, Ed. Tecnos, 1971, t. I, 1-44 páginas.

El autor realiza un admirable esfuerzo en la síntesis y en el aprovechamiento de una vasta bibliografía española, italiana, francesa y alemana, que pone de relieve su preparación para abordar un tema que no es posible conocer sino después de haber investigado profundamente las instituciones históricas mercantiles y de haber resuelto las problemáticas que se presentan al estudioso que no se limita a la búsqueda de datos o a la reconstrucción aislada de las instituciones, sino que pretende conjugarlas en un todo con el resto del mundo jurídico pasado, comprendiendo en él las cuestiones sociales y económicas que condicionan su formación y evolución.

Bercovitz Rodríguez-Cano parte del concepto de que "el Derecho vigente no ha nacido de una forma esporádica, sino que, en general viene a constituir el resultado de una evolución larga. Es por ello imprescindible, para comprender adecuadamente la razón de ser del Derecho actual, conocer la evolución histórica de la que éste es el resultado".

Estas afirmaciones —agrega luego— son tan particularmente aplicables al Derecho mercantil, que el profesor español Joaquín Garrigues lo ha calificado de "categoría histórica". Conforme este punto de partida señala la ausencia de un derecho mercantil en Roma, idea generalizada en la doctrina, y su aparición en la Edad Media, ocupándose de las circunstancias socio-económicas y jurídicas que rodean su nacimiento. Reseña así la revitalización del comercio, a partir de los siglos X y XI, vinculada estrechamente al renacimiento de las ciudades; el papel de las corporaciones y los gremios; la iniciación de la cultura burguesa —"que supone en definitiva la aparición de una cultura laica frente a la cultura totalmente dominada por la Iglesia durante la Alta Edad Media"— y el surgimiento de ciertas formas de capitalismo ya en los siglos XIII y XIV.

Al considerar las circunstancias jurídicas, comienza por tratar el renacimiento jurídico y la pluralidad de ordenamientos, deteniéndose en la consideración del *ius commune* y el resurgimiento del Derecho romano y del *ius proprium* de las ciudades y corporaciones italianas.

Los parágrafos dedicados a la coexistencia de los diversos ordenamientos, referida principalmente a Italia, y a la evolución jurídica en Alemania, completan el panorama que le permite adentrarse en el análisis del origen del Derecho mercantil. Al referirse a la formación de este Derecho, el autor resume la aportación de la época al desarrollo posterior, consignando como elementos de interés la creación de tribunales especiales para conocer de los litigios entre comerciantes por causa de negocios mercantiles; la aparición de especialidades de Derecho sustantivo de índole estatutaria y consuetudinaria y a la aplicación de un criterio fundamentalmente subjetivo —condición de comerciante— para la sujeción a las especiales mercantiles, aun cuando los factores objetivos —realización de negocios mercantiles— van adquiriendo mayor importancia, a través de las ficciones, según las cuales se considera comerciante a quien realiza determinadas actuaciones. Esta mayor importancia de los factores objetos se acentúa con el aumento de las especialidades de Derecho sustantivo en materia comercial.

Bercovitz Rodríguez-Cano se ocupa también del derecho mercantil medieval

y del comercio interlocal, llamando la atención sobre las ferias, con sus tribunales especiales, los estatutos de las ciudades y las corporaciones, para subrayar que "el Derecho mercantil en sus orígenes medievales es un Derecho referido fundamentalmente al comercio interlocal, es el Derecho que aparece en los círculos de comerciantes dedicados al tráfico, podíamos decir, internacional".

En el último punto se busca encuadrar el Derecho mercantil medieval en la pluralidad de ordenamientos de la época, afirmándose que "en los países en que hubo recepción del Derecho romano constituyeron instrumentos jurídicos del capitalismo tanto el Derecho común en su calidad de tal, como el Derecho especial mercantil".

Recomendamos este trabajo a los juristas que se ocupan del derecho comercial positivo —careciendo a veces de una perspectiva histórica formativa— y a los historiadores del derecho que intenten iniciarse en el estudio de alguna institución mercantil. Su publicación constituye un apropiado homenaje al maestro Garrigues, que tanto se preocupa en sus cursos por los fundamentos históricos del Derecho mercantil que enseña, logrando resolver los interrogantes planteados con resultados altamente positivos.

J. C. G.

FRANCISCO T. VALIENTE, *Las fianzas en los derechos aragonés y castellano*, Recueils Jean Bodin, XXIX, tiré a part de *Suretes personnelles*, 1971.

En su perspectiva histórica, la obligación gira en torno de la responsabilidad personal y patrimonial del deudor. Tomás y Valiente, catedrático de nota en la celebérrima Universidad de Salamanca, se ha ocupado particularmente de arrojar luz sobre el tema en densos y prolijos estudios. En materia de responsabilidad con la persona merece recordarse su notable monografía intitulada "La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés" (publicada en el Anuario de Historia del Derecho Español), tomo XXX, págs. 249/489). El trabajo que comentamos, al cual califica con singular modestia de "esquema de las formas principales de fianzas y de las líneas generales de su evolución", sirve de complemento al citado ensayo, con el que guarda cierta unidad.

El autor reconstruye el negocio de garantía denominado "fianza" partiendo de su aplicación real y efectiva, y sin detenerse en meras abstracciones conceptuales. Para ello formula un análisis meticuloso de los fueros aragoneses y castellanos, e indaga acerca de su filiación germánica, siguiendo las huellas de Ernesto Mayer. Del mismo modo practica un examen minucioso de los textos legales del medioevo y de la edad moderna, suministrando datos y comentarios de indiscutible autoridad en un estilo llano y conciso.

Esta seguridad dada por una persona —fiador, "fideiussor" o "sobrelevador"— para garantizar el cumplimiento de obligaciones contraídas por terceros, es tratada en todas sus variadas manifestaciones: de "suo pede", de mandamiento, de saneamiento, "de salvo", procesal y "carcelera". Es interesante destacar que el autor, luego de referirse a la prenda privada, señala con énfasis cómo en ciertos fueros castellanos de principios del siglo XIII "comienza a admitirse la ejecución patrimonial forzosa de los bienes del deudor condenado en juicio". La tesis central que sustenta consiste en que tanto la prisión por deudas, como la fianza, tuvieron una función coactiva: forzar al deudor a pagar.

El presente ensayo sugiere nuevos rumbos y derroteros a emprender por la historiografía jurídica en materias que aún no han sido suficientemente exploradas como las que se refieren al amplio campo de las obligaciones y, en tal sentido, constituirá una sólida base de apoyo para ulteriores investigaciones científicas.

M. U. S.

ANTONIA HEREDIA HERRERA, *Apuntes para la Historia del Consulado de la Universidad de Cargadores a Indias, en Sevilla y en Cádiz*, en *Anuario de Estudios Americanos*, XXVII, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1970, pp. 219-279.

"A fines del siglo XV la ciudad de Sevilla experimenta un auge comercial que atrae a numerosos comerciantes extranjeros y peninsulares. El descubrimiento de América desplaza hacia ella una actividad mercantil que comparte con el puerto de Cádiz. El establecimiento en 1503 de la Casa de Contratación en Sevilla centra en esta ciudad el monopolio comercial con las Indias, frente a los deseos gaditanos y las aspiraciones de los mercaderes establecidos en Sevilla los mueve, en defensa de intereses propios que muchas veces no coincidían con los de la Corona, a tramitar la creación de un Consulado, otorgado por real provisión de 1543.

La autora se ocupa de la organización del Consulado hispalense, su local, las rivalidades entre Sevilla y Cádiz, el establecimiento del Consulado en esta última plaza, el archivo de estos cuerpos y de sus distintas actividades. Con respecto a sus funciones judiciales, señala que la institución constituida en tribunal entendía en primera instancia de los pleitos surgidos del trato y comercio, por ejemplo entre factores y cargadores; de los referentes a las compañías de aljameles; los relativos a ventas, compras, fletes de mercancías, seguros marítimos y quiebras de las compañías de comercio, y, por último, de los pleitos surgidos sobre problemas de jurisdicción y competencia del Consulado con otras instituciones que, generalmente, eran resueltos por autoridades u organismos superiores y cuya documentación es más fácil encontrar entre la de la Casa de la Contratación o la del Consejo de Indias en su sección de Justicia.

Trata luego, en forma sumaria y clara, del Consulado y los derechos en el tráfico indiano, la avería, el derecho de Balbas, el derecho de lonja, el de toneladas, el de infantes, el 1 % de Consulado, el de almacenado, el de diputación, cuartillo, trocadero, armamento o avería gruesa, avería moderna o 1/2 % moderno, subvención o 1 % moderno, reemplazo, fanal de tarifa, el subsidio industrial y los "propios" del Consulado.

Con mayor extensión estudia los corredores de lonja, en los que desde antiguo se depositaba la fe pública del comercio, y el cuerpo de aljameles o de cargadores del muelle del puerto o palanquinado (que tenían el oficio de la palanca para carga y descarga de mercaderías).

Heredia Herrera llama la atención de los especialistas hacia el Archivo del Consulado de la Universidad de Cargadores a Indias, señalando que "la ausencia de una obra sobre dicha institución se debe sin duda a que el archivo de la misma, hasta la fecha, no ha sido puesto al público para utilización directa de los investigadores. Aunque insistimos en que existe abundante documentación sobre dicha entidad en las secciones de Contratación, Contaduría e Indiferente General del Archivo General de Indias".

El hábil manejo de la bibliografía y de los fondos del A.G.I. confiere valor a este trabajo, que se destaca como aporte instrumental para el conocimiento profundo de la Universidad de Cargadores a las Indias, cuyos documentos forman hoy la Sección XII del A.G.I. o Sección de Consulados, en la que fuera archivera la autora.

J. C. G.

MATÍAS E. SUÁREZ, *Concepto regalista del Regio Patronato Indiano en Pedro Frasso y Antonio J. Ribadeneyra*. Buenos Aires, 1971, 48 págs. MATÍAS E. SUÁREZ, *El regalismo a través de los "recursos de fuerza" en España e Indias*. Buenos Aires, 1972, 36 págs.

Estos dos breves trabajos del mismo autor, cumplen con su presunta intención de divulgar el conocimiento de distintos aspectos del régimen político-eclesiástico implantado en América por la Corona castellana y supérstite, en gran medida, hasta años muy recientes. No se trata, obviamente, de obras de investigación —la simple mención de páginas los descarta, dada la vastedad de los temas abordados—, sino de pequeñas monografías, elaboradas sobre la base de una parte de la bibliografía existente —bibliografía cuya mención sirve para orientar al lector hacia obras de mayor aliento—, bien estructuradas, y que dan una información general sobre los asuntos de que tratan. En tal sentido, puede

señalarse su utilidad para quien, desconocedor del tema, desee hacer una primera aproximación al mismo.

La monografía dedicada al Regio Patronato Indiano está dividida en dos partes: la primera se ocupa del clásico libro de Frasso "Del Regio Patronato de las Indias", y la segunda, de la no menos clásica obra de Ribadeneyra y Barrientos, "Manual compendio del Regio Patronato Indiano". En ambos casos el autor parte de la ambientación histórica de las respectivas producciones, pasa a detallar las características atribuidas en las mismas al Patronato, y concluye con la exposición de la teoría del Vicariato Regio, más acentuada en Ribadeneyra que en Frasso.

A su vez el trabajo sobre los recursos de fuerza discurre por los siguientes tópicos: soberanía de la Iglesia, el recurso de fuerza, planteamiento del problema, desarrollo de las tendencias regalistas, y monarcas contra pontífices.

El criterio con el cual el autor ha encarado estos temas es, evidentemente, ortodoxo. Así, por ejemplo, cierra el primer opúsculo con la siguiente —atinada— consideración: "Como conclusión general, hemos de confesar que en esta tendencia regalista y doctrina vicarial de los dos autores no ha de considerarse pura exageración las alabanzas, otorgadas al celo y diligencia de los Soberanos españoles, sino que existió mucho de realidad como muy acertadamente ratifica Bayle: 'Gracias al Regio Patronato pudieron llenarse aquellas regiones, con un ritmo que hoy día causaría asombro, de iglesias, religiones y misioneros, de monasterios y doctrinas... Gracias a él, América logró no sólo una posición equiparada a la europea, sino que sus propios rectores —el episcopado indiano— fue en capacidad moralmente muy superior al del viejo mundo'. Lástima grande que ideologías extrañas al ser nacional español, no percibidas en su plenitud por regalistas y teóricos vicariales del Patronato Indiano, quebrantasen el celo regio, tergiversasen rectas intenciones y decisivos acontecimientos históricos del siglo XIX" (pág. 47).

En tanto que al ocuparse de "El regalismo a través de los recursos de fuerza" comenta los acontecimientos bajo la siguiente óptica: "aunque hay que reconocer que el Regalismo durante su primera fase, en tiempos de la dinastía austríaca creció y se robusteció en forma extraordinaria, no hubo en todo ello una intención declaradamente heterodoxa, como ocurriría luego, en tiempo de los Borbones. En favor de esta afirmación se podrían aducir una serie de causas de tipo más o menos general, como el entusiasmo cesarista de todos los jurisconsultos formados en las tradiciones del Imperio Romano y propugnadores de la llamada *Ley regia y derechos mayestáticos;* la común tendencia de la naturaleza humana a disfrutar de las exenciones y su aversión a toda reforma disciplinaria, aunque se tratase, incluso, de las que procedían de Trento: la indignación que producían en las personas iban cundiendo de día en día por la curia romana. Y toda esta serie de apreciaciones, que se mantuvieron en un plano de serenidad, mientras habitaron en las mentes de los juristas o intelectuales, tomaron pronto el carácter de motín y tumulto, cuando descendieron en el escalafón social y cultural; y lo que anteriormente había sido postura rígida, justificada de momento por situaciones meramente *de hecho*, pasó a considerarse como *de derecho*, y se dejaron así, estableciendo doctrinas de las que posteriormente brotarían un sin fin de perjuicios para la misma Iglesia española e indiana" (págs. 31-2).

Tras detenerse en el siglo XVII, en el que se multiplicaron los recursos de fuerza y en el que, con motivo de las disensiones entre el Papa Barberini (Urbano VIII) y el rey Felipe IV, surgieron en España "los más famosos regalistas prácticos, de la primera escuela, la austríaca", entre ellos Jerónimo de Ceballos, Pedro González de Salcedo y Juan de Solórzano Pereira, finaliza con el siguiente párrafo: "Y con esta herencia de privilegios reales, y con toda una literatura y una ciencia jurídica encauzada a defender los menores caprichos del Rey, llegamos al siglo XVIII, en que la tradicional Monarquía Católica Española, se verá substituída por otra mentalidad, la francesa, un tanto acomodaticia en materia de religión y sin demasiados escrúpulos en la elección de los ministros de la Corona. Este fue el planteamiento. El resultado, se podía prever. La Iglesia, atada de pies y manos al poder del Rey, y el Rey, representado desde entonces por personas cada vez menos escrupulosas, cada vez

menos reverentes de las cosas santas. Fue así como las Indias, en su aspecto civil y eclesiástico, se convirtieron en lo mejor y más granado del mundo hispánico'' (pág. 34). La conclusión, ''lo mejor y más granado'', no deja de parecer abrupta.

Los trabajos que comentamos aparecieron publicados en las revistas bonaerenses ''Archivum'' y ''Anales'' (de la Universidad del Salvador), números X y 5, respectivamente.

A. L.

Antonio Muro Orejón, *El Real y Supremo Consejo de las Indias*, en *Anuario de Estudios Americanos*, XXVII, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1970, pp. 195-218.

El autor parte de una cita de Solórzano Pereira en su *Política Indiana*, en la que afirma que la fundación del Real y Supremo Consejo de las Indias —independiente de otro cualquier organismo político-administrativo hispano— es la de primero de agosto de 1524 y sostiene esta fecha como cierta, discrepando al parecer con la dada por el licenciado León Pinelo de 1511.

La fuente histórico-jurídica en que se basa la eximia exposición de don Antonio Muro es un *Memorial* de 1639, que no había sido utilizado por León Pinelo, ni por Solórzano o en época contemporánea por Schäffer. El documento en cuestión, redactado por Luis Mexia de Ovando, que había sido alcalde mayor de la isla Española, se titula *Libro o Memorial práctico de las cosas memorables que han proveído los católicos Reyes de Castilla y León y Consejo Supremo y Real de Indias, para el gobierno político del Nuevo Mundo...*, y en su título tercero, el que nos interesa especialmente, comienza refiriendo *''Qué principios tuvo la institución del Consejo Supremo y Real de Indias. Con una lista de sus presidentes y consejeros que sirven''*.

En relación con el tema propuesto acerca de los antecedentes del Real y Supremo Consejo de Indias, de la Junta de Indias, y de la fundación del Consejo como institución independiente del similar organismo castellano y teniendo presente la documentación inserta y aludida, las noticias de los tratadistas y estudiosos y la coordinación de las fuentes, el autor deduce una serie de conclusiones entre las que se destacan dos, a saber:

''La Junta de Indias (1511-1523) no es sino una reunión de consejeros de Castilla, en ocasiones acompañados de otros consejeros, cuyos nombres varían con los años, y que están especializados en los negocios del Nuevo Mundo. Su principal —y no presidente— fue el obispo Fonseca. Estas reuniones toman distintos nombres, pero su cometido es siempre lo indiano. Al abreviar su larga denominación generan un título, ''Consejo de Indias'', cuando en verdad son miembros del *Consejo* (de Castilla que tratan de los asuntos) *de Indias.*''

''Como institución independiente del Consejo de Castilla, nace el Real y Supremo Consejo de las Indias el primero de agosto de 1524 y fue su presidente fray García de Loaísa.''

J. C. G.

Alberto de la Hera, *La Legislación del Siglo XVIII sobre el Patronato Indiano*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid, 1970.

Estudioso en general del derecho hispánico y en particular del regalismo borbónico, el autor nos presenta en veinticinco densas y fundadas páginas los principales tópicos relativos al Patronato indiano a la luz de la legislación dieciochesca, aunque sin perder de vista en ningún momento la realidad (''la praxis''), tendiendo siempre a lograr una interpretación más adecuada del instituto.

Analiza el Libro I del ''Nuevo Código'' elaborado en época de Carlos III por una Junta creada al efecto, destinado a reemplazar la Recopilación de 1680, y de él deduce que el Patronato indiano ocupa ''la clave de la legislación eclesiástica'', considerando que el propósito de dicha ubicación metodológica fuera quizá ''extender el Patronato más allá de los límites canónicos'', no

obstando a ello que, desde el ángulo doctrinario, apreciamos una evolución en el concepto de la institución que nos ocupa, acorde con los tiempos, desde la concepción del siglo XVI que admite que la Iglesia confía la jurisdicción disciplinaria a la Corona en materias canónicas mixtas, hasta la elaboración del siglo XVIII fundada en la idea de la regalía, como cualidad inherente a la soberanía real. Aunque concluye el autor español que tal idea jurídico-política hace al "Vicariato y a la Delegación Apostólica" y no al Patronato propiamente dicho.

Es decir, que para De la Hera existe una contradicción por un lado entre esta concepción regalista —aún en su aplicación restringida, como hemos visto— y el hecho de que ninguna ley considera al Patronato sino como "institución canónica", quizá porque el Nuevo Código, sea una pervivencia de la Recopilación y el peso de razones prácticas frente a la vacancia de sedes episcopales. Pues duda no cabe, a tenor de la exhaustiva exégesis que el autor hace, que mientras que en ciertas normas (Ley II del Tít. II del Nuevo Código) la fuente del Patronato lo es la conquista, la fundación de iglesias, en la misma disposición se menciona a la concesión papal, criterio similar y también incongruente a lo que leemos en la ley LXVIII y III del mismo título, en donde se menciona como justificación del instituto a la ley real, las concesiones y la "costumbre inmemorial". Contradicción que el autor resuelve pensando que debemos admitir el carácter de institución canónica de la que se ofrece una interpretación extensiva.

Institución canónica que resulta de desglosar las atribuciones comprendidas en el Patronato indiano según el Nuevo Código, siendo del caso plantearse el interrogante de si las normas que regulan aquélla significan un derecho particular, sea por su contenido como por su origen. Considera el autor con relación a este último aspecto que la pregunta admite tres respuestas: la del siglo XVII, según la cual al conceder el Papa el Patronato concedió la facultad de dictar leyes; la del siglo XVIII, según la cual las normas emanan del Rey en su carácter de Vicario; y la de los autores modernos, quienes admiten que resulta de una praxis regalista que se hace norma por la costumbre, tesis esta última que adopta el autor fundado en interesantísimas razones. Deja en pie el otro aspecto, es decir, averiguar si el Patronato indiano como institución canónica es o no un derecho particular por su contenido, interrogante que invita a resolver a futuros investigadores de este rico tema.

TULIO E. ORTIZ

JESÚS LALINDE ABADÍA, *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1970, 221 págs.

El vacío existente acerca de la historia de la Administración española ha empezado a ser llenado aceleradamente en los últimos años por la labor de un valioso grupo de historiadores que han atacado el problema desde distintas perspectivas. Entre ellos ocupa un destacado lugar el autor del trabajo que ahora comentamos que centra su atención en el funcionario público a través de un período que abarca desde la formación de los reinos hispánicos medievales hasta el siglo veinte. No pretende dar a conocer noticias peregrinas ni documentación inédita sino sistematizar referencias conocidas mediante el tratamiento de un conjunto de temas que "ofrecen entidad para el hombre de hoy y para el de todos los tiempos" ordenados según un criterio histórico jurídico.

Desde el momento en que es designado el funcionario nada escapa a la atención de Lalinde: criterios de selección, posesión del cargo, ascensos, permutas, incompatibilidades, permanencia, remuneración, privilegios, responsabilidad y otras muchas cuestiones son sucesivamente abordadas.

Parece innecesario subrayar la utilidad del volumen. Su carácter de vasto panorama elaborado por quien ha demostrado en anteriores trabajos dominar las grandes líneas de la evolución jurídica del pasado español, su bien trabada articulación en un completo elenco de problemas y la amplia bibliografía en que se apoya lo convierten en un magnífico punto de partida para futuros trabajos monográficos que intenten profundizar algunos de los aspectos aquí sintetizados.

JOSÉ JOAQUÍN REAL DÍAZ, *Estudio diplomático del documento indiano*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1970.

La reciente desaparición de J. J. Real Díaz, ocurrida cuando había alcanzado una plena madurez intelectual y se encontraba entregado a una labor que ya había dado excelentes resultados, priva al americanismo español de uno de sus más firmes y promisorios valores. Buen testimonio de la solidez de su formación y de su sentido de la responsabilidad es este *Estudio diplomático del documento indiano* que fue uno de sus últimos trabajos.

Delimitando el campo de su estudio el A., expresa que se ocupará exclusivamente del documento público indiano con exclusión del documento privado y del documento eclesiástico. Dado que el documento indiano no es sino una prolongación de anteriores formas castellanas. Real Díaz analiza cada faceta del problema insertándola en el marco medieval hispano para comentar luego las peculiaridades o características discernibles en lo americano. Una ejemplificación abundante y la inclusión de láminas apropiadas facilitan la comprensión de las afirmaciones a la vez que contribuyen a probarlas.

El historiador del derecho encontrará en el volumen varios aspectos de interés. Una descripción clara y minuciosa del nacimiento de las disposiciones reales en la que se presta especial atención a la consulta, a sus características, función, cláusulas y clasificación. Luego, la enunciación y estudio de las instituciones y funcionarios tanto metropolitanos como americanos que llevaron a cabo la *conscriptio* del documento indiano. Por último, los tipos diplomáticos indianos emanados de la autoridad soberana y de las autoridades indianas. Con toda la deseable precisión el A. describe las características diplomáticas de las Reales Provisiones, Ordenanzas, Reales Cédulas, Instrucciones y Cartas Reales, Reales Provisiones emanadas de Virreyes y Audiencias, Reales Ordenes, Mandamientos, Cartas Acordadas, Sentencias y Cartas.

En el último capítulo, que versa sobre la fecha y el sello, se plantean algunos problemas que pueden revestir gran importancia tales como el de la reforma gregoriana que se adoptó en distintos años según las provincias indianas y los dos diferentes estilos que coexistieron en el siglo XVI de contar la fecha a partir de la Circuncisión y a partir de la Navidad.

GUILLERMO FLORIS MARGADANT S., *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, 268 págs.

El doctor Margadant, profesor de Historia del Derecho Mexicano, ha compuesto esta obra destinada a sus estudiantes. El autor se ocupa de caracterizarla con estas palabras: "...para el futuro jurista es importante adquirir una cultura histórica especial en materia jurídica, y para facilitar el acceso a ella he tratado de escribir un libro de texto panorámico, no excesivamente detallado, de estilo ligero, y no sobrecargado de referencias bibliográficas". El objetivo buscado, confiesa Margadant, es "además de contribuir, quizás, con el presente libro, a la formación de una pequeña élite de futuros historiadores del derecho mexicano, y que aquí encontrarán una guía para sus primeros pasos en esta materia, espero que este texto tenga una influencia favorable en la formación cívica general de los miles de estudiantes que lo estudiarán sin tener la intención de especializarse más tarde en la investigación histórico-jurídica mexicana".

El plan de la obra se estructura en diez capítulos y un Epílogo. Abarcan los siguientes temas: El Derecho precortesiano, El Derecho hispánico, el Derecho de la fase virreinal, La transición hacia la Independencia, El santanismo, La realidad mexicana, económica y social, a mediados del siglo XIX, Los tres triunfos del liberalismo, El porfirismo, La Revolución mexicana, La fase posrevolucionaria.

Como su mismo autor lo indica, la obra procura auxiliar al estudiante en la preparación de estos temas histórico-jurídicos. Ha sido compuesta en estilo llano y ameno, y editada correctamente. Significa un esfuerzo importante en el

campo historiográfico y denota la seria preocupación del profesor Guillermo Floris Margadant por difundir, con lenguaje sencillo y sin preocupaciones eruditas —ajenas por otra parte a un libro de texto— el conocimiento de la Historia del Derecho Mexicano.

MARÍA INMACULADA RODRÍGUEZ FLORES, *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Universidad de Salamanca, 1971, 280 págs.

Esta obra constituye la tesis doctoral de la autora, presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, y fue dirigida por el catedrático de Historia del Derecho, profesor Francisco Tomás y Valiente.

La investigación se sitúa en la época que va desde la recepción del derecho romano justineaneo, en la Baja Edad Media, hasta el siglo XVIII, y aunque alcanza los umbrales de la Ilustración, en realidad ha sido expreso punto final de la investigación ese momento. Esta limitación cronológica le ha permitido a la autora caracterizar y estudiar el período "de una manera homogénea en cuanto a la legislación y a la práctica". Ello le ha inclinado a realizar su estudio "desde un punto de vista sistemático más que evolutivo". Aunque no puede hablarse de inmovilidad, la institución estudiada sufrió durante esos siglos "muy pocos cambios". Ello no impide que en diversas oportunidades, la autora establezca matices, especialmente entre los siglos XVI y XVII por una parte y el XVIII, por otra.

La regulación básica del perdón real se encuentra en las Partidas y en torno de lo que en la misma se establece se desenvolvió la literatura jurídica.

En el capítulo primero, luego de estudiar el concepto de perdón según las fuentes, y las clasificaciones de los perdones, se analiza su fundamentación legal y doctrinal. En el segundo capítulo, se aborda minuciosamente lo relativo a la petición del perdón, los delitos susceptibles o no de ser perdonados, los requisitos exigidos para su concesión, y la decisión sobre el perdón, que si era algo exclusivo y privativo del rey cabía la posibilidad de una delegación expresa en otros altos funcionarios, como el virrey, o en los señores. El último capítulo está dedicado a estudiar los efectos del perdón.

CARLOS OLGUÍN BAHAMONDE, *Instituciones políticas y administrativas de Chiloé en el siglo XVIII*, prólogo de Alamiro de Ávila Martel, Santiago de Chile, 1971, 143 págs.

Es éste el primer volumen de una serie titulada "Estudios de derecho indiano", que proyecta continuar el Seminario de Historia y Filosofía del Derecho de la Universidad de Chile. El doctor Avila Martel anuncia en su prólogo que la obra es el resultado de una intensa investigación en las fuentes, continuada durante varios años, y que mereció la máxima clasificación al ser presentada como memoria de licenciado.

El libro se refiere a los sucesivos gobernantes que tuvo la isla de Chiloé a lo largo del siglo XVIII, con referencias a la actuación de cada uno; al sistema económico; a la estructura política; a la organización administrativa, y por último, al régimen al cual estuvieron sometidos los indígenas.

ARCHIVO HISTÓRICO DE LA PROVINCIA "DR. RICARDO LEVENE". *Catálogos de los documentos del Archivo. III. Índice de la Sala de Representantes de Buenos Aires 1821-1852*. La Plata, 1970, 211 págs.

El Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires que lleva el nombre de nuestro querido maestro Ricardo Levene, fundador de dicha institución y su director durante muchos años, acaba de distribuir en un volumen de 211 páginas el índice de documentos de la Sala de Representantes de la provincia de Buenos Aires durante el período comprendido entre 1821 y 1852. Esta importante publicación facilita a los investigadores de todo el país una tarea, que antes de ahora, debía hacerse en el pro-

pio local del Archivo, con los inconvenientes que ello representaba, sobre todo a quienes concurrían especialmente a la ciudad de La Plata para ese fin. Aunque no se trata de un índice detallado de toda la documentación, al menos es una guía valiosa para orientar la labor del estudioso, que encontrará así un complemento natural a las actas legislativas. El Director del Archivo, doctor Enrique M. Barba anuncia también la pronta aparición del segundo tomo que comprenderá el período posterior.

Será muy bien recibida por los historiadores del derecho, la noticia, de que ya se halla en prensa el primer volumen del *Catálogo del Archivo de la Real Audiencia y Cámara de Apelaciones de Buenos Aires*, repertorio documental de gran importancia, que aún no ha sido lo suficientemente trabajado con objetivos histórico-jurídicos. Esperamos que su pronta aparición sirva para difundir su rico contenido y estimular esas investigaciones.

Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Departamento de Historia, *Trabajos y Comunicaciones*, número 20, La Plata, 1970, 332 págs.

Entre los interesantes trabajos que integran la presente publicación hemos seleccionado los que, a nuestro juicio, revisten mayor importancia para la historia del derecho argentino.

Fernando Enrique Barba con su trabajo denominado: "Debate Parlamentario sobre el proyecto de la ley de Colegios Secundarios (1900)", revela una vez más sus condiciones para estudiar nuestro pasado más próximo.

Analiza el debate parlamentario del proyecto de ley de enseñanza que el entonces ministro, Osvaldo Magnasco, presentara a la Cámara de Diputados y por el que se transformaba, teniendo en cuenta las necesidades de las provincias, algunos colegios nacionales en escuelas prácticas de agricultura, industria y comercio.

Previamente traza un panorama de la realidad socio-económica de la época y analiza los factores que determinaron el empobrecimiento del interior y la desigualdad de condiciones en que se encontraban los obreros argentinos frente a la especialización que llegaba de Europa. Destaca también la grave situación que tuvo que soportar el tesoro nacional para sostener colegios nacionales cuyos crecidos gastos no se compensaban con la asistencia de alumnos. Barba observa que la visión del problema que se pretende solucionar con esta ley, es parcial, pues ésta sólo podía adaptarse a algunas regiones del litoral donde se desarrollaba la industria, pues era allí donde el egresado podría aplicar sus conocimientos porque existían fuentes de trabajo y no en lugares donde no había industria o donde la agricultura no prosperaba. También critica el punto de vista de la oposición, que llegó a sostener exageradamente que el gobierno buscaba por este medio la destrucción de la cultura del interior.

Luego formula una síntesis del debate propiamente dicho, donde destaca la capacidad oratoria y la seria ilustración de Magnasco, Alejandro Carbó, Juan Balestra y Joaquín Castellanos. Contribuye de esta manera a poner en relieve los conceptos que han estado en pugna siempre que se ha tratado de fijar la función de la enseñanza secundaria y hacer conocer una brillante página de nuestra historia parlamentaria.

Palmira S. Bollo Cabríos, es autora de: "Prolegómenos de la ley de nacionalidad y del reconocimiento de la independencia argentina por España". Se analiza en este trabajo, a la luz de una seria investigación realizada en archivos y repositorios argentinos y extranjeros, los antecedentes, contenido y proyección histórica del sistema de la ciudadanía natural consagrado en nuestra constitución.

La autora comienza por señalar las causas que precipitaron el derrumbe del imperio español, la ceguera de los legitimistas aferrados a un sistema que se encontraba en franca liquidación, la aparición de factores condicionantes de nuevos sistemas precursores de la doctrina Monroe y el manifiesto interés de Inglaterra para que se verificase el reconocimiento de la independencia de los nuevos países surgidos en América. Frente a este panorama halagüeño para el reconocimiento de la independencia se alzaba la posición intransigente de España que pretendía que los españoles residentes en América conservaran su nacional-

F. D. y C. S. BIBLIOTECA

lidad, como también sus hijos, oponiendo de esta manera, un serio obstáculo a dicho reconocimiento.

Analiza la autora los peligros que entraña el aceptar la tesis española que habría convertido el suelo de América en un territorio compuesto en su totalidad de extranjeros que controlarían la industria, el comercio y la propiedad. Luego, con el apoyo de una abundante bibliografía, estudia la cantidad de conflictos que suscita tal posición sobre la masa inmigratoria, que no acataba las leyes, pretendía un tratamiento de privilegio y podía reclamar protección diplomática.

Después de evocar la reacción que el problema produjo en la prensa de la época y cuales fueron las opinones más representativas como asimismo los fundamentos jurídicos y en los intereses que iban a determinar la adopción del principio del ''ius soli'', la autora destaca que el conflicto estaba ''centrado en el Tratado firmado por Alberdi por la Confederación y el gobierno español'' sobre el problema de la nacionalidad y que Buenos Aires lo había rechazado por considerar que lesionaba los derechos de la Nación recientemente unificada''.

En la parte final de este interesante trabajo, la autora determina la medida en que la violencia de la ola inmigratoria y la incorporación del Estado de Buenos Aires a la Confederación, influyeron en la terminación de este conflicto, que finaliza en 1864, cuando España reconoce la Independencia de nuestro país y se sanciona la ley relativa a la nacionalidad de los hijos españoles nacidos en América.

El trabajo de Lía E. M. Sanucci, denominado: ''En torno de la primera constitución de Buenos Aires, 1852-1854'', representa una valiosa contribución para nuestra historia constitucional. Se señala la inquietud de la provincia de Buenos Aires por alcanzar la organización constitucional. Para ello trata con acierto un bosquejo del clima de convulsión que se vivía en ese momento y dentro del cual se perfilan las dos tendencias políticas en pugna, la provincialista y la nacionalista. Unos deseaban la constitución por razones partidarias, otros consideraban que no era éste el momento oportuno, pues sobre los intereses locales se alzaba el interés nacional de alcanzar la definitiva organización.

Evoca, con la ayuda de abundante documentación, la lucha periodística desatada por cada uno de los partidos y destaca la intervención siempre brillante de Dalmacio Vélez Sarsfield cuando se opone a que se dicte una constitución permanente para la provincia porque no existe una nacional y advierte que esto se opone a la organización de la Nación, pues cada provincia podría imponer al Congreso Nacional, su tipo de poder provincial.

Luego la autora se ocupa del triunfo de la posición oficialista cuando logra que la legislatura ''en uso de la soberanía ordinaria y extraordinaria'' nombre una comisión especial para hacer el proyecto de constitución y destaca con acierto que ''los representantes con mandato sólo legislativo se transforman en constituyentes sin previa consulta al pueblo''. Aquí recuerda la crítica del periódico ''Nacional Argentino'' cuando expresa que ésa era la manera de legalizar el aislamiento de Buenos Aires para mantener el papel de dominadora, y califica el proyecto de constitución de partido.

Después de recordar la polémica que el tema suscitó entre Mitre y Alsina, Lía E. M. Sanucci comenta la discusión de algunos de los artículos del proyecto, que por su alcance trascendente fueron motivo de agitado debate y de críticas certeras por parte, entre otros, de Mitre y Alberdi, en especial los que trataban de la soberanía, la ciudadanía y del requisito exigido a los candidatos a gobernador de ser natural de la provincia.

Finalmente, la autora de este trabajo de indiscutible mérito, señala con razón que la constitución es ''producto de una situación revolucionaria y de lucha contra lo nacional'' que ''busca proteger a la Provincia contra el partido de Urquiza, por lo que su fin es afianzar el orden interno y externo sin ajustarse estrictamente a las normas jurídicas''.

RAMONA LIDIA MEZA GIMÉNEZ

JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Estado e industria (1810-1862)*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1969, 193 págs.

Resulta realmente elocuente de su rara calidad que en un volumen de casi doscientas páginas pueda haberse resumido, con verdadera maestría y en base casi exclusiva a aportes documentales, el panorama de la industria nacional en el período que se abre con la Revolución de Mayo y se cierra en Pavón. Dejemos hablar al autor: "Hemos procurado también que el panorama resultante no sea unilateral sino que refleje la variedad de tendencias ideológicas y la diversidad de intereses que matizaron la época elegida; que se oiga la voz del productor, del periodista y del político; que exponga su parecer tanto el artesano criollo que se siente agobiado por los competidores de afuera como el operario extranjero que vive soñando con las soluciones que vio practicar en su tierra de origen." En efecto, a través de diversos documentos, la mayor parte de ellos inéditos, se han trazado las vicisitudes del proceso industrial de esos años. Cada documento va precedido de una breve explicación que lo hace intelegible y lo engarza en el proceso total.

La obra abraza tanto el terreno de la Historia Económica y Social como el de la Jurídica (campos de por sí estrechamente vinculados) y —por supuesto— traduce las influencias ideológicas del momento. La legislación aduanera, con todos sus multiplicadores efectos y la carga de intereses e ideologías que, si es común a todo el proceso, se advierte con mayor claridad en esta rama del mismo, ocupan primordialmente al autor. También se reflejan los problemas de los gremios, con sus intentos de reforma o revitalización; la necesidad de capitales y los préstamos usurarios; las medidas de propangada destinadas a promover la incipiente industria nacional; los intentos proteccionistas y sus derivaciones. Si bien casi todos los documentos resultan útiles al historiador del Derecho, hay algunos especialmente interesantes, como los vinculados con los aranceles aduaneros, o con la existencia de gremios y la posibilidad de ejercer jurisdicción (con un interesante dictamen de Dalmacio Vélez Sarsfield), o bien con el crédito y la banca.

Una vez más el erudito historiador del Derecho y de la economía Mariluz Urquijo da muestras de su profunda versación y de su infatigable espíritu de investigador. Cualidades que se advierten a cada paso en la selección y presentación de una documentación de inestimable valor.

E. M.

INDICE

140
135
035/2/17
15.

Presentación 13

INVESTIGACIONES

ABELARDO LEVAGGI, *La pena de muerte en el derecho argentino precodificado. Un capítulo de la historia de las ideas penales* 17

JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *La comunidad de montes y pastos en el derecho indiano* 93

ALICIA GABBI DE PADÍN, MARTA DUDA DE DE ROSAS, CARMEN MAÑAS DE RUIZ, ANÍBAL MARIO ROMANO. Bajo la dirección de MARGARITA HUALDE DE PÉREZ GUILHOU y DARDO PÉREZ GUILHOU, *Constitución y revolución en Mendoza (1889-1910)* ... 123

RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *El concepto y las divisiones del Derecho: de Cicerón a Santo Tomás* 135

RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *El oficio de gobernador en el derecho indiano* 171

Reunión de estudio sobre la vigencia y aplicación de la Novísima Recopilación española de 1805 en el Río de la Plata 239

NOTAS

WALTER JAKOB, *Sumario de las ordenanzas mineras del Perú* 273

ABELARDO LEVAGGI, *El régimen civil del menor en la historia del derecho argentino* 289

JUAN T. BATTINI VIDAL, *La forma de Estado y el punto de vista provinciano. (A propósito de Vélez Sarsfield, constituyente por San Luis)* 319

DOCUMENTOS

MARÍA HAYDÉE MARTÍN, *Un proyecto de ley sobre el divorcio y las separaciones voluntarias de los matrimonios en 1824* 333

EDUARDO MARTIRÉ, *Las ordenanzas de minas del Conde de Nieva y los Comisarios (1561)* 341

F.D.y C.S. BIBLIOTECA

CRÓNICA

Fallecimiento del doctor Samuel W. Medrano 371
Profesores de Historia del Derecho Argentino 376
Ayudantes de Cátedra 376
Conferencias 376
Curso de Doctorado 377
Publicaciones 377

NOTICIAS

Tercer Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano 379
Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano 380

BIBLIOGRAFÍA

AMBROSIO ROMERO CARRANZA, ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA Y EDUARDO VENTURA FLORES PIRÁN, *Historia política de la Argentina*. (Ricardo Zorraquín Becú) 383
REMEDIOS CONTRERAS Y CARMEN CORTÉS, *Catálogo de la Colección Mata Linares*. (José M. Mariluz Urquijo) 384
MARÍA DEL CARMEN CARLÉ. *Del Concejo Medieval Castellano-Leonés*. (Nelly R. Porro) 385
VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Esquema histórico del derecho sucesorio. Del medievo castellano al siglo XIX*. (R.Z.B.) 388
Actas del I Symposium de Historia de la Administración (J.M.M.U) 389
CARLOS ALBERTO FLORIA Y CÉSAR A. GARCÍA BELSUNCE, *Historia de los argentinos*. (R.Z.B.) 390
ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del Derecho Canónico. I. El primer Milenio* (Abelardo Levaggi) 391
ENRIQUE DÍAZ ARAUJO, *Consideraciones sobre Vélez Sarsfield y su obra*. (Víctor Tau Anzoátegui) 393
ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*. (Julio C. Guillamondegui) 395
JOHN HENRY MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*. (V.T.A.) 396
Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano. (Eduardo Martiré) 397

JORGE REINALDO A. VANOSSI, *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y su jurisprudencia.* (V.T.A.) 398

DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, *Escritos Jurídicos.* (Marcelo U. Salerno) 398

DE MARCO, UGARTE y otros, *Temas de Derecho Indiano.* (Ana María Sañudo) 399

ARTURO ANDRÉS ROIG, *Los krausistas argentinos.* (Alberto M. Sibileau) 400

AUGUSTO BRUNA VARGAS, *Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera.* (E.M.) 402

RICARDO GARRIDO JUAN, *La letra de cambio en el medioevo valenciano.* (J.C.G.) 402

ROBERTO I. PEÑA, *Notas para un estudio del derecho canónico matrimonial indiano,* (V.T.A.) 403

MIGUEL ANGEL DE MARCO, *San Martín y la idea de justicia.* (Carlos O. F. Bianchi) 403

FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *Origen bajomedieval de la patrimonialización y enajenación de oficios públicos en Castilla.* (E. M.) 404

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN, *La práctica del comercio por intermediario en el tráfico con las Indias durante el siglo XVI.* (J. C. G.) 405

ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Notas sobre el origen histórico del Derecho Mercantil.* (J.C.G.) 406

FRANCISCO T. VALIENTE, *Las fianzas en los derechos aragonés y castellano.* (M.U.S.) 407

ANTONIA HEREDIA HERRERA, *Apuntes para la historia del Consulado de la Universidad de Cargadores a Indias, en Sevilla y en Cádiz.* (J.C.G.) 407

MATÍAS E. SUÁREZ, *Concepto regalista del Regio Patronato Indiano en Pedro Frasso y Antonio J. Ribadeneyra; y El regalismo a través de los "recursos de fuerza" en España e Indias* (A.L.) 408

ANTONIO MURO OREJÓN, *El Real y Supremo Consejo de las Indias.* (J.C.G.) 410

ALBERTO DE LA HERA, *La legislación del siglo XVIII sobre el Patronato Indiano.* (Tulio E. Ortiz) 410

JESÚS LALINDE ABADÍA, *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española* 411

JOSÉ JOAQUÍN REAL DÍAZ, *Estudio diplomático del documento indiano* 412

FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

GUILLERMO FLORIS MARGADANT S., *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano* 412

MARÍA INMACULADA RODRÍGUEZ FLORES, *El perdón real en Castilla. (siglos XIII-XVIII)* 413

CARLOS OLGUÍN BAHAMONDE, *Instituciones políticas y administrativas de Chiloé en el siglo XVIII* 413

ARCHIVO HISTÓRICO DE LA PROVINCIA "DR. RICARDO LEVENE". *Catálogos de los documentos del Archivo. III. Indice de la Sala de Representantes de Buenos Aires, 1821-1852* 413

FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN, DEPARTAMENTO DE HISTORIA, *Trabajos y Comunicaciones*. N.° 20. (Ramona Lidia Meza Giménez) 414

JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Estado e Industria (1810-1862)* (E.M.) 415

NOTA

Toda la correspondencia debe ser dirigida a nombre del *Director del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Avenida Presidente Figueroa Alcorta 2263, BUENOS AIRES.