Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

RICARDO ZORRA QUÍN BECÚ

HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

Tomo I

PRIMERA EDICIÓN
SÉPTIMA REIMPRESIÓN

EDITORIAL PERROT
BUENOS AIRES

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Universidad de Buenos Aires
BIBLIOTECA
DE LA
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Signo topográfico
Número:
301211

HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

Tomo I

PRIMERA EDICIÓN
SEPTIMA REIMPRESIÓN

EDITORIAL PERROT
BUENOS AIRES

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

HISTORIA
DEL
DERECHO ARGENTINO

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ

HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

Tomo I

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

92049

PRIMERA EDICIÓN
SEPTIMA REIMPRESIÓN

92049

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BIBLIOTECA
BS. AIRES

EDITORIAL PERROT
BUENOS AIRES

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Todos los derechos reservados
© by Editorial EMILIO PERROT
Azcuénaga 1846 — 1128 - Buenos Aires — Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-520-057-9

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.
Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

IMPRESO EN ARGENTINA

INDICE

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

PRIMERA PARTE: INTRODUCCION

I. *La historia del derecho.*

1. Concepto de la historia 15
2. Los temas históricos 19
3. La historia del derecho 21
4. Las transformaciones históricas del derecho 25
5. Divisiones y método 27
6. Historia de la historiografía jurídica 29
7. La historia jurídica argentina 32

II. *El derecho en la antigüedad y en la edad media.*

8. El sistema romano 33
9. El pensamiento jurídico greco-romano 38
10. La romanización de España 41
11. El cristianismo 42
12. La España visigótica 44
13. El derecho musulmán en España 47
14. La reconquista española 48
15. El derecho canónico 61
16. La recepción del derecho romano justinianeo 53
17. La recepción en España 54
18. La doctrina escolástica 58

III. *Las instituciones castellanas.*

19. Las fuentes del derecho 63
20. Derechos natural, de gentes y civil 65
21. El imperio español 68
22. La monarquía 70
23. El origen y el ejercicio del poder 72
24. El gobierno del imperio 74
25. La iglesia 76
26. La organización social 79
27. La estructura económica 80

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

SEGUNDA PARTE: EL DERECHO INDIANO

IV. *Evolución histórica.*

28. El descubrimiento de América 87
29. El desarrollo de la conquista 89
30. La organización de las nuevas comunidades 92
31. Los indios encomendados 95
32. La evangelización de los indios 98
33. Los indios rebeldes 100
34. Los problemas internacionales 101
35. El virreinato del Río de la Plata 104

V. *Bases del Estado indiano.*

36. Constitución del Estado 109
37. Títulos a la dominación de las Indias 111
38. Territorio y población 114
39. La organización gubernativa 116
40. Los fines del Estado 119
41. Las funciones del Estado 120
42. Caracteres generales del gobierno indiano 121
43. El real patronato indiano 123
44. Organización de la Iglesia 124

VI. *Gobierno y administración.*

45. La organización política 127
46. Los gobernadores 131
47. El virreinato del Río de la Plata 133
48. Las intendencias 136
49. La organización judicial indiana 138
50. Las magistraturas en territorio argentino 141
51. Las audiencias 145
52. Los juicios de residencia 147
53. El procedimiento judicial 148
54. La real hacienda 149
55. Sistema rentístico 151
56. El sistema militar 153
57. La organización de los cabildos 155
58. Componentes del cabildo 157
59. Funciones e importancia de los cabildos 158
60. Los cabildos abiertos y los cabildos provinciales 160
61. La Iglesia en el territorio argentino 162

VII. *La estructura social.*

62. Elementos de población 165
63. Los indios encomendados 167
64. La evangelización de los naturales 170
65. Condición jurídica de los indios 173
66. Los indios infieles 174

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

67. La raza blanca 176
68. Las castas 179
69. Los negros 182
70. La familia 184
71. Derecho sucesorio 188

VIII. *El sistema económico.*

72. Panorama de la evolución económica de las Indias 191
73. La propiedad de las tierras y de las minas 194
74. La propiedad del ganado 196
75. El trabajo urbano y rural 198
76. La producción y la circulación de bienes 202
77. La moneda 204
78. El comercio exterior rioplatense 205
79. El comercio interior 208
80. El Consulado de Buenos Aires y el derecho mercantil 210

IX. *Las fuentes del derecho indiano.*

81. El sistema jurídico italiano 213
82. Las leyes sancionadas en España 216
83. Los proyectos de recopilación 219
84. La Recopilación de 1680 y su proyectada reforma 221
85. Las leyes sancionadas en las Indias 223
86. Caracteres del derecho indiano 226
87. La aplicación del derecho 228
88. El derecho consuetudinario y jurisprudencial indiano 230
89. Las costumbres indígenas 232

X. *La cultura jurídica.*

90. Influencias ideológicas en los orígenes del derecho indiano 235
91. Teólogos y juristas del siglo XVI 240
92. Los tratadistas de derecho indiano en el siglo XVII 243
93. El despotismo ilustrado y su influencia 247
94. Los juristas del siglo XVIII 250
95. La enseñanza del derecho 252
96. La abogacía 256

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Capítulo Primero

LA HISTORIA DEL DERECHO

1. *Concepto de la historia.* — El conocimiento del pasado ha interesado siempre a los hombres en proporción análoga a su adelanto cultural. El recuerdo de los hechos brillantes o heroicos que ocurrieron; la tendencia a exhibirlos como fuente de lecciones morales, políticas o estéticas; y la necesidad de investigar mejor los acontecimientos para comprenderlos y explicarlos, han dado origen, desde los tiempos de la antigua Grecia, a producciones literarias o eruditas que tenían y tienen un objetivo común: el saber qué hicieron y qué pensaron antes otros hombres que actuaban, como nosotros, integrando una organización social.

Pero la historia, tal como se la considera en la actualidad, no se limita a conocer el pasado: pretende y necesita también ordenar los hechos que se conocen, explicarlos, investigar sus motivos y sus fines, extraer de ellos ideas generales que permitan comprender un proceso o una época y, en última instancia, juzgar esos acontecimientos y esas épocas con arreglo a ciertos ideales.

Para realizar todos estos propósitos el historiador debe utilizar necesariamente un método expositivo, preferentemente escrito, el cual puede ser también valorado según sus cualidades artísticas.

La labor del historiador se desarrolla, por consiguiente, a través de tres etapas: la investigación, la ordenación de los hechos y documentos que le interesan, y la exposición, que es a la vez explicativa, sistemática y crítica.

El conocimiento de los hechos históricos se adquiere mediante la investigación de las fuentes (vestigios, documentos, escritos de toda índole) que reflejan lo que se hizo en el pasado. En la actualidad, el estudioso encuentra gran parte de su tarea ya preparada por otros que le han precedido o que han publicado documentos. Pero ello no exime de una investigación más profundizada, porque siempre pueden encontrarse nuevos datos. Por otra parte, debe también hacerse la crítica de esos documentos para determi-

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

nar en qué medida expresan la verdad de lo que ha ocurrido. Y por último, cuando las fuentes son muy abundantes o de importancia desigual, el historiador debe seleccionar las que más le interesan o las que contribuyen más adecuadamente a revelar los sucesos pretéritos.

La ordenación de los hechos es la segunda etapa de la tarea historiográfica. El conocimiento del pasado no aspira a reflejarlo en su totalidad (todo lo que ha hecho cada uno de los hombres que vivió en cada época), porque aparte de ser imposible reconstruir en esa forma la existencia pretérita, tampoco tendría mucha utilidad científica. El historiador elige los temas que le interesan —la evolución política, la religión, el arte, el derecho— y agrupa los datos que le parecen más característicos para ordenarlos, darles una estructura y construir con ellos el proceso que desea describir.

Hasta principios de este siglo se decía que era necesario ordenar los acontecimientos en series cronológicas, para mostrar así como unos son consecuencia de otros anteriores. Hoy se prefiere hablar de estructuras, es decir, de conjuntos de hechos vinculados entre sí, cuyas íntimas relaciones forman un proceso orgánico. La vida de una sociedad, en efecto, no se presenta al observador como una sucesión lineal de acontecimientos derivados los unos de los otros, sino como un complejo de acciones y reacciones colectivas que se producen simultáneamente en campos muy diversos —la política, la ciencia, el arte o la economía, por ejemplo— y que es preciso sistematizar para poder explicarlos.

El historiador se ocupa de lo que han hecho antes otros hombres. El hecho histórico es, en principio, un acontecimiento que ha tenido trascendencia, es decir, que ha gravitado hacia el futuro. Y será tanto más importante cuanto mayores hayan sido sus consecuencias. Pero desde otro punto de vista también pueden considerarse históricos los hechos individuales intrascendentes que por su número son característicos de una sociedad o forman un proceso, como la inmigración, el alcoholismo, el cultivo de la tierra o las actividades mercantiles de un pueblo.

La tercera y más importante función del historiador consiste en presentar los resultados de su investigación y sus propias reflexiones sobre el tema que ha estudiado. Esto comprende el relato o narración de los acontecimientos, el análisis de sus motivos y de los fines que sus autores se propusieron, para explicarlos mejor, y por último las consideraciones más generales que le sugiera el proceso, así como el juicio que surja de ese conjunto de hechos.

La historia no puede limitarse al simple relato o al comentario de los documentos. Necesita además investigar —con arreglo

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

a los datos recogidos— las razones o los motivos que produjeron tales sucesos, para lograr explicarlos cabalmente. Y además, como se trata casi siempre de actos humanos, cuales fueron los propósitos que sus autores tuvieron al realizarlos.

La metodología histórica que predominaba hasta hace poco tiempo se refería siempre a las causas de los acontecimientos. Aplicando a esta ciencia del hombre los sistemas de las ciencias naturales se creía que en todo hecho era posible descubrir una causa determinante. Esta hipótesis —que aún en las ciencias de la naturaleza es discutida en la actualidad— resulta menos aplicable a la acción humana que es esencialmente libre.

La psicología —individual o social— nos enseña, sin embargo, que los actos humanos aparecen muchas veces determinados por creencias, ideas, pasiones o intereses de toda índole, los cuales deben ser considerados los motivos de la acción. Y también nos enseña que los hombres y las colectividades actúan siempre persiguiendo un fin determinado. En sus actos concientes el ser humano obedece, por lo tanto, a ciertos impulsos elevados o egoístas, o bien se decide de acuerdo a consideraciones racionales; pero esa acción se realiza buscando una finalidad ulterior, pues de lo contrario no tendría razón de ser. El historiador debe investigar, por lo tanto, los motivos y los fines de los acontecimientos para explicar mejor el proceso que relata, pero siempre sobre la base de los datos que le proporcionan las fuentes accesibles.

De esta manera la historia se transforma en una obra intelectual. Ya no es suficiente la narración escueta, sino que es preciso que el historiador trate de pensar como sabe que pensaron los hombres del pasado. Lo sabe porque los acontecimientos importantes dejan muchas veces esos vestigios de pensamiento en los escritos contemporáneos. Esa reconstrucción de la psicología y de las mentalidades pretéritas ha de ser la mejor explicación de los hechos porque los muestra en su encadenamiento lógico. Y es al mismo tiempo la única científicamente aceptable. No faltan, sin embargo, quienes tratan de explicar el pasado de acuerdo con las ideas actuales, como si los hombres de entonces hubieran podido pensar de la misma manera que los de ahora. Es preciso descartar, como anacrónicas, esas construcciones aparentemente históricas que no se fundan en las fuentes conocidas.

De esas explicaciones puede el historiador elevarse a conceptos más generales que comprendan un conjunto de acontecimientos, señalar sus características, sus orientaciones y sus consecuencias, y exponer sobre ellos ideas que permitan realizar una construcción histórica. Así podrá contemplar, por ejemplo, la época de

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

la conquista, el sistema jurídico indiano o el período de la organización nacional, mostrando sus aspectos fundamentales.

Y por último el historiador puede formular juicios acerca de la época que ha estudiado. El juicio histórico tiene siempre una gran importancia. Cabe insistir aquí en que no debe fundarse en las ideas actuales, pretendiendo que los acontecimientos pretéritos se ajusten a los criterios contemporáneos. Eso sería anacrónico e injusto. Tampoco es correcto aplicar criterios parciales —políticos, sociales o económicos— para considerar en su conjunto una situación histórica determinada. Esta debe valorarse siempre investigando si produjo o no un perfeccionamiento de los hombres y los pueblos, es decir, si hubo o no un adelanto colectivo como consecuencia de las realizaciones que se analizan.

Los hombres y los pueblos tienden o aspiran naturalmente a su propio perfeccionamiento. Esta tendencia aparece a veces contrariada por situaciones históricas que originan procesos regresivos. El historiador debe preguntarse en que medida se han cumplido, en el pasado, los objetivos superiores que toda sociedad debe proponerse. Entre éstos mencionaremos el asegurar a todos su libertad y sus derechos naturales para que puedan realizar sus fines lícitos, el perfeccionamiento moral, el adelanto de la cultura en las ciencias y en la técnica, el aumento de los niveles de vida de toda la población mediante el progreso material, y el establecimiento de un orden social justo que contribuya a la obtención de todos esos fines. El juicio histórico, por lo tanto, debe analizar la realización de esos valores universales y convenientes, y no fundarse solo en ideologías transitorias o parciales.

En consecuencia la historia puede definirse como el conocimiento del pasado humano para explicarlo, ordenar sus variadas estructuras, discernir las razones de sus cambios y juzgarlo con arreglo a ideales superiores y, en lo posible, permanentes.

La historia es simultáneamente ciencia, filosofía y arte. La investigación, la crítica de los documentos y el relato auténtico de los sucesos son tareas que obligan a utilizar métodos científicos para alcanzar realmente la verdad objetiva. Sin embargo, se ha negado a la historia el carácter de ciencia porque solo se ocupa de acontecimientos singulares y que no se repiten, en tanto que las ciencias consideran fenómenos universales para descubrir sus leyes. Esto último es lo propio de las ciencias de la naturaleza. Pero hay también otras disciplinas que estudian al hombre en su actividad (sociología, psicología, economía) o que buscan las normas que deben regular su acción (moral, derecho), contemplándolo como un ser libre y por lo tanto no sometido a leyes necesarias. Lo mismo sucede con la historia. Y como se acepta el carácter científico de las disciplinas mencionadas, también debemos incluir entre ellas a la historia como ciencia del hombre —y más específicamente como ciencia social o de la cultura— porque todas brindan un conocimiento auténtico de realidades humanas y dan origen a estudios metódicos.

Desde otro punto de vista, la selección de las fuentes, la explicación de los hechos y el juicio histórico son tareas eminentemente subjetivas que derivan, en grado sumo, de la cultura y de las orientaciones del historiador, el cual utiliza su propia razón al valorar cada episodio o cada conjunto de hechos para atribuirles un sentido, para señalar su importancia o para ordenarlos en ciertas estructuras. El historiador construye así una obra intelectual que se eleva, por encima de los datos que le proporciona la ciencia, a las mayores alturas del pensamiento y de la reflexión razonada. De esta manera puede descubrir los principios fundamentales que han orientado la evolución de un pueblo y las razones más elevadas que la explican. Y así se llega a la filosofía de la historia, que abstrayendo inductivamente algunos objetos universales de los datos históricos, es "la aplicación final del conocimiento filosófico al desarrollo singular de los acóntecimientos humanos"[1].

Y como todo eso debe exponerlo discursivamente, la calidad artística de su obra constituye también un elemento que la integra y que le asigna, en definitiva, una categoría superior.

2. *Los temas históricos.* — La tarea del historiador no se concibe como un simple relato de lo que ha ocurrido. Al igual que las demás ciencias, la historia es una construcción intelectual de quien la cultiva, y es el espíritu humano el que impone un orden a los hechos, descubre sus conexiones, los jerarquiza y los integra en su íntima unidad. El historiador no trata de describir todo lo que ha ocurrido, sino de realizar un análisis actual de ciertos procesos o acontecimientos buscando las perspectivas que le ofrecen desde su propio escenario o el interés que tienen contemporáneamente.

Por eso es que el pasado es objeto constantemente de nuevas investigaciones y de nuevos estudios. El historiador, acuciado por sus propias inquietudes o por las tendencias sociales, busca en los hechos pretéritos la respuesta a esos interrogantes, y surgen así temas que antes no habían sido considerados. Esto no quiere decir que la historia en sí misma cambie; lo que cambia es la perspectiva con que cada autor analiza los hechos para extraer de ellos nuevas

1 JACQUES MARITAIN, *Filosofía de la historia*, 27. Buenos Aires, 1960.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

conclusiones. La formación mental o la cultura de cada historiador —influidas además por el medio social en que vive— lo impulsan a estudiar con preferencia los temas que responden a esas inclinaciones. Podría establecerse así un cierto paralelismo entre las tendencias de cada época y los temas que los historiadores han estudiado o el enfoque que les han dado respondiendo a las orientaciones contemporáneas.

En el pasado se hizo la historia de los héroes, de los personajes descollantes, de los episodios bélicos y de la evolución política. Estos eran los temas preferidos. Actualmente, sin abandonar esos estudios, han surgido otros que suscitan creciente interés: la historia de la religión, de la cultura, del arte, de las instituciones, de la economía y de la sociedad son los más importantes, y en las historias generales ya no puede prescindirse de la consideración de estos aspectos o procesos.

En lo que va de este siglo la historia ha adquirido, podríamos decir, una orientación acentuadamente social. Los pueblos se han convertido en el objeto principal de su estudio, para conocer como han vivido y cuales han sido sus realizaciones. La estructura social, las condiciones económicas, el derecho, el arte, la cultura y la vida religiosa permiten describir esa existencia colectiva en el pasado, mejor que estudiando simplemente su evolución política.

Este cambio o ampliación de los temas que interesan a los historiadores se explica fácilmente al advertir que los sujetos de la historia son los seres humanos que viven en sociedad. El hombre piensa y realiza, trata de alcanzar la verdad y de perfeccionar su existencia. Para ello rinde culto a la divinidad, se instruye y cultiva las ciencias y las artes, produce bienes y persigue su propio adelanto material. Estas actividades individuales, multiplicadas, forman la existencia colectiva, la cual crea además un orden jurídico para regularizar y eventualmente promover ese conjunto de obras, de conductas y de inteligencias.

Por consiguiente, lo que interesa fundamentalmente a la historia, en la actualidad, es esa evolución colectiva en sus múltiples aspectos culturales. No contempla a los hombres como seres biológicos ni como individuos ajenos a la sociedad, sino como entes espirituales que a lo largo de sus vidas crean, modifican o perfeccionan su propia cultura, es decir, el conjunto de nociones religiosas, científicas y técnicas en que se apoya su propia existencia, las ideas que los animan y las obras que ejecutan.

Esta diversidad de temas históricos —y sobre todo las especializaciones contemporáneas— permiten señalar la utilidad que reviste el estudio del pasado. Todas las ciencias del hombre se nutren de una experiencia pretérita que constituye el fundamento o el

Biblioteca del Giojá. UBA
Uso académico

punto de partida de los estudios actuales. Los filósofos, por ejemplo, deben conocer lo que han escrito quienes los precedieron, del mismo modo que los economistas no pueden dejar de estudiar las doctrinas y los hechos económicos anteriores. En consecuencia la historia no es simplemente un pasatiempo intelectual ni responde a una curiosidad por lo que ha ocurrido, sino que es el receptáculo de todo el proceso cultural de la humanidad y la ciencia que lo investiga, lo conserva y lo trasmite a las demás ciencias, brindándoles así los precedentes que ellas pueden utilizar. Y ello con la ventaja, además, de que la historia conoce también las consecuencias que tuvieron las ideas, las normas y los hechos del pasado, y puede entonces valorar sus aciertos y sus errores, señalando en que medida contribuyeron al perfeccionamiento humano.

3. *La historia del derecho.* — La historia contempla al hombre en su conducta social. Esta actividad aparece determinada por creencias, ideas, intereses o pasiones, pero también, en gran medida, regulada por normas religiosas, morales y jurídicas. El cumplimiento del deber y el respeto por el derecho orientan generalmente la conducta humana. Y por lo tanto el conocimiento de esas normas constituye uno de los sectores principales de la historiografía. No puede realizarse ningún estudio sobre la actividad del hombre, sobre todo en su vida de relación, sin conocer primero cuales son o han sido las normas éticas reguladoras de esa actividad. Incluso el arte, que puede parecer derivado de la inspiración del artista, surge en la historia como manifestación de las creencias y del sentido moral de cada época.

Pero los hombres no siempre respetan las normas vigentes. A veces pretenden también modificarlas, ya por medios legítimos, ya por la violencia. Esto es más evidente cuando se trata del derecho, que tiene una movilidad mayor que los demás sistemas normativos. La religión y la moral permanecen, aunque tengan una vitalidad cambiante según las épocas. El derecho, por el contrario, está en constante evolución, sobre todo en sus aspectos secundarios que no derivan de la ley natural, es decir, del contenido ético que guía y orienta a las instituciones. Los movimientos políticos, las tendencias sociales y los intereses económicos aspiran siempre a cambiar alguna estructura jurídica para satisfacer sus anhelos; y cuando las tensiones se hacen más agudas en la sociedad, aparecen las revoluciones destinadas a producir transformaciones fundamentales.

Ha surgido así —en tiempos relativamente modernos— una nueva disciplina destinada a investigar los sistemas jurídicos del pasado y su evolución respectiva. La historia del derecho se pro-

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

pone, en efecto, conocer las estructuras políticas, sociales y económicas que cada comunidad ha tenido en las distintas etapas de su existencia. Un estudio de esta índole requiere, para ser completo, analizar también las razones de sus cambios (fuentes materiales), la aparición de nuevas normas e instituciones (fuentes formales), el contenido jurídico de estas últimas, su vigencia y las consecuencias de su aplicación.

Las fuentes materiales del derecho son los factores que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas. Son las causas productoras del derecho, entre las cuales pueden mencionarse las creencias religiosas y morales, las ideas políticas y sociales, los intereses económicos y las circunstancias históricas.

Las fuentes formales son, en cambio, las costumbres, leyes y doctrinas que contienen normas o dan estructura a las instituciones. Estas fuentes y aquéllas son los antecedentes del derecho, que debe luego estudiarse como sistema, investigando también su aplicación, la cultura jurídica que lo ha inspirado y los resultados políticos, sociales o económicos que haya producido. De esta manera se mantiene la vinculación del derecho con todos los elementos de la vida social, dentro de la cual se inserta para regularla o para orientar sus inevitables transformaciones.

Esta ciencia, por lo tanto, es a la vez histórica y jurídica. En primer término realiza las mismas tareas de quienes estudian el pasado. La investigación permite conocer el derecho antiguo, que por cierto no se limita a las normas sancionadas sino que debe comprender también todo lo referente a la vida real de esas normas, a su acción sobre la sociedad y a las reacciones que eventualmente provocaron. Esos datos deben ser sometidos a una labor de crítica para averiguar su autenticidad, su importancia relativa y en qué medida reflejan una realidad jurídica. Sobre estas bases se construye la obra histórica, tendiente a describir el derecho pretérito.

Pero no basta, evidentemente, esa tarea de simple descripción. El historiador del derecho debe preocuparse, además, de explicar los cambios ocurridos, penetrar en la mentalidad de la época para percibir las razones de esos cambios, y en definitiva mostrar el porqué y el cómo de la evolución jurídica. Todo ello es función propia del historiador.

Pero además de describir el derecho y de explicar sus cambios, es necesario reconstruir el sistema, es decir, exhibirlo como una estructura, señalando las conexiones de sus diversos elementos, los vínculos que ligan a varias instituciones, su dependencia recíproca y la articulación de sus diferentes partes. Aquí aparece la tarea

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

propia del jurista, porque todo ello requiere la utilización de métodos y de conocimientos propios de la ciencia del derecho. Y de la misma manera se requieren estudios jurídicos —aunque sobre la base de los datos históricos— para analizar las doctrinas del pasado, la vigencia de las normas y los resultados de su aplicación.

Entre los cultores de esta disciplina, algunos acentúan sus aspectos históricos y otros afirman la necesidad de convertirla en una ciencia jurídica. Ricardo Levene, por ejemplo, decía que ella era parte integrante "del dilatado dominio de la Historia Universal y del campo más circunscripto de la Historia de la Civilización y de la Cultura"[2]. Alfonso García Gallo, por el contrario, sostiene que no debe tratar "de completar el panorama cultural de cada época, sino de profundizar en el conocimiento del derecho examinándolo en su dimensión histórica. Concebida de esta manera la Historia del Derecho es por su finalidad y contenido una ciencia jurídica que opera auxiliada por el método histórico"[3]. Esta discrepancia puede fácilmente superarse reconociendo —como lo hicimos anteriormente— la parte que corresponde a cada una de las disciplinas que necesariamente contribuyen al estudio del derecho pretérito.

No hay duda de que el conocimiento de los sistemas jurídicos antiguos es indispensable para comprender las formas de vida y las instituciones que han regulado la existencia de una sociedad en el pasado. Y asimismo el derecho es un índice de la cultura de un pueblo y condiciona el desarrollo de la civilización. En este sentido puede afirmarse que la historia jurídica es a la vez historia social e historia de la cultura, en cuanto complementa y facilita el estudio de estos aspectos de la evolución humana.

Pero si el análisis del derecho que ha regido en el pasado es indispensable para comprender la evolución social y la cultura de un pueblo, estas circunstancias accesorias no deben hacer perder de vista el objetivo fundamental de esta disciplina, que es eminentemente jurídico. Al colocar a la historia del derecho, exclusivamente, dentro de la órbita de la historia social o de la cultura, se la ubica en una posición secundaria y de sumisión a las normas, finalidades y métodos de estas ciencias. El resultado lógico de este criterio consiste en que se estudian preferentemente los cambios y la evolución del derecho (fuentes materiales y formales), sin penetrar en el contenido y en la estructura del sistema.

Conviene, por lo tanto, acentuar el enfoque jurídico al estu-

2 RICARDO LEVENE, *Manual de historia del derecho argentino*, 13. Buenos Aires, 1952 (hay ediciones posteriores de 1957 y 1962).

3 ALFONSO GARCÍA GALLO, *Manual de historia del derecho español*, I, 16. Madrid, 1959.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

diar los derechos antiguos, superando así una notoria deficiencia de esta disciplina, tal cual ha sido enfocada por la mayor parte de los autores. La circunstancia de que integra los planes de las Facultades de Derecho muestra claramente que está destinada a completar la formación de los abogados, jueces y juristas. En este sentido la historia aumenta y profundiza la cultura jurídica, en cuanto permite superar la contemplación estática de las normas vigentes para ofrecer un panorama completo de las doctrinas y de las realidades que han contribuido a su elaboración y a sus transformaciones.

Pero, además, la historia jurídica ayuda a corregir la visión dogmática de las normas y de las instituciones, mostrando las circunstancias políticas, sociales o económicas que las explican, las modifican o las condicionan en su aplicación. Los juristas trabajan con conceptos que vienen impuestos en las leyes o que ellos mismos elaboran, y utilizan preferentemente métodos lógicos que encierran al derecho en un formalismo totalmente ajeno a aquellas circunstancias. Con demasiada frecuencia, el jurista no contempla ni las causas ni los efectos de las disposiciones vigentes, las cuales se aplican muchas veces sin tener en cuenta su justicia o su conveniencia.

Esa es la posición del jurista dogmático, que acepta el derecho positivo en su integridad, sin preocuparse por valorarlo a la luz de otros conocimientos, ya filosóficos, ya económicos o sociales. Y sin embargo el derecho no es más que un medio destinado a regular la convivencia humana con justicia y con eficacia. Si se aparta de estos fines, de sus propios fines, el derecho pierde el rumbo que debe tener y se convierte en la expresión de una voluntad arbitraria que se acepta ciegamente. La influencia y el predominio del positivismo condujeron, sin embargo, a este resultado. Eliminada su fundamentación religiosa y moral, que al mismo tiempo señalaba sus fines necesarios, el derecho quedó convertido en un sistema que se basta a sí mismo, que no tiene que depender de otros conocimientos, que carece de otro objetivo que el de su aplicación lógica y formal, y que regula la conducta humana de acuerdo con la voluntad de las autoridades competentes.

Para corregir los defectos de la enseñanza positivista existen dos disciplinas que iluminan los campos ocultados por aquélla: la filosofía jusnaturalista y la historia del derecho. La primera estudia los fundamentos y los fines del orden jurídico, y permite juzgarlo con arreglo a ideales superiores. La segunda lo contempla en su dinamismo y en su evolución, mostrando como cambia en función de las circunstancias y como se adapta a las necesidades colectivas. Ambas disciplinas, aunque con enfoques y métodos muy

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

diversos, contribuyen a rectificar y ampliar el panorama limitado que da la simple contemplación de la ley vigente. La filosofía jusnaturalista supera el positivismo y el formalismo jurídicos; la historia, por su parte, prescinde de los conceptos dogmáticos para analizar al derecho tal como ha funcionado en la realidad social de cada época.

Esto último significa que los métodos de estudio no pueden ser los mismos en la ciencia del derecho y en su historia. Mientras el jurista —como ya lo señalamos— analiza normas e instituciones desde un punto de vista lógico, el historiador del derecho las percibe evolutivamente, investigando sus orígenes, sus cambios y sus estructuras pretéritas. La ciencia jurídica aspira a realizar la exégesis y la comparación de las normas, para llegar eventualmente a su encadenamiento racional y a las construcciones que las reúnen. La historia del derecho, en cambio, trata de conocer como ha sido un sistema en tiempos anteriores, pero no para hacer su exégesis, sino para saber como funcionó realmente, cuáles fueron sus transformaciones y de qué manera resolvió los problemas creados por la convivencia humana. La ciencia del derecho tiene como finalidad perfeccionar el sistema jurídico en su contenido y en su aplicación; la historia, que no mira al futuro sino al pasado, prescinde totalmente de esos problemas, pero brinda a la ciencia las experiencias que conoce.

La lógica jurídica no tiene aplicación en la historia. Ya no se procura construir un sistema coherente y sin lagunas, sino describir lo que ha sido derecho en épocas anteriores, con todos sus aciertos y sus errores. El historiador del derecho, por lo tanto, no debe tomar como base los conceptos e ideas actuales, sino que tiene que buscarlos en la realidad pretérita. La sistematización estructural del derecho antiguo no es factible imponiéndole y tratando de amoldarla a criterios contemporáneos: en cada momento histórico existen conceptos e ideas a veces muy distintos de los que hoy utilizamos, y son ellos los únicos que pueden servir para reconstruir orgánicamente el sistema. En otros términos, la labor del jurista historiador no parte de lo actual para señalar las diferencias características con lo que existió anteriormente, sino que comienza con lo antiguo para mostrar como se ha llegado a la realidad jurídica contemporánea.

4. *Las transformaciones históricas del derecho.* — Toda comunidad humana necesita un sistema de normas que regule la actividad de sus miembros e imponga sanciones a los transgresores. Por eso el derecho existe en todas las sociedades, puesto que res-

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

ponde a las exigencias o pretende corregir las debilidades de la naturaleza del hombre en su vida de relación.

Ese carácter del derecho permite distinguir en él una parte inmutable y otra que varía según las épocas. La primera es conocida en doctrina bajo el nombre de derecho natural, porque se ajusta a la naturaleza física y espiritual del hombre, a sus instintos y a sus apetencias como ser biológico y como ente racional. Para los escolásticos este derecho es impuesto por Dios a la conciencia humana, y es natural en cuanto creación divina adecuada a la esencia de la humanidad.

La otra parte del derecho, que suele llamarse positivo, o bien deriva de aquellas normas naturales, o bien resuelve problemas no previstos en ellas. Las circunstancias de cada época y de cada lugar obligan a veces a reformarlo para que responda a las necesidades, tendencias o ideales que predominan. Pero como se inserta sobre otra parte inmutable, las variaciones del derecho positivo son relativas, puesto que en definitiva tratan de resolver problemas similares que se presentan en todas las épocas.

El derecho, mediante el establecimiento de normas obligatorias y coactivamente exigibles, da una estructura a la sociedad y puede moldearla imponiéndole las reglas que le parecen justas o convenientes. La comunidad se somete a ese régimen y sus miembros ajustan su conducta a las disposiciones sancionadas por las autoridades. Pero cuando esas normas parecen inadecuadas a la realidad social, o contrarían sentimientos colectivos, se producen las reacciones tendientes a modificarlas. Todas las ideologías políticas, sociales o económicas aspiran a imponer nuevos ordenamientos jurídicos y determinan entonces los sucesos pacíficos o violentos que en definitiva los cambian. El derecho es así, sucesivamente, motivo y fin de los cambios históricos: motivo en cuanto crea una estructura que suscita discrepancias y oposiciones que luego cristalizan en episodios sociales; y fin porque estos movimientos colectivos tienden a transformarlo para regular de distinta manera la existencia común.

Hay, por lo tanto, una estrecha relación entre la historia y el derecho. Este se modifica y evoluciona a través del tiempo y es a la vez, en gran medida, una consecuencia de los cambios que ocurren en una sociedad, así como de las ideas que dominan el panorama cultural. La religión, la moral, los problemas económicos y las condiciones políticas influyen y determinan esos cambios. De modo que un sistema jurídico no puede nunca ser bien comprendido sino en función de esos antecedentes históricos que nos explican las razones de su evolución y el sentido de sus normas.

Las modificaciones del derecho son el resultado, o bien de una

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

evolución pacífica, o bien de revoluciones violentas. La primera es la obra de los legisladores, los gobernantes y los magistrados que actúan dentro del marco de su competencia sancionando nuevas leyes, decretos e interpretaciones. Cuando se utiliza la fuerza, en cambio, para alterar substancialmente el sistema jurídico o una parte importante de él, esta pretensión caracteriza a las verdaderas revoluciones fundadas en ideologías reformadoras y no sólo en la ambición del poder.

Pero aún en estos casos es fácil distinguir el movimiento político revolucionario y sus realizaciones jurídicas. Estas últimas no siempre coinciden con las aspiraciones de aquél, ni se producen de inmediato. La historia jurídica revela la continuidad del derecho, que no se transforma repentina y totalmente sino que se va modificando poco a poco, a medida que las nuevas ideas y necesidades encarnan en el espíritu colectivo.

Además, esos cambios sólo afectan a algunas instituciones. Las demás permanecen, manteniendo a veces normas cuya ascendencia puede rastrearse hasta épocas muy anteriores. El derecho civil —que es sin duda la parte más estable del sistema— conserva disposiciones que provienen de Roma. Y entre nosotros, a pesar de la movilidad característica de los tiempos actuales, la Constitución y algunas leyes importantes han sorteado a través de una centuria grandes visicitudes y profundas transformaciones sociales.

La trascendencia histórica del derecho es fácilmente perceptible. Un buen ordenamiento jurídico puede ser la base de la prosperidad y del adelanto de un pueblo, de la paz y de la justicia en sus relaciones públicas y privadas; mientras que un sistema jurídico inadecuado, deficiente o injusto puede y suele provocar las resistencias colectivas que conducen, en última instancia, a su desaparición por medio de la violencia.

5. *Divisiones y métodos.* — Como los cambios jurídicos vienen precedidos casi siempre por cambios ideológicos, políticos, sociales o económicos (que son llamados fuentes materiales del derecho), la historia de aquéllos no puede concebirse sin el análisis previo de esos antecedentes. Por eso Leibniz (*Nova methodus docendae dicendaeque jurisprudentia,* 1667) distinguió la *historia externa* y la *historia interna* del derecho. La primera debía abarcar todo lo que no fuera propiamente jurídico, es decir, el estudio de las fuentes materiales que preceden y provocan las transformaciones del derecho, o sea los motivos que han promovido su creación. Y la segunda comprendía el proceso subsiguiente, es decir la aparición de las nuevas normas a través de las fuentes formales

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

(leyes, costumbres, jurisprudencia, etc.), y el contenido institucional de estas últimas.

Esta distinción fue modificada, entre nosotros, por Ricardo Levene, que incorporó a la historia externa el estudio de las fuentes materiales y formales, dejando para la interna las instituciones [4].

La división, sin embargo, carece de importancia científica, y sólo puede tenerla desde el punto de vista didáctico o metodológico. Es inconveniente realizar un estudio separado de una y otra, porque ambas se complementan necesariamente. Limitándose a recordar solo la historia de las fuentes o la de las instituciones, el panorama de la evolución del derecho resultaría incompleto.

Más recientemente García Gallo, con el objeto de acentuar el contenido jurídico de la historia del derecho, sostuvo que ésta debía estudiar preferentemente las instituciones, dedicando solo una parte general destinada a exponer la evolución de los sistemas [5]. Habría que distinguir, entonces, una historia general del derecho y otra especial, que analizara separadamente cada una de las instituciones. En la actualidad predomina sin duda alguna la tendencia que prefiere hacer de la historia del derecho una disciplina intimamente vinculada a los estudios jurídicos, con el objeto de perfeccionar la formación de los abogados.

El estudio de las fuentes (materiales y formales) tiene sobre todo un interés histórico. Aspira a conocer como se han ido creando las normas, las causas de sus transformaciones y los modos de su elaboración. Pero no penetra en el análisis de su contenido que es, naturalmente, propio de la historia de las instituciones. Esta última se preocupa en especial por el aspecto normativo de aquellas fuentes formales, para señalar la evolución de los sistemas jurídicos y llegar así a explicar el derecho actual como un resultado de ese proceso. En esta forma la historia de las instituciones tiene un sentido predominantemente jurídico, interesa sobre todo al estudioso del derecho y debe ser tratada con el método que utilizan los juristas en sus estudios doctrinarios.

La tarea del historiador del derecho consiste en estudiar la evolución jurídica de una comunidad. Pero no sólo las leyes sancionadas o las doctrinas expuestas, sino también el sistema que ha

[4] RICARDO LEVENE, *Introducción a la historia del derecho indiano*, 29. Buenos Aires, 1924. Ver también su *Manual de Historia del Derecho Argentino*, 15, Buenos Aires, 1952, 1957 y 1962.

[5] ALFONSO GARCÍA GALLO, *Historia, derecho e historia del derecho*, en *Anuario de historia del derecho español*, XXIII, 5-36. Madrid, 1953. Ver mi comentario a ese artículo en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Nº 6, 151-154. Buenos Aires, 1954.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

imperado en la realidad. Al referir esa evolución el historiador advierte, en la inmensa generalidad de los casos, la continuidad de ella. Las transformaciones y los cambios rara vez ocurren bruscamente. Las mismas revoluciones, que son movimientos sociales que pretenden alterar substancialmente el ordenamiento jurídico, o bien vienen precedidas de cambios que las anticipan, o bien originan reformas que solo paulatinamente se incorporan al derecho realmente cumplido y acatado. El orden jurídico, como las costumbres de un pueblo, sólo se modifica con cierta lentitud.

Esta continuidad pone en evidencia los inconvenientes que existen en adoptar, al exponer la evolución del derecho, un método exclusivamente cronológico. Lo que interesa estudiar no es tanto la sucesión de leyes sancionadas, cuanto las formas de vida jurídica que ha tenido una comunidad a través del tiempo. Y para conocer estas últimas es preciso combinar el método cronológico con un *método sistemático,* dividiendo al pasado en períodos lo más amplios posibles, a fin de analizar dentro de cada uno las diversas instituciones fundamentales (organización política, régimen de la familia, estructura económica, etc.).

Pero no basta ese estudio sistemático, que sólo presentaría una visión incompleta del panorama jurídico. Es necesario también estudiar las razones de esos cambios, buscando los motivos que los determinaron y los fines que se propusieron sus autores, a fin de lograr una explicación cabal del proceso histórico. El derecho no siempre es la expresión de una simple voluntad —rey, presidente, congreso, etc.—, sino que en la mayor parte de los casos responde a necesidades permanentes del hombre o traduce necesidades colectivas.

6. *Historia de la historiografía jurídica.* — En la antigüedad y en la edad media aparecen esporádicamente algunas obras que procuran analizar el derecho pretérito. Entre ellas sobresale —porque fue la primera y por su perfección científica— la *Constitución de Atenas,* que Aristóteles escribió hacia el año 323 antes de Cristo, y en la cual estudia los sucesivos regímenes políticos de esa ciudad. Pero la historia jurídica, como disciplina autónoma con métodos y objetivos propios, constituye una ciencia relativamente moderna que sólo aparece a principios del siglo XIX.

Ello se debió, principalmente, a la escuela histórica del derecho surgida entonces en Alemania, que destacó a la vez el carácter evolutivo de los sistemas jurídicos y su significación en la vida nacional. Carlos Federico Eichhorn, discípulo de Gustavo Hugo, se consagró a estudiar las instituciones de su patria para estimular el espíritu de nacionalidad, y publicó entre 1808 y 1823 los

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

cuatro volúmenes de su *Historia del derecho y de las instituciones alemanas*. También Federico Carlos de Savigny, su amigo, el más brillante abanderado de la nueva escuela, publicó en 1815 su *Historia del derecho romano en la edad media*. Esos fueron los comienzos de una profundización en los estudios histórico-jurídicos, que cristalizó en obras de notable erudición, como la *Monumenta Germaniae Historica* o las del gran romanista Mommsen.

Bajo la influencia de esa corriente historicista se difunde en los demás países la tendencia a considerar al derecho como producto evolutivo de la vida nacional. Se va acentuando así el interés por conocer, en todas partes, los antecedentes del propio derecho, lo cual da origen a una pléyade de investigadores que son en su mayor parte profesores universitarios. Entre ellos pueden citarse, en Inglaterra, a Maitland; en Francia, a Fustel de Coulanges, Glasson y Esmein entre los del siglo pasado, y a Olivier-Martin y Lepointe; en Italia, a Salvioli, Besta y Calasso; en Portugal, a Paulo Merea; etc.

En España, fuera de algunos autores de menor significación, corresponde mencionar en primer término al sacerdote Francisco Martínez Marina, que publicó dos obras de gran resonancia: el *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla* (1808), y la *Teoría de las Cortes* (1813), fundados ambos en el estudio de las fuentes. De la misma época es la *Historia del derecho español* (1822-23) de Juan Sempere y Guarinos.

Pero fue don Eduardo de Hinojosa (1852-1919) quien introdujo en España la concepción historicista alemana e impuso el rigor metódico en las investigaciones. A él se le deben la *Historia general del derecho español* (de la cual solo se publicó el primer tomo en 1887), *Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria, y singularmente en el derecho penal, los filósofos y teólogos anteriores a nuestro siglo* (1890), y *Estudios de historia del derecho español* (1903).

Los discípulos de Hinojosa fundaron en 1924 el *Anuario de historia del derecho español*, que todavía sigue publicándose. Entre los contemporáneos que han estudiado o estudian ese sistema jurídico cabe mencionar especialmente a Rafael Altamira, Claudio Sánchez Albornoz, José López Ortiz, Alfonso García Gallo, Manuel López Torres, Galo Sánchez, etc.

El conocimiento del derecho indiano se debe inicialmente a la labor de Ricardo Levene. El gran maestro argentino dio a luz en 1924 su *Introducción a la historia del derecho indiano*, que fue el primer ensayo destinado a presentar un panorama sistemático de esa materia, y continuó siendo durante mucho tiempo la obra más

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

orgánica [6]. Estos estudios se difundieron y profundizaron luego en España y en América por obra de Rafael Altamira, José María Ots Capdequí, Juan Manzano Manzano, Alfonso García Gallo y otros muchos en la península; Clarence H. Haring y Lewis Hanke en los Estados Unidos; Silvio A. Zavala y Toribio Esquivel Obregón en Méjico; Jorge Basadre en el Perú; José Toribio Medina, Alamiro de Avila Martel y Mario Góngora en Chile; etc.

También a Ricardo Levene se le deben los primeros estudios orgánicos sobre la historia jurídica argentina, que comenzó en 1942 publicando su *Introducción a la historia del derecho patrio*, y concluyó poco antes de morir al aparecer el tomo XI de su monumental *Historia del derecho argentino* (1945-1958). Obras suyas fueron, asimismo, numerosas ediciones de documentos y estudios sobre nuestro pasado jurídico; y la fundación del Instituto de Historia del Derecho que desde 1937 funciona en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. El Instituto ha publicado —y sigue haciéndolo bajo la dirección del autor de esta obra— una *Revista* y varias Colecciones de obras y documentos.

Contemporáneamente otros investigadores se interesaban por distintos aspectos de nuestro pasado jurídico. Entre ellos debemos recordar a Enrique Ruiz-Guiñazú (*La magistratura indiana*, 1916), Faustino J. Legón (*Doctrina y ejercicio del patronato nacional*, 1920), Emilio Ravignani (*Historia constitucional de la República Argentina*, 1927), Abel Cháneton (*Historia de Vélez Sársfield*, 1937), y otros más recientes.

La difusión y jerarquía que alcanzan estos estudios entre nosotros ha hecho pensar, desde hace algún tiempo, en acentuar su enseñanza universitaria. Desde 1876, en que se inauguró la cátedra de Introducción General al Estudio del Derecho en la Facultad bonaerense, la historia de la legislación y del derecho formó parte de esa materia que sucesivamente enseñaron Juan José Montes de Oca, su hijo Manuel Augusto, Juan Agustín García, Carlos Octavio Bunge y Ricardo Levene hasta su muerte, ocurrida en 1959. Las otras cátedras que se crearon en la misma Facultad después de 1954, así como las que funcionan en las demás universidades nacionales, mantienen casi siempre en sus programas una parte histórica destinada a recordar los antecedentes jurídicos de nuestro país. Recientemente se ha dado mayor autonomía a esta materia en varias universidades. La Católica Argentina, que tiene Facultades de Derecho en Buenos Aires y Rosario, incluyó en su plan de estudios la Historia del Derecho Argentino (1958). Lo

6 Ha sido reeditada en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Obras de Ricardo Levene*, III. Buenos Aires, 1962.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

mismo han hecho las Universidades del Salvador y la Católica de Córdoba. Y últimamente la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, al sancionar en 1961 un nuevo régimen de estudios, resolvió crear la misma cátedra ubicándola en el quinto año de la carrera. Además, en la Universidad Nacional de Córdoba funciona desde hace años un Instituto de Historia del Derecho Argentino anexo a la cátedra correspondiente.

7. *La historia jurídica argentina.* — El estudio del derecho argentino debe comprender el de los sistemas que imperaron en nuestro territorio a partir de la conquista española. Lo anterior, o sea la vida y la cultura de los indígenas que habitaron el país, es materia de la prehistoria. Es esta disciplina la que debe investigar —con sus métodos y sus criterios propios— el derecho de esos pueblos primitivos que, entre nosotros, sólo tenían un grado rudimentario de civilización, no conocían la escritura, carecían de gobiernos organizados y en su mayoría eran nómades que apenas cultivaban la tierra.

El primer sistema jurídico digno de tal nombre fue, por consiguiente, el que introdujeron los españoles en el siglo XVI, perduró hasta la época de la emancipación y en ciertas ramas se mantuvo en vigencia hasta la segunda mitad del siglo XIX. Este sistema estaba compuesto por dos grandes grupos de normas: a) el *derecho indiano*, destinado a regular los problemas especiales que planteó el establecimiento de los españoles en el nuevo mundo (gobierno espiritual y temporal, condición de los indígenas, comercio y navegación, sistema financiero, etc.), y b) el *derecho castellano*, que regía a falta de aquellas normas especiales, y que era el sistema jurídico imperante simultáneamente en el reino de Castilla. En el primer grupo encontraron cabida y aceptación algunas costumbres indígenas, así como otras muchas que se fueron formando en América. El segundo sólo tenía, como ya dijimos, vigencia supletoria en el nuevo mundo, y se aplicaba principalmente en las materias civiles, comerciales, penales y procesales.

Un estudio orgánico de este doble sistema obliga a conocer previamente los antecedentes del derecho castellano: su formación y el origen de sus instituciones. Como estas últimas provienen, en muchos casos, de otros sistemas que sucesivamente lo influenciaron —el romano, el germánico, el musulmán y el canónico— es preciso también analizar la evolución general del derecho en la Europa occidental, puesto que el castellano es simultáneamente un producto de esas influencias exteriores y de las soluciones originales ideadas para resolver sus necesidades propias. Además, tanto el castellano como el indiano reflejan ideas fundamentales —religiosas, filosóficas y políticas— que también se fueron perfeccionando a través de los siglos.

Por lo tanto, un estudio del derecho que estuvo en vigencia en el territorio argentino a partir del siglo XVI debe comenzar por dar una idea general de esos antecedentes europeos (que presentamos en el capítulo II), y de la formación del sistema castellano (capítulo III), para penetrar luego en el análisis más circunstanciado del régimen jurídico indiano. Este método de estudio es algo distinto del que se utiliza en general y del que aparece en los programas de enseñanza, los cuales se limitan a investigar los orígenes del derecho en España olvidando las influencias universales. El que proponemos parece más adecuado, porque inserta el sistema jurídico dentro del marco ideológico e institucional que indudablemente le corresponde. Claro está que el estudio de todos esos antecedentes debe hacerse con criterio sintético, para dar solamente idea de la formación de ese derecho sin penetrar en sus soluciones de detalle, pues estas últimas —en la medida en que fueron aplicadas luego en nuestro territorio— serán objeto de análisis al recordar el régimen impuesto por España en las Indias.

Después de la revolución de 1810 las reglas especiales sancionadas para las Indias fueron perdiendo rápidamente vigencia, mientras subsistió hasta la sanción de los códigos (en la segunda mitad del siglo XIX) el derecho castellano. El sistema jurídico argentino se elabora cabalmente en la época de la organización nacional (1853-1880), en que fueron sancionadas las constituciones del Estado central y de las provincias, casi todos los códigos y la mayor parte de las leyes fundamentales que iban a presidir el desarrollo ulterior de nuestra patria. Ese derecho sólo sufre más tarde cambios parciales, que no alteran las grandes líneas de su arquitectura.

De esta síntesis deriva el plan del presente libro. La primera parte estará dedicada a los antecedentes europeos y locales que explican la formación del derecho castellano. La segunda y la tercera se destinan a analizar más detalladamente los dos sistemas que imperaron sucesivamente en nuestro país: el indiano —comprendiendo también el de Castilla de aplicación supletoria— y el argentino que se va elaborando a partir de 1810. En ambos casos habrá que recordar la evolución histórica, las fuentes del derecho, la organización política y administrativa, las condiciones sociales y la estructura económica, para rematar con el estudio de la cultura jurídica.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico
F.D. y C.S. BIBLIOTECA

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

BIBLIOGRAFIA

Sobre historia en general el libro más difundido es el de GUILLERMO BAUER, *Introducción al estudio de la historia*, trad. de LUIS G. DE VALDEAVELLANO, 2ª ed., Barcelona, 1952. Sobre los problemas que plantea el estudio del pasado, desde un punto de vista moderno, pueden consultarse: R. G. COLLINGWOOD, *Idea de la historia*, México, 1952; H. I. MARROU, *De la connaissance historique*, 4ème. éd., Paris (Editions du Seuil), 1959; y JOSÉ ANTONIO MARAVALL, *Teoría del saber histórico*, Madrid (Revista de Occidente), 1958.

La historia jurídica se encuentra tratada por ALFONSO GARCÍA GALLO, *Historia del derecho español*, I, 1-31, Madrid, 1943; y en su obra más reciente titulada *Manual de historia del derecho español*, I, 1-23, Madrid, 1959 (el tomo II, dedicado a reunir una *Analogía de Fuentes del Derecho Antiguo*, contiene también una extensa *Metodología histórico-jurídica*). Ver también RICARDO LEVENE, *Manual de historia del derecho argentino*, 3ª ed., 13-23, Buenos Aires, 1962.

La historia jurídica universal, y especialmente la hispano-americana, están expuestas en ALAMIRO DE AVILA MARTEL, *Curso de historia del derecho*, I, 51-89, Santiago de Chile, 1955. Otros datos en RICARDO LEVENE, *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del derecho patrio en la Argentina*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, nº 2, 78 y sig., Buenos Aires, 1950 (publicado también en la serie Conferencias y Comunicaciones, del mismo Instituto).

Sobre varios aspectos de este capítulo ver también: RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *El derecho en la historia argentina*, Buenos Aires, 1957 (reproducido en el *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, XXVII, Buenos Aires, 1957); íd., *En torno al revisionismo: el problema del juicio histórico*, en *Historia*, nº 2, 11-22, Buenos Aires, 1955; íd., *Ricardo Levene y la cátedra de Introducción al Derecho*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, nº 10 (dedicado a la memoria del doctor Levene), 49-59, Buenos Aires, 1959. En el mismo número de la *Revista* ver también JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Ricardo Levene y la historia del derecho*.

Un ensayo de bibliografía histórico-jurídica argentina y uruguaya será próximamente publicado en *Introduction bibliographique à l'Histoire du Droit et à l'Ethnologie Juridique* (publiée sous la direction de JOHN GILISSEN). Bruxelles, 1966, y en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº 17, Buenos Aires, 1966.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD Y EN LA EDAD MEDIA

8. *El sistema romano.* — El derecho español —que iba a imperar en nuestro territorio a partir del siglo XVI— fue el producto de múltiples influencias exteriores y de creaciones propias, cuyos orígenes deben buscarse en la filosofía griega y en el derecho romano. Mientras los pensadores griegos fueron los iniciadores de la especulación filosófica —y dentro de ella estudiaron los problemas morales vinculados con la conducta humana y las normas que deben regirla— los juristas de Roma elaboraron un sistema de derecho que en gran parte inspira todavía el desarrollo jurídico universal. Por eso debemos comenzar nuestro estudio recordando, aunque sea brevemente, esos remotos orígenes. El presente no puede comprenderse sin el conocimiento del pasado, el cual revive y perdura en las normas tradicionales y en las ideas de los filósofos y juristas.

En este capítulo procuraremos exponer los antecedentes europeos y españoles que forjaron el sistema peninsular. Paralelamente hemos de recordar también las doctrinas filosóficas, políticas y jurídicas que inspiraron ese desarrollo, para que se advierta su correspondiente fundamentación.

El primer régimen jurídico que debe ocuparnos —por su influencia universal y porque fue el punto de partida de todo o casi todo el derecho— es el de Roma. Hubo, naturalmente, otros derechos anteriores entre los demás pueblos de la antigüedad, pero el romano sobresale por su perfección científica y su carácter orgánico.

La historia de Roma comienza con la fundación algo legendaria de esa ciudad en el año 753 a. C. A la Monarquía primitiva sucedió bien pronto la República (509 a. C.), presidida por dos Cónsules que ejercían una magistratura anual. En esta época Roma se va destacando entre las demás naciones de la antigüedad; y al

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

vencer a los cartagineses a fines del siglo III a. C. se convierte en la primera potencia del Mediterráneo. Pero esta misma amplitud de su poder provoca sucesivas crisis políticas que conducen a la formación del Imperio (año 27 a. C.). Los dos primeros siglos de la era cristiana son los de mayor esplendor y desarrollo cultural, pero después vuelven a producirse guerras civiles y se manifiesta también el peligro de los pueblos bárbaros situados en las fronteras. En el año 395 el Imperio se divide; Roma continúa siendo la capital del Imperio de Occidente, mientras el de Oriente se instala en Constantinopla. Pocos años después ya comienzan las invasiones de los bárbaros, que en 476 destronan al último emperador de Occidente.

El Imperio de Oriente, en cambio, aunque cada vez más disminuido y debilitado perdura hasta que en 1453 los turcos se apoderan de Constantinopla.

La evolución del derecho romano puede sintetizarse de la siguiente manera: el derecho primitivo estaba constituido por un conjunto de reglas consuetudinarias que imponían formas estrictas y solemnidades que a veces tenían origen sagrado. Las leyes (votadas en los comicios a propuesta de un magistrado) sólo tuvieron importancia secundaria como fuente del derecho y tendían casi siempre a precisar aquellas costumbres, a corregir los abusos que podían originar, y a dar nuevas formas al régimen gubernativo. Tales costumbres y leyes formaron el *jus civile*, es decir, el derecho que se aplicaba y podía ser invocado solamente por los ciudadanos (*cives*) romanos.

Las conquistas romanas y las crecientes relaciones con otros pueblos dieron lugar a la aparición de un nuevo sistema, menos formalista y más amplio en sus concepciones, que se llamó *jus gentium*, y que llegó a regir las relaciones entre ciudadanos y extranjeros, o las de éstos entre sí, en cuanto se sometían a los tribunales de Roma. El contenido de este *jus gentium* no abarca, por supuesto, todo el sistema de derecho, sino que estaba limitado a la solución de los conflictos más frecuentes en el orden de las relaciones civiles y comerciales (obligaciones derivadas de los contratos, etc.).

Los dos pretores que en Roma aplicaban ambos sistemas (el *praetor urbanus* que juzgaba a los ciudadanos y el *praetor peregrinus* que intervenía en los juicios en que era parte un extranjero), comenzaron durante los siglos III y II antes de Cristo a introducir nuevos procedimientos y a conceder acciones destinadas a suavizar el rigor del estricto derecho civil, de tal manera que por vía indirecta el *jus praetorium* u *honorarium* vino a suplir y a modificar el sistema primitivo. Esos pretores y otros magistrados

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

tanto en Roma como en las provincias publicaban anualmente un *edicto* al comenzar el desempeño de sus funciones, en el cual señalaban las normas que iban a inspirar sus decisiones. Esos edictos, reproducidos por los sucesivos magistrados, adquirieron carácter permanente convirtiéndose en la fuente de derecho privado más importante en el siglo I de la era cristiana.

La creación del Imperio (año 27 a. C.) no modificó substancialmente el sistema jurídico. El derecho surgió entonces de las sanciones del Senado (senadoconsultos) y más tarde de las decisiones del emperador (constituciones). Pero continuó en vigor el *jus praetorium*, que en la época de Adriano fue codificado. Y además adquirieron categoría de fuentes del derecho las doctrinas de los jurisconsultos, a algunos de los cuales Augusto dio el *jus publice respondendi*, o sea la facultad de presentar sus opiniones a los jueces, para que éstos las tuvieran en cuenta al sentenciar.

La época de mayor esplendor del derecho romano y de la doctrina que a él se aplicaba (*iurisprudentia*) fue la de los siglos II y III de nuestra era. Los juristas no sólo comentaban e interpretaban el derecho vigente, sino que también creaban nuevos conceptos, definiciones y teorías, señalando asimismo la justicia de las normas con arreglo a sus ideas filosóficas. Llegó a tan alto grado el desarrollo de esa *iurisprudentia* que el emperador Adriano declaró obligatorias para los jueces las opiniones de los juristas cuando estuvieran de acuerdo. Y más tarde la *ley de las citas*, del año 426, dispuso que los jueces debían atenerse a las doctrinas expuestas en sus libros por los más grandes de los jurisconsultos clásicos: Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino, debiendo prevalecer el criterio de Papiniano cuando hubiera discordancia.

Esta última disposición era, sin embargo, un síntoma de decadencia. Significaba que ya no se consideraba posible el ulterior desarrollo científico del derecho. Las invasiones de los bárbaros y las luchas civiles concluyeron con el Imperio de Occidente en el año 476. Pero antes y después de esa fecha los emperadores de ambos estados fueron legislando mediante la sanción de constituciones, que se convirtieron en la única fuente de nuevo derecho. Su abundancia, y la necesidad de conocerlas, movieron a dos compiladores oficiosos a redactar los códigos *Gregoriano* (de fines del siglo III) y *Hermogeniano* (de principios del siglo IV). Este último es el complemento del anterior.

Hubo además una recopilación oficial, el *Código Teodosiano*, que los emperadores Valentiniano III y Teodosio II promulgaron

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

en el año 438. Su contenido, como en el caso de los códigos anteriores, se reduce a ordenar sistemáticamente las constituciones imperiales sancionadas hasta entonces. La importancia de estas compilaciones fue mayor en occidente, en donde, al caer el Imperio, quedaron como las fuentes de conocimiento usual del derecho romano.

Pero mucha mayor trascendencia ulterior tuvieron las grandes compilaciones que el emperador Justiniano, de Oriente, encargó al jurista Triboniano el año 530. Como resultado de esa orden se compusieron sucesivamente las cuatro partes que luego, reunidas, formaron el *Corpus juris civilis*, a saber: el *Digesto* (o las *Pandectas*), que reúne con cierto orden las opiniones de los jurisconsultos clásicos (533); las *Institutas*, breve compendio de todo el derecho privado, que en los siglos posteriores sirvió como texto de enseñanza (533); el *Código*, que reproduce las constituciones imperiales entonces vigentes (534); y las *Novelas*, agregadas posteriormente, que incluyen las constituciones sancionadas después del año 534. Esta magna obra, sin embargo, no tuvo sino muy escasa difusión en Occidente, sometido ya a la dominación de los bárbaros, y sólo después de varios siglos dió lugar al proceso histórico-jurídico que se denomina la "recepción del derecho romano" (ver nº 16).

9. *El pensamiento jurídico greco-romano.* — Esa larga evolución pone en evidencia que el primitivo *jus civile*, formado por las costumbres ancestrales de raigambre religiosa y por las leyes sancionadas en los comicios, se fue perfeccionando gradualmente por obra de los peritos en esa ciencia, que eran los jueces (pretores) y los jurisconsultos. Unos y otros, influenciados a la vez por las reglas jurídicas extranjeras y por las ideas filosóficas de los estoicos, supieron adoptar las mejores soluciones universales que formaron el *jus gentium*, y corregir el rigor del *jus civile* hasta asimilar ambos sistemas y confundirlos en uno solo. Esta fusión se completa en el año 212, en que el emperador Caracalla concede la ciudadanía a todos los habitantes del imperio, con lo cual será el derecho civil —ya impregnado del derecho de gentes— el sistema uniformé que ha de regir a todos los miembros del inmenso conglomerado político.

Generalizando esta formación del derecho, el jurisconsulto Gayo pudo afirmar en el siglo II que todos los pueblos utilizan en parte un derecho propio, y en parte uno común al género humano. El primero es el *jus civile*, propio de cada ciudad o Estado, y el segundo el *jus gentium*, "que la razón natural establece entre todos los hombres" [1]. Esta *naturalis ratio* significaba que existe un orden natural de las cosas que debe inspirar también las soluciones jurídicas; y ese orden origina un sistema jurídico universal.

A esa división bipartita se agregó luego el *jus naturale*, de raíz más profunda, que los filósofos griegos —especialmente Aristóteles y los estoicos— habían elaborado, y que Cicerón difundió en su patria. Para el pensamiento greco-romano el derecho natural consistía en una serie de principios superiores, permanentes e inmutables, de origen divino y adecuados a la recta razón, que constituyen el fundamento de todo el orden jurídico. Así lo definieron las *Institutas* de Justiniano: "los derechos naturales, que existen en todos los pueblos, constituidos por la providencia divina, permanecen siempre firmes e inmutables" [2]. Algunos juristas hicieron aplicación de estas ideas para sostener el fundamento natural de ciertas soluciones o para oponerse a otras. Así, por ejemplo, la esclavitud era considerada contraria al derecho natural, pero admitida por el *jus gentium*.

Otra división importante del sistema romano distinguía el derecho público y el privado: "Derecho público —según Ulpiano— es el que se refiere al estado romano; privado, el que mira a la utilidad de los individuos" [3]. Los juristas se preocuparon especialmente de este último, dentro del cual contemplaban tres partes: personas, cosas y acciones. Es en torno a estas ramas que se edificó realmente la ciencia jurídica romana.

Mucha importancia tuvieron también las especulaciones relativas a la justicia, considerada siempre como una virtud universal destinada a inspirar y dirigir la conducta humana. Para analizarla, Platón (427-347 a. C.) escribió su diálogo titulado *La República*. El idealismo platónico lo lleva a concebir un Estado perfecto, cuyos miembros se gobiernan mediante el ejercicio de las virtudes. Y la más excelsa de todas ellas es la justicia, cuya observancia determina el orden y la armonía que deben reinar en la sociedad.

Distinguía Platón tres partes o potencias en el alma: la parte racional hace posible el conocimiento de las ideas y se rige por la virtud de sabiduría o prudencia; la parte irascible corresponde a los impulsos y afectos y engendra la fortaleza; y la parte concupiscible, propia de las necesidades primarias del hombre, tiene como virtud la moderación o templanza. En el Estado ideal, los ciudadanos se dividen asimismo en tres grupos: los gobernantes

1 GAYO, *Institutas*, I.i.1; *Digesto*, I.i.9.
2 *Institutas*, I.2.11.
3 *Digesto*, I.i.1.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

se guían por la sabiduría; los guerreros cultivan la fortaleza; y los artesanos y agricultores ejercitan la templanza. Pero además de esas tres virtudes, propias de cada grupo social y de cada potencia del alma, existe una superior que las comprende y perfecciona a todas. La justicia, en efecto, es la virtud universal por excelencia, pues se aplica a todos los hombres por igual. El acto justo consiste esencialmente en el cumplimiento del propio deber; y así la justicia consigue establecer el orden y la armonía en la sociedad.

Esta concepción sublime de la justicia no llegaba, sin embargo, a precisar su verdadera esencia. Aristóteles (384-322 a. C.), con un sentido más realista, vio en esa virtud un principio regulador no de todos los actos humanos, sino solamente de aquellos que se cumplen en relación con los demás, y son regidos generalmente por el derecho.

Aprovechando las enseñanzas de los pensadores que le habían precedido, Aristóteles construyó un sistema que abarcaba todas las ramas del saber y estaba llamado a tener una inmensa trascendencia. Su filosofía moral —expuesta en la *Etica a Nicómaco*— se funda en que el fin del hombre consiste en la felicidad, la cual se obtiene manteniendo en la conducta de cada uno la jerarquía de los bienes (del alma, del cuerpo y exteriores) de que se puede gozar. La vida perfecta es la vida virtuosa, porque conduce a la grandeza del alma y da el predominio a los bienes espirituales. Entre todas las virtudes, la justicia es la más completa porque no es puramente individual sino relativa a otra persona, y su observancia no sólo perfecciona a quien la practica, sino que también contribuye al bien de los demás.

Aristóteles analiza también a la justicia en sus aplicaciones particulares. Y en este sentido distingue en ella dos posiciones fundamentales: a) la justicia *distributiva* regula el reparto de honores y ventajas que la sociedad realiza entre sus miembros, y se cumple teniendo en cuenta las condiciones personales de cada uno, de tal manera que esa distribución de bienes debe hacerse en proporción a los méritos de cada individuo; y b) la justicia *sinalagmática* regula las obligaciones (nacidas de los contratos o de los delitos) que surgen entre unas personas y otras, sin tener en cuenta sus condiciones, e impone una perfecta igualdad entre la cosa dada y la recibida, entre el daño y la indemnización.

Consecuencia de ese desarrollo doctrinario fue la definición clásica de Ulpiano: *Justitia est constans et perpetua voluntas ius*

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

suum quique tribuendi (la justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo)[4].

Los romanos vinculaban estrechamente lo jurídico con lo moral y religioso. No sólo muchas instituciones importantes (como el matrimonio, el parentesco, las sucesiones, etc.) estaban organizadas partiendo de principios religiosos, sino que también toda su concepción del derecho estaba impregnada de moral. Así se explican los tres famosos preceptos fundamentales: *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere* (Los principios del derecho son éstos: vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo)[5]. Y así también el deseo permanente —que se advierte a través de todas las obras jurídicas— de dar primacía a los criterios morales y de resolver los problemas de acuerdo con la equidad. Por eso la única definición del derecho que nos legaron lo considera, no una ciencia, sino un arte, una actividad práctica destinada a alcanzar lo bueno: *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi* (como con elegancia lo define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo)[6].

10. *La romanización de España.* — Dentro del Imperio Romano, la *Hispania* ocupó un lugar destacado. Su población —formada por elementos heterogéneos de origen diferente— se componía en el siglo III a. C. de los íberos, los celtas, los celtíberos y otros pueblos cántabros y vascones, que habían recibido sucesivas influencias fenicias, griegas y cartaginesas. España entra en la historia propiamente dicha con motivo de las guerras púnicas, que enfrentaron a Roma y Cartago. Posesionada esta última de gran parte de la península ibérica, su jefe Aníbal llevó sus tropas por tierra hasta Italia en donde fue derrotado. Esto permitió a Publio Cornelio Escipión iniciar la conquista de España en el año 210 a. C. A pesar de la tenaz resistencia de los pueblos aborígenes los romanos fueron dominando paulatinamente la península, que en el año 19 a. C. quedó pacificada.

A lo largo de esos siglos, y durante los cuatro siguientes, se produce la romanización de *Hispania,* cuyos habitantes aceptan las creencias, las leyes y la cultura superior del Imperio identificándose con éste. El territorio quedó dividido en provincias, que al principio fueron dos —la *Hispania Citerior* y la *Hispania Ulterior*— y que luego, ya en la época del Imperio, se subdividen y

4 *Digesto,* I.i.10.
5 Id., ibid.
6 Id., I.i.1.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

adoptan nombres regionales: la Tarraconense, la Bética y la Lusitania, y más tarde la Cartaginense y la Gallecia. Estas provincias fueron gobernadas por jefes superiores, llamados procónsules o propretores según los casos, que eran los mismos que habían desempeñado el consulado o la pretura en Roma. Estos magistrados reunían una autoridad amplísima, pues eran a la vez altos gobernantes con facultades legislativas, jefes militares y jueces con jurisdicción civil y criminal. Durante la época del Imperio aparecen los legados —*Legatus Augusti pro consulare* (o *pro praetore*)— designados por el emperador con idénticos poderes. Y ya en los últimos tiempos del imperio esos jefes son sustituidos por vicarios sin mando militar, pero con amplias facultades administrativas y financieras.

La organización de las ciudades se va adaptando a los modelos romanos. Algunas son colonias formadas por ciudadanos de Roma o de Italia que se han establecido en la península; otras están constituidas por pobladores vernáculos, que han celebrado pactos de diversa índole al someterse. Todas ellas tienen un gobierno autónomo más o menos amplio y libre. Los magistrados son elegidos por el pueblo reunido en comicios: son los *duumviri* (dos jueces locales con ciertas atribuciones administrativas), los *ediles* encargados de los problemas urbanos y los *questores* que ejercen la dirección de la hacienda municipal.

Los romanos no impusieron su derecho a los pobladores vernáculos: éstos siguieron rigiéndose por sus antiguas costumbres, pero la progresiva romanización de *Hispania* y la cultura superior del Imperio fueron transformando las formas de vida primitivas que habían existido hasta entonces. Hubo, por lo tanto, durante varios siglos, un doble sistema jurídico, pues los romanos utilizaban el propio. Pero cuando Caracalla otorga la ciudadanía a todos los habitantes del imperio (212), el derecho romano comienza a ser aplicado en toda la península. Sin embargo, surgen también normas locales, procedentes unas de las decisiones de los gobernantes provinciales, y otras de costumbres especiales que se forman, con lo cual surge un derecho romano vulgar algo diferente del clásico que regía en Italia.

11. *El Cristianismo.* — Al mismo tiempo que el derecho romano alcanzaba su extraordinaria perfección, se iba difundiendo paulatinamente por todo el mundo conocido la nueva religión predicada por Jesucristo. El Cristianismo iba a ejercer una influencia decisiva sobre el derecho, porque daba al hombre, como ser creado a imagen y semejanza de Dios, una dignidad de que antes carecía. Desde entonces fue la persona humana, y no el

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Estado ni la ciudad, la destinataria principal del orden jurídico establecido precisamente para facilitar su vida y desarrollo como ente espiritual.

El mensaje de paz y de amor que se esparció por el mundo estaba dirigido a regular la conducta humana en función del fin sobrenatural que cada uno tiene; y para ello, para que el hombre pueda alcanzar la salvación eterna, predicaba la observancia de la justicia y del amor al prójimo, especialmente respecto de los débiles y de los pobres; el perfeccionamiento interior mediante la oración y el perdón de las ofensas; y elevaba a la categoría de instituciones fundamentales la familia, fundada en el sacramento del matrimonio, y el ejercicio de la autoridad concebida no ya como imperio de la fuerza sino como un servicio destinado a realizar el bien sobre la tierra y a respetar al hombre en su fundamental dignidad.

La religión y el poder político, hasta entonces unidos indisolublemente en las culturas de la antigüedad pagana, quedaron separados y tuvieron sus fines propios. Al predicar esa división ("dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios")[7], Jesucristo afirmaba indirectamente la obligación que tiene todo hombre de obedecer al Estado y por lo tanto de cumplir el derecho. Y esta obediencia ya no es una simple imposición de la autoridad, sino que tiene raíces y fundamentos más profundos. Como todo poder proviene de Dios —autor de todo lo que existe— debemos acatar los mandatos superiores "no sólo por temor del castigo sino también por obligación de conciencia"[8]; de tal manera que el derecho integra el conjunto de preceptos que la propia religión nos impone. El cumplimiento de las normas jurídicas, sin embargo, cede a la necesidad de "obedecer a Dios antes que a los hombres"[9], con lo cual aparece una primera limitación al poder del Estado y de los gobernantes.

La justicia ocupa un lugar importante en la doctrina cristiana. Hay, por de pronto, una justicia divina que revela la perfección del Ser creador y se manifiesta por medio de su voluntad. Y hay también una justicia humana, virtud universal de amplísimo contenido, que abarca no sólo las relaciones jurídicas sino también toda la conducta social del hombre en su deber de amar al prójimo: "tratad a los hombres de la misma manera que quisierais que ellos os tratasen a vosotros"[10].

Los cristianos, considerados durante los primeros siglos como

7 *Evangelio según San Mateo*, 22, 21.
8 SAN PABLO, *Epístola a los Romanos*, xiii.
9 SAN PEDRO, *Hechos de los Apóstoles*, V, 29.
10 *Evangelio según San Lucas*, VI, 31.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

enemigos del Estado porque no aceptaban la religión oficial, y perseguidos violentamente en muchas ocasiones, consiguieron difundir poco a poco su doctrina. El emperador Constantino, en el año 313, reconoció a la Iglesia y le acordó su decidida protección, con lo cual pudo ésta organizarse mejor en sus distintas jerarquías y predicar públicamente una religión que fue desde entonces desalojando al antiguo paganismo.

La filosofía jurídica del Cristianismo se fue desarrollando durante los primeros siglos por obra de los Padres de la Iglesia, que explicaron los principios fundamentales contenidos en los cuatro Evangelios y en los Actos de los Apóstoles *(Nuevo Testamento)*. Pero fue San Agustín (354-430) quien expuso por vez primera en forma orgánica las bases del derecho cristiano. Utilizando las concepciones de Platón y de otros pensadores, y adaptándolas a la doctrina revelada, San Agustín distingue tres clases de leyes que gobiernan el mundo y la conducta humana. La ley eterna es la razón o la voluntad de Dios que dirige tanto las cosas y los seres irracionales como la actividad del hombre. Esa dirección tiene carácter necesario para aquéllos, y debe ser acatada voluntariamente por éste, porque así respeta el orden impuesto por Dios. La segunda es la ley natural, que se manifiesta en la conciencia, y significa la participación del hombre en aquel orden divino. Esta norma de carácter fundamentalmente ético permite a todo ser humano distinguir el bien y el mal, lo justo y lo injusto, y abarca por lo tanto el campo de la moral y las bases del orden jurídico. Y la tercera es la ley humana, sometida racionalmente a la anterior, y destinada a resolver los problemas que aquélla no contempla. De tal manera, la ley natural es inmutable y universal, mientras la humana es variable de acuerdo a las circunstancias de tiempo y lugar. Su finalidad esencial consiste en asegurar el orden y la paz en la sociedad, para permitir que los hombres realicen sus fines temporales y sobrenaturales. En esa forma el derecho quedaba subordinado a la moral, y ambos integraban el orden universal de la creación.

12. *La España visigótica.* — Los pueblos germánicos, establecidos dentro y fuera de las fronteras del Imperio y especialmente sobre los ríos Rhin y Danubio, comenzaron a sufrir desde principios del siglo IV la presión de otros bárbaros que buscaban nuevas tierras en donde establecerse. Unos y otros comienzan entonces las invasiones, sin encontrar mayor resistencia por parte del Imperio decadente. Y así penetran en las Galias, en Italia y en España, provocando a su paso inmensas destrucciones. En el

año 476 los ostrogodos ocupan a Roma y desaparece el Imperio de Occidente.

En España se suceden desde el año 409 las invasiones: suevos, vándalos, alanos y visigodos recorren la península hasta que, ya en la segunda mitad del siglo, quedan los suevos en Galicia y se forma el nuevo reino visigótico bajo la dirección de Eurico (466-484), que domina el sur de Francia y gran parte de España. Algunas décadas después los suevos se someten a los visigodos, y éstos, presionados por Clodoveo, abandonan las Galias e instalan su capital en Toledo.

La historia de este reino visigótico en España se divide naturalmente en dos períodos, caracterizados por la religión dominante: desde la época de Eurico hasta el año 589 prevalece la herejía arriana; pero en esta última fecha se produce la conversión de Recaredo y de los nobles al catolicismo, manteniéndose el reino hasta la invasión arábiga (711).

Los visigodos, aunque constituían una minoría frente a la población hispano-romana, llegaron a dominarla gracias al despojo o reparto de las tierras y al ejercicio del poder político y militar. Las diferencias entre ambas razas subsistieron hasta mediados del siglo VI, en que se autorizaron los matrimonios mixtos y se sancionaron leyes comunes. Poco después, con la conversión de los visigodos al catolicismo, se consolidó la unificación social al mismo tiempo que se imponían normas de vida más moderadas bajo la inspiración de los obispos.

Los pueblos germánicos se regían por un derecho consuetudinario no escrito. Pero al tomar contacto con la civilización romana se dejaron influenciar por ese orden superior y más perfecto. Abandonaron entonces muchas de sus costumbres bárbaras y hasta comenzaron a utilizar el idioma latino. Y para organizar mejor las relaciones de su pueblo, Eurico comprendió que era necesario redactar leyes escritas según el modelo romano. Sancionó entonces, hacia el año 475, el *Código* que lleva su nombre, mezcla de soluciones germánicas y romanas aunque con predominio de estas últimas, las cuales se tomaron del código Teodosiano y de algunas obras de juristas. El código de Eurico aparece redactado en latín, y su contenido se refiere principalmente al derecho privado. Tuvo una gran influencia en su época, pues inspiró las leyes de los borgoñones (*lex barbara burgundiorum*, de fines del siglo V) y de los francos (*lex salica*, de principios del siglo VI).

Casi de inmediato el sucesor de aquel rey, Alarico II, hizo redactar otro código, llamado *Lex Romana Wisigothorum* o *Breviario de Alarico II*, que fue promulgado en el año 506. Esta ley, destinada a ordenar mejor el derecho romano que hasta entonces

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

se aplicaba entre los hispano-romanos, contiene normas tomadas del código Teodosiano y de constituciones posteriores, así como doctrinas de los juristas Gayo y Paulo. Se impuso no sólo en el reino visigodo, sino también en otras regiones de Occidente, en donde fue la gran compilación de derecho romano anterior a la de Justiniano y más difundida que la de éste.

La doctrina tradicional respecto de estos códigos era la de que el de Eurico fue sancionado sólo para los visigodos, y la *Lex Romana Wisigothorum* para los romanos que seguían utilizando el derecho imperial. Pero Alfonso García Gallo, y luego Alvaro D'Ors, han sostenido que ambos rigieron sucesivamente a todas las poblaciones sometidas al reino visigótico, teniendo por lo tanto alcance territorial. Sin embargo, esta teoría no ha encontrado apoyo entre otros especialistas, que continúan afirmando la personalidad del derecho en los primeros siglos de la Edad Media.

Más tarde se llegó a la unificación jurídica. El rey Leovigildo (572-586) sancionó un nuevo código —que no ha llegado hasta nosotros— en el cual permitía los casamientos entre godos y romanos y suprimía las diferencias de jurisdicciones. Los sucesivos monarcas siguieron legislando, y Recesvinto reunió todo ese derecho en un código que llamó *Liber judiciorum,* promulgado en 654. Una segunda redacción del mismo *Liber* se hizo en el año 681, bajo el patrocinio del Concilio XII de Toledo, y más tarde todavía se publicó otra edición, llamada *vulgata* porque no tuvo carácter oficial, en la cual se incluyeron principios de derecho público tomados de los concilios toledanos y de las obras de San Isidoro de Sevilla. Fue esta última, traducida al romance a principios del siglo XIII, la que se conocerá con el nombre de *Fuero Juzgo.*

A esta unificación del derecho se agregó la unificación religiosa. Los visigodos, desde antes de su llegada a España, habían adoptado la herejía arriana, que negaba la unidad de la esencia divina de las tres personas de la Trinidad. Pero el catolicismo ortodoxo dominaba en la península ibérica entre los pobladores hispano-romanos, de tal modo que las invasiones produjeron una división no sólo política sino también religiosa. Esta situación se mantiene durante más de un siglo, hasta que la acción y la prédica de los obispos católicos, y especialmente de San Leandro, metropolitano de Sevilla, consigue convertir a Recaredo y tras él a los nobles del reino (589).

A partir de entonces los dignatarios de la Iglesia, que habían conseguido mantener la antigua cultura romana, van a ejercer una influencia decisiva en el reino. Figura principal en esta esfera fue San Isidoro de Sevilla, hermano menor de San Leandro y sucesor suyo en la diócesis hispalense, que fue un verdadero enciclopedista en su época. San Isidoro (560-636) reunió en sus *Etimologías* y en otros libros todo el saber de la antigüedad para trasmitirlo a las futuras generaciones, y además escribió obras de teología y de historia notables como expresión de resurgimiento intelectual.

En esa época comienzan a reunirse periódicamente los obispos en los concilios, que cuentan también con la presencia del rey y de los nobles, y en los cuales se sancionan normas religiosas que a veces tienen gran alcance político y jurídico. En esas reuniones se procuró exaltar la personalidad de los monarcas, elevándolos a una categoría sagrada, pero imponiéndoles al mismo tiempo la obligación de gobernar rectamente. Se declaró incurso en anatema al rey que ejerciera un poder despótico, condenando asimismo a los que se atrevieran a ocupar el trono por la fuerza. Con éstas y otras medidas la Iglesia procuraba suavizar los impulsos dominantes de las autoridades, inculcando en los príncipes ideas de moderación, prudencia y respeto por los súbditos, y tratando de que el derecho se subordinara a las enseñanzas divinas y a las leyes naturales.

Sin embargo, ni estas ideas ni el derecho estampado en los códigos alcanzaron cabal aplicación. La incultura predominante, la falta de jueces con conocimientos jurídicos y la tendencia a imponer soluciones violentas contribuyeron a la aparición de nuevas prácticas que se apartaban del sistema romano clásico. Surgieron así, paulatinamente, en todos los Estados europeos, nuevas costumbres que sin duda se adecuaban mejor a las necesidades surgidas con la transformación social y económica.

13. *El derecho musulmán en España.* — La Temprana Edad Media concluye repentinamente en España con la invasión de los árabes (711), que hicieron desaparecer al reino visigótico. La religión predicada por Mahoma en Arabia a principios del siglo VII se había difundido por todo el norte de Africa y el Mediterráneo oriental. Sus adeptos, deseosos de proseguir la guerra santa y de extender sus conquistas, cruzaron en 711 el estrecho de Gibraltar y luego de una breve campaña se apoderaron de casi toda la península, llegando después a penetrar en Francia en donde fueron rechazados por Carlos Martel (732). Se inicia así la dominación musulmana al mismo tiempo que comienza, en las montañas de Asturias, el largo proceso de la reconquista.

Los moros formaban una comunidad esencialmente religiosa, que sin embargo no trató de imponer su credo a la mayoría católica. Fueron muchos los que continuaron viviendo bajo la domina-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

ción de aquéllos (mozárabes), conservando su religión, su derecho y sus propios jueces. A medida que avanzaba la reconquista se produjo el fenómeno inverso, es decir, el de los musulmanes que habitaban en territorio cristiano (mudéjares).

El derecho arábigo reconocía tres fuentes principales: las enseñanzas directas de Mahoma recogidas en el *Corán* (que contiene preceptos jurídicos en una décima parte); la conducta de Mahoma conocida por tradición oral (*sunnah*); y la opinión unánime de la comunidad musulmana (*ichmá*), evidenciada a través de la coincidencia de los juristas. El desarrollo de los principios contenidos en esas tres fuentes era la materia propia de la ciencia del derecho (*fiqh*), que cultivaban los *alfaquíes* o juristas. La legislación no existía, puesto que todo derecho debía provenir de la divinidad a través de aquellas fuentes, y tampoco tenía valor la costumbre que no estuviera afirmada en el *ichmá*.

Este derecho dejó pocas huellas en España, salvo en lo que se refiere a la denominación de algunas instituciones o autoridades (todos los nombres que comienzan con *al* en castellano tienen origen arábigo). Los mozárabes continuaron rigiéndose por el *Liber Judiciorum* o por las costumbres antiguas y nuevas que se formaron en cada región, incluso bajo la influencia del derecho musulmán que los cristianos adoptaban despojándolo de su sentido religioso.

14. *La reconquista española.* — Dominada la península ibérica por los moros, comenzó a los pocos años la resistencia de los visigodos refugiados en las montañas de Asturias, que en 718 eligieron como rey a Pelayo. Paulatinamente este reino se transforma en el de León, se constituye el condado de Castilla (800), aparecen los pequeños reinos de Navarra, Portugal y Aragón, así como el condado de Barcelona, y todos ellos van realizando la empresa secular de la reconquista con múltiples vicisitudes y dificultades pero con la constancia que alienta la lucha por la fe. Episodio fundamental en esa larga contienda fue la batalla de las Navas de Tolosa, ganada en 1212 por Alfonso VIII de Castilla con la ayuda de otros príncipes cristianos. Esa fecha, que marca el fin de la Alta Edad Media en España, constituye a la vez el comienzo de una época de mayor desarrollo y expansión de los reinos cristianos. León y Castilla se unen definitivamente en 1230, y desde mediados del mismo siglo los musulmanes quedan reducidos al pequeño reino de Granada, que desaparecerá en 1492. También se unen, en la misma época, Aragón y Cataluña, que además conquistan Valencia, las Baleares y posteriormente el sud de Italia (Sicilia y Nápoles).

Esta empresa de la reconquista, y de la ocupación progresiva de muchos territorios que es preciso defender y poblar, da lugar a dos formaciones jurídicas originales: el derecho señorial y el derecho foral. El fraccionamiento del poder político, propio de la Edad Media, conduce al particularismo jurídico.

El feudalismo es la organización económica, social y política derivada de las relaciones de dependencia personal, impuestas por la necesidad de asegurar la defensa del territorio. Los reyes, y luego los mismos señores, conceden grandes extensiones de tierras en *beneficios* a cambio de la ayuda militar; y las demás personas libres se someten en *vasallaje* a las más poderosas, jurándoles fidelidad y comprometiéndose a servirlas en la guerra a cambio de su protección. La jerarquía social así creada elevó considerablemente a los grandes señores, que reclamaron privilegios e inmunidades que implicaban delegar en su favor ciertas funciones del Estado. Pero en España, contrariamente a lo que sucedió en las demás naciones de Europa, esa delegación sólo fue excepcional, y los reyes conservaron casi siempre sus atribuciones esenciales o regalías (nombramiento de funcionarios, administración de justicia, acuñación de moneda, etc.). La nobleza, sin embargo, goza de un estatuto jurídico especial, de carácter privilegiado, que la convierte en una clase social superior a las demás con derechos y obligaciones diferentes. Este sistema jurídico, que en Italia es recopilado en los *Libri Feudorum*, aparece legislado en las *Partidas* y en otros cuerpos legales.

La necesidad de asegurar la repoblación de las regiones conquistadas da origen en el siglo IX a las *cartas pueblas*, que los reyes y los señores — eclesiásticos o laicos— conceden a un grupo de pobladores para fomentar su establecimiento en las zonas nuevamente obtenidas, asegurándoles ciertas franquicias y privilegios. Este derecho asumía la forma de un pacto o contrato que fijaba el estatuto jurídico de ese grupo frente al señor, creándole una situación especial.

Análogo contenido y significado tuvieron los *fueros* que se concedían a las ciudades y villas, y que en definitiva reemplazaron a las cartas pueblas. El primer fuero que se conoce es el otorgado a Castrojeriz en 974, y este sistema continuó hasta mediados del siglo XIII. Originariamente un fuero era un conjunto breve de normas escritas que regulaban las relaciones de los vecinos con el rey o el señor, asegurándoles también ciertos privilegios o exenciones de carácter penal, impositivo y procesal. Pero ya en el siglo XII aparecen fueros mucho más extensos —como el de Cuenca— que recogen las costumbres jurídicas del lugar, la organización y funcionamiento del gobierno comunal y las demás franqui-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

cias de que gozan los vecinos en el orden de las relaciones privadas y procesales.

Por efecto de todas estas nuevas formulaciones, el derecho castellano a principios de la Baja Edad Media (que comienza, como ya dijimos, en 1212), puede describirse así:

a) *Derecho territorial* o general: es todavía, fundamentalmente, el del *Liber judiciorum,* pero este código sólo se aplica estrictamente en la corte del rey. En su reemplazo —y por efecto de la ignorancia general del derecho— aparecen muchas costumbres que se van formando de acuerdo con las necesidades y tendencias locales, y que cristalizan o se completan mediante la jurisprudencia, elaborada por los jueces en sus sentencias o *fazañas.*

b) *Derechos locales:* son los *fueros,* en cuya redacción escrita se van acumulando los derechos especiales derivados de la concesión real, las costumbres nuevas y las fazañas del lugar.

c) *Derechos personales:* que constituyen el estatuto de ciertos grupos sociales: los nobles, los mudéjares, los judíos, etc.

d) *Derecho canónico:* del cual trataremos más adelante (ver nº 15).

Este particularismo jurídico era, en gran parte, de formación espontánea y revela muy pocas influencias exteriores, aunque se asemeja en su desarrollo a la evolución que se produce contemporáneamente en los demás países europeos. En todos ellos, en efecto, aparecen los derechos particulares de las ciudades, de la nobleza y de algunas profesiones. Los primeros se llaman en Italia *statuti,* y en Francia, *chartes* o *statuts municipaux,* y consisten en la redacción escrita de reglas del gobierno comunal, a veces de origen consuetudinario y otras —la mayoría— otorgadas por los reyes o los señores. Y hay también costumbres regionales —*consuetudini, coutumes*— que florecen al amparo de la falta de legislación real y se afianzan con la jurisprudencia. A este derecho, que se desarrolla especialmente en los siglos XI y XII, se agregan los privilegios feudales, los estatutos de las corporaciones y más tarde el derecho marítimo, formando así un conjunto de normas que en general se conoce bajo el nombre de *derecho propio.*

El particularismo jurídico así establecido en las principales naciones de Europa era opuesto a la tradición romana de un derecho único, y a los deseos de uniformidad que los juristas querían desarrollar e imponer. Así reaparece con creciente vigor un *derecho común,* más científico y orgánico, que en las materias eclesiásticas es el derecho canónico y en las demás el derecho romano justinianeo (nº 15 y 16).

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

15. *El derecho conónico.* — La Iglesia católica fue organizando desde los primeros siglos su propio derecho, que con el desarrollo del cristianismo iba a imponerse en todo el mundo occidental. Ese derecho está destinado no sólo a organizar el gobierno de la Iglesia como sociedad jurídica perfecta, sino también las relaciones de ésta con sus fieles y la actividad religiosa de los últimos, que se exterioriza a través del culto y de los sacramentos. Además, la influencia creciente del catolicismo permitirá que el derecho conónico penetre profundamente en el derecho laico, ya inspirando sus soluciones, ya absorbiendo materias que —como el matrimonio, la familia, el parentesco, etc.— dependen de las instituciones de la Iglesia.

El derecho canónico —de *canon,* que significa regla— tiene naturalmente su origen y fundamento en la revelación divina desarrollada en la *Biblia* (Antiguo y Nuevo Testamento). A este derecho *divino* se fueron agregando las normas impuestas por la tradición, por los Santos Padres en sus libros (la Patrística), por los decretos de los Papas y por los cánones de los Concilios (reuniones de los altos dignatarios eclesiásticos), que formaron el derecho canónico *humano.*

La diversidad de las fuentes, y la dispersión misma de la Iglesia en los siglos de las invasiones, originaron la dificultad de conocer ese derecho humano y aún cierto particularismo dentro del mismo. Surgió así la necesidad de recopilarlo y ordenarlo. Esta función se cumple extraoficialmente. La primera colección de cánones la hizo en Roma, a fines del siglo V o principios del VI, un monje llamado Dionisio el Exiguo. Pero la que tuvo mayor importancia y difusión en la Alta Edad Media fue la *Hispana,* formada en la península ibérica durante el siglo VII por un autor desconocido.

Entre los años 1140 y 1142 un monje llamado Graciano hizo una obra fundamental que tituló *Concordia discordantium canonum,* más conocida bajo el nombre de *Decretum.* Es a la vez una recopilación de fuentes y una obra doctrinaria, porque ordena ese material heterogéneo procurando darle unidad y coherencia. Enorme fue la influencia de este libro, no sólo para el conocimiento sino también para la enseñanza del derecho canónico, porque a partir de entonces sirvió de texto en la escuela de Bolonia en donde Graciano era profesor.

Sobre la base del Decreto se formó el *Corpus juris canonici,* en el cual se reunieron varias compilaciones hechas durante los siglos XIII a XV, a saber:

a) las *Decretales* del papa Gregorio IX, recopiladas en cinco libros por San Raymundo de Peñafort, y promulgadas en 1234;

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

b) el *Liber sextus* de Bonifacio VIII, del año 1298;

c) las *Clementinas* de Juan XXII, completadas en 1317;

d) las *Extravagantes de Juan XXII*, que comprendían decretales de este pontífice posteriores a 1317; y

e) las *Extravagantes comunes*, que igualmente reúnen normas papales hasta fines del siglo XV.

Estas dos últimas colecciones, que no habían tenido carácter oficial, fueron agregadas a las anteriores por el jurista francés Jean Chappuis, que en 1500 editó todo el conjunto. Posteriormente se hizo una revisión oficial de los textos así reunidos, la cual fue aprobada en 1580 y publicada en 1582 bajo el nombre de *Corpus juris canonici*, a imitación del título con el cual se conocía la compilación de Justiniano.

No cesó después esta obra legislativa de la Iglesia. Entre las reformas más importantes corresponde recordar las sancionadas por el Concilio de Trento (1545-1563), que versan principalmente sobre el matrimonio y la disciplina eclesiástica. Felipe II promulgó estas reformas como leyes de España y de las Indias por real cédula del 12 de julio de 1564 [11].

Además de recordar la aparición del derecho canónico, preciso es señalar también la influencia ejercida por la Iglesia sobre todo el sistema jurídico. La prédica de una nueva moral y la cultura superior de los miembros de la Iglesia determinaron la progresiva cristianización del derecho. Este proceso consiste esencialmente en la adaptación de las normas jurídicas laicas a las enseñanzas religiosas, y en la moralización del derecho. Porque la Iglesia no se preocupó solamente de organizar su propio funcionamiento como institución de origen divino, sino que también trató de inculcar normas de convivencia ajustadas a sus doctrinas. De esa manera la influencia eclesiástica fue notable en la reglamentación del matrimonio, en la organización de la vida familiar, en la protección de los humildes, en la pacificación y decencia de las costumbres, en la moderación de las penas, en la observancia de los contratos, en la represeión de la usura, etc.

Asimismo, y gracias a la gravitación cultural y política de los grandes dignatarios de la Iglesia, ésta consigue muchas veces inculcar en los gobernantes ideas de moderación y prudencia en el ejercicio de su elevado ministerio; y afirma además la doctrina de que el poder es una concesión divina sujeta a limitaciones, que obliga a someterse a las leyes de Dios, al derecho natural y al respeto por el orden jurídico imperante.

11 *Nov. Rec.*, I.i.13.

16. *La recepción del derecho romano justinianeo.* — Hemos visto ya que el derecho romano conocido en Occidente era sólo el recogido en los códigos de fines del siglo IV y principios del V, así como en algunas obras doctrinarias. Las grandes compilaciones hechas por Justiniano en Constantinopla apenas se habían difundido en los países que ya no estaban sometidos al imperio.

El desarrollo gradual de la cultura permitió, sin embargo, que prosperaran algunas escuelas de derecho en Italia. Entre ellas sobresalió la de Bolonia, desde fines del siglo XI, en cuyas aulas se estudió el *Corpus juris civilis* de Justiniano, comentando sus doctrinas y sus leyes. Diversas circunstancias —y entre ellas el prestigio de que gozaba el derecho romano en una cristiandad que se mantenía unida a pesar de la separación de los Estados— convirtieron a Bolonia en el centro más importante de los estudios jurídicos medievales, en donde una pléyade de maestros y discípulos iba a perfeccionarse para difundir luego por toda Europa la ciencia fundada en aquellas compilaciones.

El primero que se destacó en Bolonia fue Irnerio (muerto después de 1125), que inauguró la escuela llamada de los *glosadores*. Consistía este sistema en comentar las leyes y doctrinas romanas escribiendo —entre líneas o al margen del manuscrito— una glosa que trataba de resumirlas y de explicarlas. Estas interpretaciones fueron el punto de partida para mayores desarrollos teóricos destinados a obtener un conocimiento más perfecto y orgánico del sistema jurídico. Resultado de esa elaboración científica fueron las *Summae* que varios juristas escribieron en el siglo XII, y que constituyen verdaderos tratados de derecho. La última figura de esta escuela fue Accursio (muerto hacia 1260), que reunió los comentarios anteriores y escribió la *Glossa ordinaria*, ampliamente difundida en Occidente.

Entretanto la escuela iba extendiendo por toda Europa sus enseñanzas, especialmente en las Universidades que aparecieron contemporáneamente como testimonio del renacimiento cultural. El Piacentino (así llamado porque era oriundo de Plasencia, en Italia), fundó en Montpellier una escuela de derecho en la cual aplicó los métodos boloñeses durante la segunda mitad del siglo XII. La enseñanza se extendió luego a Orleans, Oxford y otras casas de estudios, así como a las que se fundaron a principios del siglo XIII en España: Palencia, Salamanca y Valladolid.

Gracias a esta difusión del derecho romano justinianeo y del derecho canónico, exaltados ambos por la nueva ciencia jurídica, los dos sistemas fueron mejor conocidos y comenzaron a ser aplicados en algunas partes de Europa como *derecho común*, es decir, como supletorio de los derechos particulares. Las leyes canónicas,

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

naturalmente, continuaron en vigencia por obra de la Iglesia, que mantenía su régimen jurídico y orientaba la cultura. Las romanas se impusieron en Italia desde el siglo XIII como legislación vigente que era considerada a la vez como el propio derecho nacional. En Francia las provincias meridionales las admitieron también como *coutumes,* en reemplazo de las antiguas, mientras el norte conservó su sistema propio. En Alemania el Tribunal de la Cámara del Imperio, creado en 1495, recibió la orden de aplicar el derecho común (romano y canónico), salvo en los casos regidos por normas particulares, y así se produjo la recepción del derecho romano en todo el Imperio Germánico.

El estudio de ese derecho común suscitó en Italia la aparición de una nueva escuela llamada de los *postglosadores* o bartolistas. Iniciada por Cino da Pistoia a principios del siglo XIV, su máximo exponente fue Bártolo de Saxoferrato (1314-1357), al cual siguieron Baldo de Ubaldis y otros muchos comentaristas. Esta escuela, tratando de superar la exégesis más o menos literal de las normas (que había caracterizado a la anterior), quiso buscar su verdadero y profundo sentido, la *ratio legis,* y creó así nuevas concepciones dando solución jurídica a muchos problemas de la época. El mismo método aplicaron Juan Andrés y Nicolás de Tudeschi (llamado el Abad panormitano) al comentario de las leyes canónicas.

Gracias a esas dos escuelas sucesivas se formó una verdadera ciencia del derecho que de las universidades pasó a la aplicación práctica de las doctrinas y de las soluciones concretas que se fueron elaborando. Los postglosadores, además, utilizaron los procedimientos de la escolástica, y conquistaron una autoridad tan grande que fue á veces superior a la que tenían las mismas normas del derecho romano, a las cuales dieron un sentido más orgánico y actualizado.

17. *La recepción en España.* — Esta difusión alcanzó también a la península ibérica. Los estudiantes españoles de Bolonia volvieron a su patria trayendo las nuevas ideas que iban a enseñar en las universidades y a inspirar la labor de los tribunales superiores. Pero el derecho común no se impuso sin que surgieran fuertes resistencias de quienes pretendían conservar el orden tradicional, y de esta lucha procede el complejo sistema jurídico de España.

Desde que se unieron definitivamente los reinos de Castilla y León (1230) se manifiesta una política real orientada a uniformar el localismo jurídico y la diversidad de fuentes que entonces existía. Fernando III el Santo ordenó en 1241 traducir el *Liber*

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Judiciorum al lenguaje común, y llamándolo *Fuero Juzgo* lo otorgó en tal carácter —es decir, como fuero— a varias ciudades recién reconquistadas.

Alfonso X el Sabio, su hijo, continuó idéntica política con el Fuero Juzgo. Y además hizo redactar otro cuerpo legal llamado *Fuero Real* (1255), que tanto él como sus sucesores dieron a varias poblaciones, con el objeto de unificar los derechos locales. Esta nueva obra legislativa se inspiraba principalmente en los fueros anteriores y también en el derecho común (romano y canónico) ya entonces conocido en España, y ejerció una influencia considerable entre los juristas.

Pero la gran obra legislativa de la época fue el código que más tarde se llamó de las *Siete Partidas.* Su historia es algo confusa y poco conocida. Alfonso el Sabio redactó —con ayuda de los juristas de la Corte— un "Libro del Fuero" en cuyo prólogo se dice que es "espejo del Derecho", y por esta razón recibió posteriormente el nombre de *Espéculo.* La obra, hecha probablemente entre los años 1256 y 1260, sólo tenía cinco libros que trataban acerca del rey, la Corte, las obligaciones de los súbditos y el derecho procesal. El libro fue sancionado y promulgado para servir de guía en la Corte y para ser aplicado por los jueces nombrados por el rey, distintos de los jueces locales que utilizaban los fueros.

Estas dos novedades legislativas —el *Fuero Real* y el *Espéculo*— que tendían a la progresiva unificación del derecho, fueron mal recibidas por las ciudades y por los nobles. Alfonso el Sabio se vio obligado a derogarlas y a restablecer la vigencia plena de los fueros antiguos (1274). Sin embargo, el propio rey inició una revisión del *Espéculo,* incorporándole el derecho canónico, el privado y el penal, hasta formar una verdadera enciclopedia de todo el sistema jurídico dividida en siete partes o *Partidas.* Y es con este nombre que se conoció en lo sucesivo.

Posteriormente, ya a principios del siglo XIV, la misma obra es perfeccionada por juristas desconocidos que acentúan su contenido doctrinario. En esta redacción definitiva —aunque no oficial— las *Partidas* constituyen un monumento del saber jurídico de la época, que no sólo contiene normas sino también sus respectivos fundamentos, alternando su enunciado con preceptos religiosos, morales y políticos de gran interés. Las *Partidas* provienen de fuentes variadísimas, pues se inspiran en las obras de los pensadores clásicos griegos y latinos, en la Biblia, en los padres de la Iglesia y en los filósofos medievales para afirmar en sus citas las razones de las leyes. En lo que es propiamente jurídico utilizan fundamentalmente el derecho romano y el canónico, así

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

como las glosas; pero no prescinden, sin embargo, del derecho castellano, pues procuran armonizar las soluciones comunes con la terminología y las instituciones propias, creando así un sistema original. Su belleza literaria y la profundidad de sus ideas le dieron renombre universal: fue traducido a otros idiomas e influyó así en el desarrollo jurídico europeo.

Se estaba produciendo entonces una lucha entre el derecho común, más científico y técnico, que apoyado por los juristas trataba de introducirse en la práctica, y los derechos locales, de carácter tradicional, que tenían a su favor la aceptación de los pueblos. Luego de la batalla de las Navas de Tolosa (1212) el rey Alfonso VIII había dispuesto que se redactaran por escrito las costumbres territoriales de Castilla para confirmarlas. Se formaron así varias colecciones de fuentes (fazañas y costumbres) de origen privado, que no alcanzaron a ser aprobadas por los reyes. Esta elaboración del derecho tradicional prosigue a lo largo de los siglos XIII y XIV hasta rematar en la más conocida hoy, que es el *Fuero Viejo de Castilla* (1356).

Al mismo tiempo los reyes, que no habían intervenido personalmente en la formación del derecho durante los siglos anteriores, comienzan a legislar desde el siglo XIII en unión con las Cortes del reino. En las de Alcalá de Henares, reunidas en 1348, se sanciona el *Ordenamiento de Alcalá* que refunde otras leyes anteriores y en parte el derecho consuetudinario de Castilla ya redactado por escrito. La importancia de este Ordenamiento consiste: 1º) en que afirmó rotundamente "que al Rey pertenesce, e ha poder de facer fueros, e Leys, e de las interpretar, e declarar, e emendar", atribuyéndole desde entonces la suprema potestad legislativa; y 2º) en que dispuso que para resolver los pleitos debían aplicarse en lo sucesivo, en primer término las leyes de ese Ordenamiento, a falta de ellas los fueros locales en todo aquello que estuviera en vigor, y por último, en ausencia de una disposición legal o de los fueros, las *Partidas* de Alfonso el Sabio [12]. Entró así en vigor, con carácter supletorio, el código que acreditaba el triunfo del derecho común, sin abandonar, empero, el sistema tradicional que debía ser aplicado con preferencia.

Este último, sin embargo, fue perdiendo vigor y dejó de desarrollarse en Castilla, siendo sustituido por la legislación real que se hizo cada vez más abundante y minuciosa. Los reyes católicos encargaron al doctor Alonso Díaz de Montalvo que recopilara las leyes y ordenanzas vigentes, así como las disposiciones del *Fuero Real* que estuvieran en uso, y en 1484 se publicaron y promulgaron las *Ordenanzas Reales de Castilla,* también llamadas "Ordenamiento de Montalvo". Esta recopilación, hecha muy defectuosamente, reunió las leyes sancionadas en Cortes, las pragmáticas y ordenanzas de los reyes y algunas disposiciones del *Fuero Real.*

Estas reformas no fueron suficientes para concluir con la imprecisión del derecho en vigor. Para suplir sus vacíos se dispuso en 1499 que faltando una norma expresa se acudiera a las opiniones de los postglosadores más famosos de los siglos XIV y XV: Bártolo, Baldo, Juan Andrés y el Abad Panormitano (ver nº 16). Pero esta solución fue pronto derogada.

Las *leyes de Toro* (ver nº 19) suprimieron, en efecto, el recurso a la doctrina de los postglosadores (1505), y volvieron a sancionar el mismo orden de prelación de las leyes con una pequeña variante: 1º las leyes reales; 2º las disposiciones contenidas en los fueros, incluso el *Fuero Real,* en cuanto "son o fueren usadas" en cada lugar; y 3º las *Siete Partidas.* El problema de la vigencia del *Fuero Juzgo* y del *Fuero Real* nunca quedó resuelto, pues mientras algunos juristas sostenían que era necesario demostrar su uso para poder aplicarlos, otros consideraban que eran fueros generales que no necesitaban prueba. En cuanto a las *Partidas,* al entrar en vigor en 1348 como derecho supletorio se ordenó establecer su texto oficial, lo cual se hizo recién en 1555 al imprimir la edición preparada por Gregorio López, que además contenía las glosas latinas de este jurisconsulto.

De este modo, a principios de la Edad Moderna, Castilla era el único país de Europa que tenía un derecho casi totalmente escrito. Aunque continuaban en vigor los fueros locales y las antiguas costumbres ya fijadas por escrito, el derecho territorial sancionado por los reyes durante los siglos XIV y XV había alcanzado indiscutida primacía. Y desde el punto de vista doctrinario las *Partidas* seguían destacándose por su perfección científica, su orden sistemático y la abundancia de materias que abarcaban.

No ocurrió lo mismo en otras regiones de España. El derecho foral continuó rigiendo y desarrollándose en las provincias vascongadas, en Navarra, en Aragón y en Cataluña. En el reino aragonés las costumbres territoriales se redactaron por escrito con un sentido tradicional, opuesto a la recepción del derecho romano. Pero en Cataluña este último, ya en el siglo XV, acabó por prevalecer. Mucha importancia tuvo en toda Europa, además, el Libro del Consulado del Mar *(Llibre del Consolat de Mar),* redactado hacia 1370 por un especialista de Barcelona, que recopiló las fuentes de derecho marítimo entonces en uso, y fue aplicado en todo el Mediterráneo.

12 *Ord. de Alcalá,* XXVIII.1.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

18. *La doctrina escolástica.* — Así como la Baja Edad Media contempló el florecimiento de la ciencia jurídica, así también durante ese período la filosofía del derecho perfecciona una doctrina de alcances universales y de vigencia permanente que, por haber sido enseñada en las escuelas, se denomina escolástica.

Ya vimos antes cómo San Agustín había planteado las bases de la filosofía jurídica cristiana. Los teólogos medievales continuaron esa tradición, y no fueron pocos los canonistas que se elevaron también a las alturas de la filosofía. Pero tocó a Santo Tomás de Aquino (1225-1274), durante su corta pero laboriosa existencia, fijar con precisión ese pensamiento dándole una forma más depurada y profunda. Este monje dominico, nacido cerca de Nápoles, estudió en París y en Colonia bajo la dirección de San Alberto Magno, y luego fue profesor en las capitales de Francia y de su patria. De sus numerosas obras —destinadas muchas de ellas a combatir los errores de su tiempo o a comentar los libros de Aristóteles— la más importante y la que más nos interesa es la *Summa Theologiae*, que constituye un estudio analítico de los problemas teológicos, metafísicos y morales.

El sistema tomista constituye un majestuoso edificio que abarca todas las ramas de la filosofía, a la cual estudia desde el punto de vista cristiano, pero inspirándose en el pensamiento aristotélico y aprovechando también la obra de los escritores católicos.

Santo Tomás considera al universo entero como un conjunto ordenado en el cual cada ser ocupa el lugar que le corresponde y cumple la función asignada por el Creador. El mundo aparece así gobernado por Dios mediante reglas físicas y normas morales que constituyen la *ley eterna*. Esta es "la razón de la divina Sabiduría, en cuanto es directiva de todos los actos y mociones"[13]. La ley eterna regula los movimientos de las cosas (leyes físicas o naturales) y de los seres (leyes biológicas, religiosas y morales). Cuando se dirige a las cosas y a los seres irracionales la ley eterna tiene carácter necesario, pues sus reglas se imponen fatalmente. Y estas reglas son conocidas por los hombres no directamente, sino mediante la observación de sus efectos que las ciencias de la naturaleza estudian.

La misma ley eterna, cuando se dirige a los hombres, se llama *ley natural*, la cual no es otra cosa que la "participación de la ley eterna en la criatura racional"[14]. La observancia de sus preceptos ya no tiene carácter necesario, sino voluntario, pues

[13] *Suma Teológica*, I-II, quest. 93, art. 1.
[14] Id., I-II, quest. 91, art. 2.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

depende del libre albedrío de los hombres. Pero éstos se someten generalmente a ella porque por un lado coincide con las propias inclinaciones de la naturaleza humana, y por el otro se impone racionalmente señalando el camino del bien que todos apetecen y buscan.

El conocimiento de esa ley natural es innato en el hombre. Hay en cada uno de nosotros dos inclinaciones o hábitos: el especulativo, que conduce a la investigación de la verdad, y el práctico, que dirige esa verdad a la acción. Los seres humanos tienen una tendencia natural tanto a conocer la verdad cuanto a discernir los principios morales de la acción, que los inclinan al bien. Esta luz o disposición natural se llama *sindéresis*, y no es otra cosa que el hábito que imprime en nuestra mente las verdades contenidas en la ley natural. La aplicación de estas verdades a los casos concretos ya es obra de la razón y de la voluntad humanas, en el ejercicio de su libertad.

El contenido de esa ley natural puede resumirse en un solo precepto: hacer el bien y huir del mal. Abarca, por lo tanto, los primeros principios de la moral y del derecho, puesto que orienta los actos humanos por el camino de todas las virtudes. Pero no todos los actos virtuosos son obligatorios en el sentido jurídico, y por lo tanto el *derecho natural* es sólo una parte de la ley natural. Su contenido propio deriva racionalmente de las tres tendencias naturales en el hombre: la conservación de la vida, la perpetuación de la especie, y el deseo de conocer la verdad sobre Dios y de vivir en sociedad. De esta última tendencia provienen otros principios básicos de la convivencia humana: no dañar a otros, dar a cada uno lo suyo, etc.

La ley natural participa de los caracteres de la ley eterna y es por lo tanto universal e inmutable, es decir, rige en todos los tiempos y lugares. Pero esto se entiende con respecto a los primeros principios ya indicados, y no a las aplicaciones particulares de los mismos, que pueden variar según las circunstancias.

El derecho natural, a su vez, es el fundamento de la *ley humana* o positiva. Esta última se vincula a aquél de dos maneras: o bien deriva del derecho natural por vía de deducción de esos primeros principios, o bien es la reglamentación concreta de los casos no previstos en aquél. En el primer supuesto la ley humana participa en cierto modo de los caracteres del derecho natural en cuanto a su inmutabilidad y universalidad; en el segundo es contingente y variable, pues se adecúa a las necesidades históricas de cada pueblo. El derecho positivo es, por lo demás, indispensable para imponer, mediante la coacción, una disciplina que asegure la paz y la justicia en la sociedad.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

De tal manera Santo Tomás establece una verdadera jerarquía de leyes, puesto que la ley natural deriva de la eterna, y la positiva o humana debe ajustarse a aquélla. En caso contrario, cuando el derecho sancionado por los hombres contraría esos principios superiores, "ya no será ley, sino corrupción de la ley"[15]. Los hombres no tienen obligación de cumplir esas leyes injustas, y deben oponerse a ellas cuando contrarían las normas de Dios.

La teoría de la justicia que Santo Tomás expone proviene fundamentalmente de Aristóteles. Para aquél, la justicia es una virtud que "ordena al hombre en sus relaciones con otro", y consiste en "el hábito por el cual se da, con una voluntad constante y perpetua, su derecho a cada uno"[16]. Desde un punto de vista, la justicia es una virtud general en cuanto orienta los actos humanos al bien común. Y como la ley es la encargada de procurar ese bien común, esa especie de justicia se llama también *legal*, "porque por ella el hombre se ajusta a la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien común"[17].

Desde otro punto de vista, existe una justicia particular que persigue el bien de cada uno y sólo mediata o indirectamente el común. Esto ocurre de dos maneras: la justicia *conmutativa* regula, sobre la base de la igualdad, las obligaciones que surgen entre personas privadas, procurando que haya una equivalencia en los cambios, la compraventa, la permuta, etc.; y la justicia *distributiva* realiza el reparto de los bienes comunes que la autoridad hace entre las personas que le están subordinadas, teniendo en cuenta una proporción adecuada a la importancia de cada persona. En todos los casos se da lo que es suyo, lo que le pertenece a cada uno, ya porque le corresponde en propiedad (como el que recupera la cosa prestada), ya por razón de obligación (como el que recibe el precio de lo que ha vendido), ya porque las cosas comunes son en cierto modo de cada uno y se distribuyen según los méritos, como los premios, los honores, etc.

Hay por consiguiente en la teoría tomista tres especies de justicia: general o legal, distributiva y conmutativa, que regulan todas las relaciones posibles: de las partes al todo, del todo a las partes y de las partes entre sí. En esta forma quedó ampliada la clasificación bipartita de Aristóteles.

15 Id., I-II, quest. 95, art. 2 y II-II, quest. 60, art. 5.
16 Id., II-II, quest. 58, art. 1.
17 Id., II-II, quest. 58, art. 5.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Mientras las otras virtudes (prudencia, templanza y fortaleza) perfeccionan al hombre considerado en sí mismo, individualmente, la justicia le señala el camino recto en sus relaciones con los demás. Y para imponerle esa conducta surge el derecho, que es así el objeto propio de la justicia puesto que trata de realizarla. La finalidad principal del derecho entronca en algo que lo supera y le da carácter sublime, pues se trata de la más importante entre todas las virtudes morales. En esta forma el derecho no es sino una parte de la moral, la parte que regula y ordena los actos humanos para conseguir el bien común.

BIBLIOGRAFIA

He utilizado, para este capítulo, alguna parte de lo que ya tenía escrito en Carlos Mouchet-Ricardo Zorraquín Becú, *Introducción al derecho*, 5ª ed., cap. xxiii, Buenos Aires, 1962.

Para la historia de las ideas filosóficas pueden consultarse: Antonio Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del derecho, I, De los orígenes a la Baja Edad Media*, Madrid, 1954; José Corts Grau, *Historia de la filosofía del derecho*, parte I, *Filosofía antigua y medieval*, 2ª ed., Madrid, 1952; y Giorgio del Vecchio, *Filosofía del derecho*, trad. española, 5ª ed., Barcelona, 1947.

La historia del derecho romano está tratada en todos los manuales de esta especialidad. Las obras más difundidas son: Vicente Arangio-Ruiz, *Historia del derecho romano*, trad. de la 2ª ed. italiana, Madrid. 1943; y Pietro Bonfante, *Historia del derecho romano*, trad. del italiano, 2 vols., Madrid, 1944.

La historia jurídica de España en Alfonso García Gallo, *Historia del derecho español*, 3ª ed., Madrid, 1943, y en el *Manuel cit.* en el capítulo anterior; Galo Sánchez, *Curso de historia del derecho. Introducción y fuentes*, 8ª ed., Madrid, 1932; y Alamiro de Avila Martel, *Curso de historia del derecho*, tomo I, Santiago de Chile, 1955 (solo comprende los derechos romano, visigótico y arábigo, pero con excelente desarrollo). Sobre el problema de la aplicación de los códigos visigóticos ver Alvaro D'Ors, *La territorialidad del derecho de los visigodos*, en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español, 5, Estudios visigóticos*, I, Roma-Madrid, 1956, y Paulo Merea, *Estudos de direito visigótico*, Coimbra, 1948. Sobre las Partidas: Alfonso García Gallo, *El "Libro de las Leyes" de Alfonso el Sabio*, apartado del *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXI, Madrid, 1951.

Conviene consultar además, como exposición histórica de conjunto, Luis G. de Valdeavellano, *Historia de España, De los orígenes a la baja Edad Media*, Madrid, 1952:

La evolución general del derecho en Europa, y especialmente en Italia, en Francesco Calasso, *Medio Evo del diritto, I, Le fonti*, Milano, 1954. La de Francia en Fr. Olivier-Martín, *Histoire du droit français, des origines à la révolution*, Paris, 1948, y Gabriel Lepointe, *Histoire des institutions et des faits sociaux (987-1875)*, Paris, 1956. Una excelente exposición de conjunto en P. Koschaker, *Europa y el derecho romano*, versión completa y directa del alemán por José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Casi toda la legislación castellana se encuentra reunida en *Los códigos españoles concordados y anotados*, 2ª ed., Madrid, 1872-73, 12 vols., que utilizamos en esta obra.

Las citas de las leyes se hacen de la siguiente manera: en primer lugar el código o compilación de que se trata, a veces abreviado, y luego el libro, título y ley. Así *Nov. Rec.*, I, vi. 8 significa: *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, libro 1, título vi, ley 8. Cuando hay algún interés en hacerlo, se indica entre paréntesis el año en que fue sancionada la ley.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

CAPÍTULO TERCERO

LAS INSTITUCIONES CASTELLANAS

10 *Las fuentes del derecho.* — Expuesto ya en sus líneas generales el origen del derecho y de las ideas jurídicas que impe-
raron en Castilla, debemos ahora hacer referencia al contenido de
ese sistema evocando sus principales instituciones políticas, religio-
sas, sociales y económicas. No debe olvidarse, en efecto, que esas
instituciones iban a regir en el Nuevo Mundo o a inspirar su
derecho, y son por lo tanto su antecedente necesario. Pero hemos
de limitar este análisis al régimen vigente durante los siglos XVI
a XVIII, pues no es indispensable indicar su evolución anterior
ni sus cambios ulteriores.

Ese derecho castellano era, como ya se dijo, casi totalmente
escrito. En parte revestía una forma contractual, porque los
reyes se habían comprometido a mantenerlo en el acto de otorgarlo
a las ciudades o a ciertas regiones (derecho foral), o porque ha-
bían asumido idéntico compromiso con las Cortes del reino al san-
cionar algunas leyes importantes. Además, los reyes sucesivos
juraban, al ser coronados, cumplir y respetar el derecho vigente.
En todos estos casos era obligación real la de mantener la palabra
empeñada, y por lo tanto se trataba de un derecho teóricamente
inalterable.

Pero la mayor parte de las normas jurídicas consistían en
leyes sancionadas libremente por los monarcas, las cuales inte-
graban el código de las *Partidas* o fueron objeto de ulteriores
recopilaciones que mencionaremos más adelante. Debe señalarse,
sin embargo, que la facultad real de modificar el derecho existente
se ejercía con un gran respeto por las formas jurídicas tradi-
cionales, lo cual daba al sistema una estabilidad que constituye la
principal característica de toda la época.

El rey, como titular de todos los poderes del Estado, era

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

prácticamente la única fuente productora de derecho nuevo[1], y fue dictando una legislación abundante y minuciosa para resolver los problemas que se presentaban y también —aunque con menos frecuencia— para realizar reformas en el sistema imperante. En el ejercicio de esa función legislativa los monarcas actuaban en unión con las Cortes del reino —modalidad que fue perdiéndose a lo largo del siglo XVI— y con el asesoramiento de juristas, de juntas especiales o de los Consejos permanentes que eran los organismos más importantes de cada reino. En 1554 se dispuso que el Consejo de Castilla, para proponer la reforma de la legislación, debía reunir los dos tercios de votos de sus miembros presentes[2]. Este asesoramiento ya no fue utilizado sino excepcionalmente en el siglo XVIII, en que fue reemplazado por el de los Secretarios del Despacho.

Las normas jurídicas expedidas por los monarcas tenían nombres diversos, según su importancia o su forma. Las que se sancionaban en Cortes se llamaban genéricamente *leyes*. Cuando el rey prescindía de las Cortes expedía *pragmáticas*, que eran siempre de gran importancia. Las reglas más frecuentes eran las *provisiones*, las *reales cédulas*, las *ordenanzas*, las *instrucciones* y las *cartas reales*, estas últimas de alcance particular. En el siglo XVIII aparecen los *reales decretos* (en reemplazo de las provisiones), y las *reales órdenes* firmadas solamente por el Secretario del Despacho.

En la Edad Moderna, las primeras leyes importantes que se sancionaron fueron las *leyes de Toro*, preparadas por el jurista Juan López de Palacios Rubios y aprobadas en las Cortes reunidas en Toro en 1505. Esas leyes contienen 83 disposiciones de derecho civil, destinadas a aclarar, corregir o suplir los vacíos de la legislación anterior. En ellas se reproduce también el orden de prelación establecido en el *Ordenamiento de Alcalá* (supra, nº 17).

La abundancia de la legislación real obligó a recopilarla posteriormente. Felipe II ordenó realizar esta obra, y con el auxilio de sucesivos juristas —José Galíndez de Carvajal, Pedro López de Alcocer y Bartolomé de Atienza, entre otros— llegó a promulgar en 1567 la *Nueva Recopilación de las leyes de España*, que reemplazó a las anteriores y compiló las leyes reales que estaban en vigencia.

Mucho tiempo después, en 1805, se sancionó la *Novísima Recopilación de las leyes de España*, que había preparado el doctor Juan de la Reguera Valdelomar. En ella, aunque en forma bastante defectuosa, se reunen las leyes de Toro, las que continuaban en vigencia de la *Nueva Recopilación*, y muchas otras que se habían ido sancionando posteriormente. En ambas recopilaciones, además, se reprodujo el orden de prelación ya conocido: en primer término las últimas leyes sancionadas, luego los fueros y por último las *Partidas*[3].

Los reyes no tenían solamente el poder de dictar leyes, sino también el de establecer su interpretación auténtica[4]. Ello sin perjuicio de la facultad de los tribunales de proceder a su aplicación; pero como las interpretaciones judiciales no tenían alcance general ni constituían precedentes obligatorios, la jurisprudencia no fue considerada como fuente formal del derecho a partir del siglo XV.

Lo era en cambio la costumbre, que podía suplir el silencio de la ley o interpretarla[5], pero no derogarla[6]. La costumbre debía, para ser aceptada, "ser con derecha razón, e non contra la ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra del logar do se face"[7], y ser además consentida por las autoridades.

Gran importancia tuvo la doctrina de los juristas, no como fuente formal del derecho, sino como inspiradora de la legislación y de las decisiones gubernativas. Esta influencia se ejercía no solo a través de las obras de derecho y de política, sino también mediante la labor de los Consejos y el asesoramiento de los abogados. En efecto, la formación de las leyes estaba sujeta en la mayor parte de los casos al informe y consulta de los letrados que integraban las juntas especiales o los Consejos permanentes del imperio, resultando ellos en realidad los promotores de la nueva legislación.

20. *Derechos natural, de gentes y civil.* — El derecho se dividía, según la teoría romana, en natural, de gentes y civil. Pero esta clasificación ya no tenía el mismo sentido que en Roma, y el significado de los términos había sido cambiado fundamentalmente por la filosofía católica.

[1] "Emperador o Rey puede facer leyes sobre las gentes de su Señorio, é otro ninguno no ha poder de las facer en lo temporal: fueras ende, si lo ficiesen con otorgamiento dellos" (*Partida* la.i.12; conf.: *Ord. de Alcalá*, xxviii.1, cit. en nota 12 del capítulo anterior, y *Nov. Rec.*, III.ii.3).

[2] *Nov. Rec.*, III.ii.8.

[3] Ley 1 de Toro; *Nov. Rec.*, III.ii.3.

[4] *Ord. de Alcalá*, xxviii.1; *Nov. Rec.*, III.ii.3. Los tribunales, en caso de duda, debían consultar al rey para que éste declarara o interpretara la ley.

[5] *Partida* la.ii.6.

[6] *Ord. de Alcalá*, xxviii.2; *Nov. Rec.*, III.ii.4 y 11.

[7] *Partida* la.ii.5.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

En la península ibérica floreció durante el siglo XVI lo que se ha llamado la escuela española del derecho natural, que inspirándose en las enseñanzas de Santo Tomás, les dió un mayor desarrollo aplicando también su pensamiento a los problemas contemporáneos.

El iniciador de ese movimiento intelectual fue fray Francisco de Vitoria (1486-1546), que se ocupó especialmente de los problemas internacionales y de los que planteaba el establecimiento de los españoles en el Nuevo Mundo (ver infra, nº 37). Domingo de Soto (1495-1560) intervino en el Concilio de Trento y presidió también las Juntas de Valladolid que consideraron la condición de los indígenas americanos. Su libro *De justitia et jure* es un valioso tratado de filosofía jurídica, y el primero que se ocupa en forma sistemática de esta disciplina. Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) expuso la teoría de la libertad de los mares y defendió en el Concilio de Trento los derechos españoles a la conquista de América. Luis de Molina (1535-1600), jesuita, escribió también un tratado *De justitia et jure,* de mucha importancia científica. Pero el más famoso de estos escolásticos españoles fue sin duda Francisco Suárez (1548-1617), también jesuita, que enseñó en varias universidades de España y Portugal y escribió, entre otros libros importantes, el *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* que es un extenso y profundo tratado de filosofía jurídica.

Esta escuela española distinguía, con San Agustín y Santo Tomás, la ley eterna, la ley natural y la ley humana o positiva. Para Vitoria, "todo aquello que por luz natural aparece claramente justo a todos y conforme a la recta razón, y lo opuesto injusto, se llama derecho natural; como por ejemplo no robar, no matar al inocente y no hacer a otro lo que no se quiere para sí" [8].

Suárez, que analizó más detenidamente estos problemas, acentuó el carácter objetivo del derecho natural dando además mayor amplitud a sus normas, pero manteniéndolo siempre ligado a la voluntad ordenadora de Dios. La ley natural se compone de preceptos impuestos por Dios, que nuestra conciencia nos indica como obligatorios, y en este sentido coinciden con los dictados de la razón humana. Cuando esos preceptos se refieren a la naturaleza o esencia moral del hombre, entonces son absolutamente inmutables y válidos en todas partes. Así por ejemplo los que prohiben matar o hacer daño a otro, los que ordenan respetar a los padres o

[8] Citado en *Los principios del derecho público en Francisco de Vitoria,* selección de textos, con introducción y notas por ANTONIO TRUYOL SERRA, 29, Madrid, 1946.

los que se refieren a la educación de los hijos. Pero hay otros preceptos que dependen, en su aplicación, de cambios sociales que son contingentes, y entonces pueden variar con las circunstancias. Las normas que ordenan cumplir los contratos o respetar la propiedad privada suponen, en efecto, una cierta organización social y solo rigen en ella, de tal manera que serían ineficaces en un régimen de propiedad colectiva. A los primeros los llama Suárez derecho natural preceptivo, el cual contiene reglas de conducta de intrínseca rectitud, y a los segundos derecho natural dominativo, pues su vigencia depende de ciertas disposiciones o circunstancias propias del arbitrio humano.

Inmediatamente surgió, en la Europa protestante, la escuela de derecho natural y de gentes que secularizó el contenido del primero vinculándolo exclusivamente con la razón humana. Hugo Grocio (1583-1645), holandés, fue el iniciador de la escuela. Su obra principal es *De jure belli ac pacis,* publicada en 1625. En este tratado de derecho internacional Grocio comenzaba ocupándose de los fundamentos del orden jurídico, que residen en el instinto de sociabilidad que caracteriza a los seres humanos. El derecho está destinado a hacer posible la convivencia. Sus bases son los preceptos del derecho natural, al que define como "el dictado de la recta razón que indica que algún acto, por su conformidad o disconformidad con esa misma naturaleza racional, entraña torpeza o necesidad moral" [9]. En esta forma Grocio separaba netamente al derecho de la voluntad divina, haciéndolo residir solo en la razón humana. Sus principales continuadores fueron Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1635-1728), que también separó al derecho de la moral, y Christian Wolf (1679-1754).

En España las doctrinas del escolasticismo predominaron hasta principios del siglo XVIII, inspirando también la nueva legislación que se iba sancionando. Pero posteriormente se introdujo la enseñanza del derecho natural y de gentes en las universidades. Carlos IV, sin embargo, ordenó suprimir esas cátedras en 1794 porque podían afectar la estabilidad de la monarquía [10].

El derecho de gentes, según la teoría romana, era el conjunto de normas imperantes entre todos los hombres. Los juristas medievales lo consideraron como derivado de la ley natural. Pero también se abrió paso un nuevo significado de la palabra, que al fin estaba destinado a prevalecer. Francisco de Vitoria, siguiendo una orientación ya insinuada en San Isidoro, definió este derecho como

[9] *De jure belli ac pacis,* lib. I, cap. 10.
[10] *Nov. Rec.,* VIII.iv.5.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

"lo que la razón natural estableció entre todas las naciones"[11], vinculándolo desde entonces al orden jurídico —que él mismo contribuiría a fundar— imperante entre los Estados. Así el derecho de gentes dejó de ser común a todos los hombres para convertirse en el moderno derecho internacional.

Por último, la doctrina identificaba el derecho civil con el derecho humano o positivo. No se hacía la división en ramas, aun cuando solían establecerse distinciones jurisdiccionales por razón de la materia[12]. Tampoco tenía vigencia la división del derecho en público y privado.

La finalidad del derecho era imponer la justicia y las buenas costumbres, guiando al pueblo hacia el bien[13]. También se conservaba el criterio germánico que daba a la ley, como objetivo fundamental, el mantenimiento de la paz[14]. En el siglo XVIII comenzaron a aparecer otras teorías, utilitarias o liberales, que modificaron parcialmente esos planteos tradicionales.

21. *El imperio español.* — El Estado que iba a realizar la conquista y colonización del Nuevo Mundo era un conglomerado político resultante de la unión de diversos reinos que conservaban una personalidad celosamente defendida siempre.

Esa unión se completó definitivamente gracias al matrimonio de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, que comenzaron a reinar en 1479. Castilla era el reino aglutinante de mayor importancia en la península, y se fué ampliando con la incorporación de León y Galicia, las provincias vascongadas, Andalucía y Granada (cuya conquista terminó precisamente en 1492). Más tarde, en 1515, quedaría incorporado el reino de Navarra. Aragón, por su parte, reunió bajo el mismo cetro a Cataluña, Valencia, las Baleares y también, desde principios del siglo XVI, Nápoles y Sicilia.

Al morir la reina Isabel la sucedió en Castilla su hija Juana; pero la enajenación mental de ésta y el fallecimiento de Fernando de Aragón en 1516 dieron ambos reinos al hijo de Juana, Carlos de Austria, que ya tenía por herencia de su abuelo las posesiones de los Habsburgos y luego iba a recibir la corona imperial de Alemania. Fué entonces cuando el imperio hispánico tuvo su máxima amplitud y poderío, que aumentaron gracias a la conquista de las Indias Orientales y Occidentales.

11 TRUYOL SERRA, op. cit., 51.

12 En la práctica, sin embargo, se llamaba derecho real al emanado de los reyes, y civil al romano que se estudiaba en las universidades. Pero poco a poco, a lo largo de la Edad Moderna, el civil tiende a confundirse con el privado y absorbe gran parte de aquél.

13 *Fuero Real*, I.vi.1; *Nov. Rec.*, III.ii.1.

14 *Fuero Juzgo*, I, 3 y I.ii.6.

En 1556 Carlos V cedió a su hijo Felipe II —que gobernó hasta 1598— las posesiones hispánicas y los Países Bajos, y a su hermano Fernando los dominios germánicos. Quedó así centrado en España el imperio, pero éste se va debilitando poco a poco frente a la preponderancia que adquieren Inglaterra y Francia. Felipe III (1598-1621) y Felipe IV (1621-1665) mantienen todavía cierta prestancia pero se ven obligados a ceder sus dominios de Flandes, el Franco-Condado y la isla de Cerdeña. Y con el último de los austrias, Carlos II (1665-1700), la decadencia militar y económica de España le hace perder su rango de primer potencia europea.

La guerra de la sucesión española que se inicia a su muerte da el triunfo al heredero instituido Felipe V (1701-1746), el primero de los borbones, pero en los tratados de Utrech éste se ve privado de Nápoles y Sicilia, así como de Gibraltar y Menorca 1713). Los otros reyes borbones, Fernando VI (1746-1759), Carlos III (1759-1788) y Carlos IV (1788-1808), tratan de restablecer la grandeza española con el apoyo de Francia, pero no logran eliminar la preponderancia inglesa.

La progresiva decadencia del imperio hispánico no impidió que cumpliera una misión de inmensa trascendencia en el mundo occidental. No solo realizó una magna obra colonizadora en América y Filipinas, creando nuevas sociedades imbuidas del espíritu de la civilización cristiana, sino que también contribuyó grandemente en Europa a la defensa y restauración de la Iglesia Católica, al equilibrio internacional y al progreso de una cultura que tuvo —en la filosofía, el arte y el derecho— magníficos representantes.

El espíritu que guió la conducción de ese imperio nunca buscó la dominación pura ni quiso extender su predominio para conseguir la subordinación política o económica de otras naciones. Su imperialismo no fué de orden temporal, sino de finalidad religiosa. España fué el campeón de la Contrarreforma en el siglo XVI y luchó hasta agotarse para defender a Europa del protestantismo y de los turcos, al mismo tiempo que dirigía la labor colonizadora más vasta y espiritual que se ha realizado en la historia. El objetivo fundamentalmente católico de esa obra hizo que los demás —de carácter político, militar o económico— quedaran subordinados a él o fueran simples medios destinados a cumplir aquella función misional. Pero en la segunda mitad del siglo XVIII se olvidaron o combatieron esos fines religiosos, para dar paso a otros de índole principalmente económica.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Desde el punto de vista de su estructura política el imperio español constituye una unión de Estados que se va haciendo cada vez más estrecha. Al incorporarse a las coronas de Castilla o de Aragón, cada reino había conservado su propio derecho y sus órganos de gobierno, de modo que el único vínculo común era la monarquía.

La unión bi-personal formada por el matrimonio de los reyes católicos Fernando e Isabel se transforma en una unión real cuando Carlos V implanta los Consejos de Estado, de Guerra y de Hacienda, que son organismos comunes a todos los reinos y que dirigen la política internacional, financiera y militar. Los reinos particulares mantienen, sin embargo, su organización propia (ver nº 36).

En la época de los borbones España deja de ser una unión real de Estados autónomos para convertirse en una monarquía centralizada y unitaria. Se crean en 1714 las Secretarías del Despacho que dirigen el gobierno de todos los reinos, y desaparecen los órganos superiores que tenían los dominios dependientes de la corona de Aragón.

22. *La monarquía.* — La forma de gobierno que cada uno de esos reinos tenía —y todos en conjunto— era una monarquía hereditaria que generalmente era trasmitida por testamento y a falta de él llamando al primogénito o a sus descendientes [15].

El rey ejercía todos los poderes o funciones del Estado. Era el supremo legislador [16], y podía no solo sancionar nuevas leyes o reformar las existentes, sino también establecer su interpretación auténtica. Esta última función se cumplía mediante los *autos acordados* del Consejo de Castilla. El rey tenía también la "jurisdicción suprema civil y criminal" [17], pero no la ejercía personalmente sino por intermedio de los Consejos y demás organismos judiciales. Algunos reyes delegaron en sus ministros o "validos" muchas funciones que les correspondían, mientras otros desempeñaron con singular capacidad las tareas de gobierno.

Ningún otro organismo podía contrarrestar o reducir la ilimitada autoridad de los reyes, salvo la posibilidad de resistencias

[15] *Partida* 2a.xv.2. Felipe V excluyó la sucesión de las mujeres: *Nov. Rec.*, III.i.5 (1713).
[16] Supra, nota 1.
[17] *Nov. Rec.*, IV.i.1.

de hecho dentro de cada reino, que en efecto se produjeron. Sin embargo los monarcas —especialmente los de la Casa de Austria— reconocieron la existencia de importantes restricciones a sus amplias facultades. De modo que si no hubo —como no podía haberla en la época— una división y equilibrio de los poderes tal como lo postula la doctrina moderna, tampoco puede afirmarse que la española fuera una monarquía absoluta. Y ello porque tanto el derecho vigente como las teorías políticas imperantes coincidían en establecer ciertas limitaciones que derivaban del origen y fundamento de la autoridad a la vez que de la correlación necesaria entre las normas religiosas, morales y jurídicas. En el próximo párrafo estudiaremos esas teorías políticas; en éste las normas que se referían a la naturaleza y a los poderes del rey.

Los monarcas ejercían, ante todo, una función o un servicio público: eran "Vicarios de Dios... puestos sobre las gentes, para mantenerlas en justicia, e en verdad quanto en lo temporal" [18]; y "su propio oficio —decía otra ley— es hacer juicio y justicia" [19]. El primer deber del soberano era, por consiguiente, asegurar el mantenimiento de un orden justo en la sociedad, a fin de realizar así el bien común.

Este deber, que derivaba de los principios religiosos y morales, se cumplía respetando el derecho y especialmente las normas más elevadas. Las órdenes y disposiciones contrarias al derecho divino y al derecho natural no tenían valor alguno ni debían ser cumplidas por los súbditos: "si son contra la nuestra Fe, non han fuerza ninguna"; y "contra derecho natural non deve dar preuillejo, nin carta, Emperador, nin Rey, ni otro Señor. E si la diere, non deue valer" [20]. Tampoco debían cumplirse las órdenes "contra Derecho, ó contra ley, ó fuero usado" [21]. Y todo ello porque el monarca estaba obligado a cumplir las leyes y a respetar el orden jurídico imperante.

El recurso que tenían los súbditos en tales casos era obedecer el mandato real y no cumplirlo: "porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos, que si en nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley ó fuero ó Derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida" [22].

[18] *Partida* 2a.i.5.
[19] *Nov. Rec.*, III.vi.1.
[20] *Partida* 3a.xviii.29 y 31.
[21] *Nov. Rec.*, III.iv.2.
[22] *Nov. Rec.*, III.iv.4.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Estas disposiciones ponen en evidencia que la monarquía castellana imponía ciertas limitaciones a su propia autoridad, destinadas a mantener el ejercicio del poder dentro del marco establecido por el derecho vigente. El poder del rey era, por consiguiente, un poder amplísimo pero sometido al orden jurídico.

Las normas trancriptas no se modificaron en la época borbónica, pero en la práctica, bajo la influencia de las nuevas ideas y concepciones políticas, se afirmó cada vez más la tendencia a prescindir de esas limitaciones tradicionales hasta llegar, con Carlos III, al despotismo ilustrado que ponía todos los derechos en manos del rey.

23. *El origen y el ejercicio del poder según las teorías políticas.* — La escolástica española, a la cual hemos hecho antes referencia, se ocupó también de los problemas políticos y construyó en torno a ellos una importante doctrina.

El punto de partida de esa teoría es la naturaleza esencialmente sociable del hombre. Esta tendencia forma —mediante un acuerdo o pacto entre sus miembros— un cuerpo político que no es la simple agrupación de individuos sino un ente moral que necesita de una dirección que imponga el orden entre sus componentes y contribuya a la realización de los fines colectivos. Por lo tanto la sociedad y el poder son cosas necesarias y naturales según la condición humana. Pero así como el hombre ha sido creado por Dios, así también esas cualidades gregarias y el poder que le es indispensable para vivir en sociedad son impuestos como obra divina. La potestad política, en consecuencia, proviene de Dios y es de derecho natural. Pero Dios no la otorga directamente a ninguna autoridad, sino que ella radica o tiene su asiento en la comunidad humana organizada societariamente. Ésta a su vez, por elección o simple consentimiento, la trasmite a una o varias personas, sometiéndose a ellas. De modo que el poder en concreto y la obediencia que le es debida tienen su fundamento en el acuerdo social. Suárez distinguía así dos pactos: el que da forma a la comunidad (*pactum societatis*) y el que trasmite el poder de esa comunidad (*pactum subiectionis*). La autoridad del príncipe, por lo tanto, proviene de Dios pero por intermedio del pueblo, que recupera esa potestad faltando aquél.

Esa intervención expresa o tácita de la comunidad tenía consecuencias importantes. En primer término, era ella la que elegía

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

la forma de gobierno mediante el pacto de sumisión, de modo que solo se consideraba legítima la autoridad que contara con aquel consentimiento. En segundo lugar esa trasmisión del poder al monarca no significaba, en la teoría dominante, una concesión absoluta. Siempre se reservaba —aún entre los autores que como Suárez entendían que la comunidad quedaba sometida y privada de la primitiva libertad— el respeto por los derechos divino, natural y de gentes, que siendo superiores a la sociedad misma, no podía ésta trasmitir. Así el ejercicio del poder no podía ser absoluto, sino condicionado por la subordinación a los preceptos religiosos y morales.

El tirano era el gobernante que llegaba ilegítimamente al poder, o el que lo ejercía violando los derechos de los súbditos. Cuando esto ocurría el pueblo podía deponer al tirano, consecuencia que los autores trataban con mucha circunspección, estableciendo las condiciones requeridas para que la resistencia o la insurrección fueran lícitas, y aún llegando en casos extremos a justificar el tiranicidio.

Los escritores políticos del siglo XVII continuaron desarrollando esas doctrinas y preocupándose especialmente de los deberes que los monarcas tenían respecto de los súbditos y del reino en general.

La dinastía borbónica introduce en España la ideología política que predominaba en Francia durante el reino de Luis XIV. Los reyes ya no reciben el poder por intermedio del pueblo y con el consentimiento de éste, sino que lo tienen directamente de Dios y se convierten así en "ungidos del Señor". La teoría del derecho divino de los reyes contribuye no solo a exaltar su personalidad, sino que también los exime del cumplimiento de las leyes, acentuando el absolutismo real. Estas ideas no modifican, sin embargo, la organización tradicional de la monarquía hispánica, ni cambian la legislación en que ésta se apoya; pero en los hechos se afirma el absolutismo con la supresión de la mayor parte de los privilegios regionales y de los Consejos que los representaban, la decadencia de los otros Consejos, y la centralización gubernativa en torno al rey, a sus ministros y a los intendentes que se nombran en cada provincia.

En la segunda mitad de esa centuria se agudiza la tendencia al despotismo que adquiere, por influjo de las ideologías contemporáneas, el calificativo de ilustrado. Por un lado se infiltran en las clases dirigentes las nuevas ideas liberales, con todo su sentido

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

irreligioso, racionalista y antitradicional. Por el otro los gobernantes adoptan, para realizar las reformas que juzgan necesarias, una postura absolutista más acentuada.

24. *El gobierno del imperio.* — Aunque el rey ejercía personalmente el gobierno, era ayudado por funcionarios y organismos que deben ser recordados. Unos eran comunes a todo el imperio; otros eran particulares de cada reino.

El más importante de todos ellos fué el Consejo de Estado, que Carlos V creó en 1520 para dirigir la política internacional y orientar igualmente los problemas de mayor trascendencia. Más tarde aparecieron los Consejos de Guerra y de Hacienda como organismos superiores que trataban —en esas materias— los asuntos generales restringiendo así la autonomía de los reinos.

En la época de los borbones esa centralización se torna más estrecha al nombrarse, en 1714, los Secretarios del Despacho de Estado, de Asuntos Eclesiásticos y Justicia, de Guerra y de Indias y Marina, que unidos formaron el Consejo de Gabinete [23]. Con esta reforma fundamental perdieron importancia los Consejos, tanto generales como particulares. Más tarde se creó la Secretaría de Hacienda, y en 1790 se suprimió la de Indias, repartiéndose entre las demás los asuntos concernientes al Nuevo Mundo [24].

Los diversos reinos tenían, cada uno, su propio sistema de gobierno. Las Cortes de Castilla habían sido antes la reunión accidental de los representantes del clero, la nobleza y las ciudades, para deliberar acerca de problemas fundamentales, peticionar al rey, acordarle subsidios y sancionar las leyes que proponía el monarca. Pero en el siglo XVI ya era un organismo en decadencia, al cual solo concurrían los diputados de las ciudades y cuya reunión se realizó cada vez con menor frecuencia. También hubo Cortes en Aragón, Cataluña, Valencia y Navarra, pero las tres primeras fueron suprimidas a principios del siglo XVIII.

Mayor importancia tuvieron los Consejos de los reinos, que estaban constituidos por personajes que el rey nombraba a voluntad. Desde el siglo XV predominan en ellos los letrados, que imponen el sello jurídico a sus resoluciones y orientan en esa forma su política. A los Consejos de Castilla (creado en 1385) y de Aragón se fueron agregando los de Navarra (1515), Indias (1524), Flandes (1555), Italia (1556) y Portugal (1580-1665). Todos ellos representan la autonomía de cada reino, defienden su propio derecho, lo perfeccionan y lo aplican.

[23] Real decreto de noviembre 30 de 1714: *Nov. Rec.*, III.vi.4.
[24] Real decreto de abril 25 de 1790: *Nov. Rec.*, III.vi.16.

Los Consejos eran un engranaje esencial de la monarquía austriaca. Los reyes tenían la obligación de asesorarse para que su gobierno se orientara efectivamente hacia el bien común. Y los Consejos eran esos órganos de información, que a su vez debían consultar al soberano todos los asuntos para que éste resolviera con pleno conocimiento de causa. Las decisiones conjuntas del rey y de los consejeros adquirían mayor autoridad, porque eran el fruto de un acuerdo razonado que excluía hasta la sospecha de la arbitrariedad.

El Consejo de Castilla, que era el más importante de todos, preparaba la legislación, podía darle una interpretación auténtica (autos acordados), proponía al rey las medidas de gobierno y el nombramiento de los funcionarios, acordaba el pase de las bulas y breves pontificios y tenía además elevadas atribuciones judiciales. Los otros Consejos ejercían análogas funciones limitadas a los problemas de cada reino. Pero todos los que subsistieron durante el siglo XVIII vieron restringida su competencia al crearse, en 1714, las Secretarías del Despacho que unieron a sus facultades de gobierno gran parte de las legislativas.

El gobierno directo de las distintas regiones no era idéntico en todas partes. En Castilla el territorio se dividían en 66 Corregimientos, que por lo general abarcaban una ciudad y su distrito. El Corregidor, nombrado por el rey, tenía atribuciones gubernativas, judiciales y de hacienda, y presidía además el Concejo municipal. En las demás regiones hubo virreinatos (Galicia, Aragón, Cataluña, Valencia, Mallorca, Navarra, Nápoles y Sicilia), que desaparecieron a principios del siglo XVIII —salvo el de Navarra— sustituyéndolos un Capitán General. En 1749 se instalan en toda España los Intendentes, que ejercen funciones administrativas y acentúan el centralismo borbónico.

El gobierno de las ciudades perdió, a principios del siglo XVI, su importancia y su autonomía. Los reyes católicos impusieron en todos los municipios castellanos un corregidor de nombramiento real (1480), que privó a los Concejos de sus principales atribuciones. Éstos continuaron existiendo, sin embargo, aunque cada vez más sometidos. Eran cuerpos colegiados que integraban los regidores y algunos otros funcionarios, elegidos por los vecinos o nombrados por el rey. En Navarra y Aragón estos cuerpos se llamaron cabildos.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

La administración de justicia en primera instancia corría a cargo, en Castilla, de aquellos Corregidores, de cuyos fallos se apelaba ante un tribunal formado por ese juez y dos regidores si la causa era de menor cuantía, o ante la audiencia en los asuntos de mayor suma y criminales.

Como tribunales superiores se establecieron las Chancillerías de Valladolid y Granada, y las Audiencias de La Coruña, Sevilla y otras, integradas por oidores y alcaldes del crimen que eran todos letrados. Las audiencias entendían en primera instancia en todos los juicios ordinarios ocurridos en cinco leguas a la redonda de su sede, y en los casos de corte [25], y por vía de apelación en los juicios criminales fallados por los corregidores y en los civiles de mayor cuantía. Las Chancillerías, por su parte, tenían competencia para decidir en primera instancia los pleitos sobre mayorazgos, señoríos, etc., y por apelación de las audiencias en los asuntos de mucha importancia pecuniaria o cuando se había impuesto la pena de muerte.

Los Consejos, por su parte, entendían en todos los asuntos contencioso-administrativos, en las visitas y residencias, en las cuestiones de competencia, y podían también advocar a sí —con autorización real— pleitos de gran importancia.

Fuera de estas magistraturas existieron también diversos fueros especiales, tanto personales como de causa. Los Consulados de Burgos, Bilbao y Sevilla —establecidos a fines del siglo XV o principios del XVI—, así como otros posteriores, conocían en los pleitos mercantiles en arreglo a la legislación especial que se fué imponiendo, y que cristalizó en definitiva en las *Ordenanzas de Bilbao*, redactadas por ese cuerpo y aprobadas por el rey en 1737. En el siglo XVIII se crearon los fueros de hacienda, militar y naval. Y además de otros organismos o autoridades con poderes jurisdiccionales, existieron siempre los tribunales eclesiásticos que han de mencionarse en el nº 25.

25. *La Iglesia.* — La organización eclesiástica de España se había ido perfeccionando a lo largo de la Edad Media, gracias a

[25] La *Nov. Rec.*, XI.iv.9, reproduciendo leyes mucho más antiguas, enumera los casos de corte de la siguiente manera: "muerte segura; muger forzada; tregua quebrantada; casa quemada; camino quebrantado; traición, aleve; riepto, pleito de viudas, y huérfanos, y personas miserables; ó contra Corregidor ó Alcalde ordinario, ó otro Oficial del tal lugar, y sobre caso en que pueda ser convenido durante el tiempo de su oficio".

la decidida protección de los reinos cristianos y a la influencia que los diocesanos y clérigos ejercieron sobre la sociedad y sobre los gobernantes en esa época. La subordinación al Sumo Pontífice se afianzó en los últimos tiempos medievales, y lo mismo ocurrió con la disciplina religiosa del clero regular y secular. La Reforma de Lutero encontró a la Iglesia española firmemente unida a Roma, y ésta fué la política que abrazaron los reyes católicos y sus sucesores. Carlos V y Felipe II, especialmente, fueron los campeones del catolicismo en su lucha contra los protestantes en Europa, y trataron de asegurar al mismo tiempo la Reforma Católica que se impuso con el Concilio de Trento (1545-1563).

Esta ayuda y protección a la Iglesia vino acompañada, sin embargo, por una tendencia a dominarla, la cual se puso en evidencia no solo en España sino también en Roma, mediante los intentos destinados a orientar la política internacional y religiosa del Pontificado. En lo que a España se refiere, desde fines de la Edad Media aparece el *regalismo,* o sea la tendencia que aspira a intervenir en todos los problemas religiosos y se interpone en las relaciones normales de Roma con sus fieles, hasta crear una cierta autonomía de la Iglesia en España. Así surgen los recursos de fuerza destinados a controlar el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica y el pase regio, o *exequátur,* con el cual el Consejo de Castilla concede o niega la ejecución de las bulas y breves pontificios [26].

Los reyes sucesivos defienden siempre con tenacidad estas *regalías,* entre las cuales colocaron también la facultad de proponer al Papa los candidatos destinados a llenar las vacantes eclesiásticas [27]. Y estas regalías eran consideradas como derechos emergentes de la potestad política, es decir, como un derecho propio a intervenir en el gobierno de la Iglesia y en las cuestiones relacionadas con la disciplina religiosa, regulando también las relaciones de ella con su jefe visible, el representante de Cristo.

Es cierto que en la época de los austrias ese intervencionismo del Estado en las cuestiones eclesiásticas tuvo un sentido eminentemente religioso, porque estaba inspirado por un profundo espíritu católico y porque pretendía mejorar la organización de la

[26] *Nov. Rec.*, II.iii.2 (1500).
[27] "Por derecho y antigua costumbre, y justos títulos, y concesiones Apostólicas somos Patrón de todas las Iglesias catedrales de estos reynos, y nos pertenece la presentación de los Arzobispados y Obispados, y Prelacías y Abadías" (*Nov. Rec.*, I.xvii.4: 1565).

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Iglesia y difundir sus doctrinas. Hubo entonces una absoluta coincidencia entre los fines del Estado y de la religión católica. Pero esta actitud cambia con los borbones, que acentúan ese regalismo para utilizar a la Iglesia como un instrumento de su política.

La oposición del Papa al advenimiento de Felipe V al trono español originó una interrupción de las relaciones con Roma. Después de largas negociaciones, se llegó en definitiva al *Concordato* del 11 de enero de 1753 en el cual la Santa Sede, reservándose la provisión de 52 beneficios, otorgó los restantes en patronato a los reyes autorizándolos para presentar candidatos [28]. Quince años después se reglamentó minuciosamente el *pase regio*, determinando que debían presentarse al Consejo de Castilla "todas las Bulas, Breves, rescriptos y despachos de la Curia Romana que contuvieren ley, regla u observancia general" [29]. Otras disposiciones contribuyeron a limitar la jurisdicción eclesiástica, la libertad de enseñanza y la autonomía financiera de la Iglesia, privando a ésta de su necesaria independencia y de la libre comunicación con Roma.

Parte importante en esa política fué también la existencia del tribunal de la Nunciatura, establecido por el Papa en 1537 para evitar que las apelaciones en los juicios eclesiásticos tuvieran que ir a Roma. Felipe V lo suprimió en 1709; volvió a establecerse en 1737, y en 1771 quedó transformado en el tribunal de la Rota, constituido por seis jueces españoles nombrados por la Santa Sede a propuesta del rey [30].

Este tribunal entendía, por vía de apelación, en las sentencias pronunciadas por los ordinarios (arzobispos y obispos) en las causas de jurisdicción eclesiástica. Eran éstas todas aquellas en que intervenía un clérigo como demandado, las que interesaban a las iglesias y conventos, y las derivadas de la administración de los sacramentos [31]. Entre estas últimas el matrimonio, con todas sus dependencias (esponsales, disenso, nulidad, divorcio, tenencia de hijos, alimentos, etc.), competía a los ordinarios. Pero a fines del siglo XVIII y principios del XIX se restringió esta amplia jurisdicción con respecto a ciertas causas.

Si los jueces eclesiásticos excedían sus facultades entendiendo en casos que no eran de su competencia, o dejando de cumplir las

28 *Nov. Rec.*, I.xviii.1.
29 Pragmática de junio 16 de 1768, en *Nov. Rec.*, II.iii.9.
30 *Nov. Rec.*, II.v.1.
31 *Partida* 1ª.vi.56 y 57.

normas procesales, o no concediendo las apelaciones, los interesados podían entablar un *recurso de fuerza* ante la audiencia, la chancillería o el Consejo —según la naturaleza del asunto— para que estos organismos restablecieran el imperio de la legalidad [32].

El *tribunal del Santo Oficio*, o Inquisición, fué creado por los reyes católicos en 1480, en virtud de la autorización conferida por el Papa, a fin de que sus miembros investigaran y castigaran a los herejes y a otros enemigos de la fe. Fué un organismo que contribuyó en gran medida a mantener la unidad religiosa, pero en el siglo XVIII su actividad disminuye y entra en decadencia.

26. *La organización social.* — La sociedad española, durante la Edad Moderna, estaba formada por clases jerárquicamente divididas que tenían diferentes situaciones jurídicas. Había también, en la legislación, reglas especiales para algunas razas o nacionalidades, así como para los extranjeros.

La nobleza era la clase superior, integrada por los Grandes de España, los que tenían títulos nobiliarios —duques, marqueses

El *clero* formaba también un grupo social numeroso y privilegios que habían adquirido durante la Edad Media fueron paulatinamente desapareciendo, gracias a la política real que por un lado trató de limitar su influencia y por el otro de atraerla hacia la corte para convertirla en palaciega. No obstante, subsistieron en muchas partes los señoríos, las grandes extensiones de tierras inmunes, los privilegios jurisdiccionales, las exenciones impositivas y los mayorazgos. Este último derecho, que consiste en trasmitir la propiedad territorial al primogénito obligándolo a conservar los bienes vinculados, mantuvo la pujanza económica de la nobleza pero creó, al mismo tiempo, una clase numerosa de segundones nobles privados de bienes inmuebles que tuvo que dedicarse a la carrera eclesiástica o a la militar.

El clero formaba también un grupo social numeroso y privilegiado. El prestigio de la Iglesia determinó un aumento considerable en la cantidad de religiosos, conventos y propiedades eclesiásticas. La misma abundancia de sacerdotes les permitió dedicarse con empeño y eficacia a las tareas de gobierno, culturales y literarias, en las cuales se destacaron extraordinariamente. Tuvieron también, en gran medida, el monopolio de la enseñanza en todos sus grados, y en esta obra educacional sobresalió la nueva

32 *Nov. Rec.*, II.ii.1 y sig.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Compañía de Jesús, fundada por San Ignacio de Loyola en 1537 y expulsada de todos los reinos por Carlos III en 1767. En el siglo XVI hubo además un movimiento místico —Santa Teresa de Jesús, San Juan de la Cruz, etc.— que alcanzó insuperadas alturas.

Los vecinos de las ciudades —burgueses— lograron prosperar al amparo de sus privilegios. Hubo así una aristocracia municipal afirmada en su riqueza o en su cultura, que aspiraba a imitar y a identificarse con la nobleza. Entre ella se reclutó gran parte de la clase dirigente —letrados, funcionarios, militares, etc.—, la cual tuvo un indiscutido predominio en el gobierno. Dentro de las ciudades actuaban asimismo los artesanos y los pequeños comerciantes que se reunían en gremios —formados por los maestros y los aprendices— con estatutos propios y una organización exclusiva.

La población rural obtuvo poco a poco una creciente libertad, desapareciendo la servidumbre y el vasallaje. Pero esta clase, que formaba la parte más numerosa de la población, continuó siempre sometida a una condición inferior tanto desde el punto de vista cultural como en el aspecto económico. Subsistieron también los esclavos —moros, negros, etc.—, aunque cada vez en menor número.

Los judíos, cuya prosperidad les atrae muchos odios, son expulsados de Castilla y Aragón en 1492, siguiendo la política de unidad religiosa de los reyes. No todos salieron, sin embargo, y algunos se convirtieron sincera o simuladamente, pero la desconfianza popular se mantuvo siempre contra ellos.

Algo análogo ocurrió con *los moros,* muy numerosos en el sud de España. Los mudéjares se bautizaron en 1528 convirtiéndose en moriscos, pero sin mezclarse con los cristianos y sublevándose a veces. En 1608-1610 fueron expulsados de la mayor parte de España, y en 1712 se repitió esa medida con los que quedaban o habían vuelto a la península.

Entre los mismos españoles de los distintos reinos había diferencias jurídicas. En varios de ellos los cargos públicos debían ser exclusivamente desempeñados por naturales, es decir, por nacidos en el lugar o domiciliados durante diez años en él. En cuanto a los extranjeros, se procuró siempre fomentar el establecimiento de los que eran católicos, acordándoles franquicias y permitiéndoles ejercer el comercio.

27. *La estructura económica.* — A fines del siglo XV España era un país relativamente pobre, poblado por unos siete millones de habitantes que se dedicaban a la agricultura, la ganadería y la fabricación de artículos manufacturados.

La conquista de América produjo graves perturbaciones económicas, no solo en la península sino también en todo el occidente europeo. Se ha calculado que entre 1509 y 1660 llegaron del Nuevo Mundo entre 180 y 200 toneladas de oro y 18.000 de plata (extraídas principalmente del cerro de Potosí), que decuplicaron las existencias metálicas del viejo continente. Esta abundancia de moneda, que a través de Sevilla se desparramaba por España y las demás naciones, determinó una inflación considerable. Al par que disminuía el poder adquisitivo del dinero se produjo el alza correlativa de los precios y el empobrecimiento de los asalariados y de quienes tenían rentas fijas. La agricultura y las industrias españolas decayeron a lo largo de los siglos XVI y XVII, no sólo por efecto de esas perturbaciones económicas, sino también por la emigración de unos cien mil habitantes al Nuevo Mundo, la expulsión de los judíos y de los moros, los crecientes impuestos necesarios para sostener la defensa del imperio constantemente amenazado, y la política de depreciación monetaria que comienza a fines del siglo XVI.

No obstante los esfuerzos que se realizaban para conservar el metálico americano —símbolo de una riqueza aparente— la moneda afluía a las demás naciones. España no estaba en condiciones financieras e industriales para mantener el creciente desarrollo económico a que la obligaban sus propias conquistas. Sus productos no eran suficientes para abastecer el mercado interno, y mucho menos podían satisfacer las demandas de las Indias. Fué así como la mayor parte del tráfico ultramarino fué pasando a manos extranjeras. Los comerciantes sevillanos se convirtieron en simples intermediarios que compraban mercaderías francesas, italianas y de otras procedencias, y las pagaban con el metálico americano que así se difundía por toda Europa. Al mismo tiempo, los holandeses, ingleses y portugueses realizaban, cada vez en mayor escala, un tráfico directo con las Indias que les reportaba inmensos beneficios.

Las medidas legales tomadas para impedir esos resultados no fueron eficaces. España adoptó, en los siglos XVI y XVII, una política económica que ha sido calificada de mercantilismo metalista, porque su finalidad principal consistía en tratar de impedir la evasión de la moneda. Queriendo conservar ese precioso elemento se prohibió la exportación del oro y de la plata, se estableció un riguroso monopolio del tráfico indiano a través de Sevilla, y se procuró también impedir la importación de muchos artículos y mercaderías a fin de proteger la industria nacional. Pero todo

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

ello no evitó la decadencia económica de España, que se fué acentuando a lo largo del siglo XVII.

Ese proteccionismo, sin embargo, respondía en cierta medida a las ideas imperantes y a la política que habían adoptado contemporáneamente otras naciones. El mercantilismo, que predomina hasta mediados del siglo XVIII, era más un sistema que una doctrina. Su objetivo consistía en asegurar la prosperidad de los Estados acumulando el dinero, fuente a su vez del desarrollo industrial y mercantil. La abundancia de moneda se consideró entonces como el fin primordial de la política económica. Para conseguirla era necesario asegurar una balanza de comercio favorable fomentando las exportaciones y restringiendo las compras del exterior. Este régimen debía, además, ir acompañado por un monopolio del tráfico con las colonias, consideradas generalmente como territorios que estaban destinados a ser explotados en beneficio exclusivo de la metrópoli.

España se limitó a aplicar esos principios, mientras Francia e Inglaterra los completaban tratando de desarrollar respectivamente sus industrias y su comercio. Así, frente al mercantilismo metalista de aquélla, puede hablarse de un mercantilismo industrial y mercantil de estas naciones, que lograron desarrollar unas fuentes de recursos que España no estaba en condiciones de obtener.

En España eran libres el comercio y la entrada y salida de mercaderes de todas las naciones no enemigas [33], pero hubo múltiples prohibiciones de importar productos y manufacturas extranjeras que podían competir con los nacionales [34]. A la inversa, se dictaron numerosas normas destinadas a evitar la salida del oro y de la plata, salvo con licencia real para adquirir mercaderías en el exterior [35], y asimismo la exportación de ganado y cereales, seda, lanas y otras materias primas [36].

Durante el siglo XVIII se produce una reacción que permite mejorar el estado económico de España. No obstante su derrota en la guerra de sucesión (1701-12), de inmediato comienzan a ensayarse distintas reformas tendientes a sacar al imperio del letargo en que yacía. Imitando concientemente a las demás naciones que habían alcanzado tanta preponderancia, la nueva monarquía borbónica se preocupó de ampliar el comercio, de organizar la marina y de promover la agricultura. Aun cuando estos resultados no se

[33] *Nov. Rec.*, IX.iv.1 (1449).
[34] Id., IX.xi.9 y sig.
[35] Id., IX.xiii.1 y sig.
[36] Id., IX.xiv a xvi.

alcanzaron de inmediato, en la segunda mitad del siglo —y especialmente durante el reinado de Carlos III— se procura acelerar esa evolución favorable mediante la liberación del comercio marítimo (en 1765 se habilitan nuevos puertos para el tráfico exterior, suprimiendo el monopolio del comercio indiano); el fomento de las fábricas concediéndoles privilegios y exenciones de impuestos; la elevación social de los artesanos; el progreso de la agricultura; y la difusión de un ideario que daba fundamental importancia a los adelantos en la educación popular, el intercambio económico y la producción en sus distintas ramas.

Estas reformas, que alcanzaron buenos resultados en general, respondían también a los nuevos criterios doctrinarios que se estaban imponiendo contemporáneamente en Europa. El antiguo mercantilismo, que sostenía un sistema económico nacional y monopolista, fué reemplazado primero por los fisiócratas que identificaban riqueza y producción (especialmente agrícola), y luego por el liberalismo de Adam Smith, que afirmaba la necesidad de eliminar las trabas impuestas a la vida económica para que ésta se fuera desarrollando libremente por sus cauces naturales. De ahí la nueva prédica en favor de un librecambio que reemplazara el antiguo proteccionismo, y hacia la supresión de los impuestos y reglamentos que dificultaban o entorpecían el comercio internacional.

España, desde mediados del siglo XVIII, fué adoptando esas ideas con las cuales creía poder superar su atraso económico. En 1778 estableció un régimen de libre comercio con las Indias, aunque en navíos nacionales (es decir, españoles), y más adelante autorizó el tráfico directo con potencias neutrales. Pero los acontecimientos políticos y militares impidieron que las últimas reformas produjeran todos los buenos resultados que de ellas se esperaban. La revolución francesa y las guerras contra Inglaterra condujeron al desastre de Trafalgar (octubre de 1805), en el cual quedó destruida la escuadra franco-española. Después vinieron el bloqueo continental de Napoleón y la invasión a la península. Todos estos acontecimientos iban a determinar el aislamiento de España y la paralización de sus comunicaciones regulares con sus dominios de ultramar.

BIBLIOGRAFIA

Las instituciones de la Edad Media están extensamente tratadas en los libros ya citados de ALFONSO GARCÍA GALLO y en los de SALVADOR MINGUIJÓN ADRIÁN, *Historia del derecho español*, 2ª ed., Barcelona, 1933 (Colección La-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

bor, nº 131-132), y JOSÉ MARÍA FONT RIUS, *Instituciones medievales españolas*, Madrid, 1949.

Con menor extensión que la acordada a los períodos anteriores, las instituciones de la Edad Moderna están expuestas en los mismos libros de GARCÍA GALLO y MINGUIJÓN ADRIÁN. Pueden consultarse además: G. DESDEVIZES DU DEZERT, *L'Espagne de l'ancien régime, Les institutions*, París, 1899; MANUEL DANVILA Y COLLADO, *El poder civil en España*, vols. III y IV, Madrid, 1885-6 y RAFAEL ALTAMIRA Y CREVEA, *Historia de España y de la civilización española*, tomos III y IV, Barcelona, 1911.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO INDIANO

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

CAPÍTULO CUARTO

EVOLUCION HISTORICA

28. *El descubrimiento de América.* — La empresa de Colón fué el resultado de múltiples factores que coincidieron á fines del siglo XV para orientar por rumbos hasta entonces ignorados los afanes europeos. Por un lado la conquista de Constantinopla por los turcos (1453) había cerrado la comunicación directa entre el Mediterráneo y los países del Asia. Por el otro, los progresos de la navegación por el Atlántico permitieron a los portugueses ir avanzando a lo largo de la costa occidental de Africa hasta encontrar, en 1488, el cabo de Buena Esperanza. Y esta hazaña abría perspectivas extraordinarias a los esforzados marinos, cuyo objetivo era llegar a las fabulosas regiones de la India, China y Japón.

Otro camino había, según la creencia de la época, para alcanzar esa meta. Era seguir por el Atlántico con rumbo al occidente, a través de un inmenso océano de peligroso recorrido. Algunos geógrafos, calculando mal el tamaño de nuestro planeta, creían que entre Europa y Asia solo había una distancia relativamente corta. Cristóbal Colón participaba de estas ideas, y sobre esa base proyectó lo que iba a dar como resultado el descubrimiento de un continente que se interponía entre ambas.

El marino genovés —nacido en 1451— logró después de muchas gestiones el apoyo y la ayuda de los reyes católicos Fernando e Isabel. En el campo de Santa Fe, próximo a Granada que se había rendido pocos meses antes, se firmaron las capitulaciones del 17 de abril de 1492. En ellas, y en el título expedido el 30 de abril, los reyes otorgaron a Colón el rango de Almirante de las islas y tierra firme que descubriera, así como el cargo de Virrey y Gobernador de ellas, facultándolo para trasmitir tales oficios a sus descendientes [1].

1 Estos documentos han sido publicados muchas veces, y recientemente

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Munido de esos títulos, el 3 de agosto de 1492 Colón emprendió su famoso viaje en el cual, luego de recalar en las Canarias, siguió rumbo hacia el oeste descubriendo varias islas del archipiélago de las Bahamas, así como las de Cuba y la Española (hoy SantoDomingo), llegando de regreso a Europa en marzo de 1493.

Al tener conocimiento del viaje y de las tierras y gentes extraordinarias que Colón había encontrado, los reyes católicos pensaron inmediatamente en asegurarse la exclusividad del descubrimiento. El derecho público de la época asignaba al Sumo Pontífice, como árbitro y defensor del orden universal, la facultad de disponer de los territorios ocupados por infieles para atribuirlos en plena soberanía a algún príncipe cristiano. Este poder había sido ejercido en varias oportunidades, concediendo, por ejemplo, la isla de Irlanda al rey de Inglaterra (1155), las Canarias a un príncipe español (1344), y las costas de Guinea a los monarcas portugueses (1455, 1456 y 1481). En este último caso el Pontífice había confirmado el convenio celebrado en Alcaçobas por los reyes de Castilla y Portugal (1479), en el cual quedó resuelto que los lusitanos tendrían la costa africana al sud del paralelo de las Canarias, mientras estas islas continuarían siendo de Castilla.

De acuerdo con esos precedentes, Fernando e Isabel pidieron al Papa Alejandro VI que les concediera el dominio de las tierras nuevamente descubiertas. Y en efecto el Pontífice expidió el 3 de mayo de 1493 la primera bula *Inter caetera*, en la cual, teniendo en cuenta el propósito de los reyes de difundir el catolicismo en esas regiones, les otorgaba todas las islas y tierras "que no se hallen sujetas al dominio actual de algunos Señores cristianos... con plena y libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción".

La falta de precisión geográfica de esta donación, y los reclamos que el rey de Portugal ya había insinuado (invocando sin duda el tratado de Alcaçobas), determinaron el envío de una nueva embajada a Roma. El Papa expidió entonces una segunda bula *Inter caetera* el 28 de junio de 1493 (antidatada al 4 de mayo), haciendo donación de las tierras que se encontraran al oeste de una línea imaginaria ubicada a cien leguas al occidente de las islas Azores o del Cabo Verde. Y el 3 de septiembre del mismo año la bula *Eximiae devotionis* otorgaba a los monarcas españoles privilegios análogos a los que anteriormente habían sido concedidos a los portugueses con respecto a Guinea.

No cejaron los lusitanos en su empeño por obtener alguna parte del descubrimiento, y luego de empeñosas gestiones diplo-

en ALFONSO GARCÍA GALLO, *Los orígenes de la administración territorial de las Indias*, 94-99, Madrid, 1944.

máticas consiguieron, mediante el tratado de Tordesillas (7 de junio de 1494), que la línea señalada por el Papa se corriera a 370 leguas al oeste de las islas del Cabo Verde, quedando para Castilla lo que hubiera al occidente y para Portugal las tierras ubicadas al este de la misma. Esa línea, así modificada, venía a cortar el continente sudamericano por el meridiano 47° 31′ al oeste de Greenwich, con lo cual la parte oriental del Brasil iba a quedar bajo el dominio portugués [2].

29. *El desarrollo de la conquista.* — Las expediciones descubridoras continuaron, a fines del siglo XV, explorando las islas del Caribe y las costas del continente próximo. Colón realizó tres viajes más antes de su muerte, ocurrida en 1506, pero perdió bien pronto la exclusividad de las navegaciones y del gobierno de las nuevas tierras. Entre 1499 y 1502 otros marinos llegaron a la parte norte de Sudamérica, descubriendo sus costas. Entre estos "viajes menores" sobresalen los de Alonso de Ojeda, Vicente Yáñez Pinzón y Diego de Lepe, que exploraron las costas septentrionales del Brasil, las Guayanas y Venezuela.

El rey de Portugal, mientras tanto, continuaba los viajes alrededor del Africa. En 1498 Vasco de Gama llegó a la India por ese camino, y dos años después se encomendó a Pedro Alvarez Cabral que repitiera el mismo derrotero con una expedición numerosa. Para evitar las calmas equinocciales se le dieron instrucciones de apartarse lo más posible del Africa, y así fué como el 22 de abril de 1500 descubrió la costa oriental del Brasil. Este litoral fue luego explorado en 1501 por Américo Vespucio —embarcado en una flota cuyo capitán no es conocido—, que además sostuvo en sus cartas haber llegado mucho más al sud.

La isla Española (Santo Domingo) se había convertido en el centro de la colonización hispánica. De allí partieron diversas expediciones que sucesivamente descubrieron la América Central y parte de la del Norte, sin hallar ningún paso que comunicara con el Asia. En 1513 Vasco Núñez de Balboa cruzó el istmo de Panamá encontrando el océano Pacífico, con lo cual se afirmó definitivamente la creencia de que estas tierras eran otro continente. Un geógrafo europeo, por lo demás, ya lo había llamado América, creyendo que Vespucio había explorado la mayor parte de su litoral.

La existencia de esa gran masa continental y el deseo de llegar a las regiones del Asia obligaron a buscar por el sud el derro-

2 Las bulas y el tratado pueden verse en el libro de MANUEL GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, citado al final del próximo capítulo.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

tero que permitiera esa navegación. Y éste fué el objetivo que tuvieron durante un tiempo los viajes españoles. Juan Díaz de Solís llegó al río de la Plata en 1516; Hernando de Magallanes inició el gran periplo que por vez primera dio la vuelta al mundo (1519-1522); García Jofré de Loaysa se dirigió también a las Molucas; e idéntico destino tuvieron las expediciones de Sebastián Caboto y Diego García de Moguer (1526-30), que sin embargo se internaron en el litoral platense, explorando el río Paraná y recibiendo de los indios la noticia de que existía una zona gobernada por un rey blanco, en la cual abundaban los metales preciosos. De ahí el nombre de río de la Plata, que desde entonces sirvió para designar al que antes era río de Solís.

Otras conquistas, mucho más importantes, jalonaban los éxitos españoles en América. Hasta entonces solo se habían encontrado indios muy primitivos y salvajes, que solo tenían un grado muy rudimentario de civilización. Pero las expediciones de Hernán Cortés (1519) y de Francisco Pizarro (1532) encontraron pueblos como los aztecas y los incas, con una cultura avanzada y dominando regiones de grandes riquezas. Méjico y el Perú se convirtieron bien pronto en virreinatos (1535 y 1542, respectivamente), desde donde irradiaron nuevas empresas de descubrimiento y ocupación por parte de los españoles.

La conquista del Perú y de sus fabulosos tesoros, así como la existencia de un río de la Plata que auguraba ingentes beneficios, determinaron a Carlos V a enviar nuevas expediciones a territorios que hasta entonces apenas eran conocidos, dividiendo al mismo tiempo las futuras conquistas. En mayo de 1534 el emperador repartió el continente sudamericano en cuatro grandes regiones que concedió a Francisco Pizarro, Diego de Almagro, Pedro de Mendoza y Simón de Alcazaba. Al tercero le correspondió la zona limitada por ambos océanos y por los paralelos 25° 31′ y 36° y 57′, cuyo centro era el río de la Plata.

Don Pedro de Mendoza, con los títulos de adelantado, gobernador y capitán general de los territorios que le habían correspondido, llegó a su destino en enero de 1536 al frente de una numerosa expedición, y luego de instalarse en el lugar que llamó puerto de Buenos Aires, envió a otros capitanes para explorar los ríos interiores. Pero la enfermedad que lo aquejaba lo obligó a regresar a España, muriendo en el viaje. Quedó a cargo de la gobernación Domingo Martínez de Irala, cuya autoridad reconocieron los pobladores.

Desde 1541 la conquista rioplatense se concentró en la ciudad de la Asunción, considerada el lugar más adecuado por la amistad de los indios que allí vivían y porque estaba más próxima a

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

las regiones ricas en minerales. Pero la búsqueda de éstos, aun cuando dió lugar a varias expediciones, no alcanzó los resultados pretendidos. Cuando en 1548 llegaron algunos a la zona que ya se llamaba la provincia de Charcas, en el Alto Perú, se encontraron con otros españoles que los habían precedido y que también estaban explotando el cerro de Potosí.

La gobernación rioplatense tuvo que continuar manteniendo una existencia sin muchas esperanzas. Se sucedieron los adelantados —Alvar Núñez Cabeza de Vaca entre 1542 y 1544, y más tarde Juan Ortiz de Zárate en 1575-76— y los mandatarios de menor jerarquía, algunos de los cuales llegaron al poder como resultado de una revuelta, o utilizando la real cédula de septiembre 12 de 1537 que autorizó a los pobladores a elegir gobernador cuando este cargo estuviera vacante.

Los paraguayos, entre tanto, procuraban salir de su aislamiento fundando poblaciones hacia el oeste —para comunicarse con el Alto Perú— y hacia el oriente, pretendiendo llegar hasta el litoral atlántico. Fruto de esta orientación fueron las ciudades de Villarica y Ciudad Real, situadas cerca del alto Paraná.

Pero con el nombramiento de Ortiz de Zárate, que era un poblador altoperuano, se impusieron las tendencias que aspiraban a comunicar a esa región directamente con Europa, a través de un puerto en el río de la Plata. Juan de Garay fundó en 1573 la ciudad de Santa Fe y más tarde, en 1580, la de La Trinidad, puerto de Santa María de los Buenos Aires, en un lugar adecuado para servir de escala fluvial en el tránsito al Paraguay, y de puerto de embarque para las regiones del interior. En 1585 se estableció Concepción de Nuestra Señora, en el Chaco, y luego el nuevo adelantado Juan Torres de Vera y Aragón fundaba la ciudad de Vera, "en el sitio que llaman de las siete corrientes" (1588).

Mientras tanto se desarrollaba una empresa análoga en la provincia del Tucumán. El presidente de la audiencia de Lima, licenciado Pedro de la Gasca, que entonces gobernaba el Perú, nombró a Juan Núñez de Prado capitán y justicia mayor de "la provincia que se llama en lengua de yndios tucuman" (junio 19 de 1549). En el otoño de 1550 éste fundó la ciudad del Barco, pero casi de inmediato los conquistadores chilenos la sometieron a su dominio, y fueron ellos los que establecieron a Santiago del Estero en 1553, y a otras ciudades que los indios obligaron a abandonar. Sin embargo, la mayor facilidad de las comunicaciones con el Alto Perú determinó al rey a ampliar el distrito de la audiencia de Charcas, creando simultáneamente la gobernación del Tucumán (agosto 29 de 1563). Bajo esta nueva dirección, y

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

la de los virreyes del Perú, los mandatarios del Tucumán fundaron sucesivamente las ciudades de San Miguel (1565), Nuestra Señora de Talavera o Esteco (1567), Córdoba (1573), Lerma, en el valle de Salta (1582), Nueva Madrid (1591), Todos los Santos de la Nueva Rioja (1592) y San Salvador de Velazco, en el valle de Jujuy (1593).

Tanto esta última provincia como la del Río de la Plata —que entonces comprendía también el Paraguay y vastísimas regiones no ocupadas— quedaron sometidas en lo judicial a la audiencia de Charcas y en lo político al virrey del Perú (febrero 15 de 1567). Las dos fueron provincias menores presididas por un gobernador y capitán general (en el Río de la Plata desde 1593), que era nombrado por el monarca e interinamente por el virrey, y que a su vez designaba tenientes de gobernador para actuar en las ciudades subalternas. En todas ellas, además, se constituyeron los respectivos cabildos en el acto de la fundación, quedando así organizado un sistema político y administrativo que iba a perdurar con ligeras variantes hasta la creación del virreinato en 1776. Además, la provincia del Río de la Plata, debido a su enorme extensión, fué dividida en dos: la del Paraguay (o Guayrá), y la que siguió llamándose del Río de la Plata (diciembre 16 de 1617). Esta última comprendía todo el litoral actualmente argentino, la Banda Oriental y demás territorios que lindaban hacia el norte con el Brasil, así como una parte de la Patagonia oriental.

La región de Cuyo también fue ocupada por los españoles. En 1561 y 1562 se fundaron las ciudades de Mendoza y San Juan de la Frontera por conquistadores oriundos de Chile, quedando poco después formado un corregimiento que integraba la gobernación trasandina. En 1594 quedó además instalada la ciudad de San Luis de Loyola.

El territorio que hoy forma la República Argentina estuvo dividido, por consiguiente, en tres grandes distritos que fueron el Río de la Plata, el Tucumán y Cuyo. Los dos primeros eran gobernaciones dependientes del virreinato del Perú, y el último un corregimiento que integraba la gobernación chilena. La Patagonia y la Tierra del Fuego no llegaron a ser ocupadas definitivamente, a pesar de que en el siglo XVI se hicieron varias tentativas para establecer poblaciones en ellas. Pero a fines del siglo XVIII se fundaron algunas colonias en puertos patagónicos.

30. *La organización de las nuevas comunidades.* — Esa conquista y la fundación de las ciudades y de las provincias no se habían realizado sin vencer enormes dificultades derivadas del medio geográfico, de las distancias, de la falta de elementos de toda índole y de la hostilidad de muchas tribus. Tampoco el establecimiento de esas ciudades significó el término final de esas luchas heroicas y de la portentosa hazaña que se llevó a cabo para dejar plantada en estas tierras, definitivamente, la semilla de la cultura occidental y católica.

Al mismo tiempo que concluía en nuestro territorio el período álgido de la conquista, comenzaba la decadencia de España. El ímpetu imperial se paraliza entonces (desde fines del siglo XVI), y la expansión americana queda igualmente detenida. Fue preciso organizar estas nuevas sociedades con los elementos y recursos existentes, sin recibir otra ayuda que la muy escasa que podía suministrar la metrópoli. España se limitó —en lo que a nuestras tierras se refiere— a orientar la solución de los problemas locales mediante las normas jurídicas que iba sancionando y el envío de gobernantes destinados a imponer su cumplimiento.

Frente al cuadro religioso, social, político y económico que presentaban estas provincias a fines del siglo XVI cabe destacar, por la importancia que entonces tuvieron, los problemas relativos a la organización de los grupos sociales y raciales. Además de la situación de los blancos y mestizos, se planteaba también la de los indígenas, sometidos unos a la dominación hispánica y a la encomienda, incorporados otros al sistema de las misiones, o resistiendo con tenacidad en extensas regiones la penetración blanca. El esfuerzo conjunto de las autoridades y de los pobladores permitió ir resolviendo —aunque a veces solo en forma parcial— las dificultades derivadas de todos esos problemas tan dispares, hasta alcanzar en la época del virreinato una relativa estabilidad y muchas posibilidades de adelanto.

Las quince ciudades que habían quedado instaladas en nuestro territorio estaban pobladas por pequeños grupos de españoles y también —sobre todo en el litoral— por criollos y mestizos nacidos en América. Los trabajos realizados por todos ellos fueron premiados por las autoridades repartiendo, según su respectiva condición e importancia, las tierras incultas y las encomiendas de indios. Convertidos en propietarios y en poseedores del único caudal apetecido entonces —la mano de obra indígena— esos primeros pobladores alcanzaron la categoría de vecinos, mediante la cual podían aspirar al desempeño de cargos en los cabildos. Se formó así una primitiva aristocracia municipal que se apoyaba en los servicios prestados a la corona y que, a su vez, quedaba obligada a defender la tierra contra los ataques de enemigos. La legislación amparó a ese grupo superior acordándole la preferencia en los repartos de tierras y de encomiendas, así como en las designaciones para el ejercicio de cargos públicos.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Más tarde, ya en el siglo XVII, se produce una relativa diferenciación dentro de esa categoría social. Los funcionarios y los sacerdotes tienen un estatuto jurídico muy distinto, porque no pueden ser propietarios ni encomenderos, y por lo tanto no integran el cabildo de cada ciudad. Pero los tres grupos ejercitan realmente funciones directivas que los sitúan en posición dominante. Los funcionarios, generalmente oriundos de otras regiones y sobre todo de España, desempeñan el mando político y militar, las magistraturas superiores y el manejo de las finanzas; el clero organiza la vida religiosa, la enseñanza y la evangelización de los indios; y los vecinos dirigen la actividad económica y social.

De esta manera se forman, en cada provincia y en cada ciudad, verdaderos estamentos sociales que manejan efectivamente los diversos aspectos de la vida comunitaria. Y como son los únicos que están organizados y cuentan con sus propios medios de expresión, constituyen a la vez tres grupos que pueden oponerse recíprocamente unos a otros, elevar peticiones a las más altas autoridades e influir así en el gobierno de todo el conjunto.

En el siglo XVIII cambia el fundamento del cual deriva el predominio de aquella primitiva aristocracia. Los principales vecinos ya no son los descendientes de los que han prestado servicios a la corona en la conquista, sino los que tienen mayor fortuna y más puro linaje. La limpieza de sangre —que excluye a los que tienen origen ilegítimo y mezcla de raza negra— se convierte en el elemento básico de toda ascensión social, que además requiere cierta riqueza derivada de la propiedad inmobiliaria o del comercio. El siglo XVIII acentúa las diferencias sociales y raciales que hasta entonces no se habían manifestado con tanta intensidad. Los mestizos con elevada proporción de sangre indígena y todos los demás productos de origen total o parcialmente negro quedan excluidos de las categorías superiores que ejercen una dirección exclusiva.

La sociedad colonial, por consiguiente, se organiza imitando en cierta medida las diferencias de la Europa contemporánea, y destacando la separación entre los grupos superiores e inferiores. Era una sociedad estamental en sus elementos directivos, divididos en tres núcleos con derechos, funciones y deberes distintos. Y era una sociedad jerárquica en su conjunto, porque existían grupos totalmente subordinados que no intervenían en modo alguno en la dirección de toda la comunidad.

Esos elementos subordinados fueron los indios, los mestizos y los negros. Los primeros y los últimos tuvieron estatutos jurídicos especiales, al par que los demás productos de las mezclas de razas quedaron sometidos a numerosas incapacidades. Tales limitaciones de hecho y de derecho fueron consideradas entonces indispensables para mantener el predominio de los blancos y con él la continuidad de la empresa colonizadora. De otro modo estas sociedades, libradas a las tendencias regresivas de sus elementos menos cultos, no habrían podido desarrollarse y mantener la civilización que se habían propuesto implantar.

31. *Los indios encomendados.* — El problema de los aborígenes venía planteándose desde los orígenes de la conquista. Se trataba de saber, ante todo, si los indios podían o no ser sometidos a la esclavitud, y luego si los españoles podían utilizar compulsivamente su trabajo. Ambas cuestiones estaban estrechamente vinculadas con la obligación de propagar entre ellos la religión católica, incorporándolos también progresivamente a la vida civilizada.

La condición del indio americano dio lugar a grandes debates doctrinarios (ver infra, n 90), pero bien pronto se resolvió el asunto con un sentido cristiano. La reina Isabel, advertida de que en España se habían vendido como esclavos algunos indígenas llevados por Colón, ordenó ponerlos en libertad[3], anticipándose así a lo que doce años después decidiría la junta de teólogos y juristas reunida en Burgos, que categóricamente afirmó que "los indios son libres"[4]. Finalmente, el Papa Paulo III declaró que los indios, "aunque estén fuera de la fe de Cristo, no están privados, ni deben serlo de su libertad, ni del dominio de sus bienes, y que no deben ser reducidos a servidumbre", insistiendo por el contrario en que fueran atraídos a la religión "con la predicación de la palabra divina y con el ejemplo de la buena vida"[5].

Sin embargo, como era necesario mantener una cierta subordinación de los indios, a principios del XVI se creó en el Caribe la institución de la encomienda. Esta consistía en el reparto de grupos de indígenas a los principales conquistadores, a fin de que éstos los educaran y defendieran, cobrando por ese servicio el tributo que los naturales debían al rey en señal de vasallaje. Pero en vez de percibir este tributo en dinero o en especies, los encomenderos prefirieron hacer trabajar a los indios en su bene-

[3] Real cédula de junio 20 de 1500 (RICARDO LEVENE, *La reina Isabel y el sentido histórico de la legislación de Indias*, en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, XXIV-XXV, 356, Buenos Aires, 1950-51).

[4] SILVIO A. ZAVALA, *La encomienda indiana*, 14, Madrid, 1935.

[5] Breve de junio 9 de 1537: SILVIO A. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, 48, Madrid, 1935.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

ficio, y de tal manera el "servicio personal" fue el sistema que se impuso coactivamente en todas las regiones.

La prédica de algunos sacerdotes provocó la reacción de las autoridades. Las *leyes de Burgos* (1512-13) procuraron suavizar la condición de los naturales y obligar a los españoles a que los protegieran, pero sin suprimir el servicio personal. Más tarde, la propaganda de fray Bartolomé de las Casas logró que Carlos V se preocupara por este problema. Consecuencia de ello fueron las *Nuevas Leyes* (1542-43), que ordenaron suprimir las encomiendas que tenían los funcionarios, prelados y conventos, y prohibieron otorgar otras nuevas en lo sucesivo, de tal manera que al caducar las ya concedidas (durante la vida del conquistador y la de un heredero), los indígenas debían quedar en libertad. Sin embargo, fue tan violenta la reacción que estas leyes provocaron en el Perú, que el rey se vio obligado a derogarlas.

En el territorio argentino, a medida que avanzaba la conquista, los gobernadores fueron repartiendo a los indios en encomienda entre los principales vecinos. En el litoral se aplicaron las ordenanzas dictadas en la Asunción por Domingo Martínez de Irala (mayo 14 de 1556), que imponían firmemente la subordinación del indígena y lo obligaban a trabajar en beneficio exclusivo de su encomendero. En el Tucumán el gobernador Gonzalo de Abreu sancionó el 10 de abril de 1576 otras ordenanzas inspiradas en criterios más humanitarios, estableciendo turnos para el trabajo *(mita)* y procurando que se organizaran pueblos de indios (reducciones). Más tarde Juan Ramírez de Velazco en 1597 y Hernandarias en 1598 y 1603 dictaron nuevas reglamentaciones para el Río de la Plata tendientes a proteger a los indios [6].

Continuaban entre tanto las protestas y las críticas de religiosos y funcionarios. El monarca dictó entonces la real cédula de noviembre 24 de 1601 que, sin suprimir la obligación de trabajar, dio libertad a los indios para contratar sus servicios. Según ella los naturales debían reunirse en las plazas de las ciudades o en otros sitios adecuados para contratarse "con quien quisieren y por el tiempo que les pareciere", sin poder ser compelidos a servir a sus encomenderos pero sí a pagarles el tributo [7].

[6] Todas estas ordenanzas —con excepción de las de Abreu— han sido publicadas por RAÚL A. MOLINA, *El estatuto del trabajador argentino durante la dominación hispánica*, en *Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires*, II, 206-238, La Plata, 1952. Las de Abreu en COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *Gobernación del Tucumán, Papeles de gobernadores en el siglo XVI*, 2ª parte, 32-45, Madrid, 1920.

[7] FR. MANUEL AGIA, *Servidumbres personales de indios*, edición y estudio preliminar de F. JAVIER DE AYALA, xxxi-lii, Sevilla, 1946. También en COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *Gobernantes del Perú*, XIV, 302-322, Madrid, 1926.

[8] Ver infra, capítulo VII, nota 2.

Para hacer efectiva esta reforma en el Río de la Plata y en el Tucumán se nombró, con el cargo de visitador, al licenciado don Francisco de Alfaro, que era entonces oidor de la audiencia de Charcas. Después de recorrer gran parte de nuestro territorio, Alfaro sancionó dos extensas ordenanzas: una para la gobernación del Río de la Plata (Asunción, octubre 12 de 1611), y otra para la del Tucumán (Santiago del Estero, 7-11 de enero de 1612) [8].

La reforma de Alfaro procuró suprimir el servicio personal, imponiendo un régimen de trabajo obligatorio pero remunerado y de libre contratación. Asimismo fijó los tributos que debían pagar los indios a sus encomenderos, pero permitió que los que no quisieran pagarlos sirvieran unos meses en su reemplazo.

De esta manera las ordenanzas de Alfaro convirtieron a la encomienda en un sistema de trabajo organizado, haciendo desaparecer el imperio sobre la mano de obra indígena. La reforma, aunque enérgicamente combatida al principio, puede decirse que se cumplió en algunos aspectos, suavizando la condición del indio sometido.

Un siglo después, cuando ya las condiciones sociales y económicas habían cambiado fundamentalmente, se impuso la tendencia a suprimir gradualmente las encomiendas. En 1718 y 1721 el rey ordenó con carácter general para todo el imperio que, a medida que fueran acabándose los plazos por los cuales habían sido concedidas, los indios quedaran en libertad. Pero en nuestro territorio se toleraron algunas llamadas entonces "de servicio personal", permitiendo que los encomendados trabajaran voluntariamente una parte del año a fin de pagar en esa forma el tributo. Esta concesión se debió a la escasez de mano de obra y al pequeño número de indios que cada encomienda tenía.

Es que, en realidad, el problema de las encomiendas no tuvo en nuestro territorio la misma importancia que en otras regiones. En el litoral —exceptuando al Paraguay— puede decirse que casi no se puso en práctica el sistema porque los indígenas eran pocos y no se sometían. En el Tucumán y en Cuyo el número de encomiendas y la cantidad de indios que cada una tenía fueron disminuyendo gradualmente. La mezcla de razas, las epidemias (los indios eran especialmente atacados por la viruela), y la creciente abundancia de otros trabajadores fueron restando importancia a este régimen. Los naturales se fueron incorporando poco

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

a poco a la existencia común, sobre todo en las campañas, y a principios del siglo XIX quedaban ya muy pocas encomiendas en nuestro territorio.

32. *La evangelización de los indios.* — La donación pontificia de las tierras descubiertas por Colón tuvo por objeto difundir en ellas la religión católica. Esta fue la obligación o cargo que los españoles debían cumplir en las Indias, y por cierto que la convirtieron en una de las primeras finalidades de su empresa. Para ello —como más adelante veremos— hubo una permanente identificación entre la Iglesia y el Estado, pero su ejecución en la práctica tuvo que amoldarse a las diversas circunstancias que se iban presentando.

Desde el segundo viaje de Colón fueron llegando sacerdotes al Nuevo Mundo con el encargo de convertir a los indígenas y de protegerlos contra los abusos de los conquistadores. Las expediciones sucesivas vinieron siempre acompañadas por religiosos, que en muchos casos debían también asesorar a los jefes respecto a la forma de organizar las relaciones con los aborígenes del lugar. Por otra parte, la necesidad de hacerlos trabajar condujo a crear la institución de la encomienda, la cual suscitó acerbas críticas por los abusos que originaba. Esto dio origen a la gran controversia de la primera mitad del siglo XVI, en la cual llegaron a discutirse hasta los títulos que España tenía para dominar en las Indias (ver nº 90).

El que desencadenó esa controversia fue el fraile domínico Antonio de Montesinos, al pronunciar en la Española, a fines de 1511, el famoso sermón en el que criticaba la conducta de los españoles respecto de los indios. Llevado el asunto a España, se dictaron las leyes de Burgos que ya hemos mencionado. Poco después intervino fray Bartolomé de las Casas, que se convirtió en un activo y enérgico defensor de los naturales de América y logró la sanción de las Nuevas Leyes.

El problema, sin embargo, no había podido resolverse porque chocaban concepciones muy diversas. Por un lado no era discutible que los españoles, escasos en número, necesitaban de la mano de obra indígena para que estas sociedades progresaran. El trabajo, además, es una fuente de orden y de disciplina social que servía para acostumbrar al indio de la vida civilizada. A la inversa, la experiencia de medio siglo demostraba que la evangelización no podía realizarse eficazmente si los mismos españoles cometían tantas crueldades que tornaban odiosa la religión. De ahí surgió la idea de hacer la conquista espiritual solamente con los sacerdotes y sin el auxilio del brazo secular. Siguiendo esta

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

tendencia —que más tarde daría frutos sorprendentes en las Misiones— Carlos V prohibió en 1550 que se hicieran nuevos descubrimientos y nuevas expediciones de conquista[9].

Pero las tentativas de evangelización pura, ensayadas en varias oportenidades, fracasaron rotundamente la mayor parte de las veces debido al carácter indómito de los indígenas. Hubo que pensar entonces, aunque sin abandonar esa posibilidad, en organizar mejor la labor catequística dentro de la situación existente.

Para alcanzar eficazmente los fines religiosos de la empresa hispánica el tercer Concilio reunido en Lima en 1583 ordenó que la predicación se hiciera en el idioma de los indios, y que los sacerdotes lo aprendieran. En el Tucumán se adoptó como lengua general el quechua, y en el Paraguay el guaraní. Y además se dispuso, a fin de mantener un contacto permanente con los naturales y acostumbrarlos a la vida civilizada, que se reunieran en pueblos, llamados reducciones, en los cuales debía habitar un sacerdote.

En nuestro país se recuerda, a fines del siglo XVI, la predicación atrayente de Francisco Solano, canonizado más tarde por la Iglesia, así como la del padre Alonso de Barzana, que lograron grandes éxitos en el Tucumán. El primero era franciscano y el segundo jesuita, y estas dos órdenes religiosas fueron las que mayor actividad desplegaron en la tarea de difundir las creencias y los ideales del cristianismo.

Ya a fines del mismo siglo, y luego en las ordenanzas de Alfaro ,se dispuso organizar *reducciones* de indios en lugares apropiados. Sin embargo, estas normas no dieron mucho resultado. Medios de una docena de pueblos se fundaron en el litoral a principios del siglo XVII, por obra de Hernandarias secundado por fray Luis Bolaños. Pero la escasez de indios sometidos en esta región impidió que el sistema se afianzara, y un siglo después casi todas las reducciones habían desaparecido o estaban en completa decadencia. Luego, a mediados del siglo XVIII, los jesuitas organizaron otras en el Tucumán y en la provincia de Buenos Aires, que fueron perdiendo importancia después de la expulsión de la Compañía.

En cambio, los mismos jesuitas crearon un sistema diferente que dio admirables resultados. Las *misiones* eran pueblos de indios no sometidos al régimen común de la encomienda y apartados de todo contacto con los españoles. Fue un intento de evangelización pura que comenzó entre los guaraníes y tapes del Guayrá y otras regiones adyacentes a partir de 1609. Millares de indí-

[9] Real cédula de abril 16 de 1550, en *Cedulario Indiano*, recopilado por DIEGO DE ENCINAS, IV, 255, Madrid, 1946.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

genas fueron atraídos por los sacerdotes de la Compañía de Jesús sin que intervinieran otros españoles, lográndose organizarlos en poblaciones que se situaron en esas comarcas fronterizas. Pero las invasiones de los bandeirantes paulistas —que recorrían esos territorios a caza de indios para venderlos luego como esclavos en el Brasil— obligaron a los jesuitas a replegarse a zonas más próximas, no sin sufrir serios reveses que sólo cesaron cuando pudieron armar a sus propios neófitos. Quedaron así 22 pueblos, más tarde ampliados a 30 entre los años 1682 y 1706, doce de los cuales se ubicaron en la actual provincia de Misiones y los demás al sud del Paraguay, el este de Corrientes y en el estado de Rio Grande do Sul.

Estas misiones se organizaron de acuerdo con las leyes de Indias y con la experiencia que los jesuitas iban acumulando. Muy poca intervención tuvieron en ellas los gobernantes españoles. En cada pueblo o doctrina había por lo menos dos jesuitas que dirigían tanto las actividades materiales como la vida espiritual de esos indígenas, y que a su vez dependían de un Superior de las Misiones residente en Candelaria y del Provincial establecido en Córdoba. Cada doctrina contaba además con un corregidor y un cabildo (alcaldes y regidores indígenas). Ese regímen, disciplinado y laborioso, fundamentalmente orientado hacia la elevación espiritual de los naturales, logró excelente resultados en los aspectos culturales y económicos, acostumbrando a la población al orden de la vida civilizada. La expulsión de los jesuitas, en 1767-68, al dar la dirección de los pueblos a gobernantes y administradores españoles, determinó la progresiva decadencia de las misiones.

33. *Los indios rebeldes.* — La dominación hispánica encontró la tenaz resistencia de los diaguitas, de las diversas razas del Chaco, de los charrúas que ocupaban gran parte de Entre Ríos, y de los pampas, serranos, aucas y tehuelches que vagaban por la Pampa y la Patagonia.

Los primeros no quisieron someterse al régimen de las encomiendas ni admitieron la predicación sacerdotal. Fueron necesarias tres largas campañas militares —las de 1607, 1630-35 y 1658-65— para vencer la rebeldía y evitar las depredaciones de esos indios que luego, al producirse su derrota definitiva, fueron "desnaturalizados", es decir, sacados de sus valles nativos para trasladarlos a lugares remotos (como los quilmes), o repartirlos en encomienda entre los capitanes, soldados y pobladores que a su costa habían realizado las campañas.

Los indios del Chaco mantuvieron en constante peligro a las

ciudades vecinas. En 1632 destruyeron la de Concepción de Nuestra Señora, próxima al río Bermejo, cuyos habitantes tuvieron que refugiarse en Corrientes. A mediados del siglo obligaron a trasladar la ciudad de Santa Fe doce leguas más al sud. Esteco se vio también amenazada muchas veces, hasta que en 1692 desapareció. Hubo que realizar numerosas campañas que dieron poco resultado por la falta de elementos bélicos y por la movilidad del indígena, hasta que en 1774 el gobernador del Tucumán consiguió pactar la paz con los principales caciques, quedando relativamente asegurada la convivencia de ambas razas.

Los indios de la Pampa constituyeron un peligro serio para las estancias y poblaciones rurales en todas las épocas, pero más especialmente en el siglo XVIII. Fue necesario establecer una línea de fronteras —defendida por fuertes y fortines— que tampoco resultó totalmente eficaz ni pudo siempre evitar los malones indígenas, sus robos y sus depredaciones. Se firmaron también varias paces con estos indios a lo largo de aquel siglo.

Durante la época del virreinato, cuando ya estaba más afianzada la dominación blanca, la política relativa a los indígenas no sometidos experimentó un cambio notable: en vez de buscar su civilización, se los apartó del territorio ocupado por los españoles procurando relegarlos a lugares alejados; y olvidando el primitivo sentido misional de la conquista, se trató sólo de evitar que su proximidad perturbara el desarrollo de las comunidades establecidas en estas comarcas.

De tal manera, en todas las regiones hubo que organizar militarmente a las poblaciones de las ciudades, ya para repeler los ataques de los indios, ya para emprender contra ellos expediciones punitivas que pocas veces dieron resultados duraderos. Esa organización militar estuvo casi siempre a cargo de los vecinos y de sus familiares, que además costeaban su propio armamento, porque solo hubo ejércitos a sueldo en el litoral para luchar contra los portugueses. Aquella necesidad restó constantemente fuerzas a las actividades productivas, contribuyendo a detener el progreso económico y la expansión territorial de las poblaciones.

34. *Los problemas internacionales.* — La lejanía geográfica de nuestro territorio, con respecto a los centros mundiales del poder, no impidió que fuera adquiriendo creciente importancia internacional. La provincia del Río de la Plata —así como las Misiones y el Paraguay— se vio sometida a tensiones continuas y a largos conflictos que fueron los que en definitiva provocaron la creación del virreinato.

El límite fijado en el tratado de Tordesillas (ver nº 28) no

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

fue respetado por los portugueses. Desde principios del siglo XVII los bandeirantes paulistas comenzaron a realizar expediciones hacia el occidente y el sud, para capturar indios y venderlos como esclavos. Tres ciudades del Paraguay fueron destruidas en esa forma, y lo mismo ocurrió con algunas misiones fundadas por los jesuitas en el Guayrá y en otras regiones, hasta que estos últimos lograron autorización para armar a los indígenas y organizar su defensa.

La unión de ambas coronas ibéricas bajo el cetro de Felipe II (1580), restó trascendencia internacional a esos acontecimientos. Pero en 1640 se produjo el levántamiento de Portugal, que logró al poco tiempo restaurar el reino lusitano. Bien pronto se manifestaron sus aspiraciones territoriales.

Una expedición portuguesa, dirigida por Manuel Lobo, fundó en enero de 1680 la *Nova Colonia do Sacramento*, frente a Buenos Aires. Los invasores sostenían que la Banda Oriental les pertenecía de acuerdo con el tratado de Tordesillas, cuyo límite nunca había quedado totalmente definido. Aunque el gobernador del Río de la Plata consiguió desalojarlos inmediatamente, el débil rey Carlos II se allanó a las pretensiones de su vecino y los portugueses volvieron al Plata en 1683. La guerra de la sucesión española permitió expulsarlos otra vez en 1705, pero en Utrech —con el apoyo de Inglaterra— aquéllos lograron la devolución de la Colonia (1715).

A partir de entonces hubo una casi permanente actividad militar en la Banda Oriental. Mientras los españoles fundaban a Montevideo (1724) —convertida cinco años después en ciudad— y luego a Maldonado, los portugueses se apoderaban de la isla de Santa Catalina y se instalaban en Porto Alegre y Rio Grande do Sul, extendiéndose por las desguarnecidas e imprecisas fronteras.

Para zanjar estos conflictos se firmó en el secreto de las cancillerías y sin dar intervención a los organismos interesados, el desastroso tratado de enero 13 de 1750, llamado de permuta porque cambiaba la Colonia del Sacramento por siete misiones jesuíticas ubicadas al oriente del río Uruguay, en el actual Estado de Rio Grande do Sul. Además el tratado fijaba los límites entre ambas naciones en América, acordando al Brasil extensiones inmensas análogas a las que hoy posee y muy al occidente, por supuesto, de la línea de Tordesillas. Para cumplir el convenio era preciso desalojar a los indios de aquellas misiones y trasladarlos a Corrientes. La resistencia de los guaraníes a abandonar sus tierras nativas provocó su negativa y la necesidad de emprender la guerra de 1754-56, en la cual los ejércitos ibéricos combinados

vencieron a los aborígenes. Pero una vez conseguido este resultado, tampoco quisieron los portugueses devolver la Colonia.

El nuevo rey Carlos III (1759-88) dejó sin efecto aquel tratado, y poco después el gobernador del Río de la Plata —don Pedro de Cevallos— recuperó la Colonia y los territorios usurpados hasta el Río Grande (1762). Pero la paz celebrada en Europa lo obligó a devolver nuevamente la discutida plaza. Continuaron, entre tanto, las invasiones lusitanas y más tarde, ya en los primeros meses de 1776, la agresión armada contra los fuertes que guarnecían la frontera y contra la villa de Río Grande, de la cual se apoderaron. En esos momentos ambas cortes procuraban resolver el secular conflicto, y decidieron suspender las hostilidades a la espera del arreglo que se consideraba inminente. Pero la cancillería portuguesa no comunicó las órdenes, y aquellos ataques se produjeron en plena paz. Esta circunstancia determinó una firme y enérgica reacción en España. Carlos III consiguió evitar la intervención de Inglaterra y localizar el problema, decidiendo de inmediato enviar a don Pedro de Cevallos con el título de virrey y al frente de la expedición más numerosa que hubiera cruzado hasta entonces el Atlántico.

Mucha trascendencia tuvieron también los conflictos de España con Inglaterra. Desde mediados del siglo XVI los piratas británicos perturbaron el desarrollo de la obra colonizadora y el intercambio con las Indias, especialmente en la zona del Caribe. Esta política, apoyada por el gobierno inglés, fue extendiendo su radio de acción. Algunos navegantes llegaron hasta el Atlántico sud, y Francis Drake dio por segunda vez la vuelta al mundo (1577-80). La destrucción de la Invencible Armada, con la cual Felipe II pensaba someter a su peligroso rival (1588), afianzó el predominio naval de Inglaterra, base a su vez de su elevación al rango de potencia mundial.

Desde el siglo XVII los británicos comenzaron a codiciar los mercados del Plata, ejerciendo un creciente contrabando. Pero fue en el XVIII cuando se manifiesta con mayor amplitud esa política. La guerra de la sucesión española (1701-12) enfrentó nuevamente a los tradicionales enemigos; y aunque Felipe V se mantuvo en el trono español, los ingleses salieron victoriosos de la contienda en lo que les interesaba. El tratado de Madrid, del 26 de marzo de 1713, les acordaba el monopolio del comercio negrero en las Indias por un período de treinta años. Y el de Utrech, firmado el 13 de julio del mismo año, prohibía a España ceder cualquier territorio del Nuevo Mundo y permitir en él cualquier clase de comercio a los franceses. Con ello la Gran Bretaña con-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

seguía quebrar en su exclusivo beneficio el antiguo monopolio mercantil de España en América.

Aunque el privilegio del *asiento negrero* cesó en 1739, a raíz de una nueva guerra entre ambas naciones, no por ello abandonó Inglaterra sus aspiraciones en el Atlántico sud. En 1741 tuvo lugar la expedición del almirante Anson, que llegó al Pacífico y allí se apoderó del galeón que anualmente se dirigía de Filipinas a Acapulco. El mismo Anson, que luego ocupó un cargo importante en el Almirantazgo inglés, sostuvo la conveniencia de ocupar las islas Malvinas para contar allí con una base naval en el trayecto al Pacífico.

Aparecieron entonces estas islas en el escenario internacional. El famoso navegante francés Louis Antoine de Bougainville fundó en la Malvina oriental el establecimiento llamado Port Louis, en febrero de 1764. Pero la reclamación española —afirmada también en el Pacto de Familia que unía a las dos naciones borbónicas— obligó a ceder esa colonia, en donde quedó instalado un nuevo gobernador dependiente del de Buenos Aires (1767). Entre tanto el capitán John Mc Bride había fundado en enero de 1766 un fuerte llamado Port Egmont, en el otro extremo del archipiélago. Al tenerse noticia de esa ocupación, y fracasadas las gestiones diplomáticas, España ordenó al gobernador Bucareli que desalojora a los ingleses, lo cual se cumplió en junio de 1770. La corte de Londres exigió inmediatamente una reparación por el ultraje, y España se vio obligada a ceder en este aspecto del asunto presentando la declaración del 22 de enero de 1771, en la cual se comprometía a devolver Port Egmont, sin que esta entrega afectara "la cuestión de derecho anterior de soberanía de las islas Maluinas". Los ingleses volvieron a tomar posesión del lugar y —tal vez en cumplimiento de una promesa secreta— lo abandonaron en 1774, quedando desde entonces las Malvinas bajo el dominio exclusivo de la corona española.

35. *El virreinato del Río de la Plata.* — Estos conflictos internacionales y el desarrollo creciente de la población y del comercio habían convertido a Buenos Aires en el centro de una vasta región de gran importancia. Dentro del distrito rioplatense se habían creado las gobernaciones subordinadas de Montevideo (1749), Malvinas (1766) y Misiones (1768), cuyos mandatarios dependían del de Buenos Aires. Este último, además, había recibido ciertos poderes especiales sobre las gobernaciones vecinas del Paraguay y del Tucumán. No fue extraño, entonces, que en 1771 la audiencia de Charcas propusiera la creación de un nuevo virreinato con sede en la capital del Plata.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Pero la creación de este organismo fue impulsada por las circunstancias internacionales. Los ataques lusitanos de principios de 1776 decidieron a Carlos III a enviar una gran expedición destinada a recuperar los territorios perdidos, y para dirigirla nombró a don Pedro de Cevallos, a quien, el 1º de agosto del mismo año, designó virrey, gobernador, capitán general y superintendente de real hacienda de todos los territorios del Río de la Plata, Paraguay, Tucumán, Charcas y Cuyo.

Cevallos se apoderó de Santa Catalina y de la Colonia, y ya seguía victoriosamente rumbo al Río Grande cuando le llegó la la orden de suspender las hostilidades por haberse firmado la paz en Europa. El tratado de San Ildefonso (octubre 1º de 1777) obligó a los portugueses a abandonar la Colonia y las Misiones, fijándose además los límites entre las posesiones de ambas coronas ibéricas. Para señalar esos límites sobre el terreno se nombraron más tarde comisiones demarcadoras que trabajaron durante largos años sin llegar a ponerse de acuerdo, legando a las futuras naciones diversas cuestiones de límites que tardarían un siglo en resolverse.

La creación del virreinato estuvo determinada por consideraciones estratégicas, que obligaban a oponer un fuerte conglomerado político y militar al virreinato del Brasil, dándole además la misma jerarquía institucional. El resultado fue constituir una unidad geográfica y económica cuyo centro era naturalmente Buenos Aires, convertida ahora en el núcleo que concentraba el gobierno, la defensa y el comercio de aquella vasta unidad.

De inmediato comenzaron las reformas necesarias para consolidar el nuevo organismo. Cevallos decretó la libertad del comercio interior (noviembre 6 de 1777), y poco después el rey habilitó el puerto de Buenos Aires para el intercambio con España (octubre 12 de 1778). Más tarde, a causa de las sucesivas guerras que paralizaban el tráfico con la península, se autorizó el comercio con las colonias extranjeras (1795) y con las potencias neutrales (1797), dándose además franquicias para el tráfico negrero (1791).

Igualmente importantes fueron las reformas de carácter administrativo, judicial y fiscal. La *Real Ordenanza de Intendentes* (de enero 28 de 1782, con las *Declaraciones* de agosto 5 de 1783), dividió el virreinato en ocho intendencias y cuatro gobiernos político-militares, creando asimismo una Junta Superior de Real Hacienda en Buenos Aires. En esta última se instaló una nueva Audiencia en 1785, así como la Aduana y el Resguardo. El Tribunal Mayor de Cuentas, que había sido creado en 1768, extendió su jurisdicción a todo el virreinato en 1777. Se implantó contemporáneamente el estanco del tabaco, la pólvora y los naipes;

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

se secularizaron algunos impuestos y derechos eclesiásticos; fue organizado el correo marítimo y terrestre; y por último se creó el Consulado de Buenos Aires en 1794.

Esta nueva organización, burocrática y centralista, dio sin duda un gran impulso al desarrollo rioplatense, pero alteró también el equilibrio de las fuerzas sociales entonces existentes, subordinando a la Iglesia y a los cabildos a la dominación absorbente de los funcionarios reales. El despotismo ilustrado pretendía con esas transformaciones modificar la estructura económica y social de estas regiones, a fin de acelerar su progreso. Pero bien pronto desapareció el ímpetu renovador para convertir a todo ese mecanismo en una máquina burocrática ajena a las tendencias locales e incapaz de orientar sus aspiraciones. Resurgieron entonces —ya a fines del siglo XVIII— las antiguas rivalidades entre españoles peninsulares y criollos porque estos últimos resistían el predominio de una administración tan excesivamente centralizada y estatista. Y aparecieron también, favorecidos por el desarrollo de la cultura y de la riqueza, los universitarios imbuidos de ideologías modernistas que aspiraban a ocupar un lugar de relevancia en el gobierno de sus propias tierras.

El virreinato sintió los efectos y las consecuencias de las conmociones que sacudieron a Europa durante la primera década del siglo XIX. Los portugueses se apoderaron en 1801 —aprovechando la guerra llamada "de las naranjas" que había estallado en la península ibérica— del territorio de las siete misiones ubilcadas al oriente del Uruguay. La batalla de Trafalgar (octubre 21 de 1805) destruyó la fuerza naval franco-española quedando Inglaterra dueña del Atlántico. Casi un año después se produjo la primera invasión inglesa al Río de la Plata, durante la cual se apoderaron de Buenos Aires mal defendida (junio de 1806). La reconquista del 12 de agosto no impidió que las tropas británicas quedaron en el estuario y que intentaran luego una segunda invasión. El ejército británico ocupó a Montevideo y Maldonado. El ataque contra Buenos Aires (julio de 1807) dio la victoria a sus defensores que consiguieron —con la capitulación de los ingleses— el abandono de la Banda Oriental.

Estos episodios bélicos provocaron cambios políticos de enorme trascendencia, porque conmovieron el edificio institucional y dieron a la población rioplatense la sensación de su poder. El cabildo abierto reunido en Buenos Aires el 14 de agosto de 1806 obligó al virrey Sobre Monte —que había escapado a San Nicolás de los Arroyos— a delegar el mando de las armas en Santiago de Liniers, jefe de la reconquista. La Junta de Guerra del 10 de febrero de 1807 decretó la cesantía de aquel mismo virrey, que

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

había vuelto a poner en evidencia su incapacidad. Liniers quedó reconocido como jefe del virreinato en junio de 1807, en virtud de ser el oficial de mayor graduación, pero no fue capaz de mantener el orden institucional ya quebrantado. El cabildo porteño y las fuerzas militares —formadas a raíz de las invasiones y constituidas en su gran mayoría por criollos que habían elegido a sus jefes— adquirieron una importancia política considerable. En Montevideo el gobernador Elío desconoció la autoridad del virrey y organizó una junta local en septiembre de 1808. El primero de enero de 1809 el cabildo de Buenos Aires quiso seguir su ejemplo y deponer a Liniers. pero los jefes militares lo defendieron y el movimiento fracasó.

La política internacional tornó más compleja la situación. Napoleón, al invadir la península ibérica, provocó la huida al Brasil de la familia de los Braganza, que instalaron su corte en Río de Janeiro. La proximidad lusitana significó un nuevo peligro para el Plata, porque dio origen a una doble política, tendiente por un lago a extender su territorio hacia el sud, y por el otro a proteger al virreinato contra el peligro napoleónico.

Entre tanto, el rey Carlos IV y su hijo Fernando VII —que había accedido al trono español a raíz del motín de Aranjuez— se vieron obligados a abdicar en favor de Napoleón todos sus derechos dinásticos, en las entrevistas de Bayona (5-10 de mayo de 1808). . Este último designó entonces rey de España y de las Indias a su hermano José Bonaparte, el cual tuvo que enfrentarse con el levantamiento del pueblo español. Los que no admitían la dominación francesa crearon juntas de gobierno locales en distintas ciudades, las cuales se unieron luego para formar la Junta Central Suprema Gobernadora del Reino, que se instaló en Aranjuez (25 de septiembre de 1808) y pasó luego a Sevilla (17 de diciembre de 1808).

Fue esta última la que designó nuevo virrey del Río de la Plata a Baltasar Hidalgo de Cisneros, que tomó posesión de su cargo en julio de 1809. Contemporáneamente, y aprovechando las prisiones de Carlos IV y Fernando VII en Francia, su hija y hermana, la princesa Carlota Joaquina de Borbón, casada con el príncipe de Portugal, realizaba gestiones para conseguir que en el Plata se la reconociera como regenta del reino. Algunos porteños como Belgrano, Castelli, los Rodríguez Peña, Vieytes, etc., imbuidos ya de ideas revolucionarias, adhirieron a esa política carlotista y gestionaron la venida de la princesa con el propósito de organizar en el virreinato una monarquía constitucional. Pero sus planes fueron denunciados por aquélla, y el intento fracasó.

La Junta Central había sido reconocida en el Río de la Plata.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Sin embargo, los avances de los ejércitos napoleónicos, al ocupar toda Andalucía, la hicieron desaparecer en enero de 1810. Los españoles sólo dominaban la isla de León frente a Cádiz, y organizaron allí un Consejo de Regencia de dudosa legalidad. Cuando estas noticias fueron conocidas en Buenos Aires el 17 de mayo de 1810, los revolucionarios ilustrados, unidos ya con los militares criollos, consideraron llegada la hora de eliminar a un gobierno que ya no derivaba ni dependía de ninguna autoridad en la metrópoli. La caducidad de la monarquía hispánica y la falta de todo poder legítimamente constituido en la península determinaban —como lo dijo Castelli el 22 de mayo— "la reversión de los derechos de la soberanía al pueblo de Buenos Aires".

BIBLIOGRAFIA

Este capítulo solo tiene por objeto presentar un cuadro general de la evolución histórica y de los principales problemas institucionales. Estos últimos serán analizados con mayor detalle en los capítulos siguientes, en los cuales se indicará también la bibliografía especializada correspondiente.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

CAPÍTULO QUINTO

BASES DEL ESTADO INDIANO

36. *Constitución del Estado.* — Inmediatamente después de conocido el descubrimiento de Colón, los reyes católicos se apresuraron a solicitar al Sumo Pontífice el dominio de las nuevas tierras. El Papa Alejandro VI concedió entonces a Fernando e Isabel, y a sus "herederos y sucesores los Reyes de Castilla y León, para siempre", el dominio de las nuevas tierras, haciéndolos "señores de ellas con plena y libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción" (ver nº 28).

Primitivamente las Indias fueron consideradas bienes gananciales de ambos monarcas, que en sus respectivos testamentos legaron la mitad de ellas a su hija Juana, heredera a la vez del trono castellano. Pero también quedó establecido en esos documentos que las Indias deberían incorporarse a la corona de Castilla. La adscripción a este reino se hizo teniendo en cuenta que era necesario poner al Nuevo Mundo bajo la dependencia de una monarquía ya constituida, y no dejarlo dividido entre dos que podrían volver a separarse. La elección de Castilla como reino aglutinante (y la consiguiente exclusión aragonesa) fue el resultado natural de las tendencias expansivas de ese Estado hacia el Atlántico; y se debió también a la circunstancia de que era el único en condiciones de invocar frente a Portugal los derechos derivados del tratado de Alcaçovas (ver nº 28).

La incorporación formal y solemne se realizó algunos años después. Carlos V expidió una pragmática sanción en la cual prometía que "en ningún tiempo del mundo las dichas islas y tierra firme del mar Océano, descubiertas y por descubrir, ni parte alguna ni pueblo dellas no será enagenado, ni apartaremos de nuestra Corona real... de Castilla, sino que estaran y las tenemos como cosa incorporada a ella"[1].

[1] Pragmática sanción de julio 9 de 1520, en DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario Indiano*, I, 58-60, Madrid, 1945; *Recop.*, III.i.1.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Esta prohibición de enajenar las Indias significaba que pasaban a ser bienes realengos, es decir, bienes incorporados al dominio directo de la corona y exentos de toda jurisdicción y vasallaje feudal. Las Indias no fueron, por lo tanto, ni propiedad particular de los reyes, ni dominios del Estado español, sino bienes públicos de la corona de Castilla, la cual no podía enajenarlos ni concederlos en beneficio. La corona era una entidad que personificaba a la monarquía, y que por lo tanto se distinguía del reino o Estado (integrado por el gobierno, el pueblo y los territorios), sin confundirse tampoco con la persona misma de los reyes sucesivos.

Al principio las Indias, así incorporadas, constituyeron un simple agregado a la corona de Castilla, rigiéndose por las mismas leyes y autoridades de este reino. Pero bien pronto la especialidad de sus problemas y la creciente amplitud de los descubrimientos obligó a otorgar una mayor personalidad política al Nuevo Mundo, creando para él un gobierno y una legislación particulares. La autonomía de éste, dentro del gran imperio español, aparece cuando se organiza en 1524 el Consejo Real y Supremo de las Indias.

Es entonces cuando las nuevas tierras descubiertas por Colón adquieren la categoría de *reinos*, distintos de los otros reinos que integraban el vasto imperio hispánico. Este último se había formado por la unión de Castilla y Aragón (ver nº 21). Al primero se incorporaron Granada y Navarra. Al segundo las Baleares, Nápoles y Sicilia. Carlos V trajo, por herencia de su abuelo Maximiliano de Austria, las posesiones de los Habsburgos (Austria, Borgoña y Flandes). Todos estos reinos habían conservado, al incorporarse a otros, sus leyes y sus órganos de gobierno.

El caso de las Indias fue distinto, porque no teniendo instituciones políticas y jurídicas que pudieran mantenerse, fue necesario convertirlas en accesorio de otro Estado, el de Castilla, con el cual tuvieron siempre una vinculación muy estrecha.

El imperio español tenía entonces —en la época de los austrias— la forma de una unión real de Estados autónomos, integrada por diversos reinos que contaban, sin embargo, con algunos organismos comunes a todos ellos. Distinta es la unión personal, formada por varios Estados que solo tienen en común el vínculo dinástico. La autonomía de cada uno de los reinos hispánicos se manifestaba a través de su propio derecho y de sus órganos de gobierno, productos ambos de una larga elaboración histórica que en general había sido mantenida al incorporarlos a Castilla o Aragón. Pero Carlos V creó también, por encima de esos gobiernos particulares de los reinos, los Consejos de Estado, de Guerra

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

y de Hacienda, destinados a dirigir la política internacional, militar y financiera del vasto conglomerado político. Estos tres organismos dieron así mayor cohesión a todo el imperio, iniciando una tendencia hacia el centralismo que se acentúa posteriormente hasta alcanzar, en el siglo XVIII, una casi completa unificación política y jurídica.

Las Indias formaron parte de esa unión real, pues tenían leyes propias y órganos de gobierno particulares. Su personalidad y su autonomía surgían de esa separación con respecto a los demás reinos, que no excluía sin embargo su dependencia a la corona y a los Consejos generales de todo el imperio. Pero hubo, dentro de esa situación, vínculos muy estrechos con Castilla. Sus leyes se aplicaban supletoriamente en América, las autoridades superiores de las Indias residían en territorio castellano, y de allí vinieron la inmensa mayoría de los gobernantes y pobladores del Nuevo Mundo. Todo ello creó una dependencia en los hechos, que no impedía aquella diferenciación jurídica.

La personalidad política de las Indias, y de los demás reinos que integraban el imperio español, fue desapareciendo en el siglo XVIII. Los borbones centralizaron el poder hasta convertir a esa unión real en un Estado unitario. El real decreto de noviembre 30 de 1714 creó cuatro Secretarías del Despacho —análogas a nuestros modernos ministerios— cuyos titulares formarían unidos el Consejo de Gabinete [2]. Las cuatro Secretarías eran las de Estado, de Asuntos Eclesiásticos, de Guerra, y de Indias y Marina. Más tarde se agregó la Secretaría de Hacienda.

Con esta reforma fundamental perdieron importancia y funciones los Consejos de los reinos —entre ellos el de Indias— porque toda la administración pública y la iniciativa de las leyes quedó a cargo de aquellos Secretarios. Además, contemporáneamente, desaparecieron los Consejos de los reinos de Aragón, Cataluña y Valencia (ver nº 24), quedando solo los de Castilla, Navarra e Indias. Esta evolución hacia el centralismo y la unificación política se completa —en lo que al Nuevo Mundo se refiere— cuando en 1790 se suprime la Secretaría de Indias, encomendándose sus asuntos a los demás Secretarios del Despacho, cada uno en lo que correspondía a su respectivo departamento [3] (ver nº 39).

37. *Títulos a la dominación de las Indias* — El fundamento originario del dominio que ejercieron los reyes de Castilla sobre las Indias derivaba de la concesión hecha por el Papa Alejandro

2 *Nov. Rec.*, III.vi.4.
3 Real decreto de abril 25 de 1790, en *Nov. Rec.*, III.vi.16.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

VI en las bulas de 1493. Sin embargo, ¿bastaba esa donación para atribuirles la soberanía política? Este fue el magno interrogante que los propios españoles se plantearon en el siglo XVI, y que determinó un análisis más profundo del asunto.

El problema surgió cuando algunos sacerdotes denunciaron que los indios eran tratados como esclavos y privados violentamente de sus tierras y de sus bienes (ver nº 90). Entonces se suscitó la duda acerca del alcance de la concesión pontificia, para determinar si ella autorizaba esos hechos y si se extendía al otorgamiento de un pleno dominio temporal.

Durante las primeras décadas posteriores al descubrimiento no se discutió la validez de las bulas como título de soberanía. Pero la controversia relativa a la condición y trato que debía darse a los indígenas obligó a considerar también aquel problema, cuyas trascendentales derivaciones alcanzaban a toda la obra de España en América. Teólogos y juristas se preocuparon por definir con toda precisión el fundamento del dominio que España ejercía. Algunos sostuvieron la absoluta validez de la donación. Otros inventaron nuevos títulos (la misión providencial de España, la barbarie de los indios, el descubrimiento y la conquista, etc.), que justificaban la dominación española. De toda esa magna controversia solo vamos a recordar aquí la aportación fundamental de fray Francisco de Vitoria, catedrático de teología en la Universidad de Salamanca, que en 1539 pronunció su famosa *Relectio de Indis*.

El insigne dominico sostuvo que "los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente", y que por lo tanto el Papa no tenía autoridad para privarlos de sus tierras. En otros términos, la concesión pontificia no alcanzaba a otorgar un dominio absoluto temporal. Pero como la Santa Sede "tiene potestad sobre las cosas temporales en orden a las espirituales, y, por lo tanto, como corresponde al Papa la difusión del Evangelio en todo el mundo, si para la predicación del Evangelio en aquellas provincias tienen más facilidades los príncipes de España, puede encomendársela a ellos y prohibírsela a todos los otros". Las bulas se interpretaban, de esta manera, como un encargo exclusivo hecho a los reyes de Castilla para difundir en el Nuevo Mundo la religión católica. Los indios debían admitir pacíficamente esta predicación, y su negativa violenta autorizaba incluso a hacerles una guerra justa.

Además de este título de carácter espiritual o misional, tenían los españoles otro fundado en el derecho natural, que consistía en la facultad de viajar y de permanecer en las Indias sin causar daño, de comerciar y de obligar a los indígenas a respetar su

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

instalación, porque todo ello provenía de la existencia de una sociabilidad universal de todos los hombres y los pueblos, fuente recíproca de derechos humanos[4]. Así anticipaba Vitoria modernas conclusiones del derecho internacional, derivadas de las clásicas doctrinas jusnaturalistas, que permitían asentar sobre bases firmes la obligación de los indios de recibir pacíficamente a los españoles, y el derecho de estos últimos de utilizar la fuerza en caso negativo.

Al mismo tiempo que se debatía el derecho a la conquista del Nuevo Mundo, la situación internacional se había modificado profundamente. La Santa Sede dejó de ser reconocida en su elevada posición dentro de la Cristiandad. Después del Renacimiento y de la Reforma sus actos atributivos de soberanía perdieron eficacia en un mundo que ya no respetaba la jerarquía del Pontificado. Y entonces otras naciones, desconociendo la validez absoluta de aquella concesión, se consideraron con derecho a navegar los mares y a ocupar las tierras que Colón había incorporado al mundo conocido. Primero fueron empresas privadas, bajo el amparo más o menos notorio de los soberanos; luego los mismos Estados (Inglaterra, Holanda y Francia) se instalaron en los lugares que España no había conquistado.

Entonces el título jurídico a la dominación de las Indias fue —frente a los demás Estados europeos— la ocupación territorial. Porque tal título era reconocido unánimemente por el derecho internacional como atributivo de soberanía, aún faltando la concesión pontificia. España misma tuvo que admitir, en los siglos XVII y XVIII, la validez de los actos posesorios de Inglaterra (tratado de julio 18 de 1670) y de Portugal (tratado de enero 13 de 1750).

En definitiva, los monarcas de Castilla pudieron decir que "por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos, somos Señor de las Indias Occidentales"[5]. En la realidad de los hechos, la donación pontificia fue un título que permitió y justificó la conquista, por la obligación contraída de difundir la fe católica. Pero ese título debió perfeccionarse mediante la ocupación de los territorios. Y así el dominio de la corona quedó simultáneamente asegurado por su obra evangélica y por la presencia de los españoles en el Nuevo Mundo, en el cual dejaron firmemente plantada la cultura europea.

4 FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, Buenos Aires (Colección Austral), 1946.
5 *Recop.*, III.i.1 (1519).

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

38. *Territorio y población.* — Los reinos de las Indias, como cualquier otro Estado, contaron con los elementos territoriales y humanos que son esenciales a esta categoría política. La donación pontificia estableció —en la segunda bula *Inter caetera*— una línea divisoria ubicada a cien leguas al oeste de las islas Azores y del Cabo Verde. Pero inmediatamente después el tratado de Tordesillas (junio 7 de 1494) corrió esa línea a 370 leguas al occidente de las islas del Cabo Verde, facultando a Portugal a ocupar las tierras ubicadas al oriente de ese límite.

Fundada en estos títulos, la corona de Castilla tenía derecho a conquistar las tierras de América (salvo la parte oriental del Brasil), y también algunas del Asia hasta llegar a las antípodas del límite convenido. En la realidad de los hechos, España no alcanzó a ocupar tan vastos territorios. Las Indias Orientales y Occidentales se limitaron a la América Central, las islas del Caribe, México y otras comarcas al norte, la América del Sud con excepción del Brasil actual y las Guayanas, y las islas Filipinas. E incluso en todas esas partes quedaron muchas zonas inexploradas, y otras en donde no pudo afianzarse la dominación hispánica.

Ese territorio había sido declarado inalienable en 1520, es decir, no susceptible de ser entregado a ningún señor feudal (ver nº 36). Dos siglos después, la prohibición de enajenar las Indias se convirtió en un compromiso internacional: el tratado de Utrech, celebrado entre España e Inglaterra el 13 de julio de 1713 después de la guerra de sucesión, dispuso que "ni el Rey Católico, ni alguno de sus herederos y sucesores puedan vender, ceder, empeñar, traspasar a los Franceses ni a ninguna otra Nación, tierras, dominios o territorios algunos en la América Española"[6].

No obstante esa rigurosa prohibición, las contingencias de la política internacional obligaron a los reyes a ceder territorios de las Indias. El tratado con Inglaterra, celebrado en 1670, reconoció la validez de las conquistas realizadas por esa nación en la América del Norte y en el Caribe. Varios acuerdos con Portugal admitieron la ocupación de la Colonia del Sacramento. El tratado de permuta, de enero 13 de 1750, estableció como principio general que "cada parte se ha de quedar con lo que actualmente posee", lo cual significaba validar las usurpaciones lusitanas ampliando —incluso a territorios no ocupados— el ámbito del Brasil. Lo mismo hizo el tratado de San Ildefonso, de 1777, que fijó los límites entre ambas naciones en la América del Sud.

La defensa territorial de las Indias dependió también, como

[6] CARLOS CALVO, *Colección histórica completa de los tratados, convenciones,* etc., II, 115, París, 1862.

es lógico, de las posibilidades materiales de realizarla. Sin embargo, España consiguió estampar en el tratado de 1670, antes citado, el principio de la exclusividad de la navegación y del comercio: "los súbditos del Rey de la Gran Bretaña no dirigirán su comercio, ni navegarán a los puertos o lugares que el Rey Católico tiene en dicha India". Otros convenios posteriores confirmaron este principio, aunque con restricciones cada vez más importantes a favor de Inglaterra. La exclusividad de la navegación en ciertos mares permitió conservar los derechos de España sobre algunas regiones hasta entonces no ocupadas, como las islas Malvinas.

Las Indias estaban pobladas, en el momento del descubrimiento, por una cantidad de razas y de tribus de diversa cultura y de hábitos distintos. Junto a los aztecas y a los incas, que eran pueblos ya evolucionados y con una organización sorprendente, otros grupos evidenciaban un estado muy rudimentario de civilización. Y además, las reacciones de estos indígenas frente a los españoles fueron muy distintas, aceptando algunos su dominación y mezclándose con ellos, mientras otros mantuvieron una resistencia a veces prolongada y tenaz, que en ocasiones trasciende a la época independiente.

Estas diferencias explican las diversas actitudes que fue preciso adoptar. Aun cuando, como más adelante se verá, el fin primordial del Estado indiano fue inculcar a los naturales la religión cristiana incorporándolos a la civilización europea, no siempre fue posible y a veces resultó muy difícil cumplir ese objetivo. Hubo intentos de evangelización pura que a veces lograron éxito —como en el caso de las misiones jesuíticas— mientras que con otros indios se hizo necesario recurrir a la guerra ofensiva.

Después de la primera época de la conquista —que se desarrolla a lo largo del siglo XVI— la condición del indígena quedó algo estabilizada: muchos, no sometidos, permanecieron fuera del ámbito de ocupación española y por lo tanto ajenos a las instituciones del Estado; y otros, igualmente numerosos, se sometieron voluntariamente o por la fuerza, incorporándose a la sociedad indiana. Para estos últimos se creó una institución especial —la encomienda— que sirvió para mantener la subordinación de esas razas, al mismo tiempo que se procuraba civilizarlas.

Los españoles y los demás europeos (estos últimos en número muy escaso) que se establecieron en las Indias trajeron consigo sus costumbres y sus instituciones, pero bien pronto la influencia del medio creó una sociedad nueva, que solo en parte respondía a las tendencias originales. Los blancos fueron siempre una minoría

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

de la población, pero constituían la clase dominante en el gobierno, la cultura y la economía.

La mezcla de ambas razas —permitida e incluso fomentada al principio— dio origen a los mestizos que en ciertos lugares llegaron a ser más numerosos que los blancos y los indios. A ellos se agregaron también los esclavos importados del Africa (y a veces del Brasil), que contribuyeron a acentuar la heterogeneidad de la población y, al mezclarse con los blancos y los indios, dieron origen a los mulatos y los zambos.

39. *La organización gubernativa.* — El tercer elemento del Estado —su gobierno— solo aparece con caracteres orgánicos cuando las Indias se convierten en reinos. Hasta entonces las actividades administrativas fueron realizadas por los reyes y por funcionarios de Castilla designados al efecto. Es necesario distinguir, sin embargo, las autoridades que actuaban en España y las que se instalaron en el Nuevo Mundo. Estas últimas serán estudiadas en el siguiente capítulo.

Figura principal desde que se tuvo noticia del descubrimiento fue el arcediano de la catedral de Sevilla, Juan Rodríguez de Fonseca, que a la vez era miembro del Consejo de Castilla. El fue quien ayudó a Colón en el apresto del segundo viaje, asesorando luego a los reyes en todos los problemas derivados de las expediciones hasta el año 1516. Durante esta época, las cuestiones judiciales vinculadas con el Nuevo Mundo eran resueltas por el Consejo de Castilla. La muerte del rey Fernando, en 1516, quitó a Fonseca su autoridad exclusiva. En 1519 —ya bajo el reinado de Carlos V— se formó dentro del Consejo de Castilla un grupo llamado Consejo de Indias, que alcanzó la categoría de Real y Supremo cinco años después.

Entre tanto se creó la *Casa de la Contratación* (enero 20 de 1503) que fue instalada en Sevilla. Este organismo tuvo a su cargo el despacho de las expediciones y flotas, el registro de los pasajeros y mercaderías que iban al Nuevo Mundo, la vigilancia del comercio, el cobro de las rentas procedentes de ultramar y otras funciones conexas. También obtuvo jurisdicción para entender en todos los pleitos que interesaban al fisco o podían suscitarse con motivo del tráfico con las Indias; pero los juicios entre particulares, de carácter mercantil, pasaron a ser de competencia del Consulado de Sevilla que se fundó en 1543.

La Casa de la Contratación estaba formada al principio por tres Oficiales (un contador, un tesorero y un factor), a los cuales se agregó en 1557 un Presidente. Luego, en 1583, se formaron dos salas distintas: una de administración con aquellos Oficiales,

y otra de justicia con dos (y desde 1596 con tres) oidores o jueces letrados, quedando ambos bajo la dirección del Presidente [7]. Además tuvo, desde 1508, un Piloto Mayor del Reino encargado de dirigir una escuela de navegación y de compilar el "padrón real" o mapa de los nuevos descubrimientos.

El *Consejo Real y Supremo de las Indias*, que empezó a funcionar en agosto de 1524, estaba compuesto originalmente por un Presidente, cinco Consejeros, un Fiscal, dos secretarios y otros funcionarios menores. El número de consejeros fue aumentando más tarde, existiendo siempre una mayoría de letrados (abogados o miembros del clero con estudios jurídicos). En ciertas épocas hubo también un Gran Canciller de las Indias. Y además se creó, en 1571, el cargo de Cosmógrafo-Cronista Mayor, cuyas funciones consistían en compilar los datos geográficos de las nuevas tierras y escribir su historia [8].

Las funciones de este importante organismo eran, fundamentalmente, de gobierno y de justicia. Las primeras se ejercían consultando al rey las leyes (ordenanzas, instrucciones, reales cédulas, etc.) y los nombramientos que era necesario expedir para las Indias. Las segundas lo convertían en el tribunal supremo de todos los asuntos y pleitos que podían suscitarse en el Nuevo Mundo, o en España por razones vinculadas al gobierno indiano. Pero hubo siempre restricciones a esa amplitud de poderes que es conveniente recordar, al mismo tiempo que se indican éstos con mayor detalle.

En el gobierno eclesiástico de las Indias el Consejo fue la más alta autoridad, encargada de defender el real patronato, de proponer al rey los candidatos para llenar las vacantes eclesiásticas (arzobispados, obispados y abadías), y de dictar, consultando al monarca, la legislación destinada a regir la vida de la Iglesia sin inmiscuirse en los problemas espirituales. Debía también dar el pase o exequátur para que se aplicaran en América las bulas y breves expedidos por el Sumo Pontífice.

El gobierno temporal era la función más importante del Consejo de Indias. El rey le había conferido "la jurisdicción suprema de todas nuestras Indias Occidentales... y de los negocios, que de ellas resultaren y dependieren" [9]. Debía estar informado de lo que ocurría en el Nuevo Mundo, proponer al monarca los candidatos para los oficios importantes, darles instrucciones, vigilar las tareas administrativas, dirigir a la Casa de la Contrata-

7 *Recop.*, IX.i.2 y sig.
8 Id., II.ii a xiii.
9 Id., II.ii.2.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

ción, examinar la correspondencia y proponer al rey las medidas de gobierno y la legislación que considerara convenientes.

El Consejo de Indias ejercía también el control de todos los tribunales ordinarios que funcionaban en el Nuevo Mundo, y tenía jurisdicción suprema en las causas judiciales. Pero para evitar el recargo de trabajo, en las Nuevas Leyes de 1542 se resolvió que en lo posible los pleitos concluyeran en las audiencias de Indias, pudiendo solo elevarse al Consejo mediante el recurso de segunda suplicación, o cuando el rey por cédula especial así lo disponía. No obstante, mantuvo su competencia para resolver en definitiva los juicios de residencia de los funcionarios nombrados en España, los pleitos sobre encomiendas de indios superiores a mil ducados, las causas de contrabando y las apelaciones de la Casa de la Contratación.

Sin embargo, no siempre fue exclusiva la intervención del Consejo en los problemas indianos. Durante el siglo XVI se reunieron Juntas especiales para resolver cuestiones importantes, sobre todo las relacionadas con la condición de los indígenas. Desde 1557 quedó aquel subordinado al Consejo de Hacienda en las materias de interés fiscal. Para las de orden militar se creó, en 1600, la *Junta de Guerra de Indias* con atribuciones directivas y judiciales.

Durante el siglo XVIII se modificó la organización que hasta entonces existía. Felipe V creó en 1714 las *Secretarías del Despacho* (ver nº 36, in fine), que recibieron competencia plena en los asuntos administrativos y en las provisiones de empleos, pudiendo además expedir reales decretos con la firma del rey y reales órdenes en nombre del monarca. Con esta reforma el Consejo de Indias quedó limitado a sus funciones judiciales y a tratar los problemas que el rey le comunicaba, con lo cual perdió la importancia que había tenido en los siglos anteriores.

A su vez la Casa de la Contratación fue trasladada a Cádiz en 1717, por la mayor comodidad de este puerto. Pero la habilitación de otros para el comercio con las Indias y la creciente libertad de comercio hicieron innecesario el vetusto organismo, que fue suprimido en 1790 [10].

Por último, en ese mismo año de 1790 quedó también suprimida la Secretaría del Despacho de Indias, y sus asuntos fueron repartidos entre las demás Secretarías del monarca. Esta reforma tuvo por objeto crear "una perfecta igualdad, unidad y reciprocidad en el gobierno, y atención de los negocios de unos, y otros

[10] Real decreto de junio 18 de 1790: *Nov. Rec.*, IX.ii.18.

dominios, y de sus respectivos habitantes" [11]; pero en la práctica significó la supresión de la escasa personalidad de que aún gozaban las Indias, y la desaparición del órgano especializado que las gobernaba.

40. *Los fines del Estado.* — Toda esa organización política procuraba realizar tres fines primordiales, que son los que orientan y dan vitalidad a la obra de España en América: el objetivo religioso, la buena gobernación y administración de justicia, y el buen tratamiento de los indios.

La finalidad religiosa se puso en evidencia inmediatamente después del descubrimiento: el Papa Alejandro VI, al conceder las nuevas tierras a los reyes católicos, les ordenó destinaran a ellas "varones probos y temerosos de Dios, doctos, instruidos y experimentados, para adoctrinar a los indígenas y habitantes dichos en la fe católica e imponerlos en las buenas costumbres".

Este mandato del Pontífice fue constante y sinceramente cumplido. Todos los documentos importantes relativos a la conquista y al gobierno de las Indias insisten en ese propósito evangélico y civilizador. El Nuevo Mundo se constituyó como un Estado confesional, que no admitía la existencia y profesión de otros cultos, y procuraba fundamentalmente propagar las creencias católicas no solo entre los indios sino también entre los demás pobladores. Para mantener la unidad de la fe y su absoluta pureza se organizó el Santo Oficio, se impuso una estricta vigilancia en la entrada de personas y de libros y se ejerció una severa censura en las publicaciones.

El imperialismo religioso así impuesto respondía, por lo demás a la actitud contemporánea de España y de los propios españoles, que se habían erigido en campeones del catolicismo en Europa. A esa actitud quedaron subordinados los demás objetivos posibles de la empresa indiana, y de ella derivan también muchas disposiciones legislativas.

La segunda finalidad del régimen implantado en América se comprende bajo la fórmula genérica de "la buena gobernación y administración de justicia", que con frecuencia se emplea en los documentos importantes de la época. Buen gobierno y buena justicia significaban aspirar constantemente a la realización del bien común, máximo objetivo del Estado en la doctrina católica contemporánea. Y ese bien común se conseguía, no solo por medio de la observancia del derecho existente o la creación de uno nuevo

[11] Real decreto de abril 23 de 1790: *Nov. Rec.*, III.vi.16.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

más adecuado, sino también por el deseo de cumplir en el orden gubernativo las exigencias de la justicia, elevada así a la categoría de inspiradora permanente de la acción política.

Por último, el tercer propósito que el Estado indiano se había impuesto tendía al "buen tratamiento de los indios", según la expresión tantas veces repetida. La libertad de los naturales —reconocida desde los albores del siglo XVI— y la necesidad de atraerlos a la verdadera religión impusieron ese objetivo que no era otra cosa que la aplicación del espíritu cristiano a las relaciones sociales. El buen tratamiento no excluía, sin embargo, la implantación de instituciones o regímenes (como la encomienda o el trabajo obligatorio), que tenían por objeto precisamente apartar a los indios de sus costumbres bárbaras y acostumbrarlos paulatinamente a la vida civilizada.

Estos fines sufrieron un cambio durante la segunda mitad del siglo XVIII, en que el triunfo del despotismo ilustrado alteró profundamente las ideas. Fue desapareciendo poco a poco la preocupación por evangelizar a los indígenas; no se insistió tanto en mantener la unidad y la pureza de la fe; y en cambio aparecieron otros fines que se impusieron a los anteriores, aunque sin reemplazarlos totalmente: el progreso económico, la difusión de la cultura moderna, y una tendencia absolutista y centralizadora en la organización del Estado.

41. *Las funciones del Estado.* — La actividad administrativa del régimen indiano se desarrollaba en torno a cuatro funciones principales: el gobierno, la justicia, la guerra y la real hacienda. Esta diferenciación de funciones significa que cada una estaba regida por normas jurídicas especiales, que imponían modalidades distintas y recursos diferentes.

La primera comprendía dos materias fundamentales: el gobierno espiritual y el temporal. El Estado intervenía en numerosos problemas vinculados con la vida de la Iglesia —los nombramientos de dignidades eclesiásticas, el pase de las bulas, la fundación de diócesis, iglesias, conventos y hospitales, la enseñanza, las misiones, etc. —y para ello las distintas autoridades tenían la correspondiente competencia. El gobierno temporal, a su vez, era una función amplísima que abarcaba la legislación, el nombramiento de funcionarios, el buen tratamiento de los indios, la condición de los españoles, la actividad económica, las concesiones de encomiendas y de tierras, las obras públicas, el comercio, la navegación, etc.

La justicia comprendía la solución de los pleitos y procesos, y también la de los recursos que se daban contra las medidas adoptadas por otras autoridades.

La guerra era la actividad destinada a la defensa contra los enemigos exteriores o interiores, así como la organización militar de los ejércitos y de las milicias locales.

Por último, la real hacienda era la función destinada a recaudar e invertir los recursos fiscales.

Estas actividades y materias no siempre correspondían a funcionarios diferentes. En Indias hubo normas destinadas a regular cada función del Estado, pero no hubo separación de poderes tal como la conoce el constitucionalismo moderno. Muchas veces varias funciones corrían a cargo de una sola autoridad, y a este fin se acumulaban los títulos correspondientes. Así los virreyes eran a la vez gobernadores, capitanes generales y presidentes de la audiencia; los que administraban una provincia menor eran gobernadores, capitanes generales y justicias mayores. Por lo general, los mismos que ejercían una función administrativa —de gobierno, guerra o hacienda— tenían también competencia para entender en los asuntos judiciales derivados de esa actividad o del fuero correspondiente. Pero esa acumulación de funciones no implicaba confundirlas, pues su ejercicio debía ajustarse a las normas especiales que reglaban en forma diversa los modos de actuar y los procedimientos administrativos y judiciales.

42. *Caracteres generales del gobierno indiano.* — La organización política y administrativa de las Indias no se hizo cumpliendo planes sistemáticos, sino que fue un resultado empírico que a la vez iba ensayando múltiples creaciones institucionales. Las divisiones administrativas y los organismos creados para ellas se fueron adecuando a los resultados de la conquista y a las particularidades de cada región. Con posterioridad tampoco se trató de uniformar los distintos regímenes así creados, salvo a fines del siglo XVIII al implantarse el sistema de las intendencias.

Al principio la corona delegó la realización de la conquista en los adelantados, que tomaban a su cargo la empresa, la costeaban y recibían concesiones y ventajas especiales, algunas de tipo señorial. Pero bien pronto se fue suprimiendo ese método de ascendencia medieval y el Estado asumió la totalidad de las funciones, creándose una administración formada por gobernantes rentados que eran nombrados por el rey, ejercían cargos temporarios y se sometían a la dependencia y a la vigilancia del Consejo de Indias y de otras autoridades locales. Se creó así, a lo largo del siglo XVI, un sistema de tipo político, que hizo desaparecer las formas primitivas de origen señorial.

Esa administración fue tornándose cada vez más centralizada y rígida. Si al principio algunos gobernantes tuvieron amplios po-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

deres legislativos y de organización, ya en el siglo XVII estas facultades desaparecen. Las autoridades de la península tratan de resolver y ordenar todos los problemas, con lo cual se hace necesario consultarlas constantemente. Este centralismo se agudiza en la época borbónica, que a la vez crea, con el sistema de las intendencias, una rígida jerarquía administrativa.

Al perder así sus facultades de decisión, los gobernantes indianos se convirtieron en funcionarios de una burocracia cada vez más estatizada. Esta burocracia se caracterizó por su espíritu de rutina, su lentitud y su relativa ineficacia para promover el adelanto de las poblaciones.

Todo ello fue el resultado de la desconfianza con que las autoridades de la península miraban a las de América. Para impedir que éstas asumieran actitudes demasiado libres, o abusaran de sus poderes, se exageró su dependencia mediante el centralismo y se implantaron múltiples formas de control destinadas a fiscalizarlas.

Este control se ejercía mediante las informaciones que los cabildos, los religiosos o las otras autoridades enviaban a España, y también mediante la vigilancia recíproca de unos organismos sobre otros. De esta manera se evitó o se pudo reprimir el absolutismo de los gobernantes locales, pero este resultado fue conseguido tal vez a costa de su eficiencia.

La supresión del despotismo en América —o su inmediata sanción— se lograron también obligando a decidir las cuestiones graves e importantes que no admitían dilación mediante el acuerdo del virrey y la audiencia, o el de ambos con los oficiales reales si se trataba de gastos no autorizados. Además se dio a las audiencias —que eran tribunales formados por juristas con acentuado espíritu legalista— la facultad de rever y revocar las decisiones gubernativas de los virreyes y gobernadores, cuando estuvieran en contra del derecho vigente. Asimismo, las audiencias podían enviar jueces de comisión o pesquisidores contra las demás autoridades subordinadas, para ejecutar alguna medida o investigar su conducta. Todo este sistema de recíproco control se completaba con las visitas y los juicios de residencia.

Con todo ello se aspiraba a prevenir o a sancionar los abusos de los gobernantes, muchas veces inclinados a exagerar sus poderes o a beneficiarse en el ejercicio del cargo. Al hacerlo, se trataba de afirmar la vigencia del orden jurídico, a fin de que éste cumpliera eficazmente su finalidad de mantener la paz y la justicia. Y efectivamente estos fines se consiguieron en una gran medida, evitando explosiones de descontento colectivo y asegurando el imperio de un derecho tutelar adecuado a las necesidades de estas poblaciones nuevas. En definitiva, con los defectos indicados

y con las limitaciones expuestas, la administración indiana logró cumplir los objetivos que el propio Estado perseguía.

43. *El real patronato indiano.* — Parte fundamental en esa organización era la Iglesia Católica. Como ya se dijo, el Estado indiano se había propuesto cumplir un objetivo fundamentalmente religioso, el cual dio un sentido misional a su actividad. Como esa finalidad coincidía con la de la propia Iglesia, hubo un paralelismo entre ambos y por lo tanto una colaboración permanente que convirtió a esta última en uno de los organismos esenciales de la empresa hispánica en el Nuevo Mundo.

Para asegurar el cumplimiento de esa finalidad común los reyes de Castilla se convirtieron en protectores o patronos de la Iglesia. El papa Julio II, por la bula *Universalis Ecclesiae* del 28 de julio de 1508, les concedió el privilegio de presentar (es decir, proponer al Sumo Pontífice, para que éste les diera la investidura canónica), los candidatos a arzobispos, obispos y abades, y el de proveer los demás beneficios y dignidades menores mediante la presentación a los respectivos diocesanos [12]. En virtud de este derecho de Patronato Real, o Regio Patronato Indiano, los monarcas de Castilla se consideraron como vicarios o delegados del Pontífice para ejercer el gobierno de la Iglesia y disponer lo conveniente al progreso religioso de las Indias. Y aun cuando ese privilegio había sido otorgado originalmente por el Papa a los reyes de Castilla, la doctrina y la legislación lo consideraron un derecho propio, derivado de haber "edificado y dotado en él [el Nuevo Mundo] las Iglesias y Monasterios a nuestra costa, y de los Señores Reyes Católicos nuestros antecesores, como por habérsenos concedido por Bulas de los Sumos Pontífices", por lo cual resolvieron "que este derecho de Patronazgo de las Indias único e *in solidum* siempre sea reservado á Nos y á nuestra Real Corona, y no pueda salir de ella en todo, ni en parte" [13].

El derecho de patronato se manifestaba no sólo mediante el nombramiento de los prelados y dignidades de la Iglesia, sino también a través de otras funciones diversas que los reyes se fueron atribuyendo. No podía erigirse ninguna iglesia, convento, monasterio u hospital sin previa licencia del monarca. Este señalaba los límites de las diócesis o los modificaba. Las bulas y breves pontificios necesitaban el pase o *exequátur* del Consejo de Indias para

12 COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *Organización de la Iglesia y Ordenes Religiosas en el Virreinato del Perú en el siglo XVI*, II, 38-40, Madrid, 1919.

13 Real cédula de junio 1º de 1574, relativa a la organización del patronato indiano, en id., ibid., 130-138; *Recop.*, I.vi.1.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

aplicarse en América, y las audiencias podían retener esos documentos si faltaba tal requisito. Ningún religioso podía pasar a las Indias sin autorización real. Y por último el Estado intervenía también en múltiples actividades de la Iglesia vinculadas con la propagación del Evangelio, el ejercicio de sus facultades disciplinarias y jurisdiccionales, el manejo de sus bienes y la enseñanza universitaria.

Todo ello creó una situación de verdadera dependencia de aquélla con respecto al Estado, y al mismo tiempo una evidente separación entre el Sumo Pontífice y los prelados americanos, pues todo debía tramitarse a través de los organismos que actuaban en España. Esa exagerada intervención del monarca y de las autoridades superiores en los asuntos eclesiásticos, o sea el *regalismo*, fue afirmándose a lo largo del XVI y triunfó definitivamente en el XVII, no sólo en la práctica sino también en la doctrina de los juristas que se ocuparon de estos asuntos. En el XVIII los borbones, imbuidos de las ideas galicanas, acentuaron aún más la dependencia de la Iglesia. Carlos III, sobre todo, adoptó una serie de medidas que más parecían ataques a la religión que deseo de asegurar el cumplimiento de sus fines. La expulsión de los jesuitas y la confiscación de sus bienes, la secularización de ciertos derechos e impuestos de la Iglesia, las órdenes estrictas relativas al contenido de la enseñanza universitaria, la limitación de la competencia de los jueces eclesiásticos, y otras medidas inspiradas en la filosofía de la Ilustración contribuyeron, sin duda alguna, a debilitar el sentimiento cristiano y a privar a la Iglesia de la libertad que le conviene.

La existencia y exageración de este regalismo no deben hacer olvidar, sin embargo, que hubo durante los siglos XVI y XVII una sincera y eficaz política de colaboración con la Iglesia, destinada a cumplir los fines religiosos que el propio Estado se había impuesto. Sólo en el XVIII esa finalidad pierde paulatinamente importancia —aunque sin desaparecer por completo— y entonces la organización eclesiástica, manejada por los reyes, pasa a ser en sus manos un instrumento de su propia política.

44. *Organización de la Iglesia.* — Los reyes de España crearon, para el gobierno eclesiástico del Nuevo Mundo, una organización jerárquica análoga a la que ya existía en Europa, adoptando las normas del derecho canónico. Se procuró la coincidencia territorial de las arquidiócesis con las provincias mayores, presididas por las audiencias, y de las gobernaciones con los obispados [14].

[14] *Recop.*, II.ii.7.

Los arzobispos y obispos —designados en la forma que ya se indicó— tenían y tienen poderes de gobierno, de magisterio y de jurisdicción.

El gobierno de la Iglesia —que incluye la facultad de dictar normas jurídicas generales o particulares, ajustadas al derecho canónico— se ejerce en primer lugar sobre y a través de los vicarios, párrocos y sacerdotes, y en segundo término sobre los fieles mediante la administración de los sacramentos y la celebración del culto divino. Los obispos podían delegar ciertas funciones en los vicarios foráneos, que ejercían su cargo en las ciudades distantes de la sede diocesana, y en los curas párrocos de españoles y de naturales. Estos últimos —fuera de sus obligaciones religiosas— estaban encargados de llevar los libros de bautismos, matrimonios y defunciones, que servían para acreditar el estado de las personas.

La organización de los obispados y arzobispados se completaba con un cabildo eclesiástico, formado por los canónigos presididos por el deán. En caso de quedar vacante la diócesis, el cabildo nombraba un vicario capitular que la gobernaba hasta que se hacía cargo el nuevo titular designado por el Pontífice a propuesta del monarca.

El magisterio eclesiástico se ejerce mediante la enseñanza y la predicación del Evangelio. En la época indiana casi toda la enseñanza era organizada e impartida por la Iglesia. Las universidades, los colegios y la mayor parte de las escuelas primarias eran de carácter eclesiástico, y estaban con frecuencia a cargo de órdenes religiosas. La conversión de los indios al catolicismo fue también una tarea fundamental que estuvo en manos de las autoridades de la Iglesia, en colaboración con las del Estado. Se dispuso que esa predicación se hiciera en el propio idioma de los indios, para lo cual los sacerdotes debían estudiarlo y examinarse. Hubo, con ese propósito, expediciones aisladas, misiones permanentes, y parroquias de naturales ya sometidos, que contribuyeron a la realización del elevado objetivo de la conquista espiritual.

Por último, los obispos cumplían una importante función judicial. Eran los magistrados superiores en el fuero eclesiástico, que comprendía las causas en que eran parte los dignatarios de la Iglesia y los sacerdotes que de él dependían, y además, por razón de la materia, todas las causas espirituales y conexas y las vinculadas con los sacramentos. Entre estas últimas estaban incluídas las relativas al matrimonio: esponsales, disenso, nulidad, divorcio, alimentos, dotes, tenencia de hijos, etc. Pero a fines del siglo XVIII se dictaron algunas reglas especiales que eliminaron de la competencia eclesiástica las causas de orden puramente material o profano.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Hubo además en las Indias otro tribunal formado por eclesiásticos, pero que no dependía ni de los obispos ni de las autoridades políticas. Era el *Tribunal del Santo Oficio*, o *Inquisición*, que fue creado para México y para Lima por real cédula de enero 25 de 1569 [15]. Tenía jurisdicción exclusiva para entender en los casos de herejía, apostasía, superstición, idolatría, sortilegio, hechicería, etc., y su finalidad era mantener la unidad y la pureza de la fe, impidiendo la difusión de doctrinas o prácticas falsas. Podía, en el ejercicio de su autoridad, proceder contra todos los fieles, pero no contra los indios porque se consideraba que éstos no tenían suficiente instrucción religiosa. Su acción fue relativamente intensa desde que fue creado el tribunal hasta mediados del siglo XVII, pero luego dejó de actuar con la misma energía aunque sin desaparecer. Para el ejercicio de su jurisdicción en el vasto territorio de cada virreinato, la Inquisición designaba Comisarios en cada provincia, los cuales sólo tenían poderes informativos y sumariales.

Paralelamente a la jerarquía eclesiástica existían las Ordenes Religiosas, algunas de ellas exentas de la autoridad del diocesano, como las de los domínicos, mercedarios, franciscanos y jesuitas. Estas órdenes formaban "provincias" dirigidas por un Superior, del cual dependían los conventos, residencias, colegios y misiones.

BIBLIOGRAFIA

Un panorama general del Estado indiano en RICARDO LEVENE, *Historia del derecho argentino*, II, Buenos Aires, 1946; id., *Manual de historia del derecho argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, 1962; C. H. HARING, *The spanish empire in America*, New York, 1947 (traducción castellana: *El imperio hispánico en América*, Buenos Aires, 1966); JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, 2 vols., Buenos Aires, 1943; y en mi libro *La organización política argentina en el período hispánico*, cap. I, Buenos Aires, 1959.

Sobre el problema de los justos títulos ver VENANCIO D. CARRO, O. P., *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, 2 vols, Madrid, 1944; y LEWIS HANKE, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Buenos Aires, 1949.

Acerca de los organismos centrales del gobierno indiano: ERNESTO SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, 2 vols., Sevilla, 1935 y 1947; y GILDAS BERNARD, *La Casa de la Contratación de Sevilla, luego en Cádiz, en el siglo XVIII*, en *Anuario de Estudios Americanos*, XII, 253-286, Sevilla, 1955.

En relación con la Iglesia: FAUSTINO J. LEGÓN, *Doctrina y ejercicio del patronato nacional*, Buenos Aires, 1920; HENRY CHARLES LEA, *The Inquisition in the Spanish Dependencies*, New York, 1908; y mi libro *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1952.

Ver también: MANUEL GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias*, Sevilla, 1944.

15 *Recop.*, I.xix.1.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

CAPÍTULO SEXTO

GOBIERNO Y ADMINISTRACION

45. *La organización política.* — Expuesta ya en sus líneas generales la organización del gobierno indiano en la península, corresponde ahora estudiarla en las regiones del Nuevo Mundo y especialmente en el actual territorio argentino.

A este efecto conviene distinguir tres períodos de características diferentes: a) la época de la organización, b) la época de los gobernadores, y c) el virreinato. Los analizaremos sucesivamente.

Al principio, las empresas de descubrimiento y conquista se realizaron, no por el Estado, sino por particulares que recibieron privilegios de carácter señorial en las respectivas *capitulaciones*. Estas últimas eran verdaderos contratos mediante los cuales los reyes concedían un determinado territorio a un personaje que ya se había distinguido antes, y que se comprometía a costear la expedición recibiendo en cambio ciertos beneficios y exenciones de alcance económico. Además, el favorecido obtenía el mando militar de la expedición, el gobierno del territorio, la jurisdicción suprema en el lugar y, a veces, la facultad de atribuirse una gran extensión de tierras o una encomienda numerosa.

Los principales de estos personajes recibieron el título de *adelantado*, que ya era conocido en el derecho castellano. En América el adelantamiento significó un oficio de elevada jerarquía y con tendencia a ser hereditario. dignidad, otorgado en forma vitalicia para realizar empresas de conquista en territorios no ocupados todavía. Pero en la segunda mitad del siglo XVI este cargo se convierte en un título honorífico

Carlos V dividió la mayor parte de la América del Sud en cuatro grandes distritos que confió a Francisco Pizarro, Diego de Almagro (que ya habían realizado la conquista del Perú), Pedro de Mendoza y Simón de Alcazaba. Los tres primeros fueron nombrados —en las capitulaciones de mayo de 1534— adelantados,

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

gobernadores y capitanes generales, mientras el último sólo fue gobernador. Mendoza debía conquistar doscientas leguas de territorio ubicadas entre los paralelos 25º 31' y 36º 57' de latitud sud, cuyo centro era el río de la Plata. Alcazaba estaba destinado a ocupar otras doscientas leguas al sud del distrito concedido a Mendoza [1].

Este último, que instaló el primer asiento de Buenos Aires en febrero de 1536, tuvo que regresar a España en abril del siguiente año. En marzo de 1542 llegó a la Asunción —que se había convertido en el centro de la conquista rioplatense— Alvar Núñez Cabeza de Vaca, con los mismos títulos de Mendoza. El nuevo adelantado fue depuesto en abril de 1544. Juan Ortiz de Zárate capituló con el rey en 1569, obteniendo el adelantamiento del Río de la Plata en forma hereditaria y la ampliación hacia el norte y el sud del distrito concedido a Mendoza. Aquél llegó al Río de la Plata a fines de 1573 y murió en la Asunción en enero de 1576, dejando como heredero suyo a la persona que se casara con su hija Juana de Zárate. En tal carácter le sucedió Juan Torres de Vera y Aragón, oidor de la audiencia de Charcas, que llegó a la Asunción a mediados de 1587 y se embarcó para España un año después, quedando el gobierno a cargo de distintas autoridades que él mismo había designado.

En ausencia de los adelantados —que tan poco tiempo ejercieron el mando— la provincia fue gobernada, o bien por los lugartenientes de aquéllos, o bien por mandatarios nombrados por los propios españoles, a veces como resultado de una revuelta y otras legalmente. Los conquistadores, en este último caso, utilizaron un privilegio concedido por la real cédula de septiembre 12 de 1537, que los autorizaba a elegir como gobernador —en caso de encontrarse vacante el cargo— a "la persona que según Dios y sus conciencias pareciere más suficiente para el dicho cargo" [2].

Las facultades de los adelantados y de quienes los reemplazaron fueron amplísimas, puesto que incluían el gobierno superior del distrito, el mando militar y el ejercicio del poder judicial en última instancia. Los dos primeros no estuvieron subordinados a ninguna otra autoridad existente en el Nuevo Mundo. Pero los adelantados y demás gobernadores no intervenían, en cambio, en el manejo de los recursos fiscales, que estaba confiado a los Ofi-

1 Todos los documentos referentes a la expedición de Mendoza han sido reunidos en COMISIÓN OFICIAL DEL IV CENTENARIO DE LA PRIMERA FUNDACIÓN DE BUENOS AIRES, *Documentos históricos y geográficos relativos a la conquista y colonización rioplatense*, II, Buenos Aires, 1941.

2 Idem., II, 149.

ciales de Real Hacienda nombrados directamente por el monarca. Además, estos últimos y los sacerdotes que integraban las expediciones debían asesorar a esos mandatarios respecto a la forma de realizar la conquista y el trato a los indios, informando al rey acerca de estos fundamentales problemas. Era una forma primitiva de control político, que en algunos casos produjo buenos resultados. En 1567 se incorporó el territorio rioplatense al virreinato del Perú, pasando entonces a depender de otras autoridades superiores (ver infra, nº 45 in fine).

El sistema de los adelantados concluye en el Río de la Plata en 1593, en que se hizo cargo del mando un gobernador nombrado por el virrey del Perú. Termina en ese momento la época de la organización, cuando se han fundado también las ciudades que han de subsistir definitivamente. A partir de entonces los mandatarios que presiden este distrito serán funcionarios rentados, designados por el monarca o interinamente por el virrey del Perú, que ejercen un cargo temporario y están sometidos a las leyes y a las órdenes de las autoridades superiores.

Lo mismo ocurrió en la provincia del Tucumán a partir de 1563, en que el rey ordenó su separación de Chile para convertirla en un nuevo distrito dependiente de la audiencia de Charcas (ver nº 29). A su vez, la región de Cuyo se transforma en 1574 en un Corregimiento que integra la gobernación de Chile. La del Río de la Plata se divide —en virtud de la real cédula de diciembre 16 de 1617— en dos provincias: la del Paraguay (o Guayrá) y la del Río de la Plata. Con ello quedan fijados los distritos político-administrativos que han de subsistir en nuestro territorio hasta la creación del virreinato en 1776.

La nueva gobernación del Río de la Plata (desde su división en 1617) comprendía las ciudades de Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes y Concepción de Nuestra Señora (fundada esta última en el Chaco y destruida por los indios en 1632). Además abarcaba por el norte hasta el Iguazú, el Alto Paraná y una línea media entre los ríos Pilcomayo y Bermejo; toda la costa del Atlántico hasta encontrar las posesiones portuguesas, y gran parte de la Patagonia oriental. En la segunda mitad del siglo XVIII se incluyeron también, como dependencias del gobierno rioplatense, las islas Malvinas y la costa patagónica y fueguina hasta el cabo de Hornos [3]. Las autoridades residieron siempre en la ciudad de Buenos Aires, que luego fue declarada capital por real cédula del 31 de diciembre de 1695.

3 Real orden de diciembre 29 de 1766, en *Revista de la Biblioteca Nacional*, II, 254, Buenos Aires, 1938.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

La gobernación del Tucumán abarcaba, aunque con límites mal definidos, las actuales provincias de Jujuy, Salta, Tucumán, Santiago del Estero, Catamarca, La Rioja y Córdoba. Su capital fue Santiago del Estero hasta fines del siglo XVII, en que las autoridades fijaron su residencia en Salta.

El corregimiento de Cuyo, a su vez, comprendía las tres provincias actuales de Mendoza, San Juan y San Luis, así como una indefinida extensión hacia el sud.

Estos tres distritos se incorporaron a los organismos superiores creados en América para afirmar una mayor jerarquía política. Las otras conquistas realizadas en el Nuevo Mundo se habían ido adaptando a las particularidades geográficas y a sus propias posibilidades, sin respetar los límites primitivamente señalados por el rey. Las más importantes se convirtieron en *virreinatos* (el de Méjico fue creado en 1535 y el del Perú en 1542), y las demás en *provincias mayores* (a cargo de un gobernador que presidía también una audiencia pretorial), y en *provincias menores*, que solamente tenían un gobernador [4]. Se estableció así una organización jerárquica del poder, pues las provincias mayores y menores integraban, y en cierta medida dependían, de los dos grandes virreinatos.

Los virreyes ejercían el mando directo en su propio distrito, y una función de alta vigilancia en los demás, la cual les permitía impartir órdenes en asuntos importantes que no fueran de exclusiva competencia de las autoridades locales. Las provincias mayores y menores estaban a cargo de gobernadores y capitanes generales, que en el primer caso presidían además una audiencia y en el segundo carecían de ese organismo. La de Chile fue una provincia mayor, mientras que las del Río de la Plata, Paraguay y Tucumán fueron menores, salvo en la década durante la cual funcionó en Buenos Aires una audiencia (1663-1672), en que la categoría de este distrito quedó elevada a la de provincia mayor.

Esa jerarquía administrativa quedó establecida, en lo que a nuestro territorio se refiere, mediante la real cédula del 15 de febrero de 1567 [5]. Esta importante reforma encomendó al virrey del Perú el gobierno superior de todos los distritos comprendidos en las jurisdicciones de las audiencias de Quito y de Charcas. Como esta última ya la tenía sobre el Río de la Plata y el Tucumán, ambas provincias integraron desde entonces el virreinato del Perú, sin perjuicio de la competencia de sus propias autoridades locales.

[4] *Recop.*, V.i.1.
[5] DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario Indiano*, I, 245, Madrid, 1945.

Y quedaron también subordinadas a la audiencia de Charcas en los asuntos que correspondían a este organismo.

46. *Los gobernadores.* — Como ya lo hemos indicado, a partir de 1563 en el Tucumán y de 1593 en el Plata, el mando de cada una de estas provincias quedó a cargo de gobernadores, que unían a este título los de capitanes generales y justicias mayores, y acumulaban así las tres funciones de gobierno, guerra y justicia (ver nº 41). Solo nos interesa por ahora la primera, pues las demás serán consideradas más adelante.

Era el rey quien nombraba a estos gobernadores a propuesta del Consejo de Indias. En caso de muerte o ausencia, estos mandatarios eran reemplazados de inmediato por el teniente general de la gobernación —de quien luego trataremos— y a falta de éste por los tenientes de gobernador en cada ciudad subalterna y por el alcalde de primer voto en la capital [6]. Cuando el cargo de gobernador quedaba vacante por muerte o destitución, el virrey del Perú podía designar otro que permanecía en el mando hasta la llegada del que traía título real. A fines del siglo XVII y principios del XVIII hubo varios gobernadores —dos en el Plata y cuatro en el Tucumán— que habían adquirido el oficio mediante un donativo hecho a la corona.

A principios del siglo XVII se estableció que los gobernadores debían permanecer cinco años en el cargo si venían de España, y tres si ya estaban en América. Pero estos plazos nunca fueron rigurosos, porque siempre debían esperar la llegada de su sucesor. En un caso (el de Esteban de Urizar y Arespacochaga, gobernador del Tucumán desde 1707 hasta 1724), se amplió el plazo dándole carácter vitalicio.

Los gobernadores designados por el rey para estas provincias fueron siempre personajes de cierta jerarquía, funcionarios de carrera o militares con experiencia administrativa. Casi todos habían nacido en España, y ninguno tuvo título nobiliario ni estudios universitarios.

La función de gobierno era amplísima y comprendía vastas atribuciones vinculadas con el desarrollo espiritual y material de las poblaciones. El gobernador debía cooperar con las autoridades eclesiásticas para difundir la religión, proveer los curatos a propuesta en terna del Obispo, informar acerca de las iglesias y hospitales que fuera conveniente erigir, etc. En materias temporales le correspondía entender en todo lo concerniente al bienestar y progreso de los españoles y de los indios, el orden social, el co-

[6] *Recop.*, V.iii.12.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

mercio y las actividades económicas, las encomiendas, el reparto de tierras, la construcción de obras públicas, etc. También podía presidir el cabildo de la ciudad en donde estuviera, aprobar las elecciones de sus miembros y vigilar el funcionamiento del cuerpo.

En el desempeño de esos poderes los gobernadores tuvieron, al principio, amplias facultades legislativas que les permitieron sancionar ordenanzas relativas a la condición de los indios y al régimen de las ciudades, entre otras. Pero esta actividad legislativa decayó más adelante, y en 1680 se dispuso que antes de sancionar nuevas leyes informaran al Consejo de Indias a fin de que éste resolviera[7] (ver nº 85). Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XVIII volvieron a tener atribuciones de esta clase, para resolver problemas derivados de las nuevas situaciones que se presentaban.

Esas facultades normativas, y la actuación misma de los gobernadores en su función ejecutiva, debían siempre ajustarse al derecho vigente. Estos funcionarios tenían poderes limitados y siempre definidos en las leyes o en las instrucciones impartidas. Aquéllas organizaban, además, varios sistemas de control para evitar o reprimir sus abusos y arbitrariedades. Aunque los gobernadores tenían una gran independencia en el desempeño de su autoridad, las autoridades superiores —el Consejo de Indias, el virrey del Perú y la audiencia de Charcas— ejercían una vigilancia permanente sobre su actuación. Y podían, en virtud de informaciones o de denuncias, intervenir en cualquier momento para destituirlos (como ocurrió en varias oportunidades), para investigar su conducta enviando visitadores o jueces pesquisidores, o para impartirles órdenes fundadas en asuntos importantes. La audiencia podía, además, revocar las decisiones de los gobernadores, mediando apelación de los interesados (ver nº 49). Además, estos funcionarios estaban sujetos al juicio de residencia una vez finalizada su gestión (nº 52).

La actuación de los gobernadores, que a fines del siglo XVI y principios del siglo XVII fue a veces despótica, se hizo más moderada con el andar de los años y la regularización del sistema administrativo. Hubo sin duda mandatarios que lucraron en el ejercicio de sus funciones, pero otros se desempeñaron con dignidad y espíritu de justicia, procurando el adelanto de las poblaciones. El orden social y la paz interior fueron mantenidos sin dificultades a lo largo de los siglos XVII y XVIII en nuestro territorio, salvo dos pequeñas sediciones sin trascendencia, con lo cual se afirma el juicio favorable respecto de quienes debían asegurarlos.

[7] Id., II.i.1.

Los corregidores de Cuyo tuvieron poderes y funciones análogos a los de los gobernadores, aunque siempre más limitados en cuanto dependían directamente del mandatario chileno y de la audiencia de Santiago.

Los gobernadores podían nombrar un teniente general, que a veces era letrado, y que desempeñaba las funciones políticas, judiciales o militares que aquél le señalaba. Estos tenientes generales de la gobernación fueron reemplazados, durante la primera mitad del siglo XVIII, por los tenientes de rey con atribuciones principalmente militares, que como los anteriores reemplazaban a los gobernadores en caso de muerte o ausencia.

Para ejercer el mando en cada una de las ciudades que no eran capitales de provincia se nombraban tenientes de gobernador, que además eran capitanes a guerra y justicias mayores, acumulando así funciones de gobierno, guerra y justicia bajo la dirección y cumpliendo las órdenes del mandatario provincial. De la misma manera, los corregidores de Cuyo designaban tenientes de corregidor para San Juan y San Luis.

Durante la segunda mitad del siglo XVIII se establecieron, dentro del distrito rioplatense, tres nuevas gobernaciones subordinadas, que dependían del mandatario con sede en Buenos Aires. Estas gobernaciones fueron las de Montevideo, Malvinas y Misiones. La primera se creó por real cédula de diciembre 22 de 1749 para asegurar mejor la defensa de la Banda Oriental. La necesidad de ocupar las islas Malvinas determinó el nombramiento de un gobernador en ellas, que fue designado el 4 de octubre de 1766. Y por último, a raíz de la expulsión de los jesuitas, Francisco de Paula Bucareli —siguiendo instrucciones de la Corte— dispuso formar una nueva gobernación de Misiones el 23 de agosto de 1768. Estos tres funcionarios debían cumplir las órdenes del gobernador del Río de la Plata.

Este último obtuvo también, contemporáneamente, cierta autoridad sobre los gobernadores del Paraguay y del Tucumán, los cuales quedaron subordinados al del Río de la Plata en todo lo referente a las campañas contra los portugueses, la administración de los bienes de los jesuitas expulsados y la lucha contra los indios del Chaco. Esta elevación del mandatario rioplatense era ya un anticipo del futuro virreinato, que la audiencia de Charcas propuso crear en 1771.

47. *El virreinato del Río de la Plata.* — El 1º de agosto de 1776 el rey Carlos III designó a don Pedro de Cevallos "Virrey, Gobernador, y Capitán General de las [provincias] de Buenos Aires, Paraguay, Tucumán, Potosí, Santa Cruz de la Sierra, Char-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico
F.D. y C.S. BIBLIOTECA

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

cas, y de todos los Corregimientos, Pueblos y Territorios a que se extiende la jurisdicción de aquella audiencia", incluyendo también en su distrito la región de Cuyo[8]. El nuevo virreinato, cuya capital sería Buenos Aires, comprendía las actuales repúblicas de la Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay, con otros extensos territorios que hoy forman parte del Brasil.

Esta transformación tan importante se debió, principalmente, a la necesidad de organizar la defensa de las posesiones hispánicas del Atlántico meridional, oponiendo un fuerte conglomerado político a las desmedidas ambiciones lusitanas y al latente peligro británico. Los ataques portugueses al Río Grande —al norte de la Banda Oriental— determinaron el envío de una fuerte expedición militar que se confió a la pericia de Cevallos, dándole igual jerarquía a la del virrey del Brasil.

Era preciso, además, modernizar la organización indiana adecuándola a la importancia política, militar y económica que habían alcanzado las regiones del Plata. Obrando con exacto conocimiento geográfico, se reunieron bajo el mando del virrey todas las comercas ubicadas al oriente de la cordillera de los Andes y que lindaban con el Brasil. Esos vastos territorios constituían una magnífica unidad política y económica que hubiera podido ser el germen de un poderoso Estado americano.

La creación del virreinato significó, además, trasladar de Lima a Buenos Aires el centro del poder hispánico en Sud América, dando a estas regiones una importancia que hasta entonces no habían tenido. La organización local de cada provincia continuó siendo la misma durante algunos años, pero todas ellas iban a depender en lo sucesivo de los organismos que se fueron creando en la capital del virreinato.

El cargo de virrey (vice-rey) era el más elevado en la organización indiana, como que representaba a la persona misma del monarca y debía ser obedecido como si fuera el soberano. Su nombramiento estaba reservado al rey, que para el Río de la Plata eligió siempre a militares de alta graduación y con experiencia gubernativa, algunos de los cuales tenían título nobiliario. Los dos últimos virreyes, Liniers y Cisneros, fueron marinos con escasa experiencia de gobierno.

Cuando vacaba el cargo de virrey por muerte o enfermedad, lo sucedía la audiencia instalada en la capital[9]. En 1789 se estableció que el rey podía designar anticipadamente al reemplazante

8 ARCHIVO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Documentos referentes a la guerra de la independencia*, etc., I, 17, Buenos Aires, 1914.

9 *Recop.*, II. XV. 46-48.

en un "pliego de providencia" secreto, que se abría al producirse la vacante. Así llegaron al poder Antonio Olaguer Feliú en 1797 y el marqués de Sobremonte en 1804. Dos años después, la real orden de octubre 23 de 1806 dispuso que las vacantes se cubrieran con el oficial de mayor graduación[10], lo cual permitió a Liniers hacerse cargo del mando en junio de 1807. El último virrey, Baltasar Hidalgo de Cisneros, fue nombrado por la Junta Central Suprema de Sevilla.

Los virreyes rioplatenses acumularon los cargos de gobernador, capitán general, presidente de la audiencia de Buenos Aires (desde su establecimiento en 1785) y superintendente general de real hacienda (desde 1788). En este último carácter presidieron también la Junta Superior de Real Hacienda (nº 48). Y tuvieron, por último, importantes atribuciones en otras materias, que más adelante serán recordadas. En otros términos, el virrey tenía una amplísima competencia que le daba una autoridad solo limitada por la del propio monarca y por la necesidad de cumplir el derecho vigente.

En el ejercicio de sus funciones de gobierno los virreyes tuvieron que actuar en el plano internacional y en los problemas internos. Los límites con el Brasil (fijados en el tratado de San Ildefonso del 1º de octubre de 1777)[11], las invasiones inglesas, la llegada de la corte portuguesa a Río de Janeiro en 1808 y otras cuestiones que no podían ser consultadas con España impusieron a los virreyes una gran actividad diplomática —no prevista en las leyes— que se acentuó durante los últimos años de la dominación española.

En el orden interno, la organización del nuevo virreinato obligó a Cevallos y a sus sucesores a adoptar múltiples medidas de carácter económico y financiero, o destinadas a fomentar el desarrollo industrial, agrícola y ganadero, o que pretendían mejorar la vida rural, el orden público, los aspectos edilicios y la cultura de la población. En todas estas funciones dictaron normas jurídicas que por lo general se ajustaban al derecho imperante, pero que a veces también lo derogaban para resolver problemas urgentes. Los últimos virreyes se preocuparon de reprimir las actividades revolucionarias o sediciosas, pero fueron incapaces de orientar una evolución de los espíritus cuyas tendencias separatistas se manifestaban con creciente vigor.

10 *Cedulario de la real audiencia de Buenos Aires*, II, 256 y III, 420, La Plata, 1937-38.

11 ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Campaña del Brasil, Antecedentes coloniales*, III, 480, Buenos Aires, 1941.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

48. *Las intendencias.* — A los pocos años de creado el virreinato se produjo una reforma fundamental en su organización interna. El sistema de las intendencias, que los borbones trajeron de Francia e implantaron en España, fue extendido también al Río de la Plata y luego a casi todas las demás provincias del imperio. Esta reforma se impuso mediante la *Real Ordenanza para el establecimiento é instruccion de Intendentes de Exército y Provincia en el Virreinato de Buenos-Aires,* que Carlos III sancionó el 28 de enero de 1782, y que sufrió algunas modificaciones —motivadas por las consultas que se hicieron a las más altas autoridades de América— concretadas en las *Declaraciones* de agosto 5 de 1783 [12]. Ambas entraron en vigor a fines del mismo año.

El nuevo sistema dividía el territorio del virreinato en los siguientes distritos:

1) Superintendencia general de ejército y provincia de Buenos Aires, con jurisdicción sobre el territorio de su obispado. En mayo 8 de 1788 el monarca reunió en uno solo los dos cargos de virrey y superintendente.
2) Intendencia de Asunción del Paraguay, con el distrito de su obispado.
3) Intendencia de Córdoba del Tucumán, comprendiendo las ciudades de Córdoba y La Rioja y el distrito de Cuyo.
4) Intendencia de Salta del Tucumán, con las ciudades de Salta, Jujuy, Santiago del Estero, San Miguel de Tucumán y Catamarca. En 1807 se le agregó Tarija.
5) Intendencia de Charcas o Chuquisaca (hoy ciudad de Sucre), unida al cargo de presidente de la Audiencia.
6) Intendencia de Potosí.
7) Intendencia de Cochabamba, incluyendo Santa Cruz de la Sierra.
8) Intendencia de La Paz.

Además se creaban cuatro gobiernos político-militares: los de Montevideo, Misiones, Moxos y Chiquitos. Estos dos últimos comprendían el actual noreste boliviano, y dependían de la intendencia de Cochabamba. Misiones estaba dividido entre las dos intendencias de Buenos Aires y de la Asunción.

Se implantó en esta forma una rígida jerarquía administrativa que procuraba centralizar el gobierno en torno al rey y a los Secretarios del Despacho. Uno de estos funcionarios (el de Indias

12 Además de la edición contemporánea, la ordenanza de intendentes fué publicada en los *Documentos referentes a la guerra de la independencia,* cit., 31-95.

hasta 1790, y luego el de Hacienda) se convertía en Superintendente General de Real Hacienda; el de Buenos Aires (que desde 1788 fue el virrey) era Superintendente General Subdelegado; y los demás dependían de éste y de la Junta Superior de Real Hacienda que iba a instalarse en la capital del virreinato.

Este último organismo venía a ser el órgano local coordinador de todo el mecanismo fiscal y administrativo, para uniformarlo y controlar su funcionamiento. La Junta se instaló el 2 de enero de 1784, y en su composición definitiva (desde que se estableció la audiencia en Buenos Aires) quedó formada por el Superintendente —a quien reemplazó el virrey en 1788—, el regente de la audiencia, un oidor y otros tres funcionarios de hacienda. Tenía por objeto uniformar la administración fiscal, controlar las finanzas de los cabildos y resolver —como tribunal de apelación— las causas contenciosas que los intendentes sentenciaban en el orden administrativo o fiscal. De los fallos o resoluciones de la Junta podía apelarse al rey por intermedio del Secretario del Despacho.

En lo fundamental la reforma consistió en remplazar a los antiguos gobernadores (que ejercían funciones políticas, militares y judiciales), por los nuevos gobernadores-intendentes con poderes de gobierno, hacienda y justicia. En otros términos, los funcionarios que se establecieron en 1783 ya no tuvieron el mando militar, pero en cambio recibieron amplísimas atribuciones de carácter financiero.

La ordenanza de intendentes clasificaba las funciones de estos gobernantes en cuatro "causas" o materias que coincidían con las funciones del Estado: policía (es decir, gobierno político), justicia, hacienda y guerra. En lo que se refiere a la primera, se encargaba a los intendentes promover el desarrollo cultural y económico de las poblaciones y atender los problemas edilicios, el orden público y la realización de obras de interés común. También tenían cierto imperio sobre los cabildos, que debían darles cuenta de lo que resolvieran para que el intendente lo aprobara. En el desempeño de tales funciones, los intendentes ejercieron un amplio poder legislativo expidiendo bandos, instrucciones y reglamentos administrativos.

Cada intendencia debía tener un Teniente Letrado, que actuaba como juez de primera instancia en las causas civiles y criminales que se suscitaban en la capital de la intendencia, y que era al mismo tiempo asesor legal del intendente y su reemplazante en caso de vacancia o ausencia.

Los gobernadores político-militares de Montevideo, Misiones, Moxos y Chiquitos estaban fundamentalmente encargados de la vigilancia de esas regiones fronterizas en las cuales era necesario

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

mantener una organización militar. Pero en las cuestiones de gobierno y hacienda debían cumplir las órdenes de los respectivos intendentes.

En las ciudades subalternas, que no eran capitales de provincia, desaparecieron los antiguos tenientes de gobernador y se instalaron Subdelegados con facultades muy limitadas, pues solo debían instruir el sumario en las causas de hacienda y guerra que luego remitían al intendente. Pero recibieron además, por delegación expresa de sus superiores, otras facultades de gobierno y de orden militar, que en ciertos casos les permitieron llamarse Comandantes de Armas. En los pueblos de indios hubo otros Subdelegados con mayores atribuciones.

El régimen de las intendencias impuso en el virreinato del Río de la Plata las orientaciones del Despotismo Ilustrado que entonces triunfaban en España. El riguroso centralismo, dirigido por los Secretarios del monarca, obligaba a recurrir permanentemente a las autoridades de la península y quitaba a los gobernantes locales la relativa autonomía que habían tenido. La Iglesia y los cabildos quedaron subordinados a los intendentes, que controlaban sus rentas y su actividad. Se quiso además modernizar el gobierno de las Indias orientándolo más hacia los aspectos materiales (finanzas, desarrollo económico, adelantos edilicios), y fomentando también la enseñanza con cierto sentido práctico, tal como lo deseaban los filósofos del Iluminismo. Y en efecto, los primeros virreyes e intendentes lograron implantar algunas reformas útiles y promovieron ciertos adelantos que mejoraron la riqueza y el bienestar de las poblaciones; pero más tarde desapareció el impulso inicial al declinar la capacidad de los gobernantes.

49. *La organización judicial indiana.* — Uno de los fines principales del régimen indiano consistió en crear un orden justo que regulara, al amparo del derecho, las relaciones sociales. La justicia era considerada como una virtud moral que debía inspirar tanto a los gobernantes como a los magistrados: a los primeros en el ejercicio de la justicia distributiva mediante la concesión de encomiendas, mercedes y nombramientos; a los segundos en su función de resolver los litigios y las demás cuestiones propias de la justicia conmutativa.

Para afirmar una y otra se crearon múltiples autoridades y tribunales; pero como el sistema indiano no conocía la moderna división de poderes, era frecuente la acumulación de funciones ejecutivas y judiciales en la misma persona. Sin embargo, hubo normas distintas —administrativas en el primer caso y procesales en el segundo— para regular el ejercicio de ambas actividades.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Las segundas procuraban rodear de garantías el desarrollo del proceso, dentro de las concepciones propias de la época.

Los órganos más elevados de justicia propiamente dicha eran, en España, el Consejo de Indias, la Casa de la Contratación y la Junta de Guerra de Indias; en América las Audiencias y —ya al final de la dominación hispánica— la Junta Superior de Real Hacienda. Hubo, además, muchos otros magistrados que serán estudiados más adelante.

Ya hicimos referencia (nº 39) a los organismos existentes en la península. El Consejo de Indias ejercía el control de todos los tribunales existentes en América, pero las causas judiciales iniciadas en el Nuevo Mundo solo podían llegar a ese Consejo: a) en los casos de corte (ver nº 24, nota) iniciados en las audiencias, mediante el recurso de segunda suplicación, siempre que no se tratara de asuntos criminales; b) cuando se tratara de algún "negocio grave, y de calidad", que los miembros del Consejo consideraran pertinente juzgar, en cuyo caso podían hacerlo previa autorización real; c) mediante los recursos de nulidad e injusticia notoria, de muy difícil utilización, que solo procedían en casos graves contra sentencias definitivas de las audiencias en juicios civiles; d) en apelación de las sentencias dictadas en los juicios de residencia de funcionarios designados en España; e) en las causas de contrabando incoadas en los puertos de las Indias; y f) en los pleitos sobre encomiendas de indígenas superiores a mil ducados.

La Casa de la Contratación entendía en los juicios suscitados en España con motivo del tráfico con las Indias, con apelación al Consejo de Indias. Pero los pleitos mercantiles entre particulares pasaron a ser de competencia del Consulado de Sevilla a partir de 1543. A su vez la Junta de Guerra de Indias juzgaba en tercera instancia los asuntos del fuero militar, previamente fallados por los capitanes generales.

En las Indias, los tribunales más importantes fueron las Audiencias. Estas se fueron creando, a imitación de las de España, con el objeto de que fueran no solo órganos de justicia sino también de control del gobierno y de consulta para las demás autoridades. Eran tribunales colegiados, compuestos por un número variables de oidores o jueces letrados, y tenían además uno o dos fiscales y otros funcionarios menores. Había tres clases o categorías de audiencias: las virreinales, instaladas en las capitales de los virreinatos y presididas por el virrey; las pretoriales cuya sede era la capital de una provincia mayor y estaban presididas por un gobernador y capitán general; y las subordinadas que tenían como presidente a uno de sus propios oidores. Fueron

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

virreinales las audiencias de Méjico y Lima, así como la segunda de Buenos Aires, establecida en 1785; pretoriales las de Santiago de Chile y la primera de Buenos Aires (1663-1672); y subordinadas las de Quito y Charcas, entre otras.

Las funciones atribuidas a las audiencias de Indias pueden clasificarse en tres grupos: consultivas, gubernativas y judiciales. Eran, en primer término, órganos de información y consulta, encargados de comunicar al monarca o al virrey los problemas importantes que se plantearan en sus distritos, y de dar su opinión sobre los que les fueran sometidos en consulta. Como órganos de gobierno se reunían en "acuerdo" con el virrey o el gobernador que las presidía, o con éstos y los oficiales de real hacienda, para tomar decisiones de importancia en asuntos graves. Actuaban también en función ejecutiva por delegación de poderes hecha por el virrey, cuando eran audiencias subordinadas. Además las virreinales y pretoriales reemplazaban a sus respectivos presidentes en caso de vacancia del cargo.

En tercer lugar, y ya desde el punto de vista propiamente judicial, las audiencias tenían elevadas funciones que las convertían en órganos de control político y administrativo. Los particulares y las instituciones podían apelar ante ellas de las resoluciones de los virreyes y gobernadores, siempre que se tratara de materias de gobierno. Este recurso no se concedía en asuntos militares ni en los derivados de la provisión de oficios o encomiendas[13]. En el ejercicio de esa importante función las audiencias dictaban "reales provisiones" en nombre del rey, que eran verdaderas leyes o decretos según su contenido, y que no podían ser revocadas sino por la propia audiencia o por el monarca. Esta atribución colocaba a las audiencias en el mismo plano que las más altas autoridades ejecutivas del Nuevo Mundo, y aseguraba además el mantenimiento del orden legal gracias al imperio de los oidores que tenían —como letrados que eran— una formación acentuadamente jurídica.

Como tribunales de justicia las audiencias entendían en primera instancia en los casos de corte (nº 24, nota 25); en las causas criminales ocurridas dentro de las cinco leguas de su sede; y en los pleitos sobre encomiendas de indios inferiores a mil ducados. En estos casos fallaban primero en "vista", y luego podían hacerlo en "revista" mediante el recurso de súplica.

Las audiencias debían asimismo resolver los conflictos de competencia entre otros magistrados, y los "recursos de fuerza"

[13] *Recop.*, II.xv.34, 35 y 43.

intentados contra los jueces eclesiásticos cuando éstos excedían sus facultades o no actuaban con arreglo a derecho.

Por vía de apelación, las audiencias conocían en segunda o tercera instancia de las causes civiles y criminales falladas por los gobernadores, y también las ejecuciones fiscales sentenciadas por los oficiales de real hacienda, hasta que se establecieron las intendencias.

Todas estas facultades de las audiencias eran ejercidas por los oidores. A su lado actuaban el o los fiscales encargados de defender, en esas causas, los derechos de la corona y especialmente el real patronato, de acusar a los criminales y de proteger a los indígenas.

La organización judicial indiana se completaba, como ya dijimos, con otras magistraturas que es indispensable clasificar según su origen y sus respectivos fueros. Pueden distinguirse los siguientes grupos principales:

a) los jueces que integraban la organización del cabildo o eran nombrados por él, o sea los alcaldes ordinarios, de primero y segundo voto, que entendían en primera instancia en los juicios civiles y criminales del fuero común; los alcaldes de hermandad, con facultades judiciales en las campañas; los alcaldes de aguas, designados en algunas poblaciones para el manejo de la acequia pública y la organización del riego; y los fieles ejecutores que en las ciudades controlaban los precios y los pesos y medidas.

b) los jueces de nombramiento real, directo o indirecto: los gobernadores, sus tenientes, los oficiales de real hacienda y —ya a fines del siglo XVIII— los intendentes y sus tenientes letrados.

c) los jueces eclesiásticos ordinarios (arzobispos, obispos y vicarios), y los del tribunal del Santo Oficio.

También pueden distinguirse distintos fueros: además del ordinario o común (que comprendía las causas civiles y criminales que por alguna razón no tuvieran que ser juzgadas por magistrados especiales), existían las causas de gobierno y las militares (exclusivas de los gobernadores y de sus subordinados), las de hacienda (en las cuales entendían los oficiales de real hacienda y más tarde los intendentes), las eclesiásticas, las mercantiles (propias de los consulados) y otros fueros de menor importancia, como el universitario y el del protomedicato.

50. *Las magistraturas en territorio argentino.* — Desde el comienzo de la conquista fue necesario dar poderes judiciales a ciertas autoridades, que al principio fueron los adelantados (y sus eventuales reemplazantes) en el Río de la Plata, y los demás jefes que iniciaron la ocupación del Tucumán y de Cuyo. Estos

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

magistrados —que eran a la vez altos funcionarios— cedieron el paso a los gobernadores y sus respectivos tenientes en las dos primeras provincias y a los corregidores de Cuyo.

De inmediato, a medida que se iban fundando las ciudades, surgen los correspondientes cabildos y dentro de ellos los alcaldes ordinarios y otros magistrados de menor jerarquía. Además, los oficiales de real hacienda recibieron a fines del siglo XVI poderes judiciales para perseguir a los deudores del fisco sin necesidad de recurrir a otro tribunal.

Por último, la organización judicial quedó completada en fechas muy tempranas al decidirse que las provincias del Río de la Plata y del Tucumán integraran la jurisdicción territorial de la audiencia de Charcas (1566 y 1563, respectivamente). Por su parte, el corregimiento de Cuyo dependió de la audiencia de Santiago de Chile, fundada en 1609.

Los *alcaldes ordinarios* (llamados de primero y segundo voto de acuerdo a su precedencia en el cabildo), entendían por turno o de otra manera en los juicios civiles y criminales que se suscitaban en la respectiva ciudad y su jurisdicción. Eran jueces legos, pero debían al menos saber leer y escribir, siendo anualmente elegidos por los cabildantes salientes (ver nº 57). En los distritos rurales actuaban por medio de comisionados especiales o de los alcaldes de hermandad. Pero no podían nunca, en cambio, intervenir en ningún juicio que correspondiera a los otros fueros especiales o privilegiados.

Los *alcaldes de la santa hermandad* eran designados anualmente por el cabildo, al principio en número de dos, y en el siglo XVIII uno por cada "pago" o parroquial rural, para intervenir en los delitos que se cometían en despoblado. Con frecuencia tuvieron también competencia delegada para juzgar pleitos civiles de escaso monto. También ejercían funciones administrativas y policiales en las campañas.

El *fiel ejecutor* era uno de los regidores del cabildo encargado de vigilar el abastecimiento de la ciudad, controlar los pesos y medidas usados por los comerciantes, fijar eventualmente los precios de las mercaderías y aplicar multas por las contravenciones municipales. Por su parte, los *alcaldes de aguas* que designaban los cabildos del interior tenían la dirección de la acequia pública y dirimían los pleitos o aplicaban multas en estas causas.

Las sentencias dictadas por todos estos jueces capitulares en juicios civiles eran apelables ante el mismo cabildo cuando la condena era inferior a 60.000 maravedíes. De lo contrario podía recurrirse al gobernador o a su teniente, según fuera la autoridad superior de la ciudad. También podía apelarse en estos casos a la audiencia, pero la distancia del tribunal de Charcas hizo poco frecuente este recurso, hasta que hubo audiencia en Buenos Aires.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

El *gobernador* —que también tenía el título de justicia mayor— era el más importante de los jueces reales. Su competencia era amplísima en esta materia, pues entendía en los juicios civiles y criminales del fuero ordinario, en las llamadas "causas de gobierno" de carácter administrativo y en los asuntos correspondientes al fuero militar.

En el fuero ordinario el gobernador —o el teniente de gobernador de las ciudades subalternas— podía actuar en primera instancia anticipándose a los alcaldes, y en segunda instancia por apelación de éstos, lo cual era lo más frecuente.

Las causas de gobierno eran de orden administrativo, regidas por el derecho público, cuya observancia competía al gobernador. Este también entendía en los procesos destinados a hacer cumplir las leyes protectoras de los indios y —en el Río de la Plata— juzgaba todos los litigios derivados del tráfico marítimo. En los casos de contrabando el gobernador debía formar un tribunal con los oficiales reales, con apelación directa al Consejo de Indias. En el Tucumán los oficiales reales solos entendían en las causas de contrabando, y en segunda instancia la audiencia.

Por último el gobernador, como capitán general, conocía en primera o segunda instancia de los delitos cometidos por los milicianos, soldados y oficiales a sueldo. Generalmente delegaba la primera instancia en un oficial superior, reservándose la apelación. El fuero militar se amplió en la segunda mitad del siglo XVIII a todos los juicios civiles o criminales en que eran demandados los miembros del ejército, sus mujeres, hijos y criados.

Los *oficiales de la Real Hacienda* estaban encargados de cobrar e invertir los impuestos y derechos fiscales. A fines del siglo XVI recibieron autoridad para ejecutar directamente a los deudores del fisco, sin necesidad de recurrir a otro tribunal. De sus fallos podía apelarse a la audiencia.

Cuando se establecieron los *intendentes* en el virreinato del Río de la Plata, a fines de 1783, estos funcionarios recibieron amplios poderes judiciales, pero solo en los asuntos administrativos, fiscales y militares. Los intendentes ya no pudieron actuar en los juicios civiles y criminales, pero sí podía hacerlo —en la capital de la intendencia— el Teniente Letrado. En las demás ciudades los alcaldes se convirtieron en únicos jueces de esos asuntos, con apelación a la audiencia.

En cambio los intendentes recibieron competencia exclusiva para juzgar todos los pleitos del fisco y los de carácter administrativo, con apelación a la Junta Superior de Real Hacienda.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Y además el virrey debía delegar en ellos su jurisdicción militar, reservándose naturalmente la segunda instancia.

Estas reformas en la administración de justicia originaron una separación neta de dos jurisdicciones: la que era propiamente judicial y la administrativa. A la primera correspondían los juicios civiles y criminales del fuero ordinario, que podían tramitarse ante los alcaldes, el teniente letrado de la intendencia (si la causa ocurría en la capital) y ante la misma audiencia si se trataba de un caso de corte o un proceso criminal por delito cometido dentro de las cinco leguas de la sede del tribunal. En los dos primeros casos la audiencia entendía en segunda instancia por vía de apelación.

La jurisdicción administrativa, en cambio, comprendía todos los asuntos en que estuviera interesado el fisco (ejecución de impuestos, cuestiones de aduana, contrabando, estanco del tabaco, la pólvora y los naipes, etc.), y las cuestiones de gobierno o derivadas de problemas administrativos. Se tramitaban ante los intendentes y en segunda instancia ante la Junta Superior de Real Hacienda.

Además de estos jueces reales, tuvieron mucha importancia por la amplitud de sus atribuciones los de orden eclesiástico. Los *obispos*, además de tener a su cargo el gobierno de la Iglesia y las demás funciones inherentes a su investidura, actuaban como jueces en múltiples asuntos. Por razón de las personas entendían en todos los pleitos —civiles o criminales— en que era parte un eclesiástico o que interesaban a la Iglesia. Y por razón de la materia les competían los litigios sobre órdenes, beneficios, sacramentos, etc. Entre estos últimos tuvieron especial importancia los juicios derivados del sacramento del matrimonio (esponsales, nulidad, divorcio, teniencia de hijos, restitución de dotes, legitimaciones, etc.). En 1787 el rey dispuso, sin embargo, que los jueces eclesiásticos no entendieran en las cuestiones puramente patrimoniales derivadas del matrimonio.

El obispo solía delegar la primera instancia en un vicario (general o foráneo), reservándose la apelación. De su sentencia podía recurrirse —según el Breve de Gregorio XIII, de mayo 15 de 1573— al arzobispo metropolitano (en nuestro caso el de Charcas), para que todos los asuntos concluyeran en las Indias sin necesidad de llegar a los tribunales de la Santa Sede. Cuando los jueces eclesiásticos excedían su propia competencia o actuaban sin ajustarse a los procedimientos legales, podía el perjudicado entablar un "recurso de fuerza" ante la audiencia del distrito, la cual restablecía el imperio del derecho.

A fines del siglo XVIII se crearon en nuestro territorio tres

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

nuevas magistraturas que es preciso recordar: el fuero universitario, el mercantil del Consulado, y el protomedicato.

En 1784 el *rector de la universidad* de Córdoba obtuvo las facultades disciplinarias y judiciales que desde el siglo XVI tenían las demás universidades. En virtud de esos nuevos poderes, el rector pudo juzgar los delitos y las causas civiles que no fueran de importancia de los profesores y de los alumnos.

Diez años después se creó el *Consulado de Buenos Aires* (ver nº 80), destinado a fomentar el desarrollo económico y a entender en los pleitos mercantiles. Sus más altas autoridades, el prior y los dos cónsules, formaron así un tribunal de justicia que tuvo competencia para resolver los juicios entre comerciantes y por hechos derivados de sus negocios. De sus sentencias se apelaba a otro tribunal formado por un oidor de la audiencia y dos comerciantes elegidos por él entre los que le propusieran las partes.

Por último, en 1798 se organizó el *Protomedicato de Buenos Aires*, encargado de enseñar medicina y de juzgar —con el acompañamiento de un oidor— los delitos y pleitos civiles derivados del ejercicio de la medicina, cirugía y farmacia, así como de admitir los títulos para el desempeño de estas profesiones.

51. *Las audiencias.* — Desde la séptima década del siglo XVI las provincias del Río de la Plata y del Tucumán quedaron incluidas en el territorio sobre el cual ejercía jurisdicción la audiencia de Charcas. Ubicada en la ciudad que también se llamaba Chuquisaca y La Plata (hoy Sucre), en el Alto Perú, esa audiencia había sido fundada en 1559 cerca de Potosí y en un centro destinado a obtener un gran desarrollo económico por sus ingentes riquezas minerales. Desde fines del siglo XVI la audiencia se convirtió también en un organismo de enlace entre el virrey del Perú y estas lejanas provincias, sobre las cuales ejerció un control gubernativo y judicial. Tuvo así una gran influencia en la evolución del Tucumán y del Río de la Plata, pues aunque no tenía poderes de gobierno, el virrey solía delegar en ella la ejecución de muchas medidas destinadas a regularizar la conducta de las autoridades locales. De esta manera fueron frecuentes sus intervenciones para corregir defectos en el gobierno, ordenar jurídicamente los problemas que se planteaban, reprimir el contrabando bonaerense, deponer gobernadores, orientar la fundación de ciudades y dirigir las cuestiones relacionadas con la condición de los indígenas.

La competencia judicial de la audiencia de Charcas era la que ya se indicó en el nº 49. Pero debe señalarse que la distancia hizo difícil llevar los pleitos hasta ese tribunal. Solo los muy importantes podían afrontar los gastos y las dilaciones del largo

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

viaje al Alto Perú. Los demás concluían en la misma provincia mediante el fallo del gobernador o de su teniente.

Durante una década del siglo XVI funcionó la primera audiencia de Buenos Aires, cercenando así la jurisdicción que tenía la de Charcas. La necesidad de asegurar la defensa de este puerto, y de combatir el escandaloso contrabando que por él se realizaba, determinaron la creación de este tribunal. Así lo resolvió el rey en abril 6 de 1661, y la audiencia de Buenos Aires —presidida por un gobernador y capitán general— comenzó a funcionar en 1663. Su jurisdicción territorial se extendía a las tres provincias del Río de la Plata, Paraguay y Tucumán, y como era una audiencia pretorial, su presidente tuvo además el gobierno superior de las dos provincias vecinas.

Además de sus facultades normales, la primera audiencia bonaerense recibió competencia para entender en todos los asuntos derivados del contrabando. Al extirparlo casi totalmente fue tal la pobreza en que quedó sumido el vecindario, que se multiplicaron las súplicas para que fuera levantada la prohibición de comerciar. La consecuencia fue que la corona suprimió la audiencia por real cédula dictada el último día de 1671, la cual se hizo efectiva el 26 de octubre de 1672. Los asuntos pendientes pasaron a la de Charcas.

Un siglo después el adelanto de estas provincias volvió a plantear el problema. El tribunal de Charcas aconsejó en 1771 que se creara nuevamente un organismo de esa naturaleza en Buenos Aires. Y como pocos años después se estableció por otras razones el virreinato, resultó indispensable completar la nueva estructura política dotándola de una audiencia. El 14 de abril de 1783 se resolvió, en efecto, fundarla con jurisdicción sobre las provincias del Río de la Plata, Paraguay, Tucumán y Cuyo. Su instalación se produjo en agosto de 1785.

Esta creación coincidió con el establecimiento de las intendencias, que comenzaron a funcionar a fines de 1783. De modo que el distrito de la nueva audiencia comprendió las intendencias de Buenos Aires, Paraguay, Córdoba del Tucumán y Salta del Tucumán, con los gobiernos político-militares de Montevideo y Misiones. La audiencia de Charcas conservó su jurisdicción sobre el Alto Perú.

La segunda audiencia de Buenos Aires tuvo una importante intervención en los acontecimientos políticos que se desarrollaron durante el último cuarto de siglo de la dominación española. Fue, hasta 1807, el reemplazante legal del virrey (ver nº 47), y en virtud de ello gobernó durante más de cuatro meses al destituirse a Sobremonte. Era además el órgano de consejo del virrey, y el

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

que con más ahinco trató de mantener el imperio de las instituciones en momentos de crecientes dificultades políticas y de grandes conmociones populares.

52. *Los juicios de residencia.* — El sistema de gobierno indiano no se limitaba a designar funcionarios y a otorgarles poderes, sino que incluía además diversos procedimientos destinados a fiscalizar la actuación de aquéllos a fin de impedir sus abusos. Con ello se procuraba mantener el imperio del derecho en medio de sociedades y territorios alejados de la vigilancia superior, cuyas autoridades podían sentirse inclinadas a la arbitrariedad y al despotismo.

La jerarquía administrativa se ponía de manifiesto en tales circunstancias. Tanto el Consejo de Indias como el virrey y las audiencias eran órganos de control que podían, llegado el caso, tomar medidas adecuadas a la importancia o gravedad de las denuncias que les llegaban. De esta manera, según las circunstancias, enviaban delegados que se constituían en el lugar para cumplir la función que se les había encomendado.

Los virreyes y las audiencias podían nombrar *jueces de comisión* para levantar informaciones y prender delincuentes; o *ejecutores* a fin de cumplir las órdenes de aquellas autoridades cuando las locales fueran remisas en hacerlo; o *jueces pesquisidores* destinados a investigar denuncias. En todos los casos se requería la existencia de un problema o de una situación grave, a fin de no quitar su competencia a los magistrados inferiores.

Más importante era la institución de la *visita*. El Consejo de Indias estaba autorizado, previa consulta con el rey, a designar visitadores para investigar la situación de un organismo de gobierno o la conducta de un funcionario, o para resolver un problema importante de gobierno. Estos visitadores recibían poderes especiales, adecuados a la función que se les había señalado. Eventualmente podían deponer y reemplazar al funcionario investigado, rever causas fenecidas, abocarse a las pendientes, dictar ordenanzas, etc., y siempre debían informar al Consejo elevando una información para que éste tomara las providencias requeridas.

Estas visitas, aunque relativamente frecuentes, eran resueltas cuando la situación lo exigía. En cambio, los *juicios de residencia* eran procedimientos normales incoados contra todos los funcionarios para investigar, al término de su actuación, las irregularidades que podían haber cometido. Al concluir el desempeño de las autoridades superiores (gobernadores, intendentes y virreyes), o cada cinco años si se trataba de magistrados permanentes (como los oidores), el Consejo de Indias designaba un juez residenciador

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

encargado de juzgar la actuación de esos mandatarios y de los que habían estado subordinados a ellos. Muchas veces se nombraba como tal al reemplazante del funcionario indagado.

Estos jueces de residencia se instalaban en el lugar en donde había actuado el funcionario y abrían dos procesos: uno público, en el cual se recibían las denuncias concretas que todos los habitantes podían formular, y el otro secreto que consistía en una investigación de oficio. Después de recibir las pruebas y de oir al acusado, el juez residenciador dictaba sentencia condenando o absolviendo con respecto a cada acusación o cargo, y en su caso imponía penas adecuadas a la gravedad de las faltas cometidas (multas, indemnizaciones a los perjudicados, privación del derecho a ejercer funciones públicas, destierro de las Indias, prisión, etc.). De esta sentencia podía apelarse a la audiencia (si se trataba de una autoridad designada en las Indias), o al Consejo de Indias si el residenciado provenía de España. Con este sistema se logró en alguna medida moderar los abusos de los gobernantes o sancionarlos adecuadamente después de cometidos.

53. *El procedimiento judicial.* — Las normas destinadas a organizar la tramitación de los juicios imponían, de acuerdo con los precedentes peninsulares, formas de substanciación escritas, lentas y a veces complicadas. El papeleo y la rutina fueron los rasgos más destacados del sistema. Por eso se trató, en ciertos juicios especiales, de suprimirlos.

Los alcaldes de hermandad, que juzgaban los delitos y pleitos de poca entidad en las campañas, debían substanciar la causa y dictar sentencia "simplemente y de plano, sin estrépito y figura de juicio" [14]. Los pleitos entre indios, o con ellos, debían resolverse "sumariamente" y a "verdad sabida", salvo que siendo muy importantes la audiencia dispusiera la formación de un proceso ordinario [15]. En los asuntos mercantiles el consulado de Buenos Aires debía "proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada", sin intervención de abogados y con prohibición expresa de admitir "todo lo que huela a sutileza y formalidades de derecho" [16].

Fuera de estas excepciones que tendían a dar mayor celeridad al procedimiento, en los demás tribunales debían substanciarse por escrito la demanda, la contestación, las pruebas y los demás

[14] *Nueva Rec.*, VIII.xiii.6.
[15] *Recop.*, V.x.10.
[16] Real cédula de enero 30 de 1794, en *Documentos para la historia argentina*, VII, 47-75, Buenos Aires, 1916.

trámites del juicio. Los gastos del proceso eran abonados luego por el vencido de acuerdo a un arancel que incluía también los honorarios de los jueces y escribanos intervinientes.

Los magistrados eran generalmente legos. Solo los oidores y el teniente letrado de la intendencia (que recién aparece en 1783) eran abogados de profesión. Sin embargo, esos jueces legos solían recurrir al dictamen de un abogado, cuyos honorarios corrían también por cuenta de las partes. Si el juez no se conformaba con la opinión del abogado, podía elevar el expediente en consulta al tribunal superior, y entonces era éste el que dictaba sentencia.

Las leyes de procedimiento aspiraban a rodear de garantías al juicio, ya para evitar que nadie fuera desposeído de sus bienes sin tener oportunidad de defenderse [17], ya para que todos fueran juzgados por tribunal competente. Pero la misma abundancia de magistrados y de fueros especiales produjo innumerables cuestiones de competencia que prolongaban la conclusión de la causa, y lo mismo ocurría en virtud de la admisión de múltiples recursos. Sin embargo, existían la garantía del juicio previo, de la defensa libre y de la propiedad.

En el procedimiento criminal también se procuraba asegurar la defensa y el buen tratamiento de los presos [18], aunque esto fue a veces ilusorio. La falta de cárceles o la deficiencia de éstas facilitaban con frecuencia las fugas de los detenidos. Para lograr la confesión del acusado el juez podía ordenar su tormento siempre que hubiera indicios evidentes de culpabilidad. La confesión hecha durante esa prueba no valía si no era posteriormente ratificada. El tormento no podía aplicarse a los menores de catorce años, a los caballeros, ni a otras personas principales [19].

54. *La real hacienda.* — La organización financiera de las Indias tenía por objeto atender a las necesidades de su gobierno y, eventualmente, contribuir a los gastos de la monarquía. Desde el principio se quiso rodearla de cierta independencia en relación a los demás funcionarios, para lo cual se nombraron en cada provincia dos o más *Oficiales Reales de Hacienda.*

Estos Oficiales —que vinieron ya con las primeras expediciones de conquista —tenían a su cargo el cobro, cuidado e inversión de todos los derechos, impuestos y beneficios que pertenecían a la corona. Debían intervenir también en los "rescates" con los

[17] *Partida* 3ª.xviii.30 y 32; *Nov. Rec.*, III.iv.6 (1448).
[18] *Partida* 7ª.xxix, 7.
[19] *Partida* 7ª.xxx.2-4.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

indios, y en todas las demás operaciones de las cuales podía derivarse un provecho para el fisco. En el Río de la Plata estos oficiales fueron al principio tres: un tesorero, un contador y un factor; pero este último desapareció muy pronto y solo fue restablecido en la ordenanza de intendentes. En el Tucumán solo existieron los dos primeros, los cuales, al crearse la aduana de Córdoba en 1623, pasaron a residir en esta ciudad, y se trasladaron a Jujuy a fines del siglo XVII junto con dicha aduana. Los del Río de la Plata residieron en Buenos Aires desde la división de la provincia (1618). Las Cajas Reales, en donde se depositaban los fondos recaudados, estuvieron al cuidado de esos Oficiales, que también debían llevar una rigurosa contabilidad.

El nombramiento de los oficiales reales correspondía al monarca. Vacando alguno de estos cargos, era el gobernador quien lo designaba interinamente, hasta la llegada del que traía título real. Para el cobro de los impuestos y derechos en otros lugares podían designar tenientes de oficiales reales que quedaban a sus órdenes.

En 1605 se crearon en las capitales de los virreinatos sendos *Tribunales de Cuentas*, encargados de controlar la gestión financiera de los oficiales reales. Las Cajas de nuestro territorio dependieron hasta 1770 del tribunal de Lima.

Además de aquellas facultades administrativas, los oficiales reales obtuvieron a fines del siglo XVI el poder de ejecutar ante su propio tribunal a los deudores del fisco, y luego el de intervenir como jueces en otros asuntos (ver nº 50).

Esta organización primitiva y sencilla cambió fundamentalmente a fines de 1783, al implantarse el régimen de las intendencias. Los oficiales reales se convirtieron en *Ministros de Real Hacienda* (conservando sus títulos de tesorero, contador y factor), pero solo tuvieron facultades para "administrar y recaudar" los recursos fiscales. Los intendentes de cada provincia asumieron las funciones directivas y judiciales que antes habían tenido aquéllos, bajo la vigilancia de la Junta Superior de Real Hacienda que se instaló en Buenos Aires a principios de 1784.

Para el control financiero se había creado por real cédula de enero 24 de 1769— cumplida un año después— el *Tribunal Mayor de Cuentas de Buenos Aires*, con autoridad sobre las Cajas Reales del Río de la Plata, Paraguay y Tucumán. En 1777, por orden de Cevallos, se extendió su imperio a todo el virreinato recién establecido.

La *Junta Superior de Real Hacienda*, por su parte, se integraba con varios funcionarios importantes y —a partir de 1785— con dos miembros de la audiencia. Tenía por función principal

organizar las finanzas del virreinato disponiendo reglas uniformes para su administración, y cuidar también las finanzas de los cabildos. Como tribunal de justicia entendía además, por vía de apelación, en los juicios administrativos y fiscales resueltos por los intendentes.

El sistema financiero de nuestras provincias adoleció, en todas las épocas, de serias deficiencias. Ya fuera por la escasez de funcionarios, ya por su falta de honestidad, lo cierto es que nunca hubo un control adecuado ni se siguieron métodos rigurosos en la recaudación de los fondos.

55. *Sistema rentístico.* — El régimen impositivo indiano contaba con una gran variedad de recursos, pero en lo fundamental consistía en una serie de impuestos al comercio y a la producción, es decir, a la exteriorización de la riqueza. Según su origen esos impuestos pueden clasificarse en reales y eclesiásticos; y según su permanencia en ordinarios y extraordinarios.

Entre los gravámenes reales los más importantes eran el *almojarifazgo* y la *alcabala*. El primero se cobraba sobre las mercaderías que se introducían de ultramar por el puerto de Buenos Aires (cuando este comercio era permitido), y sobre las que se exportaban. El monto de este impuesto varió según las épocas. El reglamento del 12 de octubre de 1778 fijó el almojarifazgo de entrada en 3 % para las mercaderías nacionales y en 7 % para las extranjeras[20]. Muchos artículos de fabricación española quedaban liberados de derechos al entrar en las Indias.

La alcabala era un impuesto sobre las ventas, que fue aumentando del 2 % al 4 % (en la primera mitad del siglo XVII) y luego al 6 % en 1776. Esto último provocó verdaderos alzamientos populares en el virreinato.

Había además ciertos *derechos de tránsito* o aduanas interiores que obstaculizaban el comercio. Los principales fueron los que abonaban las mercaderías europeas introducidas por Buenos Aires al pasar por Córdoba (desde 1623) o Jujuy (desde fines del siglo XVII), hasta que en 1777 el virrey Cevallos decretó la libertad del tráfico interno (ver nº 79). Contemporáneamente se suprimió también el impuesto que debían pagar los productos paraguayos al pasar por Santa Fe, desde el año 1726. En 1740 se establecieron ciertos gravámenes en el Tucumán sobre el tránsito de mulas, yerba y aguardiente, destinados a sostener la guarnición de la frontera del Chaco. Algunas ciudades cobraron también otros impuestos a las mercaderías que se introducían o exportaban.

20 *Documentos para la historia argentina*, VI, 21, Buenos Aires, 1915.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Entre los impuestos reales ordinarios estaban también: el *tributo* (generalmente de 6 a 8 pesos anuales) que debían pagar los indios varones encomendados de 18 a 50 años, pero que en nuestro territorio fue de escaso rendimiento; el *quinto* sobre la extracción de oro y plata; el *papel sellado*; la *media anata*, o sea la mitad de la renta obtenida durante el primer año en todos los oficios y cargos, etc.

Los impuestos de origen eclesiástico fueron pasando paulatinamente a ser administrados por funcionarios de la corona. Los *diezmos* debidos a la Iglesia fueron concedidos a los reyes por la bula *Eximiae devotionis*, expedida por el Papa Alejandro VI el 16 de noviembre de 1501, con el objeto de que su producido fuera destinado principalmente al sostén de las autoridades eclesiásticas. El tributo consistía en la décima parte de las cosechas, de los frutos de la tierra y de los productos de la ganadería, pero solo existía una obligación espiritual de abonarlo y no se podía ejecutar a los deudores. El reglamento dictado el 13 de abril de 1777 estableció un nuevo régimen para la administración y la cobranza de los diezmos, encomendando estas funciones a una Junta compuesta por el virrey, gobernador o intendente, los ministros reales y otros miembros nombrados por las autoridades eclesiásticas [21]. Con ello quedó secularizada la recaudación de los diezmos.

La *Santa Cruzada* fue una limosna percibida y administrada por religiosos, que la cobraban a quienes querían contribuir a la lucha contra los enemigos de la fe, y recibían en cambio ciertos beneficios espirituales. En 1750 el Papa otorgó a los reyes la facultad de hacer cobrar esas limosnas por personas eclesiásticas nombradas por ellos, y de invertirlas libremente. Esta reforma fue implantada en el virreinato junto con las intendencias, a fines de 1783.

Otros ingresos fiscales eran los derechos o *sisas* sobre ciertos actos comerciales o civiles, generalmente establecidos para costear alguna obra o para contribuir a la defensa de alguna ciudad. También ingresaban a las arcas fiscales el producido de los bienes decomisados, y las *penas de cámara* o multas impuestas por los tribunales a los delincuentes, contraventores o litigantes incorrectos.

Estos derechos e impuestos eran recaudados directamente por los oficiales reales (y más tarde por los ministros), o indirectamente por medio de un arrendatario que tomaba a su cargo la cobranza dando al fisco una suma determinada. La recaudación

21 *Documentos para la historia del virreinato del Río de la Plata*, II, 178-181, Buenos Aires, 1912.

de los diezmos, por ejemplo, debía ser arrendada a persona que no fuera eclesiástica. Para efectuar esos arrendamientos se realizaba una licitación o remate, prefiriéndose al que mejores condiciones ofrecía.

Nunca hubo unidad en el presupuesto. Muchos gravámenes tenían destino fijo y no podían ser invertidos en otros. Esto hacía que proliferaran las cuentas especiales haciendo más complicada la administración fiscal.

Ni los oficiales reales, ni mucho menos los gobernadores y demás autoridades ejecutivas, tenían libertad para realizar gastos o invertir los fondos recaudados. Por el contrario, el principio general establecido era el de que nadie podía ordenar un pago o entregar fondos fiscales "sin orden especial, firmada de nuestra mano" [22], y a los contraventores se les imponían penas severas, fuera de su responsabilidad personal. Las únicas excepciones a ese principio derivaban, o bien de la necesidad de realizar gastos en circunstancias urgentes, en que la dilación pudiera ocasionar daño irreparable, o bien cuando se trataba de repeler invasiones o combatir alzamientos de indios. En estos casos el gasto debía ser autorizado en el acuerdo de real hacienda, formado por el virrey, los oidores y los oficiales reales, o por estos últimos y el gobernador si se trataba de una provincia menor [23]. Estas reglas se mantuvieron en la Ordenanza de Intendentes, siendo la Junta Superior de Real Hacienda la que debía autorizar los gastos extraordinarios.

Las finanzas de estas provincias nunca fueron florecientes. El déficit fiscal era casi permanente, y se salvaba con envíos de las Cajas del Alto Perú. Aun en la época del virreinato fue necesario recurrir con frecuencia a este expediente, siendo tal vez ésta una de las razones que aconsejaron la incorporación de esas provincias al nuevo organismo. En todas las épocas la defensa, las obras públicas y otras necesidades colectivas fueron sufragadas total o parcialmente mediante contribuciones extraordinarias o donativos más o menos espontáneos de los vecindarios, llamados *derramas*.

56. *El sistema militar.* — La conquista española fue, naturalmente, un proceso que requería una organización militar, por lo menos en sus comienzos. Pero de España no salieron ejércitos, sino huestes formadas por elementos heterogéneos muchas veces

22 *Recop.*, VIII.xxviii.1.
23 Id., II.xv.132; III.iii.57 y VIII.xxviii.14.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

improvisados, entre los cuales solo algunos jefes y oficiales tenían experiencia en la guerra.

Cuando se fundaron las ciudades y quedó estabilizada la conquista, aquellos soldados se convirtieron en pobladores y vecinos dedicados a sus respectivas actividades. Pero como era necesario contar con un sistema defensivo, ante la falta de ejércitos regulares se impuso a los encomenderos de indios la obligación de estar prevenidos, con armas y caballos, para acudir a las expediciones o "entradas" o para repeler los ataques de los indios [24]. Más adelante, y sobre todo en las regiones con pocas encomiendas, todo el vecindario formó las milicas lugareñas. Con mayor razón tuvieron el deber de alistarse los vecinos de los puertos [25], expuestos al peligro de los corsarios.

Este último fue el caso de Buenos Aires. Para asegurar su defensa se construyó un precario fuerte, y luego fueron llegando tropas regulares. En 1631 arribaron doscientos soldados de infantería veteranos, cuyo número fue aumentando poco a poco. En el siglo XVIII las fuerzas se componían de tropas a sueldo y de milicias que se reunían en caso de necesidad. Su número, en la época del virreinato, ascendió a varios miles de soldados, los cuales, sin embargo, resultaron casi siempre insuficientes para luchar contra el enemigo portugués y más tarde contra los ingleses. Después de la primera invasión se organizaron los cuerpos voluntarios agrupando a los soldados según su origen respectivo y su raza (patricios, arribeños, gallegos, pardos, etc.). Estas tropas, que eligieron a sus propios jefes, adquirieron una influencia considerable que iba a manifestarse en los episodios políticos de 1809 y 1810.

Las milicias y los ejércitos estaban a las órdenes de los gobernadores (que eran también capitanes generales) y de los tenientes que de ellos dependían. Había además sargentos mayores de plaza que comandaban las fortalezas y presidios, y cada cuerpo o regimiento contaba con sus propios oficiales. En la época del virreinato se creó el cargo de inspector general bajo las órdenes del virrey que como capitán general era el jefe militar más alto y también el que dirigía las operaciones navales. Los intendentes, si bien no tenían mando de tropas, estaban obligados a proveer y organizar la manutención, vestuario y alojamiento de los cuerpos.

Los soldados y oficiales, cuando estaban a sueldo o en campaña, gozaban del fuero militar, es decir, del privilegio de no ser acusados criminalmente ni demandados sino ante los jefes del ejército que actuaban como jueces, y de los cuales se apelaba ante el capitán general (gobernador o virrey). De la sentencia de este último podía aún recurrirse a la Real Junta de Guerra de Indias, formada en España en el año 1600, que también tenía autoridad superior en todo lo relativo a la organización militar y a la defensa del Nuevo Mundo. El fuero militar fue extendido, en 1768, a las mujeres, hijos y criados de los oficiales del ejército.

Los cuerpos militares, en su organización y disciplina, se regían por las leyes de Indias y subsidiariamente por las de Castilla. En los últimos tiempos de la dominación española se sancionaron dos extensas ordenanzas que perfeccionaron ese régimen: el *Reglamento para las milicias de la infantería y caballería de la isla de Cuba* (de 1769), que se aplicó en todas las Indias a partir de 1779, y el *Reglamento para las milicias disciplinadas de infantería y caballería del virreinato de Buenos Aires*, preparado por Sobre Monte cuando era inspector general y aprobado por real cédula del 14 de enero de 1801 [26].

57. *La organización de los cabildos.* — El sistema colonizador adoptado por los españoles fue esencialmente urbano. Razones de defensa, de agrupación de fuerzas y de continuidad con sus propias tradiciones institucionales los determinaron a fundar ciudades y a convertirlas en los centros desde los cuales debía partir su acción religiosa, gubernativa y económica. Las ciudades fueron así la célula básica de una organización política que requería, paralelamente, una correlativa organización municipal.

Una ciudad indiana no consistía solamente en la reunión de pobladores: su existencia formal y hasta el derecho a usar el nombre de ciudad derivaban del establecimiento del cabildo. La fundación, por consiguiente, se exteriorizaba mediante la designación de las autoridades municipales.

Esta institución, de antiguas raíces españolas, se fue imponiendo en las Indias desde principios del siglo XVI sin que existiera una adecuada reglamentación legal. Pero ya a mediados de la misma centuria quedó organizada sobre la base de algunas normas fundamentales sancionadas en España y otras de carácter local, sin que faltaran tampoco reglas consuetudinarias.

En nuestro territorio los adelantados, gobernadores o tenientes que fundaron las ciudades designaron, en ese acto, a los alcaldes, regidores y funcionarios que debían formar el cabildo, autorizándolos para que a su vez eligieran anualmente a sus propios reemplazantes.

[24] *Recop.*, VI.ix.4 (1552).
[25] Id., III.iv.19 (1570).
[26] *Cedulario de la real audiencia de Buenos Aires*, III, 81-129, La Plata, 1938.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

En esta forma los cabildos fueron cuerpos colegiados que, en su composición primitiva, constaban de tres grupos de miembros: a) los dos *alcaldes* ordinarios, que lo presidían por su orden en ausencia del gobernador y su teniente, y que además ejercían individualmente funciones judiciales; b) los *regidores*, casi siempre en número de seis, que reemplazaban a los alcaldes y solían desempeñar también otras tareas específicas; y c) los *oficiales reales de hacienda* y otros funcionarios designados por el gobernador (especialmente el *alguacil mayor*) que tenían asiento y voto en la corporación municipal. Los alcaldes y regidores eran elegidos anualmente —el primero de enero— por los cabildantes; los otros permanecían en el cuerpo mientras ejercían los cargos para los cuales habían sido designados.

Esta organización sufre cambios fundamentales durante la primera mitad del siglo XVII. Por un lado se prohibió a los oficiales reales que integraran los cabildos. Por el otro se implantó en nuestro territorio el sistema de la venta de oficios concejiles, y a partir de entonces sólo los alcaldes fueron electivos y anuales.

La *venta de oficios* fue un recurso destinado a aumentar los ingresos fiscales. Los cargos públicos se remataban al mejor postor y el adquirente obtenía así un título perpetuo que luego se hizo trasmisible pagando nuevamente una parte de su valor.

En nuestro territorio las primeras ventas de oficios de cabildo se produjeron durante la primera década del siglo XVII. Con este sistema las elecciones anuales se limitaban a nombrar a los dos alcaldes, porque esta función, siendo de justicia, no era susceptible de venta.

Tal sistema produjo una gran decadencia de los cabildos. La pobreza de los vecindarios y la falta de provecho económico de esos cargos restaron interés a los posibles adquirentes. La composición de los cabildos quedó reducida a los dos alcaldes y a un número muy limitado de regidores, cuando no a la ausencia total de estos últimos.

Buenos Aires consiguió superar ese inconveniente gracias a las gestiones realizadas en la Corte. En 1708 el rey concedió al cabildo el privilegio de nombrar seis regidores con título perpetuo, sin perjuicio de las ventas de oficios que pudieran producirse; y en 1754 esos regidores perpetuos pasaron a ser electivos y anuales. De esta manera, y hasta 1810, el cabildo eligió cada año a los dos alcaldes y a seis regidores, habiendo también un corto número de adquirentes de oficios con título perpetuo. Otras ciudades, a fines del siglo XVIII o principios del XIX, lograron también que se las autorizara a elegir algunos regidores.

Para llegar al ayuntamiento se requería, ante todo, ser *vecino* de la ciudad. Esta condición se obtenía teniendo "casa poblada"[27], lo cual significaba ser jefe de familia, propietario y domiciliado en el lugar. Quedaban por lo tanto excluídos del cabildo los sacerdotes, los funcionarios no avecindados, los hijos de familia y todos los que no tuvieran casa propia. Tampoco podían ser elegidos los extranjeros, los parientes del gobernador y de los otros cabildantes, y los deudores del fisco. Se prohibía a los miembros de la corporación tener tiendas o negocios con venta al menudeo y "usar de oficios viles"[28]. La reelección en los cargos sólo era admitida cuando contaba con la unanimidad de votos.

Esas elecciones debían ser confirmadas por el gobernador o su teniente en cada ciudad, los cuales juzgaban de la aptitud de los nombrados y eventualmente dirimían las votaciones empatadas. En la época del virreinato la confirmación de las elecciones pasó a ser función del virrey y de los intendentes.

58. *Componentes del cabildo.* — Ya hemos indicado que los ayuntamientos se formaban con varias clases de funcionarios. Estos eran, según su orden de precedencia, y sin contar a los oficiales de real hacienda que desaparecieron muy pronto, los siguientes:

a) Los *alcaldes ordinarios* tenían a su cargo la administración de la justicia en primera instancia (ver nº 50).

b) El *alférez real*, encargado de llevar el estandarte de la ciudad en las ceremonias y en las campañas militares. Fue un oficio vendible, pero no habiéndolo el cabildo designaba como tal a uno de sus miembros.

c) El *alguacil mayor* era el ejecutor de las decisiones judiciales, cuidaba de los presos y de la cárcel y mantenía el orden en la ciudad. Fue también un oficio vendible.

d) El *alcalde provincial de la santa hermandad* entendía en los delitos cometidos en las campañas. Era un cargo vendible y por lo tanto no siempre provisto, que con frecuencia entró en conflicto con los alcaldes de hermandad designados por el cabildo.

e) El *depositario general* tenía a su cargo la guarda de todos los embargos y secuestros judiciales. Como oficio vendible fue raras veces provisto.

f) El *fiel ejecutor* vigilaba la exactitud de los pesos y medidas usados por los comerciantes, procuraba que la ciudad estuviera bien abastecida y controlaba la observancia de los precios y

[27] *Recop.*, IV.x.6 (1554).
[28] Id., IV.x.11 y 12.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

aranceles fijados por el cabildo. A tales efectos podía imponer multas y ejercer funciones judiciales. Este cargo fue desempeñado casi siempre por los regidores, que se turnaban cada dos o cuatro meses.

Fuera de esos cargos y funciones, propios de los miembros del cabildo, éste designaba también anualmente a otros que no integraban la corporación municipal. Los principales eran:

1) El *procurador general,* o síndico procurador, que representaba los intereses del común y podía formular peticiones en nombre de la ciudad.

2) El *mayordomo de la ciudad,* que podía ser un regidor o un vecino, y administraba los bienes comunales. Más tarde, en el siglo XVIII, fue llamado tesorero de propios.

3) Los *alcaldes de la santa hermandad,* elegidos para administrar justicia y ejercer funciones de policía en las campañas. Al principio fueron dos en cada distrito, pero en el siglo XVIII se nombró uno para cada "pago" o parroquia rural.

4) Los *alcaldes de barrio,* que aparecen a fines del siglo XVIII para ejercer funciones de policía en la ciudad.

5) Los *alcaldes de aguas,* designados en las ciudades mediterráneas para administrar la acequia pública y distribuir al agua para el riego, y que tenían también funciones judiciales en esta materia.

Además de estos funcionarios, el cabildo solía designar a otros según las necesidades de cada época: defensores de pobres y de menores (generalmente un regidor), maestros de escuela, abogados del cabildo, etc. Por último, el organismo funcionaba con un *escribano* encargado de extender las actas, certificar las resoluciones y expedir testimonios auténticos de los documentos. Fue un oficio vendible y tal vez el único codiciado, porque permitía ejercer simultáneamente esa profesión. A falta de escribano actuaban dos o tres testigos hábiles.

59. *Funciones e importancia de los cabildos.* — Fuera de aquellas actividades individuales de sus miembros, el cabildo era un organismo colegiado que debía reunirse regularmente para considerar los problemas de la ciudad. Las sesiones se celebraban en la casa capitular bajo la presidencia del gobernador, de su teniente o de uno de los alcaldes por su orden. Durante el siglo XVIII aquellos funcionarios raras veces concurrieron.

Las atribuciones de los cabildos pueden clasificarse en la siguiente forma:

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

1) *Funciones electorales,* que comprendían el nombramiento de alcaldes y regidores en la forma que se ha indicado anteriormente, y el de los otros funcionarios que el cabildo podía designar.

2) *Registro de títulos*: todos los funcionarios de gobierno, justicia y hacienda (exceptuando los virreyes y oidores) estaban obligados a presentar sus títulos al cabildo, prestar juramento y ofrecer fianzas destinadas a asegurar su buen desempeño. El cabildo controlaba la legalidad del nombramiento y sólo mediante su aprobación podían aquéllos entrar en posesión de su cargo.

3) *Gobierno de la ciudad y su distrito:* el cabildo era un organismo que ejercía la administración de la ciudad y la campaña. Dentro de sus atribuciones cabían todas las medidas de carácter edilicio y sanitario, de abastecimiento, fijación de precios, salarios y aranceles, y otras destinadas a proteger a los pobres, organizar fiestas cívicas y religiosas, proveer a la enseñanza primaria, construir la cárcel, la casa del cabildo y la acequia pública, etc. En Buenos Aires fue el cabildo el que organizaba las vaquerías y las ventas de cueros para la exportación.

4) *Funciones políticas:* las ayuntamientos eran organismos consultivos a los cuales recurrían otras autoridades para conocer la opinión de la ciudad acerca de problemas de interés local; formulaban en representación del vecindario peticiones al monarca o a los gobernantes; y podían apelar ante la audiencia o el Consejo de Indias de las medidas que consideraban perjudiciales. Cuando vacaban a la vez los cargos de gobernador y su teniente, era el alcalde de primer voto el que asumía el mando político.

5) *Funciones financieras:* éstas tenían por objeto la administración de los bienes del cabildo, y el cobro y empleo de las rentas llamadas propios y arbitrios. El cabildo no podía imponer gravámenes, pero contaba con los impuestos, derechos y beneficios establecidos con autorización superior. La escasa autonomía financiera de los ayuntamientos quedó aún más disminuida cuando se implantó el régimen de las intendencias, pues en este aspecto quedaron entonces subordinados a la Junta Superior de Real Hacienda.

La importancia de los cabildos ha dado origen a encontradas opiniones que han llegado a exaltarlos como gérmenes de auténtica vida y expresión democrática, o a reducirlos a la condición de órganos inferiores, subordinados a los mandatarios políticos y sin influencia sobre el pueblo. Es cierto que no ejercían una representación democrática —dando a esta palabra su sentido moderno— pero sí actuaban a veces eficazmente en defensa de los

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

intereses colectivos, levantándose y oponiéndose en algunas ocasiones a los gobernantes españoles. De esta manera fueron, aunque no con frecuencia, los representantes de sociedades que iban adquiriendo poco a poco un espíritu localista y que encontraban en los ayuntamientos un lugar de reunión y un modo de expresar sus sentimientos y anhelos.

La variable composición de estos cuerpos puede expresar mejor su influencia relativa y sus tendencias diversas. Al principio, como órganos electivos y con su elenco completo, reflèjaban los intereses y aspiraciones de las clases superiores de cada ciudad. Más tarde se creó, con la venta de oficios, una especie de oligarquía reducida de funcionarios perpetuos que dominaba el cabildo, pero que a su vez solía dejarse dominar por las autoridades. La reducción en el número de los cabildantes quitó al cuerpo eficacia e influencia. Sólo en Buenos Aires, desde principios del siglo XVIII, y en otras ciudades a fines de la misma centuria, recuperaron los ayuntamientos la jerarquía que originalmente habían tenido, y entonces sus integrantes volvieron a ser realmente dirigentes de la vida local. Y es también en Buenos Aires en donde el cabildo surge como un organismo con aspiraciones políticas, que llega —al final de la época hispánica— a poner en jaque a los funcionarios del rey.

Fuera de estos episodios que anuncian la separación futura de España, los cabildos representaron con mayor o menor eficacia las tendencias y los intereses de las clases superiores ciudadanas. Como éstas se preocupaban sobre todo del comercio y de las industrias rurales, la actividad de los cabildos estuvo principalmente dirigida a defender los intereses predominantes, y en este sentido puede afirmarse que ejercieron realmente una función representativa.

60. *Los cabildos abiertos y los cabildos provinciales.* — Esporádicamente se realizaban, en las ciudades, otras reuniones más numerosas para deliberar sobre problemas de interés general. Estas asambleas se llamaban cabildos abiertos, y funcionaban con arreglo a tres normas principales: era necesaria la autorización del gobernante político (virrey, gobernador o teniente), pero la convocatoria, así como la lista de invitados, eran hechas por el cabildo, que también las presidía.

Reuniones de esta naturaleza se realizaron en todas las épocas y en todas las ciudades, aunque a veces pasaban largos años sin producirse. Sus finalidades eran de índole muy diversa: la construcción de alguna obra pública, pedir un donativo al vecindario con determinado objeto, organizar la defensa de la ciudad, crear algún nuevo gravámen, etc. A ellas concurrían los vecinos (o solamente los vecinos principales), los altos funcionarios, los sacerdotes y los militares, sin que hubiera reglas fijas al respecto y pudiendo cambiar el elenco de los invitados según el propósito de la convocatoria o el tema a debatirse.

En realidad, la celebración de un cabildo abierto nunca era legalmente necesaria, pues no tenían una competencia especial y los problemas podían ser resueltos por las demás autoridades permanentes. Pero con tales reuniones se trataba muchas veces de afianzar con el concurso de la población medidas indispensables, dando así la sensación de que procedían de una deliberación colectiva.

Esos fueron los cabildos abiertos tradicionales, de los siglos XVI a XVIII. Muy distintos aparecen en nuestra historia los cabildos abiertos revolucionarios de la primera década del siglo XIX, porque en éstos se trataron problemas políticos fundamentales y se tomaron decisiones contrarias al orden legal imperante. En ellos, además, aparece una nueva fuerza política —el pueblo— que ejerce presión sobre el ánimo de los asistentes.

Se reunieron entonces el cabildo abierto del 14 de agosto de 1806, celebrado dos días después de la reconquista de la ciudad en la primera invasión inglesa, en el cual se quiso imponer la cesantía del virrey Sobre Monte, llegándose a pedir que delegara el mando de las armas en Liniers, lo que así se verificó poco después. Medio año después, ante la amenaza de la segunda invasión, se reunieron dos cabildos abiertos el 23 de enero y el 6 de febrero de 1807, el segundo de los cuales pidió la destitución de aquel virrey. El 1º de enero de 1809 hubo también otra tentativa de convocar un cabildo abierto para exigir la renuncia de Liniers, pero la decisión de los jefes militares la hizo fracasar. Y por último, el más famoso de todos fue el celebrado el 22 de mayo de 1810, con el cual se inició el proceso revolucionario.

Se llamaban *cabildos provinciales,* o congresos de ciudades, a las reuniones de los procuradores de varias ciudades para considerar problemas de interés común. En ninguna región del Nuevo Mundo fueron frecuentes estas asambleas. En nuestro territorio sólo se realizaron tres en el Tucumán, en 1739, 1748 y 1776. La primera se hizo para organizar la defensa contra los indios del Chaco, resolviéndose proponer la creación de algunos impuestos destinados a costear las tropas que debían situarse en las fronteras. Las dos restantes versaron sobre la adminitración del producido de esos impuestos y sobre las reducciones de indios que se habían organizado. Puede decirse que estos cabildos provinciales

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

no tuvieron trascendencia institucional en las Indias, a pesar de que puede advertirse cierta similitud con las Cortes españolas.

61. *La Iglesia en el territorio argentino.* —Ya hicimos referencia (ver nº 44) a la importancia de las instituciones eclesiásticas y a la organización general de éstas en las Indias. En este parágrafo nos ocuparemos solamente de lo relativo a nuestras provincias.

En época temprana se erigieron, en el actual territorio argentino, dos obispados sufragáneos de la arquidiócesis de Charcas: del consistorio celebrado el 1º de julio de 1547 surgió el del Río de la Plata (con sede en la Asunción, pero que comprendía toda la vasta provincia rioplatense entonces en su mayor parte despoblada), cuyo primer titular llegó recién en 1555; y en mayo 14 de 1570 se creó por otra bula pontificia la diócesis del Tucumán, erigida en 1582 con sede en Santiago del Estero.

El primero de esos obispados fue dividido en mayo 30 de 1620, para ajustarlo a los límites de las nuevas gobernaciones creadas a fines de 1617 (ver nº 45). Subsistió el de la Asunción y se fundó el de Buenos Aires, el cual quedó canónicamente instalado en 1622. En cuanto al segundo —el del Tucumán— trasladó en 1699 su catedral a la ciudad de Córdoba, y fue dividido por real cédula del 11 de febrero de 1807 en dos diócesis: la de Córdoba, comprensiva de toda la intendencia respectiva (ver nº 48), y la de Salta, que abarcó las ciudades de Santiago del Estero, San Miguel de Tucumán, Catamarca, Salta, Jujuy, Orán y Tarija. El distrito de Cuyo dependió, hasta 1807, de la diócesis de Santiago de Chile.

Cada una de estas diócesis contó con un *cabildo eclesiástico*, formado por varios canónigos, que en caso de vacante de la sede nombraba un vicario capitular para ejercer el gobierno del obispado. En las ciudades que no eran diocesanas existían vicarios foráneos que cumplían en ellas algunas funciones de gobierno y de justicia por delegación del obispo. Estos vicarios foráneos eran generalmente los mismos curas párrocos de las iglesias principales.

A medida que las necesidades lo aconsejaban se fueron creando *parroquias* urbanas y rurales. Las primeras en el ámbito de la ciudad y las segundas para atender las necesidades espirituales de las poblaciones de las campañas, procurando con esa medida agruparlas en torno a la iglesia. Este fue el origen de muchos pueblos que con el andar del tiempo se convirtieron en villas y ciudades. El aumento de la población en las campañas, especialmente en el siglo XVIII, determinó la creación de 22 parroquias en el obispado bonaerense, 39 en el Tucumán y 5 en Cuyo. Los curas respectivos tenían, además de sus funciones espirituales, la obligación de llevar los registros de bautismos, matrimonios y defunciones.

Además de esas parroquias de españoles, hubo también curas de naturales, que regenteaban parroquias pobladas exclusiva o principalmente por indígenas. Estas últimas eran, en el litoral, las reducciones fundadas en los siglos XVII y XVIII (ver nº 32), que siempre tuvieron vida precaria y con frecuencia carecían de autoridades eclesiásticas y gubernativas. En el Tucumán no se fundaron reducciones hasta mediados del siglo XVIII, pero antes hubo curas de naturales sin centro fijo de residencia, cuyo distrito comprendía grandes extensiones. Todos ellos debían, antes de asumir el cargo, ser examinados en la lengua de los indios, a fin de que su acción resultara espiritualmente provechosa. Como ya lo indicamos, esta lengua era el guaraní en el litoral y el quechua en el Tucumán.

La designación de los obispos se hacía mediante la presentación del candidato al Sumo Pontífice, que le daba la investidura canónica, de acuerdo con las normas del Real Patronato (ver nº 43). Los nombrados fueron generalmente españoles, aunque también hubo algunos diocesanos nacidos en América.

Las demás dignidades eclesiásticas, y las canongías de las iglesias catedrales, eran provistas mediante la presentación del rey al respectivo diocesano, pero debía formalizarse antes un concurso de oposición y examen sobre cuyo resultado informaba el obispo al virrey o gobernador. Debían siempre preferirse los letrados [29]. Los curas párrocos, tanto de españoles como de naturales, eran asimismo designados mediante una proposición en terna hecha por el diocesano al virrey o gobernador, el cual presentaba a uno de ellos al obispo para su colación canónica. Al formular la terna debían preferirse "los hijos de padre y madre Españoles nacidos en aquellas Provincias" [30], y los que mejor supieran la lengua de los indios que hubieran de doctrinar [31]. Para remover a estos curas se requería el acuerdo del obispo y el gobernador o virrey. Este régimen de nombramiento de los párrocos no se utilizó en las misiones jesuíticas. La real cédula de junio 15 de 1654, cumplida dos años después, dispuso que la provisión de los curatos misioneros se hiciera proponiendo el Provincial de la Compañía de Jesús una terna al gobernador, el cual presentaría uno al obispo.

29 *Recop.*, I.vi.4, 5 y 7.
30 Id., I.vi.24 (1609).
31 Id., I.vi.29 y 30.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

La organización eclesiástica se completaba con las diversas *órdenes religiosas* que actuaron en nuestro territorio. Todas las expediciones fundadoras trajeron consigo sacerdotes, la mayor parte del clero regular, que comenzaron a realizar sus tareas evangélicas entre los indios sin perjuicio de atender también a los propios españoles. Las primeras órdenes en llegar fueron las de los mercedarios, dominicos y franciscanos. Estos últimos organizaron en 1575 la Custodia (o provincia religiosa) que comprendía el Tucumán y el Río de la Plata, y que en 1612 quedó convertida en la provincia franciscana de la Asunción. Los mercedarios erigieron su provincia del Tucumán en 1593. Los jesuitas, que fueron los últimos en llegar porque se trataba de una orden recién fundada, organizaron en 1604 la provincia del Paraguay, de la cual se separó en 1625 la de Chile. Todas estas órdenes fundaron conventos y escuelas en las ciudades, y se dedicaron también con ahinco a la labor misionera. Pero en este último aspecto sobresalieron los franciscanos (que dirigieron las reducciones del litoral y otras en el interior del país) y los jesuitas que fundaron sus célebres misiones, de las cuales nos ocupamos en los nos 32 y 64.

BIBLIOGRAFIA

Además de las obras citadas en el capítulo anterior de LEVENE, HARING y OTS CAPDEQUÍ, he utilizado las mías sobre *La organización judicial* y *La organización política*, que también figuran citadas. Todas ellas contienen, asimismo, una abundante bibliografía complementaria.

Sobre la organización financiera ver RICARDO LEVENE, *Investigaciones acerca de la historia económica del virreinato del Plata*, 2 vols., La Plata, 1927 (2ª ed., Buenos Aires, 1952), así como la *Introducción* del mismo autor al tomo V de los *Documentos para la historia argentina*, Buenos Aires, 1915. Consultar además: GUILLERMO CÉSPEDES DEL CASTILLO, *Lima y Buenos Aires, Reperousiones económicas y políticas de la creación del virreinato del Plata*, Sevilla, 1947, y JOSÉ MARILUZ URQUIJO, *El tribunal mayor y audiencia real de cuentas de Buenos Aires*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, nº 3, 112-141, Buenos Aires, 1951.

La organización militar en JUAN M. MONFERINI, *La historia militar durante los siglos XVII y XVIII*, en la *Historia de la Nación Argentina*, tomo IV, 2ª sección, Buenos Aires, 1938.

Sobre los cabildos: CONSTANTINO BAYLE, S. J., *Los cabildos seculares en la América española*, Madrid, 1952, y mi artículo sobre *Los cabildos argentinos*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 47, Buenos Aires, 1956, reproducido (con algunas ampliaciones) en *La organización política* citada.

Para la historia eclesiástica ver: RÓMULO D. CARBIA, *Historia eclesiástica del Río de la Plata*, 2 vols., Buenos Aires, 1914, y los capítulos de MONS. NICOLÁS FASOLINO (*La diócesis de Buenos Aires en la Colonia*) y del P. PEDRO GRENÓN, S. J. (*El obispado del Tucumán en la época del coloniaje*), en la *Historia de la Nación Argentina*, vol. citado. Además: PABLO CABRERA, *Historia eclesiástica del Tucumán*, Córdoba, 1935.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA ESTRUCTURA SOCIAL

62. *Elementos de población.* — El actual territorio argentino estuvo habitado, desde los tiempos prehistóricos, por razas diversas cuya procedencia no está bien determinada todavía. Sobre este elemento autóctono se impuso, mediante la conquista, la dominación española. Casi de inmediato comenzó la importación de esclavos negros, y todo ello dio origen a una extraordinaria mezcla de razas cuyos tipos sobresalientes fueron el mestizo, el mulato y el zambo. Este es el panorama étnico de la época hispánica —y el que también perdura ulteriormente— cuyos elementos conviene analizar con cierto detalle para estudiar luego sus respectivas situaciones sociales y jurídicas.

Los indígenas que poblaban nuestro país eran de razas y culturas muy distintas. En la zona montañosa del noroeste (desde Jujuy hasta San Juan) habitaban los belicosos diaguitas, que habían recibido la influencia de la civilización incaica y eran, por eso mismo, los más adelantados. Más hacia el este, en las llanuras de lo que luego se llamó la provincia del Tucumán, vivían los lules y tonocotés, los sanavirones y los comechingones, que por lo general se sometieron a los españoles. Muy distinta fue la actitud de los indios del Chaco (genéricamente llamados guaycurúes), de tendencias muy primitivas y de vida nómade. En el litoral se encontraban los guaraníes y los charrúas —pacíficos aquéllos y luchadores éstos— y otras parcialidades diversas que se alimentaban con el producto de la caza y la pesca. En cambio los huarpes de Mendoza conocían la agricultura y hasta tenían un sistema sorprendente de irrigación. Por último, en la Pampa y en la Patagonia vagaban otras tribus tehuelches, a las que luego se incorporaron los aucas o araucanos oriundos del sud de Chile.

Toda esta población ha sido modernamente calculada en unas 300.000 almas en la época de la conquista. Las modalidades de la vida indígena y su escasísima cultura no permitían grandes con-

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

centraciones humanas. Agrupados en tribus que reconocían la autoridad de un cacique, eran generalmente nómades, con creencias y conocimientos muy rudimentarios, sin llegar a constituir verdaderas comunidades políticas.

Los conquistadores españoles fundaron ciudades que respondían a dos propósitos principales: poblar el territorio y asegurar las comunicaciones. Las ciudades de población se establecieron para cumplir el fin misional y civilizador de la conquista, y organizar al mismo tiempo el trabajo con la cooperación indígena. Algunas lo lograron, otras desaparecieron. Las ciudades de tránsito, en cambio, no siempre esperaban contar con el indígena, pero eran necesarias para mantener la cohesión del esfuerzo colonizador. Tales los casos de Salta y Jujuy, Córdoba, San Luis y Santa Fe, fundadas para comunicar entre sí a las diversas regiones. Buenos Aires, por su parte, cumplió desde el principio la doble función de puerto de escala en la ruta fluvial y el centro de las comunicaciones con el exterior.

A fines del siglo XVI —cuando ya había concluido el período de la conquista— ninguna de las quince ciudades existentes superaba el centenar de vecinos, es decir, el medio millar de habitantes de origen blanco. Su crecimiento fue muy lento, casi exclusivamente vegetativo, durante el siglo XVII y la primera mitad del XVIII, con excepción de Buenos Aires, que siempre contó con cierto aporte inmigratorio. Pero desde mediados del siglo XVIII se produce un aumento considerable de la población, favorecido por las mejores condiciones económicas, la estabilización de las relaciones con los indios y una creciente llegada de elementos blancos y negros.

No debe creerse, sin embargo, que la población de nuestro territorio alcanzara cifras considerables. En la época de la creación del virreinato los censos efectuados indican que Buenos Aires (ciudad y campaña) tenía 37.679 habitantes, la gobernación del Tucumán 126.004 y el corregimiento de Cuyo 23.411. En estas cifras se incluyen —con las deficiencias que pueden imaginarse— todos los pobladores de las zonas dominadas por los españoles, con excepción de las del litoral. En esas regiones los blancos eran entonces el 31 % de la población, los indios el 35 % y el resto se distribuía entre los negros y las demás castas. Al producirse la revolución de Mayo la ciudad de Buenos Aires tenía alrededor de 45.000 habitantes.

Los hijos de españoles se llamaban criollos si su madre era blanca, y mestizos si tenían sangre indígena. Su abundancia fue notable a fines del siglo XVI, pues formaron la mayoría de la población en las ciudades del litoral y fueron predominando numéricamente en las demás. No dejó de causar recelo en las autoridades la presencia de estos elementos nuevos que no habían recibido la educación española; pero más tarde los criollos se identificaron con las clases superiores de la sociedad, mientras los mestizos con elevada proporción de sangre indígena integraron el conjunto genéricamente conocido con el nombre de "castas".

Estas últimas se componían, además, de los negros, los mulatos (hijos de blanco y negra) y los zambos procedentes de la mezcla de las razas indígena y africana. Había además otras denominaciones para indicar las diversas proporciones raciales. Todos ellos, como luego veremos, formaban las capas inferiores de la sociedad y tenían ciertas incapacidades jurídicas.

La importación de negros comenzó en cantidades relativamente pequeñas a fines del siglo XVI, pero fue prohibida casi de inmediato por el puerto de Buenos Aires. Sin embargo, hubo siempre introducciones ilegales. En el siglo XVIII se concedió el monopolio de este comercio a la *Compagnie de Guinée* (1701-1712) y a la *South Sea Company* (1713-1739), dándose posteriormente nuevas franquicias hasta que en 1791 se decretó la libertad del tráfico.

63. *Los indios encomendados.* — Los indígenas que habitaban nuestro territorio pueden dividirse en tres grupos: los que se sometieron voluntaria o forzosamente a los españoles, los que se agruparon en las misiones jesuíticas y los que mantuvieron su resistencia a toda sujeción.

Los primeros fueron encomendados a los españoles en cuanto se organizó la convivencia de ambas razas. La encomienda era un sistema intermedio entre la servidumbre y la completa libertad, mediante el cual se procuraba mantener la subordinación del indígena y acostumbrarlo poco a poco a la vida civilizada. Los naturales eran repartidos entre los españoles principales, formándose así un vínculo jurídico que imponía obligaciones recíprocas: el encomendero se comprometía a cuidar y proteger a los indios, a instruirlos en la religión y a defender la tierra en caso de peligro; al paso que los indígenas quedaban obligados a pagarle el tributo, ya fuera en dinero o en servicios, que debían al rey en señal de vasallaje.

El encomendero no obtenía, por lo tanto, un derecho de propiedad sobre los indios, ni se le daba jurisdicción a su respecto. El conquistador beneficiado con la encomienda venía a sustituir al rey en sus obligaciones morales, religiosas y militares, y éste le retribuía cediéndole el tributo debido por el indio.

Los españoles prefirieron, sin embargo, cobrar ese tributo en

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

servicios, es decir, mediante el trabajo obligatorio y gratuito que imponían a los naturales. Este sistema de explotación había comenzado en las islas del Caribe y se fue extendiendo a las demás regiones del Nuevo Mundo. Pero los religiosos y los que se preocupaban fundamentalmente por el cumplimiento de los aspectos misionales de la conquista trataron de suavizar la condición de los indios y hasta de suprimir las encomiendas. Esta oposición —cuyos antecedentes ya hemos referido: ver nos 31 y 32— fue ampliamente apoyada por las autoridades, que sancionaron las *leyes de Burgos* (1512-13), destinadas a mejorar el trato que se daba a los indígenas, y más tarde las *Nuevas Leyes* (1542-43), que pretendían ir suprimiendo las encomiendas a medida que murieran sus beneficiarios, y prohibieron todo reparto de indios a los funcionarios, religiosos y conventos [1]. Pero la resistencia armada de los conquistadores peruanos, que provocaron las sangrientas guerras civiles del Perú, obligó a la corona a derogar en 1545 la disposición que suprimía las encomiendas.

Este sistema comenzó en nuestro territorio al fundarse las ciudades. Los gobernadores repartieron a los indios entre los españoles principales, adoptándose las normas que imperaban en las regiones vecinas. Bien pronto se sancionaron otras ordenanzas especiales para cada provincia (ver nº 31), hasta que se produjo la reforma definitiva con la visita de Francisco de Alfaro. Este dictó dos extensas reglamentaciones para el Río de la Plata (en Asunción, el 12 de octubre de 1611) y para el Tucumán (en Santiago del Estero, enero 7-11 de 1612) [2].

Mediante estas ordenanzas, los encomenderos quedaron privados de su imperio sobre la mano de obra indígena. El trabajo continuó siendo obligatorio, con el objeto de imponer una disciplina social y de promover la producción, pero no debía prestarse exclusivamente a los encomenderos. Los indios debían concurrir a las ciudades en épocas determinadas para contratar libremente sus servicios, mediante una justa remuneración; y a su vez debían abonar a los encomenderos el tributo que Alfaro fijó en seis pesos corrientes por año. Solo lo debían los indios varones de 18 a 50

[1] Las leyes de Burgos y las Nuevas Leyes han sido publicadas por ANTONIO MURO OREJÓN en el *Anuario de Estudios Americanos*, II y XIII, Sevilla, 1945 y 1956.

[2] Las primeras en P. PABLO HERNÁNDEZ, S. J., *Misiones del Paraguay, Organización social de las doctrinas guaraníes de la Compañía de Jesús*, II, 661-677, Barcelona, 1913. Las del Tucumán en *Correspondencia de la ciudad de Buenos Ayres con los reyes de España*, II, 295-332, Madrid, 1918. Aquéllas fueron confirmadas por el rey en octubre 10 de 1618, y sus principales disposiciones se incorporaron luego a la *Recopilación* de 1680.

años, quedando exceptuados los caciques y los que ejercieran funciones de alcaldes en los pueblos de indios.

Pero Alfaro admitió también, por vía de excepción, que los indios que no quisieran pagar el tributo podrían cumplir esta obligación sirviendo a su encomendero durante un tiempo limitado. Así se introdujeron en estas provincias las "encomiendas de servicio personal", que fueron luego toleradas por las autoridades teniendo en cuenta la pobreza de la tierra.

En Chile (del cual dependía el corregimiento de Cuyo) se ensayó una reforma similar: el reglamento dictado por el príncipe de Esquilache, virrey del Perú, en 1622. En definitiva la condición de los indios encomendados fue análoga en todas las regiones que hoy forman el territorio argentino.

Estos indígenas podían clasificarse en dos grupos: los que habitaban en pueblos o conservaban su antigua organización tribal eran llamados *mitayos*, porque tenían la obligación de concurrir por tandas o por turno (*mita*) a las ciudades a fin de contratar sus servicios con los españoles. La mita fue en algunos casos la duodécima parte de los indios de cada encomienda, y en otras regiones la sexta parte. El resto debía quedar en sus tierras ocupado en sus propias labores. En cambio los *yanaconas* eran indios o familias sueltos que por una u otra razón se habían separado de sus tribus y vivían en las estancias o las casas de los españoles, sirviéndoles como peones o en el servicio doméstico.

Entre nosotros las encomiendas no tuvieron la misma importancia que en otras regiones con mayor población indígena. En el litoral hubo muy pocos indios encomendados —apenas unos miles a principios del siglo XVII— y fueron desapareciendo poco a poco. Lo mismo ocurrió en Cuyo. En el Tucumán, en cambio, los encomendados se calculaban en 56.500 en el año 1596; en 1607 eran 24.246; en 1673 esta cifra baja a 12.107; y en 1702 solo quedaban 1.550 tributarios. Las enfermedades, la mezcla de razas y las migraciones indígenas a otras regiones (muchas veces espontáneas,) hicieron disminuir progresivamente su número.

Las encomiendas eran concedidas por los virreyes y gobernadores a los vecinos principales por dos vidas: la propia y la de un heredero, que generalmente era el varón de más edad (ver nº 71). Al desaparecer este último, los indios quedaban vacos y pasaban a poder de la corona, que podía encomendarlos nuevamente. A principios del siglo XVIII, y por razones de interés fiscal sobre todo, Felipe V resolvió que los beneficios vacos se fueran incorporando a la real hacienda, a fin de percibir los tributos correspondientes. A partir de entonces casi no hubo nuevas mercedes: en el Tucumán solo se concedieron 22 encomiendas desde

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

principios del siglo hasta 1771. Esto explica la paulatina extinción del sistema, aunque no de la obligación tributaria del indígena.

64. *La evangelización de los naturales.* — El cumplimiento del objetivo misional de la conquista comenzó, en nuestro territorio, mediante la predicación y la actividad religiosa de los sacerdotes que acompañaron a las primeras expediciones. Más tarde se establecieron eclesiásticos seculares y de órdenes (franciscanos, mercedarios, dominicos y por último jesuitas), que trataron de cumplir con ese propósito evangélico. Entre ellos se destacaron, a fines del siglo XVI, San Francisco Solano (canonizado por la Iglesia en 1726) y el padre Alonso de Barzana, jesuita éste y franciscano aquél, que realizaron una fecunda acción en el Tucumán.

Pero las tareas individuales de esos sacerdotes no podían dar resultados duraderos. Y además, la subordinación de los indios a los españoles y el trabajo obligatorio al cual estaban sometidos dificultaban enormemente la propagación del evangelio. Se resolvió entonces agrupar a esos indígenas en reducciones, y organizar también empresas de conquista espiritual, sin el auxilio ni la intervención de los españoles, que fueron llamadas misiones.

Las *reducciones* debían formalizarse en las mismas tierras de los naturales, agrupándolos en pueblos en torno a una iglesia, y sometiéndolos al gobierno de un corregidor español con poderes gubernativos y judiciales. Durante la segunda década del siglo XVII, por iniciativa del gobernador Hernando Arias de Saavedra y con el auxilio de fray Luis de Bolaños, franciscano, se organizaron doce reducciones en el litoral. Pero la vida de estos pueblos, y de otros que se formaron posteriormente, fue siempre precaria. Los indígenas, aunque sometidos y pacíficos, no se habituaban a una existencia sedentaria y disciplinada. Todos ellos —con la sola excepción de Itatí, en Corrientes— fueron decayendo paulatinamente. Más tarde, ya en el siglo XVIII, se fundaron nuevas reducciones en el Tucumán (sobre la frontera del Chaco) y en la jurisdicción rioplatense, la mayor parte a cargo de sacerdotes jesuitas, pero la expulsión de la Compañía hizo que desaparecieran poco a poco.

Muy distintas fueron las *misiones* que organizaron los jesuitas en las cuencas de los ríos Paraná y Uruguay, las cuales alcanzaron justa celebridad como modelos de evangelización pura y de gobierno pacífico.

Lo que caracterizó a estas misiones, y lo que las distingue de los otros pueblos de indios llamados reducciones, fue su falta de contacto con los españoles. Los indios reducidos continuaban sometidos a los deberes derivados de su encomendación, y tenían un corregidor español para administrarlos. En cambio, las misiones jesuíticas consiguieron mantenerse totalmente apartadas de las relaciones con los pobladores blancos.

La real cédula de julio 5 de 1608 ordenó que la conquista de los indios del Guayrá se hiciera "con sola la doctrina y predicación del Santo Evangelio", mediante los religiosos jesuitas que al efecto se enviaban. Estos fundaron una primera misión a fines de 1609, al sud del Paraguay. En 1611 inició sus tareas el padre Roque González de Santa Cruz, nacido en la Asunción, que consiguió erigir diez reducciones más (dos de ellas en territorio argentino: Concepción y Yapeyú), hasta que fue muerto por los indios en 1629. Sucesivamente se fundaron otras, pero los ataques de los *bandeirantes* paulistas, que realizaban expediciones para apresar indios y venderlos luego como esclavos en el Brasil, obligaron a los jesuitas a replegarse al occidente del río Uruguay. Desde mediados del siglo XVII hubo veintidós pueblos ubicados en la región meridional del Paraguay, la actual provincia de Misiones y la parte oriental de Corrientes. Más tarde, entre 1682 y 1706, se crearon ocho doctrinas nuevas —siete de ellas en el Estado de Río Grande do Sul— con las cuales se completó el grupo definitivo de las treinta misiones.

La corona, para facilitar el desarrollo de esta empresa religiosa, eximió a los indios del pago del tributo, así como de todo servicio personal o trabajo obligatorio en beneficio de los españoles. Su régimen político quedó de hecho en manos de los sacerdotes, aunque reconociendo la dependencia en que estaban respecto de las autoridades eclesiásticas y civiles.

La organización gubernativa de las misiones fue un resultado empírico logrado sobre la base de las normas del derecho indiano, las reglas especiales dictadas por las autoridades indianas, y las que establecieron el Superior de la Orden y los provinciales de la Compañía residentes en Córdoba. Cada pueblo contó con un gobierno propio formado por un corregidor, cabildo, alcaldes de hermandad y otros funcionarios, todos ellos indígenas, que se desempeñaban bajo la dirección del cura misionero. Este, que tenía uno o dos sacerdotes que lo ayudaban, dirigía simultáneamente la vida espiritual y el desarrollo temporal de esas pequeñas comunidades: la construcción de edificios, los trabajos agrícolas y ganaderos, las finanzas y el ejercicio del culto divino. El nombramiento de estos curas se hizo hasta 1656 (nº 61) por la sola autoridad del Provincial de la Compañía o del Superior de las Misiones (residente en Candelaria), pero las críticas a este sistema determinaron un cambio. En lo sucesivo el Superior de las Mi-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

siones tuvo que proponer una terna al gobernador, a fin de que éste presentara un candidato al obispo, que le daba la investidura canónica. Los Superiores eran designados por las autoridades de la Compañía, residentes en Roma.

Los indígenas quedaron sometidos a una rígida disciplina, que sin embargo fue aceptada voluntariamente. Los sacerdotes se imponían por el ejemplo de su vida y mediante la persuasión, pues no contaban con otra ayuda, y así consiguieron establecer un régimen que aspiraba a inculcarles paulatinamente sentimientos morales, buenas costumbres, hábitos de trabajo y hasta inclinaciones artísticas. De esta manera lograron ingentes resultados económicos mediante la explotación de los yerbales, el cultivo de los campos y la cría del ganado. Y cada pueblo tuvo, además, magníficos edificios, imágenes sagradas y otros elementos de cultura, incluso una imprenta que se instaló hacia el año 1700.

Las misiones sirvieron de baluarte frente a las invasiones periódicas de los portugueses, asegurando así una frontera totalmente vulnerable. Los jesuitas consiguieron autorización para armar y organizar militarmente a los indios, y de esta manera lograron vencer —en 1639 y 1641— a los *bandeirantes* de la villa de Sao Paulo, deteniendo en parte estas incursiones que hacían peligrar la continuidad de su esfuerzo evangélico. Más tarde los indios misioneros colaboraron en todas las campañas llevadas a cabo en la Banda Oriental para expulsar a los portugueses de la Colonia del Sacramento o de los demás lugares de los cuales se habían apoderado.

El tratado del 13 de enero de 1750, llamado de permuta, procuró solucionar el antiguo problema de límites entre ambas coronas ibéricas, dando a Portugal las siete misiones ubicadas al oriente del río Uruguay, y devolviendo a España la Colonia del Sacramento. Los indios resistieron el abandono que se les imponía, y libraron sin esperanzas la guerra guaranítica de 1754-56, que concluyó con el triunfo del ejército hispano-portugués. A raíz de esta guerra se acusó sin fundamento a los jesuitas de oponerse a las órdenes del rey y de aspirar a constituir un imperio propio en las misiones. Esta prédica, y la propaganda simultánea de los enemigos de la orden, determinaron al rey de Portugal a expulsarlos de sus dominios en 1759. Lo mismo hizo Carlos III en su pragmática de febrero 27 de 1767, encomendando al gobernador rioplatense Francisco de Paula Bucareli que hiciera cumplir esa orden en esta provincia y en las del Paraguay, Tucumán y Cuyo.

El extrañamiento de los jesuitas se hizo efectivo a mediados de 1767, pero con respecto a las misiones tardó un año más, debido a la necesidad de buscar otros religiosos que los reemplazaran.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

El régimen de estos pueblos fue substancialmente alterado. Los nuevos sacerdotes (mercedarios, dominicos y franciscanos) sólo tuvieron autoridad en lo espiritual y respecto de la enseñanza. El manejo de los bienes de comunidad quedó a cargo de un administrador español no siempre honesto, que además debía intervenir en todas las transacciones comerciales de los indios para proteger su ineptitud. Se autorizó a los españoles a instalarse en las misiones. Y el mando político fue confiado a un gobernador subordinado al del Río de la Plata y secundado por tres tenientes.

No obstante los deseos de la corona, las misiones se fueron paulatinamente desorganizando. La explotación de los españoles y la indisciplina surgida en los pueblos provocaron la emigración de muchos indígenas, ya al Brasil, ya a las regiones vecinas del virreinato, en donde formaron una población rural inestable y poco respetuosa de las leyes.

65. *Condición jurídica de los indios.* — Los naturales tenían un estatuto jurídico privilegiado, pero al mismo tiempo las leyes les creaban incapacidades y limitaciones. El derecho indiano los consideraba personas "miserables", necesitadas de protección por su incultura, pero al mismo tiempo les imponía muchas restricciones a su libertad y los subordinaba a los españoles.

Ante todo, en función del deber misional que España se había impuesto, quedaron prohibidas todas las formas de idolatría y hechicería, así como los sacrificios humanos y las demás costumbres contrarias al cristianismo. Se trató especialmente de extirpar la poligamia y el matrimonio por compra. Las leyes prohibían venderles armas y vino, realizar bailes sin licencia del gobernador y que anduvieran a caballo, pero estas normas no siempre se cumplieron.

El matrimonio religioso y la unidad de la familia eran cuidados especialmente. Se autorizó desde el principio el casamiento entre blancos e indias, aunque esta clase de uniones fue por lo común ilegítima. La india casada pertenecía al pueblo y a la encomienda de su marido, y lo mismo sus hijos, mientras que los nacidos de madre soltera seguían la condición de ésta. Al convertirse al cristianismo se procuraba que el indio eligiera una sola mujer, para que organizara una familia estable.

Los indios no tenían, según las leyes, libertad de locomoción. No debían abandonar sus pueblos sino para concurrir por turno a las ciudades a trabajar, y se prohibía a los españoles utilizarlos como conductores de transportes más allá de la primera ciudad que encontraron en el camino. Tampoco tenían entera libertad de contratación, pues para vender inmuebles, o muebles de valor, de-

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

bían hacerlo previo remate público con intervención judicial. Todas las autoridades —virreyes, audiencias, gobernadores, etc.— debían procurar que fueran bien tratados, velar por el cumplimiento de las leyes y protegerlos en caso necesario. Estas medidas tutelares se extendían a la fiscalización de los contratos de trabajo y hasta se fijaban eventualmente sus salarios. Los bienes de las comunidades indígenas eran administrados por los oficiales reales de hacienda. Y en cuanto a los pleitos en que eran parte los indios o sus pueblos, además de requerir un trámite sumario, era necesaria la intervención de los protectores o de los fiscales de las audiencias.

Todas estas limitaciones jurídicas a la plena capacidad de los indios, así como las disposiciones destinadas a protegerlos, no siempre fueron estrictamente cumplidas. El Estado indiano no disponía de órganos de vigilancia en todas partes, y los intereses en juego muchas veces predominaban. Pero es un hecho positivo que las leyes trataron siempre de afirmar esa tutela necesaria, revelando de este modo el espíritu cristiano que las inspiraba. Por lo demás, en nuestro territorio la condición de los indígenas fue más benigna que en otras regiones de América, en las cuales estuvieron sujetos al trabajo en las minas.

Las instituciones destinadas a regular la existencia de los naturales crearon de esa manera un sistema que los sometía a los españoles pero que a la vez los amparaba contra ellos. Por un lado el predominio de los blancos era indispensable para asegurar la formación de sociedades cultas y civilizadas, evitando el regreso de los indios a la barbarie primitiva. Por el otro, en cambio, se procuró asignarles un estado que, sin ser de plena libertad, los fuera introduciendo poco a poco en el orden de la vida cristiana.

Además de estas normas impuestas por los españoles, continuaron en vigor varias costumbres indígenas que fueron expresamente mantenidas e incorporadas al derecho indiano. Entre ellas las más importantes fueron las relativas a los privilegios de los caciques y a su autoridad respecto de los demás miembros de la tribu, las que organizaron el régimen de la propiedad colectiva de los indios, y las relativas a los turnos de trabajo (ver nº 89).

66. *Los indios infieles.* — Fuera de los territorios ocupados por los españoles quedaron diversas tribus y razas indígenas que resistieron, a veces con tenacidad y energía, la dominación de aquéllos. Sus depredaciones, además, obligaron a organizar sistemas defensivos u ofensivos que mantuvieron a las poblaciones en una actividad militar casi permanente.

Una vez concluido el período álgido de la conquista quedó

prohibido realizar nuevas expediciones y utilizar medios ofensivos para someter a los indígenos. Sin embargo, la guerra fue autorizada en casos excepcionales. La real cédula de abril 16 de 1618 permitió hacerla a los guaycurúes que habitaban el Chaco, y a "matarlos si pudieren o cautivarlos y prenderlos para servirse de ellos"[3]; pero los indígenas consiguieron imponerse y en 1632 obligaron a abandonar la ciudad de Concepción de Nuestra Señora.

Los diaguitas también resistieron encarnizadamente la penetración blanca —ya fuera de los soldados, ya de los sacerdotes— y pusieron en peligro la existencia misma de las ciudades fundadas en el Tucumán. Fueron precisas tres largas campañas militares — en 1607, 1630-35 y 1658-65— para someter a todas las tribus. Y para asegurar mejor su pacificación los indios fueron "desnaturalizados", es decir, sacados de sus valles nativos para trasladarlos a otros lugares. Los quilmes, por ejemplo, pasaron a fundar el pueblo homónimo en la provincia de Buenos Aires (1666). Otros indígenas quedaron distribuidos en encomienda a los capitanes y soldados que habían realizado a su costa la última campaña. De resultas de ella los españoles pudieron instalarse en Catamarca, que en 1683 recibió el título de ciudad.

Las diversas tribus del Chaco amenazaron también a Santa Fe y a las ciudades vecinas del Tucumán. Aquélla tuvo que trasladarse doce leguas más al sud para escapar a ese peligro permanente (1660). Las diversas expediciones realizadas, con elementos siempre insuficientes, nunca dieron resultados definitivos. Lo mismo ocurrió por el lado del Tucumán. La ciudad de Talavera fue poco a poco abandonada, hasta que en 1692 desapareció. Recién en el siglo XVIII se fundaron algunas reducciones fronterizas, y en 1774 el gobernador Matorras consiguió celebrar las paces con varias tribus.

En las regiones del sud los indios llamados pampas habían entrado en relaciones pacíficas con los españoles, aunque sin someterse a su dominación. Pero luego se producen sendas migraciones de indios serranos y aucas o araucanos, que venían de uno y otro lado de los Andes, deseosos de aprovechar las riquezas de la Pampa. Desde 1711 comenzaron los malones que amenazaban y a veces destruían las estancias de Buenos Aires, San Luis y Mendoza. Las tentativas misioneras, concretadas en la fundación de varias reducciones, no dieron resultado. Fue necesario organizar en 1752 un cuerpo de defensa —los blandengues— e ir creando una línea de fortines al norte del río Salado y en otras partes.

[3] ARCHIVO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Epoca colonial, Reales cédulas y provisiones*, 113, Buenos Aires, 1911.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

También se celebraron paces con los indios en 1720, 1742, 1770, etc.

Desde mediados del siglo XVIII se asiste, además, a un cambio fundamental en la política concerniente a los indígenas no sometidos. Estos ya no fueron el objetivo principal de una empresa religiosa, sino elementos incultos que en lo posible convenía mantener alejados. La protección de la economía rural, ya más desarrollada, prevaleció sobre el espíritu misional que se iba paulatinamente olvidando. Esto explica los tratados de paz —que reconocían la soberanía de las tribus sobre vastísimos territorios— y la creación de las "fronteras" destinadas a impedir las invasiones, cuya seguridad fue desde entonces una de las preocupaciones principales de los gobiernos sucesivos.

67. *La raza blanca.* — Durante el siglo XVI fueron llegando al actual territorio argentino tres corrientes pobladoras que en definitiva dieron origen a otros tantos distritos políticos.

Los que se instalaron en el litoral procedían de la Asunción, y luego aumentó su número con pobladores venidos directamente de España o del Brasil. Aquéllos eran en su mayor parte los criollos y mestizos fundadores de las ciudades, aunque también hubo españoles europeos entre ellos. En el Tucumán y en Cuyo los elementos fundadores fueron oriundos de España, aunque procedentes del Perú y de Chile. Su número era escaso, y esto explica las dificultades que la conquista tuvo que vencer hasta arraigarse definitivamente.

Todos estos pobladores se congregaron en las quince pequeñas aldeas —llamadas pomposamente ciudades— que quedaron fundadas a fines del siglo XVI. Poco a poco, por crecimiento vegetativo en el interior y con algún aporte inmigratorio en Buenos Aires, la mayor parte de esas ciudades va progresando. Y al mismo tiempo el elemento blanco se afianza en su situación rectora, desplazando a los mestizos e imponiéndose sobre los indios.

Esta elevación fue favorecida y fomentada por las leyes. Carlos V ordenó a todas las autoridades que prefirieran —en las concesiones de empleos, mercedes de tierras y encomiendas— a los primeros conquistadores, fundadores de ciudades y sus descendientes [4]. Y Felipe II les otorgó la calidad de "Hijosdalgo y personas nobles de linaje, y solar conocido" [5], con todas las honras y preeminencias de que gozaban en Castilla. Así se creó una especie de aristocracia, fundada más en los servicios prestados a la corona que en el linaje, que luego iba a afianzarse mediante el

[4] *Recop.*, IV.vi.4; III.ii.14 y III.iii.66.
[5] *Id.*, IV.vi.6.

ejercicio de los cargos públicos, la propiedad de la tierra y el disfrute de las encomiendas. Para alcanzar estos beneficios se hacían "informaciones de méritos y servicios", con intervención judicial, destinadas a acreditar los trabajos realizados en la conquista, en la defensa de las poblaciones o en la fundación de ciudades. Estos elementos superiores obtuvieron simultáneamente la calidad de "vecinos" de las ciudades en donde estaban establecidos, y por lo tanto la posibilidad de utilizar e integrar el cabildo local (ver nos 57 y 59), convertido así en el órgano representativo de sus intereses y aspiraciones.

Pero al mismo tiempo estos vecinos quedaron obligados a tener armas y caballos para acudir, a su costa, en defensa de las poblaciones amenazadas por los indios o— tratándose de puertos— por los corsarios, y para intervenir en las expediciones que debían emprenderse. De modo que se reproduce en Indias un fenómeno similar al de la nobleza europea en la Edad Media, que se eleva a una jerarquía social superior gracias a los servicios prestados en la guerra, pero queda asimismo obligada a continuarlos.

Este elemento blanco era casi totalmente español, oriundo de Andalucía, Castilla y las provincias vascongadas en su gran mayoría. Los extranjeros (y en esta categoría estuvieron incluidos inicialmente los aragoneses) no podían pasar a Indias sin permiso especial del rey. Muy pocos llegaron a nuestro territorio, pero sí muchos portugueses —en la época en que ambas coronas estuvieron unidas (1580-1640)— atraídos por las posibilidades mercantiles o escapando del Brasil ante la presencia de un inquisidor en Bahía. En 1643 estos portugueses constituían la cuarta parte de la población bonaerense; y aunque a veces perseguidos por su ascendencia judía, lograron arraigar en las ciudades del litoral.

Durante el siglo XVIII aumentan simultáneamente el crecimiento vegetativo y la inmigración, favorecidos ambos por las mejores condiciones económicas y por el desarrollo natural de las poblaciones. Y a medida que los habitantes blancos crecen en número, se produce una diversificación social que acentúa los privilegios y el exclusivismo de los grupos superiores. A ellos pertenecen los funcionarios, el clero, los estancieros y los grandes comerciantes. Estos últimos predominan en Buenos Aires, mientras que en el interior son los dueños de las estancias los que asumen una actitud rectora. No se trata de una aristocracia al estilo europeo, puesto que no hay títulos nobiliarios y esa clase superior está siempre abierta al mérito, a la cultura y a la actividad laboriosa; pero se agudiza sin embargo el rechazo de los elementos que tienen origen ilegítimo y ascendencia negra. En el siglo XVIII se multiplican las "informaciones de limpieza de sangre", tendientes a

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

acreditar que los interesados son descendientes de matrimonios legítimos y no tienen mezcla de otras razas consideradas inferiores, con lo cual pueden aspirar a cargos o situaciones de cierta expectabilidad. Ya los "méritos y servicios" han dejado de tener importancia, para dar paso a una jerarquía social fundada en el linaje y en la fortuna.

Esta elevación de ciertos grupos sociales de origen europeo no se traducía en distinciones jurídicas. Entre los blancos reinaba una completa igualdad que no excluía, por cierto, condiciones diversas derivadas del mérito, el talento o la riqueza de cada uno. En cambio, había notables diferencias con respecto a los miembros de otras razas, incluyendo a los mestizos con mayor proporción de sangre indígena.

Tales diferencias sociales se acentúan en la época del virreinato con la legislación especial sobre matrimonios (ver nº 70), y con otras normas que imponían tratamientos desiguales (nº 68).

Esos elementos dominantes formaban, en los siglos XVII y XVIII, tres grupos que pueden fácilmente distinguirse: los funcionarios superiores, casi siempre peninsulares, ocupaban los más altos cargos en el gobierno, la justicia, la hacienda y el ejército; el clero, integrado por los sacerdotes seculares y los de órdenes, tenía la dirección espiritual de la población y el monopolio de la enseñanza; y los vecinos principales orientaban, a través del cabildo o de otras maneras, la actividad social y económica. Estos tres factores de poder, con intereses y tendencias a veces contrapuestos, eran los únicos núcleos sociales organizados, con influencia efectiva y con la posibilidad de hacer oir su voz en las más altas esferas, incluso oponiéndose a las determinaciones de los demás. Ello creaba un equilibrio —no previsto en las instituciones pero no obstante real y positivo— que contribuía a mantener la paz en estas comunidades impidiendo o sancionando los abusos de los poderes locales.

En la época del virreinato ese equilibrio se rompe con la elevación de los funcionarios, que reciben mayores facultades, y con el aumento de la burocracia. La Iglesia y los cabildos —limitados en sus atribuciones y en su autonomía funcional y rentística— quedaron sometidos a la autoridad de aquéllos; pero los ayuntamientos reaccionan luego y el de Buenos Aires consigue balancear la potestad del virrey.

Al final de la dominación española aparecen, sobre todo en Buenos Aires, dos nuevos factores de poder: los cuerpos de tropas criollas por un lado, y los intelectuales de formación universitaria por el otro. Durante las invasiones inglesas se organizaron los batallones de voluntarios destinados a la defensa de la ciudad, que

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

eligieron libremente a sus jefes. A raíz del movimiento del 1º de enero de 1809 —promovido por el sector más elevado de la sociedad— los batallones compuestos por peninsulares fueron disueltos y solo quedaron los patricios y arribeños, cuyos jefes se convirtieron en un factor decisivo en la política local, capaz de sostener a las autoridades o de derribarlas si les negaban su apoyo.

Contemporáneamente adquieren un predominio cultural cada vez más señalado los intelectuales imbuidos de las ideas del Iluminismo, que aspiran a aplicar en estas tierras las reformas aconsejadas por las doctrinas más modernas. Estos realizan su propaganda en los periódicos que se publican durante la primera década del siglo XIX, o en otros escritos como las *Memorias* del Consulado o la *Representación de los Hacendados*, y se convierten así en un grupo rector con grandes aspiraciones políticas. Ambos núcleos, el de los militares criollos y el de los intelectuales ilustrados, imponiéndose al cabildo y a los funcionarios del rey, triunfan en 1810.

68. *Las castas.* — En el vocabulario corriente en la época hispánica se daba el nombre de castas a todos los productos humanos que revelaban la mezcla de razas. A veces se incluía también a los negros en esta denominación. Sin embargo, los mestizos con elevado porcentaje de sangre europea eran considerados blancos.

En cambio sufrían un rechazo marcado, desde el punto de vista social, los mulatos, los zambos y los mestizos que se aproximaban más a su origen indígena. Esta desigualdad social y jurídica fue una consecuencia progresiva de la creciente heterogeneidad de la población, y se manifestó con mayor evidencia en las ciudades que en las campañas. Si en el siglo XVI se había impuesto un tratamiento más o menos igualitario entre españoles, criollos y mestizos (más perceptible sin duda en el litoral que en el interior), la aparición posterior de los negros y la mezcla de razas consiguiente dio origen a una cierta "conciencia social" entre los grupos superiores, que al mismo tiempo se van elevando gracias a la posesión de los cargos directivos, al ejercicio del comercio y al dominio de las tierras. Pero es sobre todo en el siglo XVIII cuando se exhiben con claridad estas separaciones sociales.

La legislación había procurado siempre relegar a una posición secundaria a quienes tenían ascendencia negra y aún a los mestizos. Estos últimos, por ejemplo, solo eran admitidos al sacerdocio "precediendo diligente averiguación e información de los Prelados sobre vida y costumbres, y hallando que son bien instruidos,

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

hábiles, capaces y de legítimo matrimonio nacidos'' [6]. Demás está decir que las otras castas, así como los indios puros, no podían alcanzar esa jerarquía ni tampoco ser miembros de los cabildos, ni de las corporaciones o cofradías formadas por los blancos. Los mestizos y mulatos no estaban autorizados para ser escribanos [7], ni protectores de indios [8]. Se prohibió a los negros y mulatos tener indios a su servicio [9]. Estos últimos, así como los zambos, no podían usar armas, privilegio que también fue negado a los mestizos salvo que tuvieran licencia del gobernador [10]. Otra ley disponía que ninguna negra o mulata ''traiga oro, perlas ni seda'' [11].

En el orden educativo existían también profundas distinciones entre los blancos y las castas. En la Universidad de Córdoba se resolvió en 1710 no conferir grados a personas ilegítimas, norma reproducida luego en las *Constituciones* de 1784, que extendieron la prohibición a los mulatos [12]. En las escuelas, por regla general, se mantenían separados a los estudiantes blancos de los mulatos y mestizos, los cuales recibían una enseñanza más limitada. A los negros solo se les instruía en la doctrina cristiana.

La diferenciación jurídica y social de las diversas razas se manifestaba también en el derecho penal. Los individuos de castas sufrían con frecuencia condenas que no eran propias de los blancos. Por ejemplo, en un bando de 1770, el gobernador Vértiz imponía penas diferentes por las mismas contravenciones según se tratara de españoles ''o persona que goce de privilegio de tal'', por un lado, o de negros, mulatos, indios o mestizos por el otro. Estos últimos eran generalmente castigados con azotes [13].

La legislación creó también para los integrantes de estas clases inferiores una obligación de trabajar. La real cédula de noviembre 24 de 1601 —que ya hemos mencionado antes: nº 31— dispuso que los indios fueran llevados a las ciudades para contratar sus servicios, ''y que de la misma manera sean conpelidos los españoles de condición seruil y ociosos que ouiere y los mestizos negros mulatos y zambahigos libres que no tengan otra ocupación ni oficio para que todos trauajen y se ocupen en el seruicio de la republica''.

[6] *Recop.*, I.vii.7 (1588).
[7] Id., V.viii.40.
[8] Id., VI.vi.7.
[9] Id., VI.xii.16 (1589).
[10] Id., VII.v.14.
[11] Id., VII.v.28.
[12] UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, *Constituciones de la Universidad de Córdoba*, 143 y 217, Córdoba, 1944.
[13] *Documentos para la historia del virreinato del Río de la Plata*, I, 1, Buenos Aires, 1912.

El nacimiento ilegítimo —que era muy frecuente entre las castas— daba origen a la tacha de *infamia*, que inhabilitaba para ser abogado, juez, escribano, etc. [14]. Del mismo modo, los que desempeñaban ''oficios bajos y viles'' no podían aspirar a cargos concejiles, y se prohibía a los alcaldes y regidores que fueran comerciantes al menudeo [15]. Reaccionando contra esas concepciones, Carlos III declaró en 1783 y 1784 que tales oficios (curtidor, herrero, sastre, carpintero, etc.) eran honestos y honrados; que su ejercicio no envilecía las familias ni impedía obtener empleos municipales o alcanzar la hidalguía; y que la ilegitimidad tampoco era obstáculo para profesarlos [16].

La jerarquía social así establecida era, como ya dijimos, más perceptible en las ciudades que en las campañas. Estas últimas se habían ido poblando, especialmente durante el siglo XVIII, con elementos heterogéneos. Criollos, mestizos, negros y mulatos se mezclaron con los indios para trabajar en las estancias, convirtiéndose en avanzadas de la civilización pero también —al tener mayor número de pobladores sin cultura— en creadores de una sociedad rudimentaria, con hábitos y normas distintos de los europeos que continuaban predominando en las ciudades. Los trabajos comunes y el peligro de los indios salvajes dieron a esa sociedad un espíritu igualitario —vale decir, sin jerarquías— que debía forzosamente acentuarse en un medio al cual no llegaban ni la vida espiritual ni las normas que rigen la existencia urbana.

Este fenómeno sociológico se acentuó en las regiones del litoral, en la Banda Oriental y en la provincia del Río Grande. La guerra guaranítica, los avances lusitanos y luego la progresiva desorganización de las misiones dieron origen a grupos compactos que vivían del contrabando, de periódicos ataques a las poblaciones y de la utilización del ganado mostrenco. Estos habitantes, de razas diversas, fueron llamados gauderios desde mediados del siglo XVIII, y su característica principal (a juicio de los funcionarios españoles) era que vivían ''sin Dios, sin rey y sin ley'', despreciando la propiedad ajena y sin someterse a las normas del derecho. Más tarde (el primer documento conocido que lo utiliza es de 1771) recibieron el nombre de *gauchos*, que al principio designó a esos pobladores nómades e incivilizados del vasto litoral, y luego a todos los habitantes rudos e incultos de las campañas, aunque vivieran en las estancias con cierta permanencia. Poco a poco estos gauchos irán forjando sus costumbres, su idioma, sus nor-

[14] *Partida* 7ª.vi.2 y 7.
[15] *Recop.*, IV.x.11 y 12.
[16] *Nov. Rec.*, VIII.xxiii.8 y 9.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

mas sociales y su propio arte, muy distintos todos ellos de los que imperaban en los ambientes cultos de las ciudades.

Esta descripción un tanto esquemática de los diversos grupos sociales y de las razas que los formaban da idea de la existencia de una comunidad con acentuadas diferencias. Las jerarquías sociales y las desigualdades jurídicas eran admitidas y respetadas en ambientes como aquéllos, que continuaban influenciados por las costumbres tradicionales europeas. Más aun, precisamente al final de la dominación hispánica, cuando ya se difundía por todo el mundo la ideología revolucionaria francesa, el gobierno y las clases superiores quisieron acentuar esas diferencias, sin advertir la nueva corriente igualitaria que iba a eliminar poco a poco las normas jurídicas en que se afirmaban. Claro está —y conviene decirlo para tener una visión exacta de este problema social— que el dominio de las clases superiores aparecía como algo necesario si se tienen en cuenta la incultura de las demás, y su incapacidad para asegurar la continuidad del esfuerzo espiritual y civilizador.

69. *Los negros.* — La introducción de esclavos —admitida por la corona como sustitutivo del trabajo indígena— comienza en el Plata en 1587, a pesar de las normas que prohibían utilizar puertos no habilitados para el comercio. No obstante esto último, el rey concedió en 1595 un *asiento* a Pedro Gómez Reynel, portugués, facultándolo a traer 600 esclavos por año a Buenos Aires. Esta concesión caducó en 1604, pero el contrabando de negros —traídos en su mayor parte del Brasil— continuó en los años subsiguientes, contando muchas veces con la complicidad de las autoridades. Gómez Reynel introdujo 5.639 esclavos, y entre los años 1606 y 1655 llegaron 12.778.

La importación de esta mercancía humana, que en gran parte era llevada al interior y al Alto Perú, continuó durante la segunda mitad del siglo XVII aunque con menor abundancia y a pesar de estar siempre legalmente prohibida. En 1701 Felipe V concedió un nuevo *asiento* —es decir, el monopolio del tráfico— a la *Compagnie de Guinée*, francesa, en razón de los estrechos vínculos que ligaban a ambas naciones borbónicas. Luego de la derrota franco-española en la guerra de sucesión, ese privilegio fue transferido a la *South Sea Company*, mediante el tratado de Madrid de 1713. Después de varias interrupciones causadas por las guerras con Inglaterra, el tráfico de esta compañía concluyó en 1739. Los franceses introdujeron 3.475 esclavos y los ingleses 11.513, ambos por Buenos Aires.

Posteriormente el comercio negrero se tornó más activo, ya

mediante el sistema de licencias a particulares, ya concediendo el monopolio a compañías españolas. La real cédula del 24 de noviembre de 1791 otorgó la libertad del tráfico a nacionales y extranjeros [17]. Los asientos y concesiones eran fuentes de ingentes beneficios para el fisco, a la vez que para los comerciantes locales.

Jurídicamente el esclavo era una cosa susceptible de ser objeto de toda clase de contratos, y de la cual podía disponerse por actos entre vivos o por testamento. Pero el espíritu cristiano, siguiendo las ideas romanas, consideraba a la esclavitud como contraria al derecho natural porque los hombres son "naturalmente libres" [18]. Por esta razón no estaban totalmente desprovistos de derechos, ni sus dueños de obligaciones.

Eran esclavos los introducidos como tales en las Indias, y los hijos de esclavas nacidos en el Nuevo Mundo, pues éstos seguían la condición de sus madres [19]. Los esclavos dejaban de serlo por *manumisión*, es decir, cuando sus dueños los ponían en libertad mediante una declaración formal o en testamento. Al final del siglo XVIII se autorizó además al esclavo a comprar su propia libertad.

Los esclavos podían casarse libremente, aún contra la voluntad de sus dueños, y se procuraba mantener la unidad de sus familias; pero el matrimonio no los libertaba aunque el otro cónyuge fuera libre [20], solución esta última contraria a lo dispuesto en las *Partidas* [21].

Los dueños de esclavos ganaban para sí cuanto éstos produjeran con su trabajo o industria [22]. Existía lógicamente el deber de obediencia, y los amos tenían el derecho de castigarlos con moderación. Las *Partidas* prohibían "matar, nin lastimar" al esclavo, "nin matarlo de fambre", y autorizaban a los siervos a quejarse ante los jueces cuando padecieran castigos insufribles, en cuyo caso el juez, probado el hecho, los vendía entregando el precio al dueño [23].

El 31 de mayo de 1789 fue sancionada una real cédula sobre educación, trato y ocupaciones de los esclavos en las Indias, imitada del *Code noir* francés de 1685. En aquella se procuraba imponer un tratamiento más humanitario, obligando a los dueños a instruirlos en la religión, a alimentarlos y vestirlos, a dejarles

17 *Documentos para la historia argentina*, VII, 4, Buenos Aires, 1916.
18 *Partida* IV.xxi.1.
19 Id., xxi.2.
20 *Recop.*, VII.v.5.
21 *Partida* 4ª.xxii.5.
22 Id., xxi.7.
23 Id., xxi.6.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

dos horas diarias libres para que trabajaran en su propio beneficio y a dar intervención a la justicia en caso de que cometieran delitos o excesos que merecieran penas. En estos juicios debían intervenir los síndicos procuradores de las ciudades como protectores de esclavos [24].

La condición de los esclavos en nuestro territorio fue, puede decirse, generalmente benigna. Muchos fueron dedicados al servicio doméstico y convivieron con los blancos en una situación de relativa familiaridad. Hubo muchos artesanos dedicados a múltiples oficios, incluso a veces en su propio beneficio. Los que vivían en las estancias tuvieron una condición análoga a la de las otras castas, salvo naturalmente la falta de libertad para cambiar de destino. La manumisción fue una liberalidad frecuente. Y los negros, libres o esclavos, pudieron organizar sus propias cofradías, fiestas y candombes en los cuales exteriorizaban sus sentimientos e inclinaciones raciales.

70. *La familia.* — La diversidad de razas y de grupos sociales que poblaban las Indias impidió que lograran plena vigencia las leyes castellanas que regulaban la familia. Sólo en las clases más elevadas fue práctica indiscutida el matrimonio legítimo; en las demás las uniones irregulares y los nacimientos ilegítimos fueron demasiado frecuentes y en ciertos sectores llegaron a constituir una costumbre normal. Por otra parte, algunos problemas especiales obligaron a dictar normas inspiradas en criterios morales o en el propósito de resolver situaciones no previstas en el derecho de la península.

La familia española en Indias, formada por europeos o criollos, fue una unidad sólidamente constituida bajo la dirección del jefe de la misma. Este ejercía autoridad doméstica sobre su mujer, hijos solteros, criados y esclavos. La casa reunía a todos ellos integrando una pequeña comunidad de afectos y de bienes que reconocía la supremacía jerárquica del *paterfamilias*. La mujer, relativamente incapaz para el desempeño de ciertas funciones, los hijos que necesitaban su consentimiento para el matrimonio, y los demás miembros del grupo que obedecían sus órdenes, formaban una familia más numerosa y unida por vínculos más sólidos que la contemporánea.

Esta comunidad estaba naturalmente fundada en el matrimonio legítimo, regido por las normas del Concilio de Trento (promulgado como ley por Felipe II en 1564), y por las de las *Partidas*. Eran las autoridades eclesiásticas las que intervenían en

24 *Documentos para la historia argentina*, VI, 493, Buenos Aires, 1915.

la celebración del casamiento, resolviendo además todos los problemas conexos (impedimentos, disenso) y los que podían plantearse ulteriormente (nulidad, divorcio, tenencia de hijos, alimentos, restitución de dotes, etc.). Pero a fines del siglo XVIII se limitó la jurisdicción eclesiástica a las cuestiones derivadas del sacramento, prohibiéndose que intervinieran en las de índole patrimonial [25].

Los hijos e hijas debían solicitar el consentimiento paterno para contraer matrimonio, y en su defecto el materno o del pariente más próximo [26]. La ley 49 de Toro dispuso que el que contrajera un matrimonio clandestino perdiera todos sus bienes, fuera desterrado del reino y pudiera ser desheredado por sus padres [27]. Tan graves penas, destinadas a asegurar la potestad paterna, no se aplicaban en la práctica. La pragmática de marzo 23 de 1776, con el objeto de evitar los matrimonios "desiguales", dispuso que los menores de 25 años debían pedir su consentimiento, sucesivamente, al padre, a la madre, a los abuelos paterno y materno, a los dos parientes más próximos, al tutor o al juez, bajo pena de desheredación. Pero creó al mismo tiempo, "contra el irracional disenso de los padres, abuelos", etc., un recurso sumario ante la justicia, la cual podía autorizar el matrimonio cuando la negativa fuera infundada [28]. La real cédula de abril 7 de 1778 extendió este régimen a las Indias, excluyendo de él a "los mulatos, negros, coyotes, e individuos de castas, y razas semejantes" [29]. En 1803 se redujo a 23 la edad de las mujeres que debían pedir la venia paterna [30]. Y por último la real cédula de mayo 27 de 1805, dictaba a solicitud del virrey del Río de la Plata, dispuso que sin el permiso de los presidentes de las audiencias de Indias no podrían efectuarse "los matrimonios de personas de conocida nobleza, o notoria limpieza de sangre, con las de Negros, Mulatos y demás castas, aun quando unos y otros sean de mayor edad" [31]. Estas disposiciones tenían por objeto evitar los matrimonios desiguales entre personas de distinta condición social, afirmando al mismo tiempo —como lo expresaba la pragmática de 1776— "la indispensable y natural obliga-

25 Real cédula de marzo 22 de 1787, en *Cedulario de la real audiencia de Buenos Aires*, I, 166, La Plata, 1937.
26 *Partida* 4ª.iii.5.
27 *Nov. Rec.*, X.ii.5.
28 *Nov. Rec.*, X.ii.9.
29 *Documentos para la historia del virreinato del Río de la Plata*, I, 242-53, Buenos Aires, 1912.
30 Pragmática de abril 10 de 1803, en *Nov. Rec.*, X.ii.18.
31 *Cedulario de la real audiencia de Buenos Aires*, III, 293, La Plata, 1938.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

ción del respeto a los padres, y mayores que estén en su lugar, por Derecho natural y divino".

Estas normas evidenciaban el deseo de mantener una fuerte unidad familiar bajo la dirección del padre. Los hijos se emancipaban al casarse, y formaban a su vez otra familia con idénticas prerrogativas. El marido tenía la administración y usufructo de la dote llevada por la mujer al matrimonio [32], y ésta tenía derecho a reclamarla una vez muerto aquél o disuelta la sociedad conyugal por divorcio, que por cierto no alcanzaba a disolver el vínculo. Al morir la esposa, la dote pasaba a los herederos de ella o se cumplía lo pactado al constituirla [33]. Eran en cambio gananciales, y se dividían por mitades al disolverse el matrimonio o la sociedad conyugal, los bienes adquiridos por uno u otro de los cónyuges que no hubieran sido habidos por donación o herencia. Pero cuando el divorcio era causado por infidelidad de la mujer, ésta perdía todo derecho sobre la dote y los gananciales.

La capacidad jurídica de la mujer era limitada, aunque no totalmente. No podía contratar, ni estar en juicio, ni repudiar herencias sin licencia del marido; pero éste podía darle autorización general para todo ello, y aún ser facultada por el juez en caso de negarse aquél [34]. Tampoco podía la mujer ser fiadora, ni tutora (excepto la abuela viuda), ni ejercer cargos públicos.

La patria potestad era un derecho amplísimo que el padre tenía sobre sus hijos legítimos, legitimados o adoptivos. La legitimación de los hijos naturales se producía por subsiguiente matrimonio de sus progenitores, por instrumento público y por rescripto del príncipe. La adopción consistía en recibir como hijo a una persona que no lo era, mediando consentimiento del verdadero padre o del adoptado faltando aquél. No había, en cambio, patria potestad sobre los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, ni podían éstos ser legitimados o adoptados [35].

Subsistía la patria potestad hasta que el hijo fuera emancipado voluntariamente por el padre o aquél contrajera matrimonio. Pero aún en este caso su incapacidad relativa continuaba hasta los 18 años respecto de sus bienes. La patria potestad cesaba también por indignidad del padre, su profesión religiosa y la elevación del hijo a ciertas dignidades y cargos públicos [36].

32 *Partida* 4ª.xi.7.
33 Id., xi.30.
34 Leyes 54 a 59 de Toro.
35 *Partida* 4a.xvii.1 y sig.
36 *Partida* 4ª.xviii.1 y sig.

Era obligación paterna la de cuidar, alimentar y educar convenientemente a los hijos. A cambio de ella el padre adquiría para sí todo lo que éstos ganaran con los bienes paternos (peculio profecticio); y tenía el usufructo de lo que recibieran por su propia industria o por donación o herencia (peculio adventicio); pero lo que obtuvieran en la guerra, en la cortè del rey o en el ejercicio de cargos importantes (peculio castrense) era exclusivamente de los hijos [37].

Los varones menores de 14 años y las mujeres hasta los 12 quedaban sometidas a la tutela cuando faltara el padre. Pasando de aquéllas edades, y hasta los 25 años, los menores debían tener un curador para sus bienes. Lo mismo se hacía con los mayores dementes y otros incapaces [38].

Frente a esa familia legítima aparecen en la realidad del mundo hispano-americano las uniones irregulares, permanentes o no, mucho más numerosas cuando la mujer era india, negra o de otras castas. La legislación indiana trató siempre de reaccionar contra esa práctica, dictando normas destinadas a fomentar los casamientos y a asegurar la unión de los cónyuges.

Desde principios del siglo XVI se permitieron los matrimonios mixtos entre españoles e indias, ordenándose a las autoridades que procuraran su realización. Con respecto a los indígenas, se les dio entera libertad para casarse [39], al mismo tiempo que se castigaba severamente la poligamia. Cuando los indios se convertían al catolicismo debían unirse con la primera mujer que hubieran tenido, y en su defecto elegir entre las demás. La india casada debía ir al pueblo de su marido, lo mismo que sus hijos [40]. Se prohibió además el matrimonio por compra [41].

La unión de los cónyuges fue también un propósito reiteradamente perseguido por las leyes. Todo un título de la *Recopilación* de 1680 está destinado a reunir normas que tienen ese objetivo. El principio fundamental fue el de que ningún casado podía venir a las Indias sin su cónyuge. Para hacerlo se necesitaba licencia especial, dada por un plazo cierto, pasado el cual las autoridades eclesiásticas y reales estaban en la obligación de hacerlo retornar. El plazo era generalmente de dos años. El deseo de no separar a los esposos hizo disponer también que las indias

37 *Partida* 4ª.xvii.5 a 7.
38 *Partida* 6ª.xvi.1 y sig.
39 *Recop.*, VI.i.2.
40 Id., VI.i.7 y 10.
41 Id., VI.i.6.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

casadas no fueran llevadas a servir en las casas de los españoles sin sus maridos, y que los negros no fueran separados de sus mujeres.

71. *Derecho sucesorio.* — La organización familiar jerarquizada y unida influenciaba también el derecho sucesorio. Por testamento y aun por donación entre vivos podía el padre mejorar a uno de sus hijos con el tercio de sus bienes, o darlo directamente a un nieto [42]. Podía también, con licencia del rey, prohibir perpetuamente la enajenación de algunos bienes determinando el orden de las personas que debían suceder en ellos (mayorazgos) [43], a fin de que esos bienes permanecieran siempre en la familia. Idéntica finalidad tenía el retracto gentilicio, por el cual se permitía a los consanguíneos del vendedor de un bien de familia pagar el precio ofrecido por el comprador y quedarse con la cosa [44]. En nuestro territorio fueron escasísimos los mayorazgos.

Fuera de aquellas disposiciones, el testador podía también legar el quinto de sus bienes aunque tuviera herederos forzosos. Estos eran los descendientes y ascendientes, porque el cónyuge sólo recibía la mitad de los gananciales y —en el caso de la mujer— la dote. La sucesión intestada se repartía, por consiguiente, entre los hijos y los nietos (por estirpes) legítimos y legitimados. En concurrencia con éstos los adoptivos y naturales heredaban una parte menor. A falta de descendientes venían los ascendientes más próximos, y en ausencia de ambos los colaterales hasta el décimo grado [45], que luego se limitó al cuarto [46].

En Indias se dictaron también otras disposiciones especiales relativas a la sucesión en las encomiendas y en los oficios vendibles, y a la forma de proceder cuando los herederos estaban en España.

Las encomiendas eran concedidas a los beneméritos de las Indias durante dos (y a veces tres) vidas: la propia y la de uno o dos herederos. De modo que no se dividían entre los descendientes, sino que se daban a un solo titular obligado a cumplir personalmente, o por medio de un "escudero", las obligaciones inherentes al cargo.

42 Leyes 17 y 18 de Toro (*Nov., Rec.*, X.vi.1 y 2).
43 Ley 42 de Toro (*Nov. Rec.*, X.vii.2). Pero a fines del siglo XVIII se limitó por varias reglas esa posibilidad: *Nov. Rec.*, X.xvii.12 y sig.
44 *Nov. Rec.*, X.xiii.1 y sig.
45 *Partida* 6ª.xiii.6. A falta de todos esos parientes heredaba —según la misma ley— la esposa, y en su ausencia el fisco.
46 *Nov. Rec.*, X.xxii.6, § 7 (1785).

La legislación excluyó la sucesión testamentaria en esta materia, y dispuso que la encomienda fuera entregada al hijo mayor varón, por falta o inhabilidad de éste al hijo de más edad, y no quedando hijos, a la hija de más edad, pasando a la esposa cuando no había descendientes legítimos [47]. Otra ley agregó que habiendo muerto el primogénito sucedieran el nieto o la nieta por su orden [48]. El beneficiario de la encomienda quedaba obligado a pasar alimentos a su madre y hermanos. Las hijas debían casarse dentro del año siendo de edad para ello. Cuando sucedían hijos menores, hijas solteras o la viuda, era necesario poner un "escudero" que cumpliera los deberes militares del encomendero. Los hijos ilegítimos, los hijos de un hijo ilegítimo y los parientes colaterales quedaron excluidos de suceder en las encomiendas, así como los religiosos y los ausentes del lugar. Tampoco podían acumularse dos encomiendas, aunque una fuera del marido y otra de la mujer, debiendo en estas circunstancias optarse por una de ellas.

Los oficios y cargos públicos que se vendían en remate al mejor postor (escribanos, alguaciles, regidores del cabildo, etc.), eran también "renunciables", es decir, trasmisibles a otra persona que solía ser el descendiente del titular. Una real cédula de 1581 autorizó esa trasmisión, previo pago de la tercera parte del valor asignado al oficio; y otra de 1606 dispuso que los cargos vendibles fueran perpetuamente renunciables haciendo diversos pagos en cada oportunidad [49]. La renuncia o traspaso debía hacerse por lo menos veinte días antes de la muerte del titular para ser válida, y siempre en beneficiarios que tuvieran las calidades legales para desempeñar el oficio. En todos los casos estas renunciaciones, del mismo modo que las ventas, debían ser confirmadas por las autoridades superiores.

Otro problema específico que dio lugar a muchas disposiciones fue el relativo a los bienes de los españoles que morían en Indias dejando herederos en España. Ya en 1510 se dispuso que sus propiedades fueran inventariadas y vendidas para remitir el dinero a la Casa de la Contratación. Cuarenta años después se organizó el nuevo sistema encargando a uno de los oidores de cada audiencia la dirección de ese procedimiento con todas sus implicancias [50]. Este magistrado se llamó *juez mayor de bienes*

47 *Recop.*, VI.xi.1 y 2.
48 Id., VI.xi.5 (1580).
49 Ambas en ARCHIVO DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Epoca colonial, Reales cédulas y provisiones*, 72, Buenos Aires, 1911; *Recop.*, VIII.xxi.1 y sig.
50 *Recop.*, II.xxxii.1.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

de difuntos, y su competencia exclusiva se extendió a todas las cuestiones sucesorias, siempre que los herederos residieran en otros distritos. El juez mayor podía designar delegados que ejercieran esas mismas funciones en otras ciudades, pero en 1606 se dispuso que las encomendara a los jueces ordinarios, es decir, a los alcaldes [51]. Estos magistrados debían vender los bienes en remate público y enviar su producido a la Casa de la Contratación, para que allí se presentaran los herederos a reclamarlo.

BIBLIOGRAFIA

Además de las obras generales de LEVENE, OTS CAPDEQUÍ y HARING, anteriormente citadas, pueden consultarse: R. DE LAFUENTE MACHAIN, *Los portugueses en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1931; id., *Buenos Aires en el siglo XVII*, Buenos Aires, 1944; íd., *Buenos Aires en el siglo XVIII*, Buenos Aires, 1946; CARLOS E. CORONA BARATECH, *Notas para un estudio de la sociedad en el Río de la Plata durante el virreinato*, en *Anuario de Estudios Americanos*, VIII, Sevilla, 1951; ENRIQUE DE GANDÍA, *Francisco de Alfaro y la condición social de los indios*, Buenos Aires, 1939; JOSÉ TORRE REVELLO, *Sociedad colonial, Las clases sociales, La ciudad y la campaña*, en *Historia de la Nación Argentina*, IV, 1ª secc., Buenos Aires, 1938; ANGEL ROSENBLAT, *La población indígena y el mestizaje en América*, 2 vols., Buenos Aires, 1954; RICHARD KONETZKE, *El mestizaje y su importancia en el desarrollo de la población hispanoamericana durante la época colonial*, en *Revista de Indias*, nº 23 y 24, Madrid, 1946; íd., *Los mestizos en la legislación colonial*, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 112. Madrid, 1960; DIEGO LUIS MOLINARI, *La trata de negros, datos para su estudio en el Río de la Plata*, 2ª ed., Buenos Aires, 1944; GEORGES SCELLE, *La traite negrière aux Indes de Castille*, 2 vols., Paris, 1906; ELENA F. S. DE STUDER, *La trata de negros en el Río de la Plata durante el siglo XVIII*, Buenos Aires, 1958; ROBERTO H. MARFANY, *El indio en la colonización de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1940; JORGE COMADRÁN RUIZ, *En torno al problema del indio en el Río de la Plata*, en *Anuario de Estudios Americanos*, XII, Sevilla, 1955; y EUGENIO PETIT MUÑOZ, EDMUNDO M. NARANCIO y JOSÉ M. TRAIBEL NELCIS, *La condición jurídica, social, económica y política de los negros durante el coloniaje en la Banda Oriental*, Montevideo, 1948.

También pueden consultarse mis artículos titulados: *La reglamentación de las encomiendas en territorio argentino*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, I, nº 1, Buenos Aires, 1946; *La condición jurídica de los grupos sociales superiores en la Argentina (siglos XVI a XVIII)*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, nº 12, Buenos Aires, 1961; *Los grupos sociales en la revolución de Mayo*, en *Historia*, nº 22, Buenos Aires, 1961; y *Las ordenanzas de Alfaro y la Recopilación de 1680*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº 16, Buenos Aires, 1965.

Para conocer el estado de la legislación indiana (aunque con referencias posteriores a ella): JOSÉ MARÍA ALVAREZ, *Instituciones de derecho real de España*, adicionadas con varios apéndices, párrafos &a. por DALMACIO VÉLEZ, Buenos Aires, 1834.

[51] Id., II.xxii.10.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

CAPÍTULO OCTAVO

EL SISTEMA ECONOMICO

72. *Panorama de la evolución económica de las Indias.* — Al realizar la conquista del Nuevo Mundo, la preocupación fundamental de España fue de índole religiosa, como ya lo hemos señalado. La empresa indiana tuvo sin duda objetivos políticos y de otro carácter, pero éstos estaban subordinados al propósito misional y al deseo de crear en estas tierras nuevas sociedades inspiradas exclusivamente en el ideario católico. De este criterio derivaron las normas restrictivas impuestas a la admisión de personas, libros o ideas que podían quebrar esa unidad espiritual, y consecuentemente las que organizaron a las Indias como un Estado hermético, que sólo podía vincularse y comerciar con la metrópoli.

Esta última solución, además, venía impuesta por la política colonial y por las ideas mercantilistas que entonces predominaban en Europa (ver nº 27). Los territorios conquistados eran, en el criterio político corriente, patrimonio de la nación conquistadora, y sus riquezas debían beneficiarla exclusivamente. El sistema mercantilista consideraba, por otra parte, que el poderío y la riqueza de las naciones derivan de la abundancia de moneda. Era lógico entonces que España pensara en impedir la entrega del oro y la plata del Nuevo Mundo al extranjero por la vía del comercio. El principio fundamental de la economía indiana fue, por lo tanto, el aprovechamiento exclusivo de sus posibilidades y como consecuencia el monopolio del intercambio, sin perjuicio de fomentar al mismo tiempo los intereses locales. Para asegurar ese monopolio se concentró en Sevilla —y luego en Cádiz a partir de 1717— todo el tráfico con las Indias.

A mediados del siglo XVI se organizó el sistema de las flotas y galeones. La Casa de la Contratación debía enviar anualmente un convoy de barcos protegidos por la Armada, con destino a Portobelo o Cartagena (en la costa norte de Colombia),

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

en donde se realizaban las ferias a las que concurrían los comerciantes del Pacífico, para volver luego con esas mercancías a Lima y a otras ciudades. El resto de la flota iba directamente a Veracruz (Méjico), y ambas volvían a reunirse en La Habana para regresar a Sevilla. Todo comercio por otra vía quedó prohibido, salvo las excepcionales licencias que sólo el rey podía otorgar; y todo intercambio con los extranjeros fue simultáneamente vedado a los habitantes de América bajo penas severísimas [1].

Este sistema, sin embargo, no dio los resultados que de él podían haberse esperado. La emigración a las Indias de tantos elementos activos, la llegada de los metales americanos y la falta de una adecuada política de fomento económico causaron una rápida decadencia de la agricultura y de la industria españolas. La metrópoli ya no estuvo en condiciones —desde principios del siglo XVII —de abastecer los mercados de las Indias; y fueron los comerciantes extranjeros de Sevilla (franceses, genoveses y holandeses principalmente), los que se encargaron de reemplazar la falta de mercaderías españolas. Así el metálico americano iba a parar por esa vía indirecta a las demás naciones, en una proporción que en dicho siglo comenzó siendo de dos tercios y llegó a nueve décimos.

Hubo simultáneamente otro comercio, ilícito esta vez, que realizaban los navegantes ingleses y holandeses en gran escala. Pero ni la existencia de este contrabando ni los perjuicios que el sistema legal causaba hicieron variar en el siglo XVII la política económica. Al contrario, los comerciantes españoles de Sevilla —que en su mayoría eran simples intermediarios de los extranjeros— y los de Lima y otros lugares de las Indias, insistieron siempre en la necesidad de afianzar el régimen vigente mediante nuevas prohibiciones.

Recién en el siglo XVIII los borbones comienzan a ensayar una política más amplia, impuesta a veces por Francia o Inglaterra, o inspirada otras por las nuevas ideas económicas. Los asientos negreros concedidos a esas naciones, el aumento de los buques de registro y de licencias para navegar, la supresión de las flotas y galeones y luego la apertura de los puertos españoles y americanos al comercio libre en navíos nacionales son otras tantas etapas sucesivas de una evolución hacia la completa libertad mercantil. Esta orientación procuraba simultáneamente restaurar la grandeza de España desarrollando sus industrias y su marina para competir así con las demás naciones; y aunque en parte logró este resultado a lo largo del siglo, la batalla de Trafalgar

[1] *Recop.*, IX.xxx.55 y III.xiii.8.

(1805) destruyó su flota y cortó sus comunicaciones regulares con sus dominios de ultramar.

En el orden interior las diversas provincias de las Indias se organizaron en el siglo XVI con los pocos recursos que venían de España o que existían en cada región. La metrópoli proveyó semillas y ganado, así como la técnica incipiente para aprovecharlos y para explotar las minas. Los españoles pusieron su trabajo o utilizaron a los indios y a los negros. Pero nunca se quiso hacer de estas colonias grandes mercados de consumo, ni desarrollar de tal manera sus industrias como para convertirlas en centros exportadores, salvo en lo referente a las minas y a otros productos tropicales. La política de España tendió más bien a organizar una economía estática antes que una economía de expansión, buscando el equilibrio de la producción y el consumo dentro de sociedades relativamente cerradas y con mercados muy reducidos.

Hubo, sin embargo, algunas diferencias entre las diversas regiones de las Indias. Suelen distinguirse, en este sentido, las "colonias de explotación" y las "colonias de población". Las primeras estaban destinadas a explotar los recursos naturales (azúcar, algodón, metales, etc.), mientras las segundas no tenían como objetivo principal el surtir los mercados de la metrópoli. Chile, el Paraguay, el Tucumán y el Río de la Plata fueron de este último tipo y crearon una sociedad y una economía destinadas a bastarse a sí mismas satisfaciendo con su trabajo sus propias necesidades. La explotación de las minas y de la tierra —con producción escasamente diversificada— condujo en cambio a la formación de sociedades de tipo feudal que necesitaban en gran escala de la mano de obra indígena.

Desde otro punto de vista, España consideró a su vasto imperio como una unidad económica dentro de la cual debían ser preferidos los intereses peninsulares. A veces se prohibieron ciertos cultivos o industrias de las Indias para que no hicieran competencia a sus similares europeos; y más tarde, por motivos exclusivamente fiscales, se establecieron algunos monopolios y restricciones que también cercenaron las posibilidades locales. Además, en todas las épocas hubo un sistema aduanero proteccionista que a veces favorecía la producción del Nuevo Mundo y otras la perjudicaba considerablemente.

Dentro de ese sistema económico, las provincias que hoy son argentinas crearon a las autoridades indianas un problema complejo y de difícil solución. Demasiado alejadas de las rutas establecidas como para poder participar del comercio legal, tenían, sin embargo, la ventaja de poder comunicarse directamente con Eu-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

ropa sin necesidad de utilizar la vía del Pacífico. La actitud de la corona fue voluble e inconstante. A veces autorizó un tráfico limitado y otras lo prohibió severamente. Quiso cortar el comercio de internación o lo admitió en casos especiales. Pero en definitiva no pudo impedir el desarrollo del intercambio lícito o ilícito y, al crearse el virreinato, tuvo que reconocer la importancia estratégica y mercantil de estas regiones favoreciendo su desenvolvimiento progresivo.

73. *La propiedad de las tierras y de las minas.* — El estudio de la economía de una comarca comprende, ante todo, el de los factores principales de la producción de bienes, que son el capital y el trabajo. Los analizaremos sucesivamente con referencia a nuestro territorio, recordando en especial las normas jurídicas que los regulaban.

En realidad, el único capital que hubo al principio (siglo XVI) fue el que brindaba la naturaleza. El dinero y los instrumentos técnicos casi no existían. Fue sobre esos elementos naturales que se aplicó la mano del hombre para producir los bienes de consumo o de trueque. Recién más adelante, y sobre todo en el siglo XVIII, aparecen los capitales en dinero para alimentar una producción y un comercio cada vez más desarrollados.

La *tierra* de las regiones conquistadas, con todos sus accesorios (aguas, bosques, minas), fue considerada de propiedad de la corona por haber "sucedido enteramente en el señorío que tuvieron en las Indias los señores que fueron de ellas" [2]. Pero con el objeto de premiar a los conquistadores y de afincarlos en las distintas regiones, esas tierras se repartieron generosamente por los virreyes, gobernadores, tenientes y aún por los cabildos que tenían autorización especial. Estas *mercedes* de tierras, gratuitas, se daban en premio a los "descubridores, y pobladores antiguos, y sus descendientes, que hayan de permanecer en la tierra" [3], con el objeto de que cultivando sus chacras y estancias promovieran el desarrollo de las nuevas ciudades. A veces se exigía que las poblaran y edificaran en ellas bajo pena de perderlas; otras se daban a quienes ya las poseían sin título, utilizando la figura medieval de la *aprisio*. En todos los casos estas mercedes de tierras debían, para que el dominio fuera perfecto, ser confirmadas por el virrey o por el gobernador.

Esas tierras, abundantes e incultas, carecían casi totalmente de valor. Más adelante, cuando lo adquieren y se advierte que

[2] *Recop.*, IV.xii.4 (1591).
[3] Id., IV.xii.10 (1535).

podían ser una fuente de recursos para el fisco, se ordenó vender las que no tuvieran propietario, y admitir que los poseedores sin título perfecto pagaran una *composición* para validarlo [4]. Aquellas ventas debían hacerse al mejor postor, en remate público. Sin embargo, en nuestro territorio continuaron las donaciones de tierras hasta mediados del siglo XVIII.

En 1754 se dispuso una revisión general de todos los títulos de propiedad. Los que estaban en posesión de tierras desde antes del año 1700 debían manifestarlo a las autoridades, para que éstas confirmaran el dominio adquirido por prescripción. Los que tenían tierras vendidas o compuestas desde antes de 1700 quedaban obligados a pedir la confirmación ante la audiencia o el gobernador. Los demás, posteriores a esa fecha, debían cumplir los requisitos pendientes para completar la adquisición, pagando el precio de la compra o el de la composición [5]. Este sistema, que obligaba a largos y costosos trámites, no dio resultados en la práctica, y los poseedores sin título perfecto continuaron muchas veces detentando los predios rurales sin conseguir acreditar su dominio.

Esos repartos y ventas de tierras se hicieron en grandes extensiones a los españoles (europeos y criollos) y aún a los mestizos, que constituían las clases superiores de la sociedad. A los indios se les dejaron o repartieron las tierras necesarias para su sustento. Especialmente se hizo esto con las tribus congregadas en reducciones, y con las misiones jesuíticas que tuvieron inmensas extensiones a ambos lados de los ríos Uruguay y Paraná. Estas tierras de indios eran propiedades colectivas cuyo dominio directo pertenecía a la corona, quedando para sus pobladores solamente el dominio útil [6]. Los encomenderos de esos indígenas no adquirían la propiedad de esas tierras, ni aun en el caso de extinguirse la tribu [7].

Los propietarios españoles, una vez perfeccionado su título, podían transferir sus tierras por venta, donación o herencia. Los *mayorazgos* —que mantenían la propiedad en una sola mano, generalmente el primogénito— fueron sumamente escasos en estas regiones (nº 71). Hubo en cambio otras vinculaciones (generalmente de solares urbanos), llamadas *capellanías*, mediante las

[4] Id., IV.xii.15 (1631).
[5] Real instrucción de octubre 15 de 1754, publicada como apéndice a la *Ordenanza de Intendentes*.
[6] Así lo entendió nuestra SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *Fallos*, 155, 313 (septiembre 9 de 1929).
[7] *Recop.*, VI.i.30; SUPREMA CORTE, *Fallos*, 19, 29 (abril 24 de 1877).

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

cuales se trasmitía a título perpetuo la propiedad de un bien con ciertas obligaciones.

En nuestro territorio las *minas* carecieron de importancia, al contrario de lo que ocurrió en otras regiones del Nuevo Mundo. Según la legislación española anterior al descubrimiento de América los metales y la sal pertenecían a la corona, y no podían ser beneficiados sin licencia real [8]. Esta aplicación del *sistema regalista* se extendió a las Indias, pero a fin de fomentar la explotación de las minas por los particulares, a principios del siglo XVI se autorizó a "todas las personas, de cualquier estado, condición, preeminencia, o dignidad, Españoles, e Indios", a utilizar libremente las minas, debiendo realizar previamente una manifestación ante el gobernador y los oficiales reales [9]. Para reglamentar esta importante actividad el virrey Francisco de Toledo sancionó en 1574 las ordenanzas que rigieron en el virreinato del Perú (y por consiguiente en nuestro territorio), las cuales, con las reformas introducidas posteriormente, formaron un vasto cuerpo legal que Tomás de Ballesteros recopiló en 1683. En Méjico fueron promulgadas en 1783 las *Ordenanzas de Minería*, más modernas y amplias que las del Perú.

Ambas reglamentaciones establecían los procedimientos necesarios para adquirir la propiedad de las minas (sin perjuicio del dominio eminente de la corona), y las obligaciones que recaían sobre los que tenían pertenencias mineras, así como la forma de realizar el trabajo correspondiente.

El marqués de Sobremonte, siendo gobernador-intendente de Córdoba del Tucumán, adaptó en 1785 las ordenanzas de Méjico a la situación de esa provincia, con el objeto de fomentar la explotación de las minas de Uspallata [10].

74. *La propiedad del ganado.* — Si las minas carecieron de importancia económica en nuestro territorio, el ganado fue en cambio la mayor fuente de riqueza en el litoral.

Los fundadores de las ciudades trajeron consigo animales de las razas vacuna, yeguariza y ovina, sin contar las demás que posteriormente aparecieron. Estos ganados provenían de la Asunción y del Alto Perú, y pertenecían naturalmente a sus respectivos dueños que los marcaban para acreditar su dominio. Estas

[8] *Ord. de Alcalá*, XXXII.47; *Nov. Rec.*, IX.XVIII.1.
[9] *Recop.*, IV.XIX.1 (1529).
[10] EDBERTO OSCAR ACEVEDO, *Algunas reglamentaciones para Mendoza en el siglo XVIII*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, nº 10, 74-81, Buenos Aires, 1959.

marcas se registraban en el cabildo, y constituían el título de propiedad.

En Buenos Aires, sin embargo, hubo una especie de propiedad colectiva sobre el ganado yeguarizo. Los animales dejados por la expedición de Mendoza se habían multiplicado tan extraordinariamente que al fundarse Buenos Aires en 1580 el cabildo dio a los nuevos pobladores los potros y yeguas cimarrones, atribución que la audiencia de Charcas aprobó en 1587.

Algo análogo ocurrió con los vacunos. La imposibilidad de vigilarlos y encerrarlos —por falta de cercos— hizo que muchos escaparan de los rodeos, y estos animales alzados dieron origen a los *cimarrones* o salvajes, que por supuesto no tenían marca *(orejanos)*. El cabildo reconoció entonces a los estancieros un derechos sobre el ganado vacuno cimarrón, considerándolo cría del doméstico. En 1609 abrió una matrícula para que se inscribieran los hacendados que se consideraban perjudicados, otorgándoles la facultad de realizar expediciones al interior. A estos hacendados se les llamó *accioneros*, y su derecho se trasmitía por herencia. Las famosas *vaquerías*, o expediciones destinadas a cazar ganado cimarrón para sacarles el cuero y el sebo (únicos productos que tenían valor comercial), fueron originadas por este sistema de propiedad colectiva. Cada estanciero tenía una acción para vaquear en las oportunidades que el propio ayuntamiento fijaba, y cuando vendía su campo enajenaba simultáneamente su acción.

La hacienda vacuna se fue extendiendo por la pampa y hasta el sud de Córdoba, de modo que las vaquerías tuvieron que hacerse cada vez a mayor distancia. A principios del siglo XVIII el ganado cimarrón prácticamente había desaparecido de los campos bonaerenses, quedando sólo el doméstico con marca. La última vaquería se realizó en 1718. Pero simultáneamente se utilizó también la hacienda de la Banda Oriental (cuyo territorio dependía de Buenos Aires), contribuyendo así a mantener el fructífero comercio de cueros.

Este producto de la ganadería rioplatense sirvió en gran medida para pagar las importaciones que se realizaban por Buenos Aires. Tanto los buques de registro (ver nº 78) como los navíos extranjeros que ilícitamente llegaban al río de la Plata embarcaban de retorno miles de cueros vacunos que constituían una mercancía muy apreciada en Europa. Para evitar la competencia entre los hacendados, el cabildo bonaerense tomó a su cargo las negociaciones con los dueños de los navíos, a fin de fijar un precio uniforme y conveniente. Esta costumbre fue luego ratificada por una real cédula de 1716.

El desarrollo de la ganadería dio valor a los campos en donde

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

se criaba. Las estancias se organizaron mejor durante el siglo XVIII con el objeto de mantener los rodeos de hacienda doméstica, y la población se fue extendiendo por las campañas. Estas circunstancias crearon, simultáneamente, la necesidad de defender a las estancias contra los malones indígenas, para lo cual se organizaron a mediados del mismo siglo los fuertes y fortines destinados a proteger la "frontera".

75. *El trabajo urbano y rural.* — Ni la legislación ni las ideas imperantes en la época hispánica favorecían las actividades laboriosas de las clases superiores. El trabajo manual era considerado una ocupación desdorosa, que sólo debían realizar los elementos inferiores de la sociedad. Los que ejercían oficios o tenían tiendas con venta al público no podían obtener cargos en los cabildos ni ascender en la escala social. Recién a fines del siglo XVIII se produjo un cambio de criterio a este respecto, cuando Carlos III declaró en 1783 que tales oficios eran honrados y honestos, y no impedían alcanzar la hidalguía (nº 68).

No obstante esas prevenciones, los pobladores blancos de nuestras primitivas ciudades tuvieron que realizar por sí mismos las labores manuales. El cabildo de Buenos Aires informaba al rey en 1598: "aramos y cavamos con nuestras propias manos pasando mucha desnudez y calamidad"[11]. Esto se debió a la escasez de mano de obra indígena y al número muy reducido de la población de origen europeo. Pero con la llegada de nuevos elementos, la importación de esclavos y la sumisión de los indios en el interior fue posible obtener una mayor capacidad laboral que aumentó con el transcurso del tiempo.

Desde su instalación en el Nuevo Mundo los españoles utilizaron voluntaria o compulsivamente a los indios en el trabajo de las minas, en sus haciendas y en el servicio doméstico. Se impuso así una obligación de trabajar que la corona reconoció desde principios del siglo XVI, considerando que éste era el medio más adecuado para evitar la ociosidad de los indígenas y acostumbrarlos a la vida civilizada. Pero los abusos cometidos por los conquistadores, y las consiguientes denuncias de sacerdotes y funcionarios, determinaron la sanción de diversas leyes (ver nº 31) destinadas a suavizar la condición de los naturales y a imponer el buen tratamiento de los indios.

Esa obligación de trabajar se hacía efectiva mediante el reparto de los indios en *encomiendas*. Los naturales así sometidos

[11] *Correspondencia de la ciudad de Buenos Ayres con los reyes de España*, I, 38, Buenos Aires, 1915.

quedaban —como lo estableció Irala en sus ordenanzas de 1556— "obligados a servir a las personas a quien fueren encomendados en sus edificios, labores y reparos, labranzas y crianzas cazas y pesquerías y otras grangerías" (cap. IV, nota 6). Por las mismas ordenanzas los españoles debían tratarlos bien, no imponerles labores excesivas y ocupar solamente a la cuarta parte de sus indios a la vez. Así estos últimos se turnaban (*mita*) y podían, entretanto, cultivar sus propias tierras. La mita en el Tucumán —según las ordenanzas de Gonzalo de Abreu de 1576— fue la décima parte de los indios varones de cada encomienda, pero los españoles podían utilizarlos simultáneamente por mitades en sus pueblos.

Otras ordenanzas se dictaron en el Río de la Plata (por Ramírez de Velazco en 1597 y por Hernandarias en 1598 y 1603), con el objeto de suavizar la condición de los indígenas, de limitar su explotación por los blancos y de cumplir más eficazmente los propósitos cristianos de la conquista. Pero las definitivas —en las dos provincias del Río de la Plata y del Tucumán— fueron las que dictó en 1611 y 1612 el visitador Francisco de Alfaro, encargado de poner en ejecución la real cédula del 24 de noviembre de 1601 (ver nº 31).

Esta última había sido sancionada para eliminar el servicio personal, o sea el trabajo obligatorio y gratuito que los indios prestaban a sus respectivos encomenderos en reemplazo del tributo que le debían. Dicha cédula estableció nuevamente la obligación de trabajar, no sólo para los indios, sino también para todos los "Españoles vagabundos, y ociosos, y los Mestizos, Negros, Mulatos y Zambaygos libres, que no tengan otra ocupación, ni oficio" (nº 31). Todos ellos —indios y castas— debían presentarse en las plazas y lugares públicos de las ciudades, en las oportunidades que señalaran los gobernantes, para que pudieran ser contratados libremente mediante el pago de jornales que esos mismos gobernantes debían fijar. De esta manera, y como norma general para todas las Indias, el servicio personal obligatorio fue reemplazado por un trabajo remunerado, de libre contratación, pero siempre compulsivamente impuesto.

Esta reforma fundamental no alcanzó a ser totalmente establecida por Alfaro en sus *Ordenanzas* de 1611 y 1612. El visitador —teniendo en cuenta la imposibilidad en que se encontraban los indios de pagar el tributo y la costumbre de estas regiones— admitió que los indios del Paraguay que no quisieran pagar el tributo "sirvan, como ellos han dicho, a sus encomenderos" durante

Facultad de Derecho. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

treinta días[12]. Y a los de Salta y Córdoba les permitió servir ciento veinte días en reemplazo del tributo[13].

En lo demás, Alfaro dispuso que sólo los indios varones de 18 a 50 años debían pagar el tributo; que la contratación de los servicios era libre; que la mita debía ser de la duodécima parte de los indios de cada encomienda en el Paraguay, y de la sexta parte en el Tucumán y que las mujeres no debían ser compelidas a trabajar, pero quedaban en libertad de hacerlo voluntariamente. Se prohibían también ciertos trabajos excesivos y se fijaban los salarios correspondientes.

En la gobernación de Chile —que comprendía el corregimiento de Cuyo —se trató de llegar a resultados análogos. El gobernador Francisco Lasso de la Vega dictó en 1635 un reglamento que prohibía el trabajo forzoso, pero autorizaba a los indios a pagar el tributo en servicios y a permanecer voluntariamente en las casas y estancias de los españoles.

Se generalizaron de esta manera, en el Paraguay, en Chile y en el Tucumán, las llamadas "encomiendas de servicio personal", en las cuales los indios sometidos pagaban el tributo trabajando durante un tiempo para su encomendero, y el resto debían contratarse libremente. Al ordenarse nuevamente la supresión de todo servicio personal a principios del siglo XVIII, el Consejo de Indias permitió que continuaran las encomendas de esa naturaleza en las provincias citadas, teniendo en cuenta las condiciones imperantes en ellas.

Por lo demás, el trabajo indígena en nuestro territorio no alcanzó a ser tan penoso ni tan duro como en otras regiones. Dedicado principalmente a las labores rurales, al servicio doméstico y a pequeñas industrias, el indio fue integrándose paulatinamente en la comunidad. Contribuyeron a ello el escaso número de reducciones (que habrían mantenido la segregación inicial), y la progresiva desaparición de las encomiendas. En el siglo XVIII estas últimas casi no existían en el litoral, y en el interior eran siempre de muy escaso número de indios, de manera que frecuentemente éstos vivían en las estancias y en las casas de los españoles. La organización tribal fue desapareciendo en muchas partes, dejando en mayor libertad a los individuos y facilitando también la mezcla de razas.

El aumento progresivo de los mestizos, mulatos y negros libres dio origen a grupos sociales que ya no estaban sometidos a la encomienda y que reemplazaron, a veces con ventaja, el trabajo

[12] Ordenanza 61 para el Río de la Plata (ver cap. VII, nota 2).
[13] Ordenanza 100 para el Tucumán.

de los indios. Aunque se mantuvo siempre para ellos la obligación de emplearse, nunca se dictaron reglas generales para regular las condiciones de trabajo. Pero eventualmente fueron los gobernadores y a veces los cabildos los que fijaron los sueldos y los precios de las cosas manufacturadas.

Los *negros* —esclavos y libres— también proveyeron una mano de obra que fue cada vez más abundante. La creciente importación de africanos dio origen al trabajo servil, prestado compulsivamente, con las escasas limitaciones que se han recordado antes (ver nº 69). Lo mismo ocurrió con los negros manumitidos y con sus descendientes, porque todos ellos se convirtieron en elementos laboriosos, tanto en las casas como en las estancias y aún ejerciendo oficios de distinta naturaleza.

Con todos esos elementos pudo diversificarse la producción. El trabajo ya no se limitó a las faenas agrarias, sino que aparecieron pequeñas industrias, artesanías y labores especializadas, al par que aumentaban la construcción de edificios y las manufacturas. En 1780 el virrey Vértiz ordenó a todos "los Artistas y Oficiales mecánicos" de Buenos Aires que se organizaran en *gremios*, pero sólo se constituyó en 1788 el de los plateros. Los zapateros quisieron formar más tarde una corporación de esa clase, pero el síndico procurador del cabildo, que era entonces Cornelio de Saavedra, se opuso en 1799 a su fundación, afirmando el derecho a la libertad de trabajo y la monstruosidad que significaba necesitar del permiso de las autoridades o de los dirigentes de un gremio para ejercer un oficio. El alegato de Saavedra, inspirando en Jovellanos y sostenido por el cabildo, hizo triunfar el principio individualista que contemporáneamente se afirmaba también en Europa.

El *trabajo rural* estuvo a cargo de toda clase de elementos. Las estancias, dedicadas casi exclusivamente a la ganadería, requerían muy poco personal estable. Pero cuando era necesario realizar los apartes y las yerras, o enviar las tropas a distintos lugares, se contrataban especialmente otros peones. Los trabajos agrícolas se realizaban en las chacras próximas a las ciudades, pero sólo tendían a satisfacer la demanda del mercado interno, sin que faltaran tampoco épocas de escasez. Para favorecer el levantamiento de las cosechas —que obligaban a reunir numerosos brazos— se sancionaron eventualmente disposiciones emanadas de los gobernadores o de los cabildos que tendían a fijar los salarios y las condiciones de trabajo, o imponían compulsivamente la deseada colaboración.

Todas estas medidas, que se adaptaban a las circunstancias y a las necesidades del momento, no tenían por objeto principal

Biblioteca del Giojá. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

proteger a los trabajadores sino fomentar la producción y combatir la ociosidad. Esto último fue un problema permanente. No sólo se impuso teóricamente la obligación de trabajar, sino que también fueron numerosas las disposiciones tomadas contra los "vagos y malentretenidos". La *Recopilación* de 1680 ordenaba que a "los vagabundos españoles" no se les permitiera habitar entre los indios, y que se los obligara a ejercer un oficio bajo pena de ser desterrados de la provincia. Lo mismo disponía con respecto a los mestizos, mulatos y zambos [14]. Estas normas fueron en nuestro territorio de poco efecto, sobre todo en el litoral, en donde la facilidad de la subsistencia en los campos fomentó la aparición de los gauderios o gauchos sin ocupación estable, que con frecuencia vivían al margen de la ley y sin respetar la propiedad ajena (ver nº 68).

76. *La producción y la circulación de bienes.* — Sobre la base de los factores naturales y humanos que existían en nuestro territorio la actividad económica estuvo destinada a producir los bienes necesarios para la subsistencia y, en lo posible, para alimentar un comercio que se fue desarrollando lentamente.

Sin embargo, ni la legislación ni las ideas imperantes entre quienes gobernaban las Indias favorecían la expansión económica. Sólo se fomentaba la explotación minera, destinada a satisfacer la mentalidad mercantilista de la época. Pero en las regiones desprovistas de metales, como ocurría en lo que hoy es la Argentina, el objetivo de la corona era simplemente procurar "el aumento della en sus labranças y crianças", como lo dijo Hernandarias en 1616 [15]. Se impuso así una economía cerrada, sin grandes mercados y sin salida para una producción que excediera la capacidad de consumo interno.

En el litoral prosperó la ganadería, que permitió exportar cueros y enviar mulas al Alto Perú, y en mucho menor medida la agricultura. La yerba del Paraguay fue también cultivada en las Misiones jesuíticas. En las demás regiones prosperó una actividad agraria más diversificada, dentro de la cual sobresalieron el algodón del Tucumán (hasta mediados del siglo XVII) y los vinos y aguardientes de Cuyo. En todas partes los cultivos abastecían las necesidades muy reducidas de una población escasa. En cuanto a las industrias, éstas se limitaron siempre a la fabricación de artículos manufacturados que utilizaban el algodón, la

[14] *Recop.*, VII.iv.1 y 2.
[15] Carta al rey del 25 de mayo de 1616, en *Revista de la Biblioteca Nacional*, II, 15, Buenos Aires, 1938.

Biblioteca del Giga. UBA
Uso académico

lana, el cuero, el trigo, las maderas y la plata. A fines del siglo XVIII se trató de fomentar la exportación de carnes saladas, pero sólo en la Banda Oriental hubo saladeros durante la época que nos ocupa.

Esta actividad agraria y manufacturera era libremente ejercida. Ninguna norma restringía la facultad de elegir un oficio ni el deseo de producir bienes. No había monopolios del Estado (excepto el estanco del tabaco que se implantó en la época del virreinato), y los pocos gremios que existieron no alcanzaron a trabar las libertades de trabajo y producción. Pero estas últimas, sin embargo, sufrieron limitaciones importantes derivadas de la constante escasez de mano de obra, de la pequeñez del mercado consumidor, de la imposibilidad o prohibición de exportar, de la fijación eventual de precios a algunos artículos, de ciertas trabas a la libre circulación de bienes y de los impuestos que gravaban el tránsito y el comercio.

Es que, en la realidad de los hechos, a pesar de que todos podían trabajar y de que la naturaleza era pródiga, no era posible ampliar la producción porque ésta rara vez podía exportarse. Este fue el caso de la ropa de algodón del Tucumán hasta mediados del siglo XVII, de los vinos y aguardientes de Cuyo, de la yerba mate del Paraguay y las Misiones, de las mulas criadas en el litoral que se enviaban al Alto Perú, y de los cueros rioplatenses destinados a los mercados europeos. Fuera de estos ramos de comercio —y de otros menos importantes aún— los demás productos eran de consumo local y por lo tanto de limitadas posibilidades.

Si el Estado no intervenía en la producción, lo hacía en cambio con frecuencia en el comercio, con el objeto de proteger a los consumidores. Tanto los cabildos como los gobernadores y sus tenientes podían fijar los precios de los productos para evitar abusos, o tomar medidas para asegurar el abastecimiento normal. Las ordenanzas del virrey Toledo, sancionadas para la ciudad del Cuzco en 1572, fueron adoptadas en 1610 por los cabildos de Buenos Aires y de Córdoba, y posiblemente en otras ciudades. En ellas se facultaba a los fieles ejecutores (cargo que turnaba entre los regidores cada dos o cuatro meses), para poner aranceles a "todas las cosas de comer" y controlar la exactitud de los pesos y medidas usados por los comerciantes al menudeo, autorizándolos además para actuar sumariamente y aplicar penas a los infractores. En cuanto a los "oficios mecánicos", las mismas ordenanzas establecían que el cabildo debía "tasar los precios" de sus manu-

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

facturas [16]. Estas atribuciones fueron ejercidas con frecuencia. También, y siempre con el propósito de proteger el consumo normal a precios razonables, solían tomarse otras medidas, como rematar el monopolio del abastecimiento de carne o prohibir la salida de ciertos artículos en épocas de escasez.

Estas disposiciones a veces trababan la libre circulación de bienes. Idéntico efecto tuvieron otras normas que se referían más especialmente al comercio interior, y que serán recordadas en el nº 79, como la aduana de Córdoba, el "puerto preciso" de Santa Fe y los impuestos al tránsito de mercaderías.

77. *La moneda.* — El intercambio de productos requiere un instrumento adecuado que cumpla las funciones de intermediario y de medida de los valores. Tal es la moneda, que desde la antigüedad era siempre metálica.

Sin embargo, la ausencia de minas en nuestro territorio y la pobreza de sus habitantes en la época de la conquista obligaron a utilizar como moneda, a falta de las verdaderas, a otras especies cuyo valor se fijaba por las autoridades. Este sistema comenzó en el Paraguay con una ordenanza dictada por Domingo Martínez de Irala y los oficiales reales en 1541 [17]. En su famosa visita, Francisco de Alfaro estableció los valores de las especies monetizadas (o moneda de la tierra) que los indios debían utilizar para abonar el tributo. He aquí algunos ejemplos: una fanega de maíz, un peso; una gallina, dos reales; una vara de lienzo de algodón, un peso. Esta última fue la unidad monetaria más corriente. Todavía en 1670 se vendieron en la ciudad de Corrientes seis cargos de regidores a razón de "doscientos pesos en otras tantas varas de lienzo de algodón de ley".

Pero el creciente intercambio del Tucumán con el Alto Perú y el comercio que realizaba Buenos Aires hicieron llegar a estos distritos las monedas de plata acuñadas en Potosí, que desde fines del siglo XVI se utilizaron en las transacciones y también en pago de las mercaderías que se importaban del exterior.

El sistema monetario español era bimetalista, con relación legal entre el oro y la plata. Esta relación fue variando por sucesivas reformas, y pasó de 1 peso oro = 10.60 pesos plata en 1537 a 1 = 16 en 1750. Las principales monedas de oro fueron la onza (equivalente a 17,08 pesos oro argentinos) y el escudo, que era

16 COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *Gobernantes del Perú*, VIII, 36 y sig., Madrid, 1925.

17 Ordenanza del 3 de octubre de 1541, en R. DE LAFUENTE MACHAIN, *El gobernador Domingo Martínez de Irala*, 415, Buenos Aires, 1939.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

un octavo de onza. Las monedas de plata eran el real y el peso, que contenía ocho reales. El peso valía, por lo tanto, en los siglos XVII y XVIII, algo más que el peso oro argentino creado en 1881.

La acuñación de moneda en Potosí adoleció de serias fallas desde principios del siglo XVII, pues se daba a las piezas menor ley que la debida. Existieron así dos clases de moneda de plata: el peso fuerte y el peso corriente o sencillo, también llamado macuquino, que sufría una depreciación con respecto al primero. No obstante, la falta de numerario (pues los pesos fuertes eran generalmente exportados) hizo que esa moneda inferior continuara circulando.

Hubo numerosas disposiciones destinadas a impedir el paso de moneda de una provincia a otra, o su exportación al exterior. El gobernador del Río de la Plata prohibió en 1599 la extracción de oro y plata por Buenos Aires, y las autoridades de la península reiteraron muchas veces esa orden sin lograr que se cumpliera. Para impedir ese hecho —que fomentaba el contrabando— se instaló la aduana de Córdoba destinada a evitar la llegada al litoral de la moneda y la plata de Potosí; pero ni ese organismo ni su traslado posterior a Jujuy consiguieron paralizar el comercio legal o clandestino (ver nº 79).

78. *El comercio exterior rioplatense.* — La política mercantilista de España, que ya hemos recordado en el nº 27, tuvo amplia aplicación en sus relaciones con las Indias. Aun cuando no fue adoptada de inmediato, desde mediados del siglo XVI se impuso el monopolio del tráfico, el registro de pasajeros y mercaderías en la Casa de la Contratación, la prohibición de que los extranjeros pasaran al Nuevo Mundo o comerciaran en él, y un régimen de rigurosa fiscalización en todos los aspectos de esas relaciones. Esta política derivaba en parte de la idea de que España debía ser la única nación que aprovechara las riquezas de las Indias, y en parte de la necesidad de impedir que al amparo de la libertad mercantil se perjudicaran los fines religiosos de la empresa hispánica. Para asegurar todo ello y evitar al mismo tiempo el peligro de los corsarios que ya entonces perturbaban la navegación, en 1561 se organizó el sistema de las flotas y galeones (ver nº 72).

La fundación de Buenos Aires, en 1580, se hizo con el propósito de abrir "puertas a la tierra" —según la expresión de Garay— y de establecer así una salida que permitiera a las regiones vecinas evitar el largo trayecto del Pacífico y de las flotas. En cuanto pudo hacerlo, Buenos Aires inició un exiguo e irregular tráfico con España y con el Brasil (Portugal estaba entonces unido a la corona española), que le permitió abastecerse de cosas

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

indispensables. Pero de inmediato el rey prohibió que este puerto fuera utilizado para las importaciones [18] y las exportaciones [19], sobre todo del metálico altoperuano que ya empezaba a llegar en pago de las mercaderías introducidas. Se permitió, sin embargo, traer 600 esclavos por año al asentista Pedro Gómez Reynel.

Era tal la pobreza, sin embargo, que ante reiteradas peticiones de Buenos Aires el rey concedió un permiso temporario para comerciar con el Brasil. La real cédula de agosto 20 de 1602 autorizó a exportar durante seis años hasta 2000 fanegas de harina, 500 quintales de cecina (charque) y 500 arrobas de sebo, y con su producido importar otras mercaderías [20]. Estas "permisiones", como se las llamó en su tiempo, fueron varias veces prorrogadas hasta que caducaron en 1618.

Esa libertad de comercio limitada dio origen a grandes abusos que convirtieron a Buenos Aires en un emporio mercantil que llevaba su tráfico hasta el Alto Perú. Las denuncias de las autoridades y las protestas del comercio limeño (que veía disminuir sus ganancias en la medida en que el mercado altoperuano era surtido desde Buenos Aires), obligaron a crear un nuevo sistema. La real cédula de septiembre 8 de 1618 autorizó a los vecinos de las ciudades del Paraguay y del Río de la Plata a fletar anualmente dos barcos de menos de cien toneladas, vender los productos locales en el Brasil, adquirir allí otros para llevarlos a Sevilla y traer de retorno las mercaderías necesarias [21]. Al mismo tiempo se ordenaba establecer en Córdoba una aduana encargada de cobrar 50 % de derechos, sobre los que ya se hubieran pagado en Sevilla y Buenos Aires, a todas las mercaderías importadas que se llevaran hacia el norte. Por real cédula de febrero 7 de 1622 volvió a disponerse la instalación de la aduana, reiterándose asimismo las normas que prohibían la extracción de oro y plata [22].

El sistema de los navíos anuales de Buenos Aires a Sevilla nunca fue utilizado. En cambio comenzaron a llegar al Plata los *buques de registro* —o de permiso, como también se llamaron— fletados en España con autorización especial del rey. Cada dos, tres y a veces más años se despachaba un barco de Sevilla (aprovechando el viaje de un nuevo gobernador u otra ocasión semejante), trayendo mercaderías que eran pagadas con cueros y otros productos de la tierra. En la segunda mitad del siglo XVII y principios del XVIII vinieron, también con largos intervalos, dos y hasta tres navíos juntos. Pero los abusos cometidos con esta forma de comercio y mediante el contrabando fueron tales que el rey ordenó fundar una audiencia en Buenos Aires para vigilar el tráfico ilícito (ver nº 51).

No dio resultado esta medida, y por el contrario el comercio ilegal volvió a resurgir al decretarse la supresión de la audiencia. Navíos holandeses e ingleses venían al río de la Plata y desembarcaban sus cargamentos en playas despobladas, o simulando arribadas forzosas conseguían permiso de las autoridades para vender sus efectos. La fundación de la Colonia del Sacramento facilitó esas operaciones, al poner frente a Buenos Aires un almacén desde el cual se dominaba el vasto litoral sin vigilancia. Este tráfico aumentó en el siglo XVIII, al amparo de los asientos negreros concedidos a los franceses y a los ingleses.

Los borbones cambiaron esa política restrictiva. Organizaron mejor e hicieron más frecuentes los viajes de los navíos de registro y —ya en la segunda mitad del siglo— habilitaron nueve puertos en España y otros en América para el tráfico ultramarino (1765). Esto significaba quebrar el monopolio del comercio y la vigilancia exclusiva de la Casa de la Contratación, ya entonces trasladada a Cádiz; pero la franquicia no se extendió a Buenos Aires hasta el 2 de febrero de 1778.

El 12 de octubre de 1778 fue sancionado el *Reglamento y Aranceles Reales para el comercio libre de España a Indias* [23]. Este importante cuerpo legal autorizaba un tráfico libre entre los puertos de España y los de América, siempre que se hiciera en navíos pertenecientes a los súbditos de la corona, de fabricación nacional, cuyos oficiales y los dos tercios de la tripulación fueran españoles europeos o americanos. Las mercaderías nacionales pagarían 3 % de derechos al salir de España, y las extranjeras 7 %.

Estas franquicias fueron ampliadas posteriormente, como consecuencia de las guerras internacionales que paralizaban la navegación española. En noviembre 24 de 1791 se concedió a nacionales y extranjeros la facultad de introducir libremente negros [24]. En marzo 4 de 1795 se autorizó a enviar desde Buenos Aires a colonias extranjeras, en buques nacionales, los frutos y productos

[18] Real cédula de enero 28 de 1594, en *Cedulario Indiano*, recopilado por DIEGO DE ENCINAS, I, 285, Madrid, 1945.
[19] Real Cédula de diciembre 16 de 1599, en BIBLIOTECA NACIONAL, *Copias del Archivo de Indias*, MS nº 3454,3 y 3454,4. Ver también id., n º3463 a 3465.
[20] ARCHIVO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Epoca colonial, Reales cédulas y provisiones*, 52, Buenos Aires, 1911.
[21] Id., 116.
[22] *Recop.*, VIII.xiv.2.

[23] *Documentos para la historia argentina*, VI, 1-132, Buenos Aires, 1915.
[24] Id., VII, 4.
[25] Id., VII, 89.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

locales [25]. El 18 de noviembre de 1797 —y por el término de dos años— se permitió el comercio desde puertos neutrales [26].

La evolución hacia la completa libertad de comercio se completó, impulsada por otras circunstancias, al término de la dominación española. Las invasiones inglesas significaron también una avalancha de productos británicos que cubrieron el mercado rioplatense, eliminando en la práctica al comercio español. Fue tal la presión de esos intereses, agravada por la penuria del erario, que el virrey Cisneros decidió consultar al Cabildo y al Consulado acerca de la conviniencia de admitir un tráfico hasta entonces prohibido. Obtenido el consentimiento de esos cuerpos el virrey, asesorado por una junta de autoridades y comerciantes, resolvió el 6 de noviembre de 1809 admitir "á qualquiera Buque amigo, neutral ó nacional procedentes de Puertos Extrangeros con cargamentos de Efectos y frutos de igual propiedad y prosedencia" [27]. Antes de que se llegara a este resultado —que abría definitivamente el puerto de Buenos Aires a todas las banderas no enemigas— se había presentado en el mismo expediente la famosa *Representación de los Hacendados*, redactada por Mariano Moreno, que exponía los fundamentos doctrinarios del librecambio.

79. *El comercio interior.* — La fundación de las ciudades de tránsito permitió —a fines del siglo XVI— ir descubriendo los caminos que unían al litoral con Tucumán y Cuyo. Así comenzó un pequeño intercambio entre unas regiones y otras, ampliado también hasta el gran mercado del Alto Perú.

Sin embargo, el contrabando bonaerense determinó el establecimiento de la aduana de Córdoba (1623), que tenía por objeto gravar las mercaderías importadas que fueran conducidas al norte, a fin de no perjudicar al comercio de Lima y de las flotas y galeones. Este recurso no dio los resultados pretendidos, porque los mercaderes utilizaban otros caminos. Tratando de evitar que prescindieran de la aduana, el rey los autorizó en 1661 a sacar en moneda de plata la mitad del valor de las mercaderías que hubieran llevado al Perú [28]. Pero tampoco cesaron con ello las dificultades. La audiencia de Charcas, en acuerdo de marzo 23 de 1676, dispuso que la internación de productos importados no pasara de las ciudades de Salta y Jujuy [29], vedando así el mercado altoperuano. Aprobada esta medida por el rey, éste prohibió además a los comerciantes del Perú que enviaran sus efectos a las provincias del Tucumán, Paraguay y Río de la Plata [30]. Y en 1696 (noviembre 26) se ordenó trasladar la aduana de Córdoba a la ciudad de Jujuy.

Estas medidas creaban una región económica cerrada, compuesta por esas tres provincias, que no podían mandar al Perú, ni recibir de él, mercaderías europeas. Era el resultado de los esfuerzos realizados por el comercio de Lima desde principios del siglo XVII, para impedir que por la vía de Buenos Aires se surtieran los mercados del Alto Perú, manteniendo así el monopolio de las flotas y galeones.

Pero esta lucha de intereses entre Lima y Buenos Aires iba a definirse en favor de esta última. En varias oportunidades los navíos de registro fueron autorizados a llegar al codiciado centro consumidor del Alto Perú, y en 1776 —casi coincidiendo con la creación del virreinato— el rey derogó todas las prohibiciones que impedían el comercio recíproco entre el Plata y aquellas regiones [31].

Inmediatamente después de inaugurado el nuevo virreinato don Pedro de Cevallos decretó la libertad de conducir al Perú y a Chile toda clase de mercaderías, y la facultad de traer de retorno oro y plata [32]. Esta franqueza, decía el auto de Cevallos, "es de derecho natural". La resolución del virrey significaba suprimir la aduana de Jujuy, dando al comercio bonaerense un mercado mucho mayor que el que hasta entonces había tenido legalmente. A partir de esa fecha, por lo tanto, desaparecieron las restricciones que entorpecían el comercio interior.

El tráfico interprovincial estaba también sometido a impuestos y sisas que se cobraban al pasar o al venderse los productos en distintas ciudades. La más importante de estas limitaciones a la libertad mercantil, y la que mayores protestas originó, fue el establecimiento de Santa Fe como "puerto preciso" para todas las embarcaciones que bajaban del norte. La real cédula de agosto 18 de 1726 creó ciertos gravámenes a la yerba y a otros productos del Paraguay, destinados a costear la defensa de aquella ciudad contra los indios. La audiencia de Charcas, para facilitar la cobranza de esos arbitrios, dispuso que todos los barcos que vinieran del norte descargaran en Santa Fe. La exigencia del puerto preciso quedó suprimida en 1780.

26 Id., VII, 134.
27 Id., VII, 384.
28 Real cédula de noviembre 19 de 1661, en id., V, 317.
29 Id., V, 319.
30 Id., V, 320: real cédula del 23 de abril de 1689.
31 Id., V, 373: real cédula del 10 de julio de 1776.
32 Auto del 6 de noviembre de 1777, en *Documentos para la historia del virreinato del Río de la Plata*, III, 41, Buenos Aires, 1913.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

La gradual apertura del puerto de Buenos Aires al comercio internacional, y la posibilidad de enviar a todas partes las mercaderías importadas, tuvieron un efecto perjudicial para los productos locales, que muchas veces no podían competir con sus similares europeos. El libre cambio resultó así contrario a los intereses del interior, consecuencia que ya era advertida por algunos economistas al final de la dominación española.

80. *El Consulado de Buenos Aires y el derecho mercantil.* — Las relaciones entre comerciantes habían quedado, desde la Edad Media, sometidas a normas privadas que fueron creando un nuevo derecho consuetudinario, adecuado a las particularidades cambiantes del comercio. Para regular esas relaciones se fundaron Consulados en los principales puertos y en las ciudades de mayor desarrollo mercantil: durante los últimos siglos de la Edad Media los de Barcelona, Valencia y Mallorca, y a principios de la Moderna los de Burgos, Bilbao, Sevilla, etc. Estos consulados dictaban a veces normas relativas al comercio, y eran al mismo tiempo tribunales de justicia encargados de dirimir los pleitos mercantiles. Aquellas reglas fueron reunidas en el *Llibre del Consolat de Mar* (ver nº 17), y en las Ordenanzas de Burgos (1538), de Sevilla (1556) y de Bilbao (1560). Tomando como fuente ese derecho, y las ordenanzas francesas relativas al comercio (1673) y a la marina (1681) —sancionadas ambas por Luis XIV— se redactaron las nuevas *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble y Muy Leal Villa de Bilbao*— conocidas simplemente como Ordenanzas de Bilbao— que el Consejo de Castilla aprobó en 1737 [33].

Estas ordenanzas, que constituyen un verdadero código de comercio, regulan la organización y funcionamiento del Consulado, las personas del comercio, los contratos mercantiles (incluyendo el de sociedad o compañía y las letras de cambio), las quiebras y el derecho marítimo.

A imitación de los de España, se establecieron en América los consulados de México (1594) y Lima (1613). En las ordenanzas sancionadas por el rey el 30 de marzo de 1627 —e incorporadas luego a la *Recopilación* de 1680— se incluían normas de derecho comercial que debían aplicarse con preferencia. A falta de reglas expresas se disponía la vigencia de las ordenanzas de Burgos y de Sevilla [34].

El consulado de Lima no tuvo originariamente jurisdicción

33 Publicadas en *Los códigos españoles*, tomo XII.
34 *Recop.*, IX.xlvi.28 y 75.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

sobre el territorio argentino. Los pleitos mercantiles competían a los alcaldes del cabildo o al gobernador según los casos. Sin embargo, a mediados del siglo XVIII hubo en varias ciudades diputados de aquel organismo, que entendían en los asuntos de ese fuero, provocando a menudo conflictos con otras magistraturas y las protestas consiguientes.

El auge del comercio bonaerense determinó las gestiones encaminadas a la fundación de un tribunal análogo en el Plata. El rey Carlos IV así lo decidió, sancionando el 30 de enero de 1794 la *Real Cédula de erección del Consulado de Buenos Ayres* [35]. Mediante ella se organizaba un cuerpo que iba a ser a la vez tribunal de comercio y junta encargada de fomentar las actividades económicas. Se componía de un prior, dos cónsules, nueve conciliarios y un síndico con sus respectivos tenientes, además de secretario, contador y tesorero. El nuevo consulado quedó instalado el 28 de mayo de 1794.

Cada año debía reunirse una Junta General de Comercio, a la que podían asistir todos los comerciantes vecinos de Buenos Aires o Montevideo. Entre ellos se sorteaban cuatro, que proponían un candidato para cada oficio, y volvía a realizarse un sorteo entre los propuestos, resultando electo el primero insaculado. Los miembros del organismo se renovaban por mitades anualmente y debían ser "prácticos é inteligentes en las materias de comercio". Pero en 1797 se dispuso que el consulado se compusiera en lo sucesivo de igual número de comerciantes y de hacendados, alternando en los cargos de prior y síndico [36].

El tribunal de justicia se componía del prior y los dos cónsules, los cuales debían "proceder siempre á estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada", sin intervención de letrados. Cuando el pleito pasaba de mil pesos, la sentencia era apelable ante otro tribunal formado por un oidor de la audiencia y dos comerciantes elegidos por él entre los que le propusieran las partes. En la resolución de los pleitos debían aplicarse: 1º las leyes expedidas después de 1794; 2º las normas contenidas en la real cédula de erección del Consulado; 3º las Ordenanzas de Bilbao; 4º las leyes de Indias; y 5º las de Castilla conforme al orden de prelación vigente. De esta manera se puso en vigor, para nuestro territorio, el derecho mercantil más moderno reunido en las ordenanzas de Bilbao.

Tanto el prior como los cónsules y los nueve conciliarios formaban una Junta encargada de procurar el fomento del comercio

35 Publicada en *Documentos para la historia argentina*, cit., VII, 47-75.
36 Id., VII, 127.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

y el desarrollo de la agricultura y de la industria, con facultades para proponer medidas de gobierno y nuevas normas a las autoridades. El secretario —que fue Manuel Belgrano— debía redactar anualmente una memoria sobre alguno de los fines del organismo.

El consulado tuvo jurisdicción sobre todo el territorio del virreinato, para lo cual nombraba diputados en los lugares de mayor comercio para actuar —acompañados de dos comerciantes del lugar— en los litigios locales.

BIBLIOGRAFIA

Obras fundamentales sobre estas cuestiones (aunque por lo general atienden más al aspecto económico que al jurídico), son las siguientes: *Historia de la Nación Argentina* (publicada por la ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, vol. IV, 1ª sección, Buenos Aires, 1938; RICARDO LEVENE, *Investigaciones acerca de la historia económica del virreinato del Plata*, 3ª ed. ,en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Obras de Ricardo Levene*, II, Buenos Aires, 1962; EMILIO A. CONI, *Historia de las vaquerías del Río de la Plata, 1555-1750*, 2ª ed., Buenos Aires, 1956; *Historia de la provincia de Buenos Aires y formación de sus pueblos* (dirigida por RICARDO LEVENE, I, 33-105, La Plata, 1940; HORACIO C. E. GIBERTI, *Historia económica de la ganadería argentina*, Buenos Aires, 1954; ALICE P. CANABRAVA, *O comércio português no Rio da Prata, 1580-1640* (FACULTADE DE FILOSOFÍA, CIENCIAS E LETRAS, *Boletim* XXXV), São Paulo, 1944; RAÚL A. MOLINA, *Una historia desconocida sobre los navíos de registro arribados a Buenos Aires en el siglo XVII*, en *Historia*, nº 16, Buenos Aires, 1959; id., *Una historia inédita de los primeros ochenta años de Buenos Aires*, en *Revista de Historia de América*, nº 52, México, 1961; GERMÁN O. E. TJARKS, *El consulado de Buenos Aires y sus proyecciones en la historia del Río de la Plata*, 2 vols., Buenos Aires, 1962; J. C. GUILLAMONDEGUI, *La justicia consular en Buenos Aires, 1794-1810*, en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, XXXIII, 2ª secc., Buenos Aires, 1962; GUILLERMO CÉSPEDES DEL CASTILLO, *Lima y Buenos Aires, Repercusiones económicas y políticas de la creación del virreinato del Plata*, en *Anuario de Estudios Americanos*, III, Sevilla, 1946; y RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Orígenes del comercio rioplatense, 1580-1620*, en SOCIEDAD DE HISTORIA ARGENTINA, *Anuario 1943-45*, Buenos Aires, 1947.

Sobre el comercio y los problemas económicos de las Indias en general: C. H. HARING, *El comercio y la navegación entre España y las Indias en época de los Habsburgos*, París, 1939 (ed. de la ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, de Venezuela), y la bibliografía que cita el mismo HARING, *El imperio hispánico en América*, 373-378, Buenos Aires, 1966.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

CAPÍTULO NOVENO

LAS FUENTES DEL DERECHO INDIANO

81. *El sistema jurídico indiano.* — La falta de un derecho aceptable en el Nuevo Mundo obligó a España a adoptar la legislación castellana como base para resolver los problemas que iban surgiendo con el descubrimiento y la conquista. Muy pocas costumbres indígenas fueron mantenidas, porque en general chocaban con los sentimientos cristianos y con el deseo de implantar la civilización europea en estas comarcas. Pero como además se fueron presentando numerosas situaciones que no estaban previstas en las leyes castellanas, o que éstas no resolvían adecuadamente, fue necesario ir sancionando nuevas disposiciones destinadas, sobre todo, a organizar el gobierno espiritual y temporal, la justicia, las finanzas, las relaciones humanas y mercantiles entre España y las Indias, la condición de los naturales y otros problemas similares. Además, las propias autoridades instaladas en América dictaron normas jurídicas par resolver cuestiones locales. Y por último aparecieron, a la par de las costumbres indígenas, nuevas costumbres creadas por los españoles y los mismos indios, que completaron esa frondosa y poco sistemática organización jurídica.

Todo ese derecho se conoce comunmente bajo el nombre de derecho indiano, porque fue el que rigió en las Indias durante los tres siglos de la dominación española, y aun posteriormente, pero en rigor sería más exacto reservar esa denominación para las normas sancionadas especialmente para el Nuevo Mundo. Desde este punto de vista pueden entonces distinguirse los derechos indiano, castellano e indígena. Pero la unión y vigencia simultáneas de estos tres conjuntos de normas obliga a estudiarlos al mismo tiempo, como lo hemos hecho en los capítulos anteriores, porque solamente así forman un sistema jurídico completo.

Conviene sin embargo, antes de analizar más detenidamente las características de ese sistema, y sus fuentes respectivas, recor-

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

dar el contenido de cada una de esas partes señalando también su correspondiente aplicación.

a) *El derecho castellano* era, no solo el que imperaba en Castilla en el momento de la conquista, sino también el que se fue sancionando posteriormente para ese reino. Pero solo una parte de ese sistema se aplicaba en las Indias. En términos muy generales puede decirse que en lo fundamental regían las normas de derecho privado (civil y comercial), penal y procesal, que no hubieran sido reemplazadas por otras especialmente destinadas a las Indias. En cambio, las normas castellanas de derecho público tuvieron un campo mucho más reducido de aplicación, porque las leyes indianas abarcaron principalmente este aspecto del derecho.

El derecho castellano solo tenía vigencia supletoria en Indias, es decir, que no se aplicaba si había disposiciones especiales para el Nuevo Mundo [1]. Para darle vigor en América era preciso que las leyes castellanas que se iban sancionando pasaran y fueran aprobadas por el Consejo de Indias. Así se resolvió en 1614 [2], en razón de que no todas las disposiciones tomadas para la península resultaban convenientes en América.

b) *El derecho indiano* propiamente dicho se componía: 1º de las normas sancionadas en España para regular el funcionamiento de los órganos gubernativos indianos allí existentes; 2º de las leyes expedidas en España para resolver los problemas de la América hispánica y de Filipinas; 3º de las leyes y costumbres establecidas en las Indias; y 4º de las interpretaciones de todas esas leyes hechas por los tribunales superiores (Consejo de Indias y audiencias).

Este derecho indiano no abarcaba, como ya dijimos, todas las ramas del sistema jurídico. Se iban sancionando nuevas normas cuando los problemas planteados no podían resolverse mediante la aplicación del derecho castellano, o cuando la especialidad de esos problemas obligaba a dictar reglas diferentes. El principio fundamental que gobernaba esta nueva legislación era el de que, por ser de una misma corona los reinos de Castilla e Indias, el derecho y el gobierno de ambos debían "ser lo más semejantes y conforme que ser pueda", siempre que lo permitiera "la diversidad

[1] *Recop.*, II.i.2 (1530).
[2] *Recop.*, II.i.39 y 40 (1614 y 1626). Más tarde, en 1716, el rey dispuso que solo pasaran por la Secretaría de Indias.

y diferencia de las tierras y naciones" [3]. Pero esa diversidad era tan grande, y los problemas tan novedosos, que fue necesario ir dictando una legislación abundantísima para resolverlos.

El contenido de este derecho se limitaba, sin embargo, al derecho público eclesiástico (organización de la Iglesia, real patronato, evangelización de los indios, etc.), al gobierno político de las Indias, a su régimen administrativo, judicial, militar y financiero, a la condición de los indios, al ingreso de personas y a la regulación de las actividades económicas. Son relativamente pocas, dentro de ese inmenso conjunto, las normas que se refieren a aspectos del derecho privado y del penal.

Como más adelante veremos, ese derecho indiano emanaba de múltiples autoridades e incluso era a veces consuetudinario. Si bien el rey era el supremo legislador (ver nº 22), la función legislativa era ejercida previo asesoramiento de juntas especiales o de los Consejos permanentes, o era delegada por aquél en favor de las autoridades locales, en razón de su conocimiento más directo y preciso de los problemas y de la forma de resolverlos.

c) *El derecho indígena* era el que regía en las Indias desde antes de la conquista española. Era esencialmente no escrito, y se componía de las órdenes emanadas de las diversas autoridades y de las costumbres existentes. No todo este derecho fue rechazado por los españoles. Por el contrario —siguiendo los precedentes de las grandes naciones conquistadoras— éstos quisieron amoldarse en lo posible a las formas de vida y a las costumbres de los aborígenes. Pero no siempre fue posible mantener ese derecho primitivo, porque sus modalidades chocaban con frecuencia con los preceptos cristianos y con la necesidad de imponer una disciplina social que fuera incorporando a los indígenas a la vida civilizada. De ahí que se tratara desde el principio de destruir las costumbres contrarias a los fines de la empresa indiana. Solo subsistieron, por lo tanto, aquéllas que no lo fueran: el cacicazgo, la propiedad colectiva de la tierra, la mita, etc. Y aun debe hacerse una observación más: este derecho indígena fue —en la medida en que tuvo vigencia— incorporado expresamente a la legislación de Indias, convirtiéndose así en derecho indiano. Y en esta forma se aplicó a veces entre pueblos y tribus que no lo habían conocido antes de la llegada de los españoles.

[3] *Recop.*, II.ii.13 (1571).

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Dentro de ese conjunto heterogéneo de leyes y costumbres fue necesario establecer un orden. Podían existir normas contradictorias y era preciso determinar su respectiva primacía. El problema se resolvió imitando la solución adoptada desde antiguo en España misma (ver nº 17), y dando preferencia a las leyes sancionadas especialmente para las Indias.

El orden de prelación de las leyes era el siguiente: cuando las autoridades o los jueces debían resolver un problema o un pleito, debían buscar la norma aplicable, 1º en el derecho indiano propiamente dicho (que en estos aspectos comprendía también el derecho indígena aceptado), prefiriendo la ley más reciente a la más antigua; 2º en las leyes de Castilla (y sus interpretaciones auténticas) sancionadas por los reyes y generalmente reunidas en la *Nueva Recopilación* (1567) y luego en la *Novísima Recopilación* (1805), o las demás que se iban sancionando y que hubieran pasado por el Consejo de Indias (o por la Secretaría de Indias a partir de 1716); 3º en el *Fuero Real* y en el *Fuero Juzgo,* únicos susceptibles de regir en el Nuevo Mundo, porque los demás fueros eran exclusivamente locales; y 4º en las *Partidas* de Alfonso el Sabio [4].

El código de las *Siete Partidas,* si bien figuraba en último término en el orden de prelación de las leyes, tuvo gran importancia y aplicación en la práctica, porque constituía un sistema orgánico que los juristas manejaban con preferencia a las demás recopilaciones, y porque resolvía los problemas de derecho privado y penal acerca de los cuales era relativamente escasa la legislación emanada de los reyes.

En materia comercial hubo otro orden de prelación legal que ya hemos señalado: ver nº 80.

82. *Las leyes sancionadas en España.* — La función legislativa, tan abundantemente utilizada para resolver los problemas indianos, era ejercida por los reyes con el asesoramiento de los diversos organismos que ya se han mencionado (nº 39). El más importante de todos ellos era el Consejo de Indias, desde su fundación en 1524 hasta que en 1714 la iniciativa de las leyes pasó a manos de los Secretarios del Despacho.

Se llamaban genéricamente *leyes* (en sentido material o substancial) todas las disposiciones escritas emanadas de los organismos competentes. Solía también hacerse la distinción entre el derecho *general* o común de Castilla, y las leyes *municipales* o particulares de las Indias, porque estas últimas —de igual modo que los fueros— solo tenían vigencia local y aquéllas regían en ambos reinos.

[4] *Recop.,* II.i.1 y 2.

Desde un punto de vista más técnico el vocabulario de la época distinguía muy diversas clases de normas jurídicas. *Leyes* en sentido estricto eran las disposiciones sancionadas a propuesta o con el acuerdo de las Cortes del reino, las cuales tenían siempre alcance general y gran autoridad. Muy poca importancia tuvieron en la formación del derecho propiamente indiano, y aún en Castilla las Cortes entraron en decadencia durante el siglo XVI. En su reemplazo los reyes dictaron *pragmáticas sanciones,* que versaron también sobre materias muy generales y tuvieron la misma autoridad que las leyes. De esta clase fueron las que incorporaron los reinos de las Indias a Castilla (1520), las *Nuevas Leyes* de 1542 y la que ordenó expulsar a los jesuitas (1767).

Las demás disposiciones del monarca derivaban del ejercicio normal de su autoridad legislativa, y se distinguían entre sí por su contenido y por su forma. Cuando eran de carácter muy general (aunque no necesariamente destinadas a todas las provincias), y sobre materias importantes, se llamaban *ordenanzas.* Estas reglamentaban, por lo común, una institución en forma más o menos completa. Así por ejemplo las ordenanzas de poblaciones, del Consejo de Indias, de intendentes, etc. Las *instrucciones,* en cambio, estaban destinadas casi siempre a un funcionario o a un organismo, y tenían por objeto señalar las normas que debían aplicar. Otras disposiciones emanadas de los reyes eran los nombramientos o *títulos,* las *mercedes* (de tierras, de oficios, etc.), los *privilegios,* las *declaraciones* (destinadas a interpretar o modificar normas anteriores), las *sobrecartas,* mediante las cuales el rey insistía en imponer resoluciones suplicadas, etc.

Por su forma de promulgación se distinguían las *provisiones reales,* las *reales cédulas* y las *cartas reales.* Las primeras iban encabezadas con el nombre del monarca precedido del "don" (Don Carlos, Don Felipe, etc.), y seguido de todos sus títulos. Luego se indicaba a quien o quienes se dirigía, se exponían los motivos de la medida, la decisión tomada, la fecha y la firma ("Yo el Rey"). También podían expedir provisiones reales, con el nombre y los títulos del monarca pero con las firmas de sus miembros, tanto el Consejo le Indias como los virreyes y las

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

audiencias. El Consejo solo lo hacía en asuntos de justicia. Las reales cédulas, que eran las más frecuentes, solo tenían como encabezamiento la fórmula "El Rey", sin su nombre ni sus títulos. Las cartas reales, por último, asumían una forma epistolar mediante la cual los reyes contestaban las consultas hechas por las autoridades y a veces les indicaban la resolución tomada.

Durante el siglo XVIII aparecen los *reales decretos* elaborados en las Secretarías del Despacho y firmados por el soberano, y las *reales órdenes* que solo suscribía el Secretario por mandato del rey. Subsistieron, por lo demás, las otras clases de leyes que se han enumerado.

Además de todas esas normas sancionadas unilateralmente, hubo otras incluidas en acuerdos bilaterales. Las *capitulaciones* eran contratos de derecho público celebrados con personas particulares, y se utilizaron para organizar expediciones de descubrimiento y conquista. Los *asientos* —igualmente contractuales— tenían por objeto conceder la exclusividad del comercio negrero. Y los *tratados internacionales* tuvieron también mucha importancia en la historia indiana. Eran firmados por plenipotenciarios, uno de los cuales era el Presidente o un Consejero de Indias cuando el tratado interesaba a estas regiones, y luego era ratificado por el rey.

La publicación de todas esas disposiciones se hacía de diferentes maneras. Algunas, muy importantes y de carácter general, se imprimían y circulaban a todas las autoridades. Otras eran comunicadas a los organismos interesados (audiencias, gobernadores, cabildos, etc.), y si debían ser cumplidas por muchos se pregonaban en las plazas de las ciudades, guardándose en todos los casos un ejemplar auténtico en los archivos correspondientes. Por último, las disposiciones dirigidas a una sola autoridad (instrucciones, cartas reales, etc.), no eran publicadas.

No debe creerse que esa legislación sancionada en España para las Indias tuviera siempre alcance general. Muy por el contrario, una de las características de este derecho es su casuismo. Como los problemas locales no eran idénticos, se dictaban normas especiales para cada provincia sin pretender implantar un régimen uniforme en todas ellas. La legislación indiana se formó así con multitud de disposiciones particulares, que a veces constituían precedentes para otras regiones, pero que solo con respecto a ciertas instituciones dieron origen a un sistema orgánico.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

83. *Los proyectos de recopilación.* — La abundancia de las normas sancionadas en España obligó a pensar en la necesidad de ordenar y reunir ese vasto material legislativo. Esta labor era indispensable, por una parte, para asegurar su difusión y su conocimiento, y por otra para eliminar disposiciones caducas o contradictorias.

Felipe II —que había ordenado contemporáneamente formar la *Nueva Recopilación* de 1567— trató de llevar a cabo esa tarea fundamental. En 1560 ordenó al virrey de México que hiciese reunir las leyes dictadas para esa provincia. El virrey encomendó la obra al oidor de la audiencia, el licenciado Vasco de Puga, el cual presentó al poco tiempo las *Provisiones cédulas instrucciones para el gobierno de la Nueva España,* que inmediatamente (1563) se imprimieron en la misma ciudad [5].

En la misma época se iniciaron análogos trabajos en el Consejo de Indias, con la idea de recopilar esa abundante legislación. Pocos años después llegó al Consejo Juan de Ovando, primero como visitador (1567) y luego como presidente del alto organismo (1571). Ovando, sobre la base de aquellas tareas previas, formó un libro que modernamente se ha publicado bajo el título de *Gobernación espiritual y temporal de las Indias* [6], que contiene los extractos de las leyes ordenados en siete libros (1570). Al mismo tiempo Ovando fue desarrollando esos extractos o resúmenes para darles forma orgánica. No se limitó, por otra parte, a la simple función de reunir ese disperso material, sino que quiso también mejorar la redacción de las leyes y completar sus disposiciones, para llegar a hacer un verdadero código novedoso y sistemático. De los siete libros que proyectaba, Ovando alcanzó a completar los dos primeros y partes de los dos siguientes. De ellos se extrajeron, para sancionarlos separadamente, algunos títulos importantes: las ordenanzas para el Consejo de Indias (noviembre 24 de 1571), la instrucción para hacer las descripciones de las Indias (julio 3 de 1573), la ordenanza sobre descubrimientos y población (julio 13 de 1573) y la que se refiere al patronato indiano (junio 1º de 1574).

La muerte de Ovando paralizó esos trabajos, que nunca fueron continuados con el mismo sentido. Más tarde el Consejo encargó a Diego de Encinas, oficial mayor de ese organismo, que

[5] Este libro fué reeditado facsimilarmente en Madrid, en 1945.

[6] Fué publicado en los tomos XX-XXV de la *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de ultramar,* 2ª serie, Madrid, 1927-32.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

reuniera las cédulas sancionadas distribuyéndolas por materias. Fruto de esa orden fue el *Cedulario indiano*, que Encinas terminó en 1595 y fue impreso el siguiente año [7]. La obra consta de cuatro grandes volúmenes que contienen casi todas las disposiciones generales que se habían dictado hasta entonces. La utilidad del *Cedulario* fue y es muy grande. Aunque solo se imprimieron cincuenta ejemplares, puso en manos de las autoridades una colección que reunía un vasto material legislativo. En la actualidad es también un elemento de indispensable consulta para conocer el derecho del siglo XVI.

Durante la siguiente centuria prosiguieron en el Consejo de Indias las tareas de la recopilación, a cargo —desde 1603— del licenciado Diego de Zorrilla, y más tarde del consejero Rodrigo de Aguiar y Acuña. En 1622 llegó a Madrid el licenciado Antonio de León Pinelo (ver nº 92), que teniendo ya gran experiencia del asunto fue puesto a las órdenes de Aguiar y Acuña. En 1624 publicó Pinelo su *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la recopilación de las leyes de las Indias Occidentales* [8], en el cual propone también un plan de la obra. A su juicio, el derecho indiano se dividía en público, privado y casi público. El primero comprende las cosas sagradas, las sacerdotales (incluso el Patronato) y las magistraturas; el segundo abarca los juicios, las cosas (adquisición y trasmisión, derecho de familia, etc.), la navegación y la guerra; y el tercero consiste en todo lo referente a la real hacienda.

La actividad de Pinelo dio mucho impulso a la obra codificadora. En 1628 se imprimió un primer tomo que contenía los resúmenes o *Sumarios de la recopilación general de las leyes*, más conocido bajo el nombre de "Sumarios de Aguiar y Acuña". Este último murió en 1629, e inmediatamente fue reemplazado en el Consejo por Juan de Solórzano Pereira, el gran jurisconsulto indiano (ver nº 92). Solórzano ya se había ocupado, estando en Lima, de reunir las leyes vigentes, pues en 1622 concluía el primer libro de una recopilación y enviaba a España los índices de los demás libros [9].

7 Reproducido facsimilarmente en Madrid, 1945.

8 Reproducido facsimilarmente en la *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, nº 8, 208-266, Buenos Aires, 1957.

9 JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*, Noticia preliminar de RICARDO LEVENE, 2 vols., Buenos Aires, 1945 (publicación del Instituto de Historia del Derecho).

Pinelo siguió trabajando hasta completar la obra, que en 1634 fue sometida a la revisión de Solórzano, quedando ésta concluida en 1636. Este proyecto, dividido en nueve libros, es hoy desconocido, pero no queda duda de que fue la base de la recopilación definitiva. De aquél se extrajeron, para promulgarlas y publicarlas separadamente, las nuevas *Ordenanzas del Consejo Real de las Indias* y las *Ordenanzas de la Junta de Guerra de Indias*. No se consiguieron, en cambio, los fondos necesarios para imprimir la obra completa, en la cual siguió trabajando su principal autor hasta su muerte, ocurrida en 1660.

A partir de entonces el Consejo encomendó la obra a su relator, Fernando Jiménez Paniagua, el cual completó el proyecto de Pinelo. Por real cédula de mayo 18 de 1680 el rey Carlos II promulgaba definitivamente la *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias*, que se imprimió un año después [10].

84. *La Recopilación de 1680 y su proyectada reforma.* — Esta obra monumental se divide en nueve libros y 218 títulos, que contienen 6.385 leyes. En cada una de éstas figura la parte dispositiva (y no las razones que la motivaron), precedida por un breve resumen de su contenido, la mención del monarca que la sancionó y su fecha. Aun cuando pueden señalarse errores, omisiones y una falta general de técnica legislativa, no hay duda de que la *Recopilación* fue, en el pasado, un valioso estímulo para el conocimiento y la aplicación del derecho indiano, y es en el presente un receptáculo de disposiciones que reflejan los aspectos fundamentales de ese sistema histórico, revelador del espíritu y del método que guiaron la obra de España en América.

En realidad, la *Recopilación* solo abarca el derecho sancionado en España para los organismos de la península y para el Nuevo Mundo. No contiene, por lo tanto, la legislación emanada de las autoridades locales. Respecto de aquélla, es decir, de la que podríamos llamar general para las Indias, la *Recopilación* reunió la mayor parte de sus disposiciones, tratando también con frecuencia de darles un sentido uniforme. Pero no alcanzó a formar un código sistemático, pues la necesidad de reunir solo las leyes vigentes no permitió superar el particularismo de las que se habían ido dictando en épocas y para provincias diferentes. Por lo demás,

10 Fué publicada nuevamente en 1756, 1774, 1791, 1841 y 1889-90. En 1943 se hizo en Madrid una reproducción fotográfica de la edición de 1791, que se utiliza en este libro.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

es cierto que el espíritu jurídico de entonces no imaginaba todavía la conveniencia de los códigos, que solo aparecen mucho después.

La *Recopilación* comprende materias muy diversas. El libro I abarca todo lo relacionado con la Iglesia, incluso las universidades y las publicaciones. El II trata del Consejo de Indias y de las audiencias. El III se refiere a los virreyes y a la función de guerra. El libro IV reúne las disposiciones relativas a los descubrimientos, conquistas y población de ciudades, a los cabildos, tierras, obras públicas y minas. El siguiente, libro V, se ocupa de los gobernadores, alcaldes, médicos, escribanos y procedimientos judiciales, y concluye con los juicios de residencia. La legislación referente a los indios forma la materia del libro VI, que también regula las encomiendas. El VII comprende varias cuestiones diferentes: jueces pesquisidores, juegos, casados ausentes de sus mujeres, vagabundos, mulatos, negros, cárceles y delitos. El libro VIII organiza la administración de la real hacienda, incluyendo los impuestos y derechos de la corona. Y el IX comienza con la Casa de la Contratación y regula las relaciones entre España y las Indias: correo, bienes de difuntos, navegación, comercio, consulados, piloto mayor y tránsito de pasajeros al Nuevo Mundo.

La ley del 18 de mayo de 1680, que puso en vigor la *Recopilación*, derogó expresamente la legislación anterior sancionada en España para las Indias que fuera contraria a las disposiciones contenidas en aquélla. Todas las normas —antiguas o nuevas— incluidas en la *Recopilación* debían tener "fuerza de ley y pragmática sanción" [11], con lo cual adquirían la máxima autoridad en la jerarquía legal existente. Por lo tanto, todas las reglas jurídicas sancionadas por las autoridades locales hasta entonces debían quedar en vigor siempre "que no sean contrarias a las de este libro" [12].

De esta manera la *Recopilación* se convirtió en el cuerpo legal que debía aplicarse con preferencia a toda otra norma en las Indias. La pretensión de dejar ordenado con carácter permanente el régimen jurídico del Nuevo Mundo —implícita en aquella ley— no pudo mantenerse. Después de 1680 los monarcas sucesivos continuaron legislando, y los borbones introdujeron reformas substanciales en la estructura administrativa y en el régimen económico de las Indias. Además, ya en la segunda mitad del siglo XVIII, el espíritu mismo que impulsaba la política hispánica había sufrido cambios importantes, al inspirarse en el Iluminismo centralizador, regalista y profano que dominaba entonces en Europa.

[11] *Recop.*, II.i.1.
[12] Id.

Para actualizar la ya vetusta *Recopilación* de 1680 ordenó Carlos III, por decreto del 9 de mayo de 1776, que se preparara un nuevo código de leyes de Indias. La tarea quedó a cargo de Juan Crisóstomo de Ansotegui, fiscal del Consejo, que en 1780 concluyó el primer libro. Revisado y corregido éste, fue presentado al rey diez años después, expidiéndose luego el decreto del 25 de mayo de 1792 que aprobó la *Ley del Nuevo Código*, pero sin promulgarla. El decreto establecía que las leyes contenidas en ese primer libro se pondrían sucesivamente en práctica expidiendo en cada caso las cédulas correspondientes. Solo algunas disposiciones de escasa importancia, y relacionadas todas con el derecho eclesiástico, llegaron a promulgarse ulteriormente.

85. *Las leyes sancionadas en las Indias.* — Las autoridades locales designadas para gobernar el Nuevo Mundo tuvieron también —en mayor o menor medida— facultades legislativas. En este aspecto es menester estudiar separadamente cada una de ellas.

Los adelantados tenían la dirección de los descubrimientos y conquistas y, consiguientemente, el poder de impartir órdenes particulares y generales no solo con respecto a la expedición en sí misma sino también en lo relativo al gobierno de su territorio. Las capitulaciones respectivas establecían algunas restricciones a esta facultad (como la de asesorarse con los sacerdotes y los oficiales reales), pero dentro de ese amplio marco podían dictar ordenanzas generales que requerían la confirmación del rey pero entretanto se aplicaban [13]. Los lugartenientes de aquéllos, y los gobernadores que ejercieron los mismos poderes faltando los adelantados, sancionaron también múltiples disposiciones, a veces por sí solos y otras en acuerdo con los oficiales reales de hacienda.

Los virreyes, en virtud de su elevado poder, gozaron asimismo de la autorización para expedir normas nuevas, aunque no siempre con idéntica amplitud. Caso excepcional fue el de don Francisco de Toledo, que gobernó el Perú entre 1569 y 1582, y recibió a tal efecto facultades especiales para reorganizarlo. Con ayuda de los licenciados Polo de Ondegardo, Juan de Matienzo y

[13] *Recop.*, IV.iii.17 (1573).

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Pedro Sarmiento de Gamboa fue dictando extensas ordenanzas sobre las minas, los cabildos, el trato que debía darse a los indios, el comercio interior, etc., que promulgó para su distrito [14]. Algunas de esas ordenanzas se aplicaron también en nuestro territorio.

Los demás virreyes tuvieron atribuciones para "hacer las Ordenanzas que les parecieren convenientes al buen gobierno" [15]; pero por otro lado se les recomendaba "que siempre comuniquen con el Acuerdo de Oidores de la Audiencia" las materias "arduas é importantes para resolver con mejor acierto", y que "en materias graves que nuevamente se ofrezcan... nos dén primero cuenta, si el peligro y daño no instaren y fueren evidentes" [16]. También debían consultar con los oidores y los oficiales reales, en el Acuerdo de Real Hacienda, los gastos urgentes que fuera necesario realizar [17]. Ni estas resoluciones ni las ordenanzas generales de los virreyes requerían confirmación real, sino simple comunicación [18]. Más tarde, en la *Recopilación* de 1680, se incluyó una norma prohibiendo a los virreyes, audiencias y gobernadores que dictaran nuevas leyes, debiendo en caso necesario consultar previamente con las autoridades de la península para que éstas resolvieran [19].

Esta legislación virreinal —y por supuesto la que sancionaban las demás autoridades— debía ajustarse a las normas generales del derecho indiano o suplir sus vacíos. Los virreyes del Río de la Plata volvieron a tener la facultad de dictar disposiciones nuevas a fin de organizar el virreinato, proveer al cumplimiento del tratado de límites de 1777 y resolver otros problemas locales. En 1788, al reunirse en uno solo los cargos de virrey y superintendente de Buenos Aires, recibieron todas las facultades propias de este último. Las circunstancias especiales que los virreyes rioplatenses tuvieron que afrontar los obligaron, en casos excepcionales, a dictar normas contrarias al derecho vigente.

Los gobernadores tuvieron también facultades legislativas. Los del siglo XVI las ejercieron con cierta amplitud, dictando

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

sobre todo ordenanzas para regular el trato a los indios y para organizar el gobierno de las ciudades. Más adelante —cuando la mayor parte de los problemas estaba ya resuelta— decae esa actividad legislativa, que luego quedó prohibida en 1680, como ya lo señalamos. Pero vuelve a resurgir en la segunda mitad del siglo XVIII: Bucareli recibe autorización para organizar las Misiones después de expulsados los jesuitas, y sanciona ordenanzas relativas a su régimen gubernativo y a su comercio. Este y otros gobernadores sucesivos utilizaron análogas facultades en otras materias, siempre en virtud de atribuciones especialmente acordadas. *Los intendentes* continuaron con los mismos poderes, y aún recibieron mayor amplitud de facultades en asuntos vinculados con la organización financiera y con el régimen económico.

Los funcionarios enviados esporádicamente para realizar investigaciones o regularizar el funcionamiento de algún órgano gubernativo —*visitadores, jueces de residencia, jueces de comisión*, etc.— tuvieron a veces facultades legislativas expresamente concedidas en sus respectivos nombramientos. Entre ellos se destaca por su importancia la visita de Francisco de Alfaro, que no solo sancionó las conocidas ordenanzas para los indios, sino también otras para los oficiales reales de Buenos Aires (1611).

Ya en un plano inferior —que podríamos comparar con los decretos que actualmente expide el poder ejecutivo— cabe mencionar las atribuciones legislativas de los *corregidores, tenientes y cabildos*. Unos y otros podían tomar medidas de importancia secundaria para resolver los problemas inmediatos de sus distritos: fijar salarios, precios, medidas de carácter edilicio, sanitario, relativas al abastecimiento de la ciudad, al uso y distribución del agua, etc. Nunca hubo reglas fijas para delimitar la competencia respectiva de esas autoridades; y en la época de las intendencias estos funcionarios asumieron muchos poderes que antes habían ejercido los cabildos.

Desde otro punto de vista resulta interesante destacar las facultades legislativas de *las audiencias*. Estos organismos eran fundamentalmente judiciales, pero la función de justicia tenía en el concepto de la época una amplitud mayor que la que se le atribuye actualmente. Las audiencias podían dejar sin efecto las providencias gubernativas de los virreyes y de los gobernadores —mediando apelación de los interesados— cuando las consideraban contrarias a las leyes (ver nº 49). Y además, en virtud de peticiones formales, estaban facultadas para impartir órdenes fundadas en

[14] Publicadas por Roberto Levillier en COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *Gobernantes del Perú, Cartas y papeles*, tomos VII y VIII, Madrid, 1924-25.
[15] *Recop.*, III.iii.52 (1552).
[16] Id., III.iii.45 y 51.
[17] Id., II.xv.132 y III.iii.57.
[18] Id., II.i.34.
[19] Id., II.i.1.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

derecho a las autoridades inferiores, mediante acuerdos solemnes que tenían la forma de *reales provisiones* expedidas con el nombre y el sello del monarca [20]. Estas reales provisiones de las audiencias eran muchas veces verdaderas leyes por el carácter general de su contenido, que suplía los vacíos del derecho vigente o le daba una interpretación definitiva. La autoridad de estas disposiciones solo era superada por las que el propio rey podía sancionar.

86. *Caracteres del derecho indiano.* — La novedad de muchos problemas surgidos con el descubrimiento y la conquista obligó a la corona a idear soluciones que debían adecuarse en lo posible a esas necesidades. Surgió así un derecho que solo en parte derivaba de los precedentes europeos. Los españoles del siglo XVI, como los antiguos romanos, tenían una formación esencialmente legalista y una asombrosa capacidad para crear instituciones nuevas, que en su conjunto formaron un derecho original.

Para establecerlo, sus autores se inspiraron naturalmente en las creencias y doctrinas que ellos mismos sustentaban. Entre ellas deben destacarse sobre todo tres, cuya presencia determina los grandes lineamientos del sistema: la religión católica, el jusnaturalismo escolástico y el derecho peninsular entonces vigente.

El catolicismo convirtió al Nuevo Mundo en un Estado fundamentalmente religioso, dentro del cual la Iglesia cumplía importantísimas funciones. La filosofía escolástica —tan estrechamente unida a la religión— impuso las soluciones políticas contrarias al absolutismo y también las que tendían a proteger al indio contra la explotación de los españoles. Y el derecho peninsular dio la forma y el nombre de muchas instituciones, aunque su contenido sufriera a veces alteraciones substanciales al trasladarlas a América.

No debe olvidarse que el derecho indiano fue ideado por teólogos y juristas que tenían una mentalidad profundamente religiosa, y provenían de las universidades que enseñaban la filosofía escolástica. Es claro que las ideas jusnaturalistas no alcanzaron a reflejarse totalmente en la legislación, porque ni la época ni el medio americano lo permitían. Esta circunstancia no impide señalar que la aceptación de ciertos principios morales superiores determinó la tendencia al buen tratamiento del indígena y el deseo de incorporarlo paulatinamente a la civilización. Del jusnaturalismo político deriva también la legislación destinada a evitar

[20] *Recop.*, II.xv.116.

los abusos de las autoridades por medio de múltiples sistemas de control, y en general la orientación contraria al absolutismo.

Por otra parte hubo también una notoria influencia de las realidades contemporáneas, que incide en muchos aspectos sociales y económicos. Así, por ejemplo, en la estructura social jerárquica, en la aceptación de la esclavitud, en el ordenamiento del comercio, etc. Además, la mayor parte de las instituciones tenía un origen peninsular; y aunque sufrieron cambios profundos en las Indias, no puede dejar de señalarse la inclinación a partir del sistema conocido para resolver los nuevos problemas que se planteaban en América.

El derecho de Indias reconoce, por consiguiente, una ascendencia tradicional hispánica que muchas veces se transforma al adaptarla a la realidad americana. Y esas transformaciones derivan, con frecuencia, de la posición eminentemente católica y jusnaturalista que sus autores sustentaban. El sistema implantado en el Nuevo Mundo se caracteriza por su adecuación a los fines que la empresa tenía (ver nº 40). Y a través de esos fines se ponen en evidencia la generosidad y el espíritu humanitario de los españoles, dedicados a imponer un régimen jurídico que afectaba sus propios intereses. Más aun: ese régimen revela también la singular preocupación de un Estado que colocaba el fin último del hombre —su salvación eterna— en la cúspide de sus objetivos políticos.

La finalidad eminentemente religiosa del Estado indiano lo condujo a despreciar bienes que —como la libertad humana o el adelanto económico— no eran entonces considerados fundamentales. Se atendía más a la salud del conjunto que al respeto por las tendencias o los intereses individuales. De ahí la rígida política destinada a mantener la unidad y la pureza de la fe, a incorporar a ella a las razas que no la conocían, y como consecuencia a prohibir todo vínculo con el exterior que pudiera poner en peligro aquella unidad.

Esa orientación antiindividualista, y por lo tanto eminentemente social o comunitaria, no impidió por cierto que se reconocieran muchas libertades que no afectaban los fines del Estado. Pero lo que interesa destacar ahora es que esa orientación produjo un derecho que se caracteriza por su intervencionismo. Casi toda la legislación sancionada para las Indias es de derecho público. No estaba destinada a proteger la voluntad y la iniciativa de los particulares sino a asegurar el cumplimiento de los intereses colectivos. El orden público fue considerablemente ampliado, porque abarcó cuestiones que —como la condición de los indios, su trabajo, el comercio, etc.— eran esencialmente privadas. El

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Estado se erigió en guardián de una cantidad de relaciones humanas, y se propuso regularlas de acuerdo con los ideales superiores que él mismo había fijado, lo cual exigía ampliar enormemente el campo de su actividad para fiscalizarlas en ejercicio de su poder soberano.

Esa tendencia a la publicización del derecho privado obligó además a multiplicar los controles y a centralizar progresivamente el desarrollo de la empresa indiana. Los organismos de gobierno instalados en la península fueron absorbiendo, cada vez con mayor intensidad, la dirección de los problemas locales hasta que se llegó, en la segunda mitad del siglo XVIII, a un completo estatismo puesto al servicio de la monarquía despótica e ilustrada.

En esa misma época desaparecen las influencias que en el siglo XVI habían inspirado la creación del nuevo derecho indiano. La religión y la filosofía escolástica son reemplazadas por ideas modernistas que derivan del iluminismo. La "filosofía de las luces de la razón" se impone entonces, desalojando las antiguas concepciones y los fines del Estado. Pero no determina cambios totales, puesto que el derecho continúa siendo el mismo en muchos aspectos. Lo que se modifica es el espíritu que anima a sus ejecutores y a los funcionarios, los cuales ya no tienen ni la pasión religiosa ni el ansia por cumplir un derecho que en parte había envejecido al compás de la evolución europea.

87. *La aplicación del derecho.* — Mucho se ha insistido acerca de la inobservancia de ese derecho, que se sancionaba teóricamente para las Indias pero en la práctica no llegaba a cumplirse cabalmente. Es necesario distinguir situaciones diversas que podían presentarse.

Ante todo hubo, como en todas las épocas, una violación privada de los preceptos jurídicos que afectaban ciertos intereses. La imposibilidad de fiscalizar el cumplimiento de las leyes facilitó esas violaciones, muy generalizadas a veces como en lo relativo al tratamiento de los indios o al contrabando. El Estado indiano, aunque forjó un derecho ciertamente intervencionista, nunca pudo contar con el cúmulo de organismos y de autoridades que hubiera necesitado para hacerlo efectivo. De ahí la desobediencia a veces sistemática de las leyes, favorecida por esa falta de control y —en ocasiones— por la tolerancia o la complicidad de esas mismas autoridades.

En segundo término hubo otros casos de verdadera resistencia, pública y consciente, a ciertos aspectos del orden jurídico creado para el Nuevo Mundo. Las Nuevas Leyes de 1542, por ejemplo, provocaron las guerras civiles del Perú, y el monarca se

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

vio obligado a derogarlas. El descontento producido por algunas normas podía manifestarse en diversas formas, pero casi siempre estuvo acompañado por recursos fundados en derecho. La propia legislación autorizaba esos recursos. Ella era la que disponía el incumplimiento de las órdenes contrarias al derecho divino y al derecho natural, así como la posibilidad de resistir las que vulneraran el derecho establecido (ver nº 22). En tales ocasiones se utilizaba la fórmula "se obedece pero no se cumple", que significaba la reverencia a la persona del soberano al mismo tiempo que el respeto a los sistemas jurídicos superiores.

En las Indias se dio mayor amplitud a este recurso legal. No era obligatorio acatar las disposiciones de las autoridades superiores cuando habían sido dictadas en virtud de informes falsos o incompletos (vicios de obrepción y subrepción) [21]. Y además se acordaba a las autoridades indianas —virreyes, gobernadores, cabildos, etc.— la facultad de "suplicar" o pedir la revocación de las órdenes reales cuando las consideraran injustas o inconvenientes [22]. En este último caso la providencia debía ejecutarse a pesar de la súplica, "salvo siendo negocio de calidad, que de su cumplimiento se seguiría escándalo conocido, o daño irreparable". El rey podía dejar sin efecto la orden aceptando las razones expuestas contra ella, o bien insistir en su determinación expidiendo una nueva cédula "sobrecartada", que naturalmente tardaba mucho tiempo en llegar.

La existencia de esos recursos legales demuestra que el derecho indiano no era solo la expresión de la voluntad del monarca, sino que requería además una cierta legitimidad intrínseca, sin la cual la ley carecía de validez. Importaba tanto la sanción como el contenido de la norma. Y cuando había otras normas más elevadas, o la orden se consideraba inconveniente, la propia legislación autorizaba la resistencia contra ella. Algo análogo ocurre modernamente con el recurso de inconstitucionalidad.

Al utilizar recursos jurídicos para no cumplir las leyes, los españoles revelaban también su arraigado respeto por el derecho. El carácter peninsular estaba impregnado de un profundo sentido legalista. La aspiración permanente por la justicia más elevada, el acatamiento del orden tradicional y la utilización constante de los formalismos legales, todo ello integraba la mentalidad española inspirando la conducta de los funcionarios y de los particulares.

Si bien se advierte en ciertos casos un incumplimiento de las

[21] *Recop.*, II.i.22 (1620).
[22] Id., II.i.24 (1528 y 1622).

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

normas jurídicas, debe señalarse también que, a la inversa, se produjo la sumisión espontánea al derecho implantado en las Indias. No existían ejércitos ni suficientes órganos de vigilancia, y sin embargo estas nuevas comunidades se organizaron y vivieron respetando un orden jurídico no impuesto coactivamente, sino libremente admitido y acatado por la generalidad.

Este fenómeno —producido en un medio tan poco propicio— se explica por la índole de ese derecho, que aspiraba a realizar los fines más elevados que puede proponerse un sistema jurídico. Sometido a la religión, fundado en la moral y tendiente a asegurar la justicia en las relaciones sociales, el derecho indiano se imponía por la sola prestancia de sus fundamentos y por la alta jerarquía de sus fines, cuya validez reconocían los mismos gobernados puesto que coincidían con sus más firmes creencias.

Hubo, por último, otro motivo de incumplimiento del derecho: la ignorancia de las leyes. Si bien éstas eran comunicadas a las autoridades que debían cumplirlas —y a los cabildos si afectaban a la generalidad de la población— no siempre se conseguía una publicidad efectiva, y aun a veces caían en el olvido. Siempre se procuró salvar esos inconvenientes imprimiendo las leyes más importantes, pero la ignorancia de la legislación solo quedó salvada cuando se publicó la *Recopilación* de 1680, y solo respecto de ella.

Por lo demás, el derecho vigente admitía cierta libertad de apreciación al aplicarlo. Esto era especialmente notable en materia penal, porque se reconocía un amplio margen al arbitrio de los jueces, generalmente utilizado para morigerar las penas o adaptarlas a la realidad y a las concepciones de la época.

88. *El derecho consuetudinario y jurisprudencial indiano.*— Las leyes sancionadas en España o en las Indias no fueron las únicas fuentes del derecho vivido y aplicado en el Nuevo Mundo. Hubo también numerosas reglas consuetudinarias, no solo indígenas (ver nº 89), sino también creadas por los mismos españoles para suplir las deficiencias o lagunas de las leyes.

Estas costumbres indianas no se referían, como es natural, a aspectos fundamentales del derecho, pero tampoco dejaban de tener importancia, sobre todo en la regulación de la vida local. La propia legislación reconocía la validez de las costumbres que no fueran contrarias a las leyes, señalando los requisitos necesarios para su aceptación (ver nº 19). En 1628, y respondiendo a una consulta, el rey Felipe IV estableció que esas costumbres no

debían consistir "en dos, ó tres actos solos, sino en muchos continuados, sin interrupción, ni órden en contrario" [23].

El derecho público consuetudinario surgió y tuvo vigencia en muchos aspectos. Así por ejemplo la institución del cabildo abierto funcionó en todas las ciudades según reglas no escritas. Lo mismo ocurría respecto a la competencia de los ayuntamientos frente a los gobernadores y tenientes, a las atribuciones de los cabildos y de sus miembros, a ciertas normas procesales, etc. A veces se adoptaban como reglas consuetudinarias las normas vigentes en otros lugares. También solía ocurrir que la costumbre se convirtiera en ley, ya de orden local, ya sancionada en España. Pero siempre existía la posibilidad de que la norma escrita dejara sin efecto la consuetudinaria anterior, porque no podía subsistir costumbre contraria a la ley [24].

En derecho privado la costumbre tuvo un vasto campo de aplicación. No solo abarcaba buena parte del derecho mercantil, sino que también imperaba en ciertos aspectos del derecho de familia, de los contratos y del ejercicio del derecho de propiedad. Faltan, sin embargo, en esta materia, estudios lo suficientemente precisos como para poder determinar en qué medida las costumbres locales suplieron y aún derogaron la legislación.

La jurisprudencia de los tribunales no fue, en realidad, fuente del derecho en Indias. Ni las sentencias contenían una motivación doctrinaria, ni era fácil conocerlas porque no se publicaban. Ambas circunstancias impiden considerar a las decisiones judiciales como un elemento creador o complementario del sistema jurídico.

Sin embargo, no podría descartarse totalmente este aspecto en la realidad del derecho que se vivía en estas comunidades, porque de los magistrados dependía la aplicación o el rechazo de las normas vigentes. Puede afirmarse que en materia penal, por ejemplo, los tribunales modificaron el régimen legal al no aplicar las penas tan severas previstas en el derecho castellano, y al amoldar sus sanciones a una realidad distinta de la española. Tal vez podrían hacerse análogas afirmaciones respecto de otros aspectos del derecho, si hubiera estudios suficientemente ilustrativos.

Las resoluciones de los jueces y tribunales tuvieron importancia desde otro punto de vista. No se trata ya de la jurisprudencia como fuente del derecho, sino del amplio campo que algunas leyes daban al arbitrio del juez. El arbitrio o albedrío era una facultad dada a los magistrados, en ciertos casos, para resolver

[23] *Recop.*, II.ii.21.
[24] Algunos autores, sin embargo, admitían la posibilidad de que la costumbre derogara la ley anterior.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

las causas según su criterio, con el concepto de que debían fundarse siempre en la equidad. Algunos ejemplos pueden encontrarse en la *Recopilación* de 1680: los rectores de las Universidades, al juzgar a los profesores y estudiantes, podían "imponer penas ordinarias, ó arbitrarias"[25]; cuando los caciques se titulaban señores de los pueblos, los virreyes, audiencias y gobernadores debían imponerles "las penas que les parecieren convenientes"[26]. Los magistrados indianos utilizaron ampliamente el arbitrio judicial.

89. *Las costumbres indígenas.* — Como ya lo hicimos notar al principio de este capítulo, el derecho que regulaba la vida de los indios antes de la llegada de los españoles fue en lo posible mantenido. En la *Recopilación* figura la ley de Carlos V disponiendo "que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los indios... que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro... se guarden y executen, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos"[27].

La corona española, de esta manera, convirtió en derecho indiano el conjunto de normas jurídicas que hasta entonces había regulado la existencia social de los aborígenes, con dos excepciones fundamentales: esas costumbres no debían ser contrarias a la religión católica ni al derecho sancionado por los reyes para los naturales de América. Otra ley disponía que los gobernantes investigaran e hicieran cumplir esos "buenos usos, y costumbres"[28].

Es claro que esa aceptación masiva del derecho indígena se limitó a algunas instituciones que no afectaban la realización de la empresa hispánica ni el cumplimiento de sus fines. Se trató siempre de eliminar las antiguas creencias, las prácticas paganas, el régimen matrimonial, etc., para dejar subsistir solamente tres aspectos de su organización: el cacicazgo, el ayllu y la mita.

Los caciques eran los jefes de las tribus. Su autoridad, naturalmente menoscabada por la superior de los gobernantes españoles o de los misioneros jesuitas, subsistió en la medida en que era conveniente para mantener la organización jerárquica de las tribus. Se les reconoció una potestad moderada e incluso jurisdicción para actuar en causas leves, se ordenó darles a ellos y a sus hijos una mejor educación, se los eximió del tributo y de los servicios

25 *Recop.*, I.xxii.12.
26 Id., VI.vii.5.
27 Id., II.i.4 (1555).
28 Id., V.ii.22 (1530).

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

personales y fueron nombrados corregidores y alcaldes de los pueblos que se formaron. En la sucesión del cacicazgo debía guardarse la costumbre antigua[29]. En el actual territorio argentino se mantuvo la autoridad de los caciques en las Misiones y en las pocas reducciones que funcionaron adecuadamente.

El *ayllu* era la propiedad colectiva de la tierra, que se había impuesto como régimen agrario en el Incanato, sobre la base del parentesco y de la religión. Los indios de nuestro territorio —con pocas excepciones— no conocían la institución del dominio rural. Pero la propiedad colectiva fue impuesta a imitación del régimen peruano. Los españoles debían dejar a los indígenas suficientes tierras para que vivieran en ellas y las cultivaran en su propio beneficio. Tales tierras se consideraban propiedad de la tribu, la reducción o la misión, y no podían ser enajenadas. Tampoco correspondían a los encomenderos, ni aun en el caso de extinguirse la tribu[30].

La mita fue también un sistema importado del Perú, originario del derecho incaico. Consistía en la obligación de concurrir al trabajo por turnos o por tandas, quedando otra parte de los indios en sus pueblos o en sus tierras. La mita fue reglamentada en las ordenanzas relativas a la condición de los aborígenes, convirtiéndose así en derecho indiano.

Después de la dominación española solo subsistió la propiedad colectiva de la tierra, llegándose incluso a mantenerla aun después de estar en vigencia el Código Civil. En un caso la Suprema Corte de Justicia resolvió que los indígenas no tenían ni habían tenido un dominio perfecto, sino solamente el uso de las tierras, cuyo dominio directo pertenecía a la corona y por lo tanto al Estado que había sucedido en sus derechos[31].

En el territorio argentino las costumbres indígenas fueron escasamente aplicadas, si se establece la comparación con otras regiones en donde era mayor el número de indios y su organización más perfeccionada. Claro está que esto se refiere a los aborígenes sometidos, porque los que resistieron la dominación hispánica mantuvieron íntegramente sus antiguas modalidades de vida.

29 Id., VI.vii.3.
30 Id., VI.i.30.
31 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *Fallos*, 155, 313 (septiembre 9 de 1929): la provincia de Jujuy reivindicó las tierras de los indios de Casavindo y Cochinoca.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

BIBLIOGRAFIA

Los problemas relativos a las fuentes del derecho se encuentran ampliamente tratados en los libros ya citados de LEVENE (*Historia del derecho argentino*, tomo I, y *Manual*); OTS CAPDEQUÍ; y sobre todo en ALFONSO GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, I, 164-211, Madrid, 1959.

Además son fundamentales, acerca de los temas a que se refieren sus respectivos títulos, los siguientes: ALFONSO GARCÍA GALLO, *La ley como fuente de derecho de Indias en el siglo XVI*, Madrid, 1951 (apartado del *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXI); JUAN MANZANO MANZANO, *Historia de las recopilaciones de Indias*, 2 vols., Madrid, 1950 y 1056; y ALAMIRO DE AVILA MARTEL, *Aspectos del derecho penal indiano*, Buenos Aires, 1946 (edición del Instituto de Historia del Derecho).

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

CAPÍTULO DÉCIMO

LA CULTURA JURIDICA

90. *Influencias ideológicas en los orígenes del derecho indiano.* — Los españoles del siglo XVI trataron de adecuar el desarrollo de la conquista y la organización de las Indias a sus propios ideales religiosos y jurídicos. Sin embargo, esta subordinación de los impulsos y de los intereses a normas superiores no se consiguió sin grandes dificultades. El derecho indiano fue adquiriendo su contenido definitivo en medio de importantes debates doctrinarios, hasta que triunfaron las soluciones inspiradas en la filosofía cristiana.

El problema más novedoso y más grave que se planteó con la conquista del Nuevo Mundo era el relativo a la condición de los aborígenes, que al principio fueron tratados como esclavos y repartidos para que trabajaran en beneficio de los españoles. Para justificar esta actitud no faltaron quienes sostuvieran —utilizando una idea de Aristóteles— que los indios eran naturalmente siervos en virtud de su barbarie. Pero frente a esa postura surgió inmediatamente otra bien distinta, que defendió la libertad de aquéllos y consiguió en definitiva implantar un régimen destinado a mejorar su tratamiento.

La teoría aristotélica fue expuesta inicialmente por el escocés John Mayr (Juan Maior), que enseñaba en la Universidad de París. En 1510, refiriéndose expresamente al Nuevo Mundo, sostuvo que "el primero en ocupar aquellas tierras, puede en derecho gobernar las gentes que las habitan, pues son por naturaleza siervas"[1]. Era esclavo por naturaleza, según Aristóteles, "el que no participa de la razón más que en la medida en que puede percibirla, pero no poseerla"[2]. Tales hombres, incapaces de gobernarse a sí mismos, podían ser sometidos al gobierno de otro. Esta escla-

[1] Citado por SILVIO A. ZAVALA, *Servidumbre natural y libertad cristiana*, 30, Buenos Aires, 1944.
[2] ARISTÓTELES, *La Política*, libro I, cap. II.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

virtud natural era distinta de la legal, derivada de la conquista, la guerra o la compra.

El doctor Juan López de Palacios Rubios —uno de los más eminentes juristas de la época— abrazó esa doctrina. Sostuvo que era justa causa de guerra y por lo tanto de esclavitud (legal) la resistencia indígena a la predicación religiosa; y que también eran esclavos (por naturaleza) los que sin oponer resistencia a los cristianos eran sin embargo tan ineptos e incapaces que habían nacido para servir, y no para mandar. Los unos eran siervos por derecho de gentes, ya que habían sido vencidos en una guerra justa. Los otros lo eran por derecho natural, en virtud de su barbarie [3]. De esta manera se justificaban las encomiendas.

Para determinar si la guerra que emprendía cada una de las expediciones conquistadoras era o no justa, Palacios Rubios redactó en 1513 un documento famoso, llamado el *Requerimiento*. En él se exponían los principales fundamentos del catolicismo, la existencia de la donación apostólica y el deseo del rey de España de atraer a los indios a la verdadera religión. La corona ordenó que todas las expediciones leyeran ese documento a los indígenas al tomar contacto con ellos, procurando hacérselos entender. Si los naturales no se sometían, el conquistador podía hacerles la guerra como a súbditos rebeldes [4].

Ya había surgido, entre tanto, una posición contraria, inspirada en la idea cristiana de la libertad natural del hombre. La primera crítica contra los abusos que cometían los españoles partió de fray Antonio de Montesinos, monje dominico, en el Sermón que predicó en Santo Domingo a fines de 1511. Encarándose con los encomenderos, este encendido discurso preguntaba —según la versión que da fray Bartolomé de las Casas— "¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios?... Estos, ¿no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis, esto no sentís?"

Ante la protesta de los interesados, y de muchos que creían sinceramente en la licitud del trato que se daba a los indios, el rey Fernando el Católico reunió en Burgos una Junta en la que intervinieron Palacios Rubios y varios teólogos bajo la presidencia de Juan Rodríguez de Fonseca (1512). Después de arduos debates, la Junta aprobó siete conclusiones en las cuales, si bien se

[3] JUAN LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, *De insulis oceanis*, según referencias de SILVIO A. ZAVALA, op. cit., 33.

[4] *El Requerimiento* puede verse en SILVIO A. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, 288, Madrid, 1935.

reconocía que "los indios son libres" y debían ser instruidos en la fe, se aconsejaba también hacerlos trabajar en forma tal que esto no impidiera la enseñanza de la religión. Sobre tales bases se redactaron inmediatamente las leyes de Burgos, de fines de 1512 (ver nº 31).

El problema siguió debatiéndose en varias oportunidades, y desde 1516 bajo la presión que ejercía fray Bartolomé de las Casas. Este antiguo encomendero había ingresado en la orden dominica, decidido a consagrarse a la defensa de los indios. Las Casas intervino en una Junta celebrada en Barcelona en 1519 en presencia de Carlos V, y luego en otra —de la cual también participó el Cardenal Adriano de Utrech— reunida en La Coruña en 1520. En esta última el futuro Papa Adriano VI demostró —dice Las Casas— que "aquellas gentes infieles habían de ser traídos al conocimiento de Dios y al gremio de la Santa Iglesia, por paz y amor y vía evangélica, según la forma por Cristo establecida, y no por guerra ni servidumbre".

Carlos V quiso, en varias oportunidades, suprimir las encomiendas en los nuevos territorios que se iban conquistando, pero no pudo conseguirlo. Mientras tanto, Las Casas seguía haciendo propaganda en favor de la libertad de los indios, y publicando numerosos escritos destinados a promover una reforma fundamental. Aunque su actividad no está exenta de críticas posibles, por los medios utilizados y por las evidentes falsedades que publicó, lo cierto es que consiguió la sanción de las Nuevas Leyes de 1542-1543, redactadas por una Junta de teólogos, funcionarios y juristas reunida en Valladolid (ver nº 31). En ellas se ordenaba privar de sus encomiendas a los conventos, prelados y autoridades, y dejar que vacaran las demás a medida que se cumplieran los términos de cada concesión. Pero la resistencia armada que se produjo en el Perú obligó al emperador a derogarlas en este aspecto.

Mientras tanto intervino también en el asunto el Papa Paulo III. En un *Breve* del 2 de junio de 1537 declaró "que los indios como verdaderos hombres no solo son capaces de la fe cristiana sino que... aunque se hallen fuera de la fe no están privados ni puede privárseles de su libertad y de la posesión de sus cosas, antes por el contrario pueden usar y disfrutar libremente de su libertad y dominios y no se les debe reducir a esclavitud" [5].

La teoría aristotélica volvió a resurgir con el doctor Juan Ginés de Sepúlveda, filósofo y político renacentista, que en 1547

[5] COLECCIÓN DE PUBLICACIONES HISTÓRICAS DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINO, *Organización de la Iglesia y órdenes religiosas en el virreinato del Perú en el siglo XVI*, 2ª parte, 53, Madrid, 1919.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

sostuvo una vez más la condición servil de los indígenas. Afirmaba, en este sentido, que "los tardíos y perezosos de entendimiento... son por naturaleza siervos, y es justo y útil que lo sean", de lo cual deducía el derecho de los españoles a dominarlos y a imponerles su imperio aun por medio de la fuerza [6]. Los Consejos de Castilla y de Indias negaron autorización para imprimir el libro que contenía tales doctrinas, y en 1550 se reunió en Valladolid una nueva Junta para juzgarlo y para deliberar además sobre el problema fundamental relacionado con los indígenas. En esa Junta intervinieron fray Domingo de Soto (que la presidía), el padre Melchor Cano y fray Bartolomé de las Casas.

Este último, con gran erudición y conocimiento filosófico del tema, oponía a la idea de la servidumbre natural de los indios la creencia en su aptitud mental para comprender la verdadera religión, y la posibilidad de cultivar su inteligencia mediante la educación, porque no hay diferencias esenciales entre las razas. Se fundaba para ello en "la dignidad de la naturaleza humana", principio derivado del hecho de la Creación, y en la orden de Jesucristo que dijo a sus discípulos: "id y enseñad a todas las gentes". Esta idea de la predestinación universal era la que debía triunfar en ese magno debate.

Tales concepciones opuestas no se limitaron al problema de la condición de los indios, sino que hicieron dudar del derecho que tenía la corona de Castilla para conquistar y permanecer en el Nuevo Mundo. Algunos pensaban ya que el Papa, no siendo señor temporal, no tenía facultad para conceder tierras, y mucho menos para donar las de los indios, que no eran súbditos de la Iglesia. Otros buscaban nuevos títulos justificativos de la empresa hispánica.

Todas esas teorías gravitaron considerablemente en las soluciones legales que se iban adoptando, y que en buena medida contrariaban los intereses de los españoles. Los reyes buscaban el asesoramiento de los teólogos, porque solo ellos podían resolver esos graves problemas de tanta trascendencia religiosa, moral y política. La actitud de la corona se destaca así, frente a las otras colonizaciones de la historia, por su deseo permanente de acertar con las normas más justas, desechando muchas veces las ventajas que podían conseguirse con otro sistema.

Las controversias relativas a la condición de los indígenas, a la guerra justa y a los títulos que podía invocar la corona sirvieron para afirmar la posición escolástica frente a la aristotélica. Las doctrinas del derecho natural cristiano consiguieron asegurar

[6] Ver ZAVALA, *Servidumbre natural y libertad cristiana*, 45.

el principio de la libertad de los indios, y su buen tratamiento se convirtió en una de las finalidades más importantes del derecho y del Estado indiano.

Claro está que esas ideas generosas no siempre consiguieron imponerse totalmente. Por un lado los mismos gobernantes derogaron leyes demasiado rígidas que habían suscitado enconadas resistencias en América. Por el otro, la necesidad de mantener el predominio de los españoles obligó a crear ciertas instituciones, como la encomienda, que en alguna medida contrariaban el principio de la libertad indígena. En definitiva, de esas controversias y de la propaganda en favor y en contra de los indios surgió un derecho que si bien se inspiraba en los ideales cristianos, no dejaba tampoco de contemplar la realidad del mundo americano y sus necesidades propias. Pero lo cierto es que sin los escritos y la prédica en favor de aquella libertad no se hubiera conseguido nunca el respeto por los derechos indígenas.

La preocupación fundamental continuaba siendo la de convertir a los indios. Se pensaba que ésta era la condición impuesta por el Pontífice al conceder las Indias a los Reyes Católicos, y que solo su cumplimiento podía justificar las conquistas. Además, el profundo cristianismo que inspiraba a los españoles del siglo XVI hacía que todos los esfuerzos tendieran a la realización de este objetivo.

Pero la forma de proceder a la conversión de los indígenas fue también materia de encontradas soluciones. La Iglesia condenaba la violencia, y no creía posible obligar a los indios a que se incorporaran a la grey católica. Por otra parte, los abusos que los españoles cometían tornaban muy difícil la labor catequística. Por eso se adoptaron otras modalidades de penetración.

En 1550, cuando ya era evidente la incompatibilidad entre el régimen de las encomiendas y la eficacia de la predicación sacerdotal, Carlos V prohibió que se realizaran nuevas expediciones de descubrimiento [7] Se hicieron, antes y después de esa fecha, intentos de evangelización pura a cargo exclusivo de los sacerdotes y sin auxilio militar, para que los indios no quedaran sometidos a los españoles. Algunos de esos ensayos, como el de nuestras Misiones jesuíticas, dieron excelentes resultados; otros fracasaron lamentablemente.

Ya se veía, a fines del siglo XVI, que no todos los indios eran iguales, ni podían ser sometidos a idénticas normas. A la consideración teórica del problema siguen las soluciones inspiradas en

[7] Real cédula de abril 16 de 1550, en DIEGO DE ENCINAS, *Cedulario indiano*, IV, 255, Madrid, 1946.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

la realidad. Así por ejemplo el jesuita José de Acosta distingue en su libro *De procuranda indorum salute* (1588) tres clases de bárbaros: los más civilizados debían ser convertidos mediante la persuasión; los de costumbres violentas y crueles necesitaban ser sometidos para perseverar en la religión; y los más salvajes necesitaban el uso de la fuerza para atraerlos al catolicismo. Estas distinciones, y la experiencia que se iba adquiriendo, determinaron el diverso tratamiento que se dio a los indios, de los cuales algunos quedaron incorporados a las misiones, otros fueron encomendados, se procuró atraer a ciertos grupos de diversas maneras, y hasta se autorizó la guerra ofensiva contra los que combatían a los españoles.

El jusnaturalismo no gravitó solamente en este aspecto fundamental del derecho indiano, sino que también lo hizo procurando que todo el sistema se adecuara a los ideales del cristianismo. Así fue como impuso un régimen de gobierno moderado y sujeto a múltiples controles destinados a impedir o a sancionar el despotismo; estableció una jerarquía de los fines del Estado dando a los problemas espirituales una indiscutida primacía; quiso eliminar las influencias exteriores que podían perturbar la unidad de las creencias; y adoptó un sistema jurídico orientado fundamentalmente a procurar el triunfo de la justicia en las relaciones públicas y privadas.

91. *Teólogos y juristas del siglo* XVI. — En aquella magna controversia sobre la condición de los indígenas intervinieron también los grandes filósofos que en España renovaron la escolástica medieval (ver nº 20).

El primero de ellos, fray Francisco de Vitoria (ver nº 37) creía que la incapacidad mental de los indios "proviene de su mala y bárbara educación"[8], lo cual le permitió afirmar que Aristóteles no quiso decir que los irracionales debieran ser privados de su libertad y de sus bienes, sino que "hay quienes, por naturaleza, se hallan en la necesidad de ser gobernados y regidos por otros"[9]. Este gobierno debía organizarse "para el bien y utilidad de los bárbaros y no solamente para el provecho de los españoles"[10]. La tutela de los indios, necesaria a veces en razón de su

[8] FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra* (edic. Espasa-Calpe), 61, Buenos Aires, 1946. La *Relectio de Indis* fué pronunciada en 1539.

[9] Id., 62.

[10] Id., 120.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

incultura, no debía tener otra finalidad que la de elevarlos espiritualmente por medio de la educación.

Vitoria no admitía que los aborígenes de América fueran privados de su libertad y de sus bienes por su idolatría o su barbarie. Tampoco pudo la donación pontificia tener ese efecto, porque el Papa no era señor temporal del Nuevo Mundo. De ahí que, para justificar la conquista y el establecimiento de los españoles en las Indias, elaborara Vitoria su teoría de los justos títulos, que ya hemos mencionado (ver nº 37).

Domingo de Soto (1495-1560), también dominico como Vitoria y sucesor de éste en la cátedra de teología de Salamanca, publicó en 1556 su libro *De justitia et jure*, primer tratado de filosofía del derecho. Haciendo referencia a la teoría aristotélica, sostenía Soto que la servidumbre natural, que permite gobernar a personas rudas e ignorantes conforme a la razón, no priva a éstas de su libertad ni de sus bienes, ni puede utilizarse en beneficio del señor, sino para bien de los incapaces y enseñándoles buenas costumbres. Soto escribió también un opúsculo titulado *De ratione promulgandi Evangelium*, que ha desaparecido.

Análoga a la anterior fue la doctrina desarrollada por Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) y por Domingo Báñez (1528-1604), que ubicaron así el problema de la servidumbre en un plano muy distinto, al sostener el concepto cristiano de la protección de los humildes e incapaces.

El más famoso de esta pléyade de escolásticos españoles, Francisco Suárez (1548-1617), también se ocupó de estos temas dándoles importantes desarrollos. Sostuvo que los infieles no podían ser obligados a cambiar de religión, porque la Iglesia no tenía jurisdicción sobre ellos. Y negó, además, que hubiera pueblos tan bárbaros a los cuales pudieran aplicarse las teorías aristotélicas sobre la esclavitud natural.

Estas doctrinas, que informaban el pensamiento de legisladores y gobernantes indianos, ejercieron una creciente influencia sobre el derecho que simultáneamente se iba elaborando para el Nuevo Mundo. Y contribuyeron así a afirmar gradualmente los principios cristianos y la idea de que la dominación española debía procurar el beneficio y adelanto de los indios, para que fuera posible su progresiva incorporación al mundo civilizado.

Pero no fue ése el único tema que abordaron los filósofos y juristas del siglo XVI. En esa época de intensa elaboración legislativa, los gobernantes buscaron su inspiración y su guía en las obras doctrinarias contemporáneas. Los fundamentos mismos del derecho fueron exhaustivamente analizados por Domingo de Soto, en su ya citado libro, y por el jesuita Luis de Molina (1535-1600),

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

en otra obra que lleva idéntico título: *De justitia et jure*. El derecho internacional, esbozado ya en las *Relecciones* de Vitoria, fue objeto de consideraciones novedosas por parte de Fernando Vázques de Menchaca —que defendió el principio de la libertad de los mares— y de Luis de Molina. Y toda la doctrina del jusnaturalismo escolástico fue, por último, notablemente desarrollada por Francisco Suárez en su *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, publicado en 1613 (ver nº 20).

Este auge de la filosofía jurídica fue paralelo al de los estudios de derecho positivo. Surgieron entonces —en ese "siglo de oro" de España— los grandes comentaristas de las leyes nacionales. Gregorio López se destacó por sus glosas latinas a las *Partidas* de Alfonso el Sabio, publicadas en 1555; y Juan López de Palacios Rubios por su análisis de las *leyes de Toro*, que él mismo había redactado [11]. Estas últimas suscitaron también los famosos comentarios de Antonio Gómez [12]. La *Nueva Recopilación* de 1567 fue objeto de exhaustivos estudios por parte de Juan Gutiérrez, Juan de Matienzo [13] y Alfonso de Acevedo.

Entre los tratadistas que, apartándose del sistema de la glosa, se hicieron famosos en España, no podemos dejar de mencionar a Diego Covarrubias y Leiva (1512-1577), que llegó a ocupar la presidencia del Consejo de Castilla y publicó numerosas obras sobre derecho civil, canónico y penal. Canonista sobresaliente fue también Martín de Azpilcueta, llamado "el doctor Navarro" (1493-1586). Y entre muchas otras obras de política —teórica y práctica— aparece a fines del siglo la difundida obra de Castillo de Bovadilla, que ofrece un meticuloso análisis de los problemas de gobierno [14]. Tanto esta última como las anteriores obras —a veces reiteradamente publicadas— fueron de indispensable consulta para los funcionarios y juristas de Indias.

Aunque solo podemos citar aquí a los autores más destacados, también es necesario recordar a Alfonso de Castro (1495-1558), que siguiendo los cauces de la filosofía escolástica fue el primer tratadista sistemático de derecho penal [15].

Mientras la ciencia jurídica española se desarrollaba eficazmente de acuerdo con los métodos y las ideas del siglo XVI, otros

11 Las glosas de Gregorio López acompañan las ediciones modernas de las *Partidas*. De Palacios Rubios son las *Glossemata ad leges Tauri*, de 1542.
12 Ad *leges Tauri commentarius*, Venecia, 1591.
13 Los comentarios de Matienzo —que fué oidor en la audiencia de Charcas— se publicaron en 1580.
14 CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos*, 2 vols., Madrid, 1597-1608.
15 *De potestatis legis penalis*, 1550.

escritores se preocupaban de elaborar el sistema jurídico indiano de acuerdo con los mismos principios. Legisladores fueron —ya por su intervención en las Juntas de teólogos, ya en cumplimiento de sus funciones gubernativas— muchos de los que hemos citado anteriormente. A esa lista debemos agregar a quienes en el siglo que nos ocupa hicieron proyectos de códigos o recopilaciones para las Indias (ver nº 83), y especialmente a Juan de Ovando, presidente del Consejo, cuya muerte en 1575 dejó trunco el gran código que preparaba.

No menos importante fue la acción de varios juristas que trabajaron en América. La magna obra legislativa del virrey Francisco de Toledo, que gobernó el Perú desde 1569 hasta 1582, no hubiera podido realizarse sin la ayuda de los tres licenciados que lo acompañaron: Juan Polo de Ondegardo, Juan de Matienzo y Pedro Sarmiento de Gamboa(ver nº 85). El primero estudió especialmente el derecho de los indígenas del Inkanato, para adecuar a él en lo posible la legislación local. Juan de Matienzo, oidor en Charcas, escribió el *Gobierno del Perú* [16], y ejerció una notable influencia sobre el desarrollo de la conquista del Tucumán y del Río de la Plata. Y Sarmiento de Gamboa, ilustre navegante, historiador y jurista, nos dejó su *Historia de los Incas* [17].

92. *Los tratadistas de derecho indiano en el siglo* XVII. — Si el siglo XVI es, predominantemente, un período de elaboración del derecho indiano, durante el XVII aparecen obras fundamentales destinadas a estudiar el nuevo sistema jurídico que, para ese entonces, había ya adquirido cireta estabilidad y un carácter orgánico.

Entre los juristas de esa época se destaca como el más eminente de todos Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655). Nacido en Madrid y doctorado en Salamanca, el rey lo nombró oidor de la audiencia de Lima, en donde residió desde 1610 hasta 1627, compenetrándose allí de los problemas jurídicos y políticos del virreinato. Preocupado por la necesidad de ordenar las leyes de Indias, que tan profusamente se habían ido sancionando, comenzó entonces a preparar una *Recopilación* cuyo Libro I envió a la Corte; pero dejó luego este trabajo al saber que el propio Consejo de Indias estaba empeñado en idéntica tarea (ver nº 83, nota 9).

Al mismo tiempo escribía un tratado en latín sobre los problemas de gobierno y el derecho de las Indias, cuyo primer tomo fue publicado en Madrid en 1629 bajo el título de *Disputationem*

16 Publicado en Buenos Aires en 1910.
17 Publicada en Buenos Aires en 1947.

Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

de indiarum jure, y el segundo quedó impreso en 1639. Para ese entonces Solórzano ya se encontraba en España, desempeñando el cargo de Consejero de Indias y ocupándose —entre otras cosas— de revisar la Recopilación preparada por Antonio de León Pinelo. Años después aparecía su obra más importante, la *Política indiana* (Madrid, 1648), que constituye un eruditísimo tratado comprensivo de todo el sistema jurídico sancionado para el Nuevo Mundo, puesto que abarca hasta en sus mínimos detalles los problemas de gobierno espiritual y temporal, las finanzas, la organización administrativa, judicial y militar, el comercio y la navegación, la condición de los indios, etc.

Aunque destinada a facilitar la aplicación del derecho, esa obra expone también las doctrinas que servían de fundamento al régimen jurídico indiano. Solórzano se empeña en destacar la idea moderna del Estado, independiente de toda sujeción exterior —incluso la de la Iglesia— y constituido como una unidad en torno a la monarquía. La diversidad de los reinos no era obstáculo a la existencia de ese imperio español, producto de diversas incorporaciones, cuya unión se mantenía por la uniformidad de las creencias, el sentimiento nacional y el idioma común.

Respecto de las Indias, unidas a Castilla por vía de accesión, Solórzano admite la validez absoluta de las bulas pontificias como título de dominio frente a las demás naciones y a los indios, apartándose así de las ideas restrictivas que habían prevalecido en el siglo XVI. Pero al lado de este título admite también otros de diverso carácter: la misión providencial de España, la exclusividad en la predicación del Evangelio, la barbarie de los indios, sus vicios y delitos, el derecho derivado del descubrimiento, conquista y ocupación de las Indias, etc. Y volviendo también a la primitiva teoría de los juristas, afirma que los indios "son siervos y esclavos por naturaleza, y pueden ser forzados a obedecer a los más prudentes, y es justa la guerra que sobre esto se les hace" [18].

No obstante ello, Solórzano sostiene que los indios deben ser bien tratados como súbditos del Estado español, y agrega que "las dos repúblicas de los españoles e indios, asi en lo espiritual como en lo temporal, se hallan hoy unidas y hacen un cuerpo" [19]. Sin embargo, la misma naturaleza de los indios obligaba a mantener una estructura jerárquica de la sociedad, para que "unos sirvan, que son más aptos para el trabajo, y otros gobiernen y manden, en quienes se halle más razón y capacidad para ello" [20].

[18] *Política indiana*, 3ª ed. ilustrada por el Licenciado Francisco Ramiro de Valenzuela, I, 36, Madrid, 2 vols., 1736-39.
[19] Id., I, 77.
[20] Id., I, 77.

En relación con la Iglesia, la posición de Solórzano es la regalista que dominaba ya en el gobierno español. El *Indiarum jure* fue incluido, por esta razón, en el *Indice de Libros Prohibidos* en 1642, pero el decreto pontificio fue retenido por orden del rey. Ya aparece insinuada en las obras de Solórzano la idea de que las atribuciones ejercidas por los monarcas en materias eclesiásticas no derivaban de la concesión papal, sino de la propia potestad política de aquéllos. Y sobre esta base defiende el juramento de fidelidad exigido a los obispos, el pase regio de las bulas, los recursos de fuerza, etc.

A pesar de los errores de doctrina que hemos señalado, la obra de Solórzano tuvo y tiene una especial significación en la historia del derecho indiano, por la amplitud de sus conocimientos y la precisión con que trata los más diversos problemas relativos al gobierno, administración y régimen de las Indias.

Contemporáneo de Solórzano fue otro eminente jurista, el licenciado Antonio de León Pinelo. Nacido probablemente en Lisboa hacia 1590, de ascendencia judía, pasó a América muy joven y estudió en la Universidad de Lima. Después de desempeñar algunos cargos públicos en el Alto Perú, regresó a España pasando por Buenos Aires en 1621. Esta ciudad lo nombró entonces su representante en la Corte, y en tal carácter presentó dos extensos memoriales, uno pidiendo mayores franquicias para el comercio rioplatense (1623), y otro sobre la creación de una audiencia en Buenos Aires (1624).

Desde 1622 hasta su muerte, ocurrida en 1660, Pinelo estuvo principalmente dedicado a preparar la Recopilación de las leyes de Indias (ver nº 83). Pero estas tareas oficiales no le impidieron realizar otros trabajos de índole principalmente jurídica, que revelaron su profunda erudición. El *Epítome de la Biblioteca Oriental, Occidental, Náutica y Geográfica*, de 1629, es una exhaustiva bibliografía de las publicaciones relacionadas con las Indias. El *Tratado de Confirmaciones Reales de Encomiendas, Oficios y casos en que se requieren para las Indias Occidentales*, impreso en 1630, constituye un valioso estudio acerca de las encomiendas y oficios vendibles [21] Escribió también otros libros que no alcanzó a publicar, y que modernamente han aparecido, como *El Gran Canciller de las Indias* [22], *El Paraíso en el Nuevo Mundo* [23], etc.

Entre los juristas que se ocuparon de diversos aspectos del derecho indiano debemos destacar, por su jerarquía e importancia,

[21] Reeditado en Buenos Aires, en 1922.
[22] Publicado por GUILLERMO LOHMANN VILLENA, en Sevilla, 1953.
[23] Impreso en Lima, 1943, por RAÚL PORRAS BARRENECHEA.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

los siguientes: Juan de Hevia Bolaños, que publicó en Lima, en 1603, la *Curia Philippica*[24] —el mejor tratado de derecho procesal— y el *Laberinto del comercio terrestre y naval*; Gaspar de Escalona Agüero, que en su *Gazophilatium regium Perubicum* (Madrid, 1647) estudió las instituciones relacionadas con la hacienda real, especialmente en el Perú; José de Veitía Linage, que dio a luz su *Norte de la Contratación de las Indias Occidentales* (Sevilla, 1672), en donde se ocupa extensamente del comercio y la navegación[25]; Pedro Frasso, cuyo *De regio patronatu* (Madrid, 1677) expone orgánicamente —aunque con marcado regalismo— este importante tema; y fray Gaspar de Villarroel, autor del *Govierno Eclesiastico pacífico, y unión de los dos cochillos, pontificio y regio* (Madrid, 1656), que trata del derecho eclesiástico y del canónico.

Algunos juristas del siglo XVII se relacionan más estrechamente con nuestra historia. Francisco de Alfaro no solo fue el autor de las célebres Ordenanzas sobre los indios —que en gran parte pasaron a la Recopilación de 1680— sino también de un libro titulado *De officio fiscalis* (Madrid, 1639), que analiza las funciones y deberes de los fiscales de las audiencias. El padre Pedro de Oñate (1568-1646), que fue Provincial de los jesuitas con residencia en Córdoba, escribió un libro en tres gruesos volúmenes sobre los contratos[26]. Y Diego Ibáñez de Faria, fiscal de la primera audiencia de Buenos Aires, escribió sus *Additiones* a un libro de Covarrubias y Leiva, publicadas en 1659.

La literatura jurídica española del siglo XVII tuvo escasa importancia. Predominaron los tratadistas teóricos de derecho romano y canónico, aunque también existieron cultores del derecho nacional que continuaron utilizando el sistema de las glosas. Mayor renombre alcanzaron, en cambio, algunos escritores políticos como Juan de Mariana, jesuita, con su libro *De rege et regis institutione* (1599), el poeta Francisco de Quevedo y Villegas (*Política de Dios*, 1624), y Diego Saavedra Fajardo con su *Idea de un Príncipe Cristiano, representada en cien empresas* (1640). Aunque éstos y otros escritores continúan las orientaciones políticas del siglo anterior, su tendencia es más práctica y desaparece el desarrollo doctrinario del escolasticismo.

24 Hubo posteriormente muchas ediciones. Todavía en 1790 JOSEPH MANUEL DOMÍNGUEZ VICENTE publicaba en Madrid su *Ilustración y continuación a la Curia Filipica.*

25 Se publicó una edición en Buenos Aires, 1945.

26 *De contractibus*, 1646-1654.

93. *El despotismo ilustrado y su influencia.* — A la decadencia del siglo XVII sucede en España. con la nueva dinastía borbónica, una era de reformas que van a acentuar progresivamente el estatismo y la centralización del poder.

Esas reformas derivan de las ideas contemporáneas, que transformaron substancialmente la mentalidad europea. La existencia humana, sometida a la religión y orientada a conseguir la salvación eterna, se emancipa de la tutela eclesiástica y trata de encontrar en sus propias fuerzas la verdad que antes aceptaba como producto de la revelación y de las enseñanzas tradicionales. El racionalismo se aparta de estas últimas fuentes de conocimiento y construye su sistema filosófico y científico sobre la base de principios ideados por la inteligencia humana y de datos proporcionados por la experiencia. El saber y la verdad son, a partir de entonces, creaciones del hombre que razona o del hombre que conoce a través de sus sentidos, sin el auxilio del Creador. La ciencia se separa de la teología y la inteligencia se aparta de la religión.

La Ilustración —o el Iluminismo— será entonces "la filosofía de las luces de la razón", empeñada en descubrir los fundamentos naturales y lógicos de la existencia humana. Y buscará así una religión natural (el deísmo), una moral natural, los derechos naturales y la organización natural de la sociedad (partiendo del estado de naturaleza), dando a esta palabra un sentido desvinculado de toda norma superior.

Esta actitud —sustentada por los más eminentes pensadores de la segunda mitad del siglo XVIII— condujo a la revolución francesa, preparada por la prédica de los enciclopedistas, de Rousseau, de Voltaire, de los librepensadores, de los economistas fisiócratas y de todos los que buscaban realizar esos cambios fundamentales en la sociedad. En otros casos sin embargo, antes de 1789 sobre todo, los intelectuales ilustrados se unieron a las monarquías existentes para conseguir, al amparo de un poder que se hizo necesariamente despótico, las reformas espirituales, políticas y económicas que anhelaban.

Este último es el caso de España. El reformismo aparece allí desde principios del siglo, impulsado por exigencias diversas. Por un lado se trata de unificar a los distintos reinos y de centralizar el poder; por el otro de restaurar la antigua grandeza del imperio, abatida por la decadencia de España y su derrota en la guerra de sucesión. A la primera idea responden la supresión de los derechos particulares de varios reinos peninsulares y el establecimiento de las Secretarías del Despacho (ver nº 24). A la segunda la actividad desplegada por algunos grandes ministros para orga-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

nizar las finanzas, restablecer la marina y el comercio, y dar nuevo impulso a la producción agrícola e industrial.

Pero desde mediados del siglo, y sobre todo durante el reinado de Carlos III (1759-1788), la ideología impulsora del movimiento reformista es la del Despotismo Ilustrado. Fruto de esta política son, en América, el tratado de 1750 que puso en jaque a las Misiones jesuíticas, la expulsión de la Compañía en 1767 y la confiscación de sus bienes, el establecimiento de las Intendencias (1782-1786) y las modificaciones en el régimen del comercio. Todo ello conduce, en las Indias, a la transformación del sistema de gobierno, que a fines del siglo se convierte en una organización burocrática, centralizada y absorbente, que abandona los ideales del siglo XVI para atender principalmente a los intereses del Estado.

El despotismo ilustrado se caracteriza, en España, por una actitud eminentemente reformista. El orden tradicional es dejado de lado para buscar, mediante la educación y los cambios legislativos, el progreso económico que tan necesario era. Y para realizarlo se acentúa la presión del Estado sobre los grupos superiores de la sociedad —la Iglesia, los nobles— y se fomenta paralelamente el avance de la nueva burguesía que aspira a reemplazarlos. La posición del iluminismo, aunque procura elevar la cultura popular, no lo hace por inclinación democrática sino por espíritu filantrópico. Su divisa fue: "todo para el pueblo, nada por el pueblo". Con este criterio era natural el fortalecimiento de los poderes del gobierno, y la consiguiente subordinación de los estamentos que habían limitado hasta entonces el absolutismo real.

En América la Iglesia quedó sometida a las exageraciones del regalismo, decayendo simultáneamente el espíritu evangélico con respecto a los indígenas; los cabildos se vieron sometidos a los intendentes; y se trató además de imponer oficialmente la teoría del derecho divino de los reyes, cuyo poder se consideraba emanado directamente de Dios y por lo tanto absoluto. La vieja monarquía estamental y respetuosa de los derechos locales se transformó así en una institución racional, apoyada en el ejército y en la burocracia.

El pensamiento impulsor de esos cambios se manifiesta, al principio, en la ciencia económica. Una serie de escritores busca con afán las razones y los medios de las reformas que se anhelan. Dionisio de Alcedo y Herrera publica, entre otros libros, un *Memorial informativo... sobre diferentes puntos tocantes al estado de la real azienda, y del comercio* (Lima, 1720); Gerónimo de Ustáriz su *Theórica y práctica de comercio y de marina* (1724); Bernardo de Ulloa se pone en evidencia con su obra *Restablecimientos de las fábricas, tráfico y comercio marítimo de España* (1740); Juan Gutiérrez de Rubalcava escribe el *Tratado histórico, político y legal de el comercio de las Indias Occidentales* (1750); Bernardo Ward da a luz en 1779 su *Proyecto Económico;* Rafael Melchor de Macanaz sus *Auxilios para bien gobernar una Monarquía Católica* (1789); y Rafael Antúnez de Acevedo sus *Memorias históricas sobre la legislación y gobierno del comercio de los españoles con sus colonias en las Indias Occidentales* (1797).

Pero los más activos promotores de aquella transformación ideológica en España fueron Campomanes y Jovellanos, que actuaron al mismo tiempo como gobernantes y como escritores. Pedro Rodríguez, conde de Campomanes (1723-1803) fue fiscal del Consejo de Castilla y utilizó su importante cargo para realizar una acentuada propaganda regalista y aun contraria a la Iglesia. Contribuyó decisivamente a la expulsión de los jesuitas y explicó sus ideas relativas al poder del Estado frente a la Iglesia en su *Tratado de la regalía de la amortización* (1765), en el *Memorial ajustado... sobre el contenido y expresiones de diferentes cartas del R. Obispo de Cuenca* (1768), y en otros escritos en donde afirma la subordinación eclesiástica y el control que en materias ideológicas y administrativas puede ejercer el soberano. Campomanes es también famoso por sus obras económicas: el *Discurso sobre el fomento de la industria popular* (1774) y el *Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento* (1775), en las cuales propone reformas destinadas a mejorar la industria y la producción, elevando la cultura del pueblo.

Menos extremista que el anterior fue Gaspar Melchor de Jovellanos (1744-1811), que actuó en la magistratura y en importantes cargos gubernativos, fue desterrado por Manuel Godoy y volvió para integrar la Junta Suprema Central (1808). Poeta y escritor eminente, su obra más famosa es el *Informe sobre la ley agraria* (1787), en donde preconiza importantes reformas de carácter social y económico, influidas por las teorías de los fisiócratas y liberales. En materia política fue un acérrimo defensor de la monarquía y criticó las exageraciones del enciclopedismo y de Rousseau.

Esta evolución ideológica trasciende también a la América Española durante las últimas décadas del siglo XVIII y principios del XIX. El regalismo y el concepto autoritario de la monarquía, fundada en el derecho divino de los reyes, son sostenidos por el obispo del Tucumán, fray José Antonio de San Alberto, especialmente en su *Instrucción para los colegios de niños y niñas* (1783). Las nuevas doctrinas oficiales se enseñan en la Univer-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

sidad de Córdoba (después de la expulsión de los jesuitas) y en el Real Convictorio Carolino de Buenos Aires.

Pero también llegan los ecos de la otra vertiente de la ilustración. Fuera del marco de la enseñanza y del control de las autoridades se difunden las obras de los iluministas europeos. Y surgen entonces grupos de intelectuales imbuidos de ideas modernistas, que postulaban las teorías fisiocráticas y liberales en materia económica, las doctrinas del derecho natural racionalista, las novedades políticas precursoras de la revolución francesa y una actitud francamente renovadora. Estas doctrinas fueron difundidas en los periódicos que aparecieron en Buenos Aires durante la primera década del siglo XIX: el *Telégrafo Mercantil* (1801-1802) dirigido por el coronel Francisco Antonio Cabello y Mesa; el *Semanario de Agricultura* (1802-1807) de Juan Hipólito Vieytes; y el *Correo del Comercio* (1810) de Manuel Belgrano. La prédica realizada en esos periódicos estaba dirigida sobre todo a los temas económicos y educacionales. Se aspiraba al aumento y diversificación de las industrias, de la agricultura y del comercio, y también a difundir la cultura dándole objetivos y orientaciones prácticos. Y aunque no hacían propaganda política, todo ello revelaba un cambio profundo en las ideas, que iba a sustentar el pensamiento revolucionario.

94. *Los juristas del siglo* XVIII. — La cultura jurídica española acusa, en la época de los borbones, una notable decadencia. Ocupada la atención de gobernantes y escritores por los problemas sociales, económicos o políticos, muy pocos trabajos fundamentales se destinan a estudiar el derecho vigente. Y aun esos estudios carecen de originalidad y de impulso creador. Como excepciones a esta afirmación general debemos mencionar a Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel y Rodríguez, cuyas *Instituciones del derecho civil de Castilla* se publican en 1771. También hay romanistas y canonistas de nota, y aparece nuevamente un penalista en la obra de Manuel de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas contraido a las leyes penales de España para facilitar su reforma* (1782), que se inspira en las ideas del marqués de Beccaria. En cambio, no hay tratadistas teóricos de derecho público que merezcan mencionarse.

Con respecto al derecho indiano propiamente dicho, tampoco se publican obras de jerarquía científica que superen las del siglo anterior. Sólo deben señalarse tres libros de derecho eclesiástico y canónico: Antonio Joachim de Rivadeneyra Barrientos, *Manual Compendio de el regio patronato indiano* (Madrid, 1755); Petro Murillo Velarde, *Cursus juris canonici, hispani et indici* (Madrid, 1763); y Fr. Pedro Joseph Parras, *Gobierno de los regulares de la América* (Madrid, 1783) [27]. Todos ellos acentúan el regalismo anterior.

Son relativamente abundantes, en cambio, los comentarios a las leyes de Indias, hechos siguiendo el antiguo sistema de los glosadores y agregándoles las disposiciones posteriores a la Recopilación de 1680. Inmediatamente después de conocida esta última en el Perú, el virrey encargó al jurista Juan Luis López que comentara las leyes referentes al Patronato. Sus *Observaciones Theopolíticas* (1689) permanecieron inéditas. Posteriormente Juan del Corral Calvo de la Torre, oidor de la audiencia de Chile, se dedicó a comentar las leyes recopiladas y su obra, inconclusa porque murió en 1737, se imprimió en Madrid en 1756. Los tres volúmenes así editados quedaron sin distribuir [28], tal vez a la espera de que la obra fuera completada. En efecto, en 1752 el virrey del Perú encargó a Tomás de Azúa —rector de la nueva Universidad de San Felipe, de Santiago de Chile— que la continuara. Pero ni éste, ni José Perfecto de Salas, que recibió idéntico encargo a la muerte de Azúa, pudieron concluir la labor encomendada. Salas nació y murió en Buenos Aires (1714-1778), pero pasó la mayor parte de su vida en Chile y el Perú, desempeñando importantes cargos gubernativos. Su yerno Ramón Martínez de Rosas, mendocino, quiso proseguir la obra, pero tampoco alcanzó a darle término.

Diversos juristas, en otras regiones de América, escribieron glosas, comentarios o adiciones a la Recopilación de 1680, pero ninguna de estas obras fue publicada ni tiene importancia doctrinaria. Entre tanto, cambió fundamentalmente la actitud de las autoridades frente a estos trabajos, dictándose el decreto de mayo 9 de 1776 que prohibe "la glosa o comento" de las leyes de Indias, al mismo tiempo que ordena formar un nuevo código (ver nº 84).

Sin embargo, hubo un erudito y tenaz empleado de la Secretaría de Indias que, a pesar de esa prohibición, siguió reuniendo un inmenso material legislativo y doctrinario. Manuel José de Ayala, panameño (1728-1805), dejó al morir 130 volúmenes ma-

27 El Padre Parras actuó en las provincias argentinas durante muchos años, y dejó un manuscrito de sus viajes que ha sido modernamente publicado: FRAY PEDRO JOSÉ DE PARRAS, *Diario y derrotero de sus viajes. 1749-1753, España - Río de la Plata - Córdoba - Paraguay*, Buenos Aires, 1943.

28 El único ejemplar completo que se conoce está en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: JOANNIS DEL CORRAL CALVO DE LA TORRE, *Commentaria in libros Recopilat. Indiar.*, Matriti, 1756.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

nuscritos de una *Colección de cédulas y consultas* —munida ésta de un *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*— además de 74 tomos de *Miscelánea*, en donde copió numerosísimos documentos referentes al Nuevo Mundo, y de las *Notas a la Recopilación de Indias*, que mencionan los antecedentes de cada ley, las normas posteriores y los autores que se habían ocupado de ellas [29]. Tan vasta colección tiene hoy un indiscutible valor histórico, porque encierra un gran material para el conocimiento del derecho indiano a fines del siglo XVIII.

El primer libro jurídico publicado en Buenos Aires fue el del Padre Pedro Murillo Velarde, *Práctica de testamentos*, que se reeditó en Buenos Aires en 1792 [30]. Para la enseñanza y la práctica del derecho procesal tuvo mucha difusión —pues circuló en innumerables copias manuscritas— el "Cuadernillo de Gutiérrez", como se llamaba a la *Instrucción forense y orden de sustanciar y seguir los juicios correspondientes*, escrita hacia 1782 por el doctor Francisco Gutiérrez de Escobar, que más tarde fue presidente de la Academia Carolina (ver nº 95). Esta obra se publicó en Lima en 1818 y más recientemente en Sucre (1941). El jesuita Domingo Muriel, que fue profesor en la Universidad de Córdoba, escribió los *Rudimenta juris naturae et gentium*, que aparecieron en Venecia, 1791, bajo el seudónimo de Ciriaco Morelli [31].

95. *La enseñanza del derecho.* — Tanto en España como en las Indias los abogados se formaban en las universidades. Estas instituciones surgieron en Europa a principios del siglo XIII como agrupaciones de profesores y estudiantes *(universitas magistrorum et scholarum)*, que se reunían en una ciudad para la enseñanza y el cultivo de las ciencias. A tal efecto esas corporaciones recibieron determinados privilegios del Papa, el Emperador o los Reyes, quienes también aprobaban sus reglamentos y permitían el otorgamiento de títulos.

En Castilla se fundaron en la Baja Edad Media las Universidades de Salamanca (que fue la más famosa y acreditada), Valladolid, Alcalá y Sevilla. En estas universidades —y en las demás que surgieron posteriormente— se enseñaba teología, filosofía y derecho. Algunas tenían también estudios de medicina, lenguas, etc.

[29] De esta última obra se publicaron dos tomos en Madrid, 1945, con un estudio preliminar de JUAN MANZANO.
[30] La primera edición es de México, 1755.
[31] Hay traducción castellana, publicada en La Plata en 1911.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Los estudios superiores aparecieron en América a mediados del siglo XVI. En 1551 Carlos V ordenó fundar las Universidades de Lima y Méjico, las cuales debían gozar de los mismos privilegios que la de Salamanca, es decir, el fuero universitario y la exención de impuestos [32]. Posteriormente se estableció la de Santa Fe de Bogotá. Del siglo XVII son las Universidades de Córdoba, Charcas, Guatemala y Cuzco; y del siguiente las de Caracas, Santiago de Chile, Habana y Quito.

En el territorio argentino sólo funcionó, durante la época hispánica, la Universidad de Córdoba. Surgió de un acuerdo entre el segundo Obispo del Tucumán, fray Hernando de Trejo y Sanabria, y el Provincial de la Compañía de Jesús, padre Diego de Torres. El primero se obligó a entregar determinadas sumas para dotar al nuevo instituto, que quedaría a cargo de los jesuitas; pero no pudo cumplir totalmente su compromiso, por lo cual se discute si realmente le corresponde el título de fundador. Los estudios comenzaron a mediados de 1613. Esta creación, no aprobada por la corona, carecía del privilegio de expedir títulos. La Compañía obtuvo entonces un *Breve* del Papa Gregorio XV, de agosto 8 de 1621, por el cual los obispos podían conferir grados académicos a quienes hubieran estudiado en colegios jesuíticos ubicados a más de 200 leguas de una universidad pública. Ese *Breve*, aprobado por el rey, permitió que la de Córdoba funcionara como una "universidad particular", según la denominación de las leyes de Indias [33].

Esa casa de estudios estaba destinada, principalmente, a la formación del clero. En ella se lograban los títulos de bachiller, licenciado y doctor en artes (es decir, filosofía) y en teología. Entre los estudios teológicos figuraba el derecho canónico, pero no hubo enseñanza jurídica autónoma hasta 1791.

Después de la expulsión de los jesuitas, en 1767, la universidad quedó a cargo de los franciscanos, no sin grandes protestas del clero secular. Fue durante esa época, y por resolución del virrey Arredondo, que se creó la primera cátedra de *Instituta*, la cual comenzó a funcionar en 1791. El profesor designado entonces fue el doctor Victorino Rodríguez —que murió junto a Liniers en agosto de 1810— y su adjunto o pasante del doctor Dámaso Gigena. Dos años después se agregaron una cátedra de jurisprudencia civil y otra de jurisprudencia canónica, con lo cual pudo la universidad conferir títulos de bachiller, licenciado y doctor en derecho. Los que seguían ambos cursos —civil y ca-

[32] *Recop.* I.xxii.1.
[33] *Recop.* I.xxii.2.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

nónico— se graduaban *in utroque jure* (en ambos derechos). Los estudios duraban cuatro años, a los cuales se agregaban dos años de práctica, con diversos ejercicios y pruebas destinados a preparar a los abogados para el desempeño de su profesión.

La real cédula del 1º de diciembre de 1800 dio a la de Córdoba la categoría de "una Universidad mayor, con los privilegios y prerrogativas que gozan las de esta clase de España e Indias, con el Título de Real Universidad de San Carlos, y de Nuestra Señora de Montserrat" [34]. Esta reforma se hizo efectiva en 1808, cuando el claustro de profesores eligió como Rector al Deán Gregorio Funes, cesando desde entonces la dirección de los franciscanos.

Mucha importancia tiene también en nuestra historia la Universidad de Charcas o Chuquisaca, fundada en 1623. A partir de 1681 hubo allí estudios de derecho que comprendían el romano, el canónico y el real (castellano e indiano). Allí se formaron, antes y después de haberse establecido las cátedras jurídicas de Córdoba, la mayor parte de los abogados de nuestro país. Otros cursaron también su carrera en la Universidad de San Felipe, de Santiago de Chile, que había sido fundada en 1747.

Complemento importante de esa enseñanza universitaria fueron las Academias que se crearon en la segunda mitad del siglo XVIII, tanto en España como en América. Su objeto era poner al abogado, que sólo había hecho estudios teóricos, frente a la realidad de la vida jurídica, obligándolo a aprender la práctica antes de iniciarse en el ejercicio profesional. Bajo la dirección de magistrados y de profesores, los abogados redactaban escritos o sentencias, y también debían explicar temas relacionados con la legislación usual y el procedimiento. En 1780 comenzó a funcionar en Charcas la Academia Carolina (así llamada en homenaje al rey Carlos III), que sirvió no sólo para realizar esos ejercicios prácticos sino también para acentuar el conocimiento del derecho real y de las corrientes del pensamiento contemporáneo.

La enseñanza del derecho impartida en las universidades de España y de América fue principalmente romanista y canónica. Estos dos derechos se consideraban los únicos realmente científicos, y su difusión en el mundo occidental determinó esa orientación, que por lo demás, coincidía con la de casi todas las naciones.

El predominio de la enseñanza del derecho común (romano y canónico) impuso su impronta sobre los juristas y los abogados.

34 UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, *Constituciones de la Universidad de Córdoba*, 239-245, Córdoba, 1944.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Los primeros preferían utilizar el latín —idioma científico de la época— y tratar los temas jurídicos en función de la técnica y de las soluciones de aquellos sistemas. Incluso los comentarios a las leyes nacionales se hacían con ese espíritu. Las glosas de Gregorio López, Palacios Rubios, Antonio Gómez y otros muchos están impregnadas de romanismo y comentan los textos castellanos encuadrándolos en los moldes del derecho clásico. En las Indias, y hasta el siglo XVIII, se advierte el mismo predominio del idioma y de las teorías romanas, tanto en muchas obras jurídicas como en los comentarios a las leyes.

Los abogados, en el ejercicio de su profesión, y los jueces que debían resolver los litigios, seguían esas mismas orientaciones derivadas de su formación universitaria. Se invocaba con preferencia el derecho común, y se juzgaba de acuerdo con él. Esta es la opinión predominante entre los historiadores del derecho español en la actualidad. Pero en Indias debe hacerse tal vez una distinción entre el derecho privado —sin duda sometido a las orientaciones romanistas y canónicas— y el derecho público, que debió quedar en gran medida apartado de esa influencia por la completa diversidad de su contenido. Dentro de este campo cabe ubicar casi todo el derecho indiano propiamente dicho, que regulaba problemas de orden público ajenos a aquellos sistemas clásicos.

Muchas protestas se dejaron oir en España por esa preterición del derecho nacional, pero sólo a lo largo del siglo XVIII se produce un cambio en sentido contrario, que logra acentuar la enseñanza del derecho propio. Todavía en 1802 Carlos IV ordenaba que en todas las universidades se crearan cátedras para enseñar "las instituciones de Castilla" [35]. La misma evolución se fue produciendo en las Indias, de modo que ya a fines del siglo XVIII era corriente aprender el derecho nacional (castellano e indiano) junto con el romano y el canónico.

A partir de 1770 comenzaron a establecerse en España, y luego en algunas universidades de América, cátedras de derecho natural y de gentes [36], destinadas a difundir las teorías de la escuela de Grocio, Pufendorf y otros. Con ello se dejaban de lado, por supuesto, las orientaciones del jusnaturalismo escolástico. En 1794 Carlos IV ordenó suprimir esas cátedras, temiendo que a su amparo se propagaran los principios revolucionarios de Fran-

35 *Nov. Rec.*, VIII.iv.7.
36 Id., VIII.ii.3.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

cia [37], pero esta supresión no hizo decaer el interés por esos estudios.

Debe destacarse, por último, el estancamiento de la doctrina, de la enseñanza y de la legislación a lo largo de los siglos XVII y XVIII. El derecho hispánico no supo evolucionar al compás de las necesidades nuevas. Salvo en algunos aspectos de la organización gubernativa, los demás siguieron los rumbos establecidos al principio de la Edad Moderna. En la época de Carlos IV, y aun posteriormente, se utilizaban todavía los comentarios del siglo XVI, y los jurisconsultos empleaban el sistema de la glosa para ilustrar los textos legales. Mientras en Francia, por ejemplo, el derecho y la doctrina se modernizaban, en España se mantenían aferrados a la sistemática antigua. Y es significativo recordar que al mismo tiempo que se sancionaba el código civil de Napoleón (1804), España volvía a reunir desordenadamente sus leyes vetustas en la *Novísima Recopilación* de 1805, elaborada con el mismo criterio de la *Nueva*.

96. *La abogacía.* — Las leyes antiguas procuraban rodear de consideración y de respeto a la noble profesión de abogado, porque —como decía una ley de las *Partidas*— "La sciencia de las Leyes es como fuente de justicia, e aprouechasse della el mundo, mas que de otra sciencia". Y por ello la misma ley los eximía de impuestos y de cargas públicas [38]. "La sabiduria de los Derechos —decían también las *Partidas*— es otra manera de Caualleria, con que se quebrantan los atreuimientos, e se endereçan los tuertos" [39]. Pero al mismo tiempo que les otorgaban honras, las leyes les imponían múltiples deberes para que ejercieran leal y moralmente sus funciones.

En este sentido los abogados debían prestar juramento de "que no ayudarán en causas injustas, ni acusarán injustamente" [40]; estaban obligados a defender "a las partes fielmente, y con mucha diligencia" [41], sin revelar sus secretos ni aconsejar a ambos litigantes simultánea o sucesivamente [42]. Tampoco podían abandonar los pleitos antes de concluidos [43]. Debían, además, patrocinar gratuitamente a los pobres y desvalidos cuando

37 Id., VIII.iv.5 y 6.
38 *Partida* 2ª.xxxi.8.
39 *Partida* 2ª.x.3.
40 *Recop.*, II.xxiv.3; conf.: *Nov. Rec.*, V.xxii.3.
41 *Recop.*, II.xxiv.8.
42 *Recop.*, II.xxiv.11; *Partida* 3ª.vi.9; *Nov. Rec.*, V.xxii.12 y 17.
43 *Recop.*, II.xxiv.9; *Nov. Rec.*, V.xxii.11.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

no hubiera defensores oficiales [44]. Con respecto a los honorarios se les prohibía convenir el cobro de una parte de lo que estaba en litigio (pacto de cuota litis), o un precio por el éxito en la causa, porque entonces atenderían más al triunfo en el pleito que al de la justicia [45]. Y por último eran responsables a las partes de "los daños, que hubieren recibido, o recibieren por su malicia, culpa, negligencia, o impericia, que se pueda colegir de los autos del proceso" [46]. Normas, todas ellas, destinadas a dignificar el ejercicio de la profesión y la misma administración de justicia, imponiendo penas severas a las transgresiones de carácter ético.

Ser abogado era de por sí un título a la consideración social. Debían ser personas de buena fama, es decir, no tener o haber incurrido en ninguna de las causales que producían infamia, como el nacimiento ilegítimo, las condenas por ciertos delitos, el ejercicio de algunas profesiones, etc. [47]. Aunque esta norma no siempre fue cabalmente cumplida en América, en 1701 la Universidad de Córdoba resolvió no otorgar grados "a persona alguna, que no fuere legítima", y en 1784 dispuso también que "el que tenga contra si la nota de mulato, ó alguna otra de aquellas, que tiene contrahida alguna infamia, no será admitido á los Grados" [48].

Para ejercer la profesión era necesario presentar, ante la Audiencia, los certificados de estudios y de la práctica realizada en la Academia o en el bufete de otro abogado. El tribunal inscribía al pretendiente y podía, incluso, examinarlo. Los sacerdotes no podían ser abogados ni litigar ante los tribunales seculares, excepto en causas propias o de sus conventos o en defensa de personas pobres y miserables [49].

Al principio de la conquista se manifestó cierta prevención contra los abogados, creyendo sin duda que podían perturbar la paz social o la acción de los gobernantes. En 1540 y 1570 los adelantados Alvar Núñez Cabeza de Vaca y Juan Ortiz de Zárate consiguieron del rey que prohibiera la venida de abogados y procuradores al Río de la Plata por el término de diez años en cada caso [50]. Suele mencionarse, en el mismo sentido, la resolución del Cabildo de Buenos Aires de no admitir a tres abogados

44 *Nov. Rec.*, V.xxii.13.
45 *Partida* 3ª.vi.14; *Nov. Rec.*, V.xxii.22; *Recop.*, II.xxiv.7.
46 *Recop.*, II.xxiv.4. Conf.: *Nov. Rec.*, V.xxii.9.
47 *Partida* 7ª.vi.2 a 7.
48 *Constituciones de la Universidad de Córdoba*, cit., 143 y 217.
49 *Recop.*, I.xii.1.
50 BIBLIOTECA NACIONAL, *Copias del Archivo de Indias*, nº 1070 y 1533.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

que pretendieron venir en 1613. Pero esta determinación se debió al temor de que pudieran impedir el contrabando que entonces realizaban los principales vecinos.

Lo cierto es que, más adelante, la profesión de abogado estuvo rodeada de todo respeto, y la posesión del título otorgó siempre una elevada jerarquía social. Esta circunstancia, y el acceso que daba a muchos cargos públicos, hicieron que la abogacía fuera una de las carreras más codiciadas durante toda la época, tanto en España como en América.

Los abogados no solo ejercían su profesión defendiendo las causas judiciales, sino que también llegaban a desempeñar elevadas funciones. Eran oidores de las audiencias, asesores letrados de los virreyes, gobernadores y cabildos y —a fines del siglo XVIII— tenientes letrados de cada intendencia. Además, la legislación autorizaba a los jueces legos (alcaldes, tenientes, gobernadores, etc.), a valerse de un abogado en las causas difíciles, lo cual convertía a estos asesores en verdaderos magistrados. Por esta razón podían ser recusados por las partes que intervenían en el juicio.

Sin embargo, no siempre hubo en nuestras ciudades suficientes abogados. Con frecuencia faltaban totalmente en las menos importantes. Pero ya en 1755 su relativa abundancia permitió al gobernador exigir la firma de letrado en todo escrito que se presentara ante la justicia. Aunque el Cabildo de Buenos Aires protestó, en 1784 el virrey impuso definitivamente este requisito[51].

En 1802, para evitar "las perniciosas consecuencias" que ocasionaba "la multitud de Abogados en los Dominios de las Indias", el Consejo de Indias ordenó a las audiencias que informaran cuántos había en sus respectivos territorios y qué número podía permitirse[52]. La audiencia de Buenos Aires opinó que debían limitarse a veinticuatro los de esta ciudad, ocho los de las capitales de intendencia y seis abogados en las demás ciudades. Pero esta idea no llegó a concretarse. Lo cierto es que desde fines del siglo XVIII aumentó la cantidad de letrados en el virreinato del Río de la Plata, y que éstos ejercieron una influencia política anteriormente desconocida.

La intervención de estos abogados rioplatenses fue decisiva en los años anteriores a 1810 y en el triunfo del movimiento eman-

51 *Acuerdos del extinguido cabildo de Buenos Aires*, serie III, II, 221-226 y VII, 355 y 531.

52 *Cedulario de la real audiencia de Buenos Aires*, III, 208, La Plata, 1938.

cipador. Imbuidos en su mayor parte del ideario iluminista, fueron ellos quienes propagaron las nuevas doctrinas tendientes a la reforma de la estructura social y económica. El más destacado de todos ellos fue Manuel Belgrano, que estudió en España y volvió a su ciudad natal para ser Secretario del Consulado (1794). Desde este cargo se convirtió en promotor de la ideología iluminista. Las *Memorias* anuales del Consulado, que él redactaba, eran verdaderas monografías sobre distintos temas económicos y mercantiles; hizo una activa propaganda en favor de la educación popular y promovió la creación de la escuela de dibujo y de la academia de náutica (1799), que no fueron aprobadas por el gobierno central; publicó un libro titulado *Principios de la Ciencia Económico-Política, traducida del francés* (1796), y al final de la época hispánica fundó el *Correo del Comercio* (1810).

Belgrano y su primo segundo Juan José Castelli, recibido en Chuquisaca, se incorporaron a un movimiento de adhesión a la infanta Carlota Joaquina de Borbón, hermana de Fernando VII y esposa del Príncipe Regente de Portugal, que aspiraba a ocupar el gobierno del Río de la Plata en ausencia del monarca. Saturnino y Nicolás Rodríguez Peña, Juan Hipólito Vieytes y otros participaron en estas negociaciones que luego fracasaron. Pero debe agregarse que este grupo aspiraba sobre todo a constituir, por ese medio, un gobierno con el cual "cesaria la calidad de Colonia, sucederia la ilustración en el Pais, se haria la educacion, civilizacion y perfeccion de costumbres, se daria energia a la industria y comercio"[53], etc., o sea los objetivos fundamentales del iluminismo. Más tarde las tendencias carlotistas fueron abandonadas, y el grupo se unió a los militares criollos con los cuales hizo la revolución.

Este último movimiento contó con la decidida adhesión de la mayor parte de los abogados. En el cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 tomaron la palabra, en apoyo del cambio que pretendían, Castelli y Juan José Paso, que lograron imponer sus puntos de vista a una mayoría dispuesta sin duda a admitirlos. Fueron ellos, y los demás abogados que actuaron en esos momentos, los que hicieron triunfar el pensamiento político y jurídico justificativo de la revolución.

53 Memorial del 20 de septiembre de 1808, dirigido a la Infanta Carlota por Belgrano, Castelli, Nicolás Rodríguez Peña, Vieytes y Beruti, publicado por ARIOSTO FERNÁNDEZ en *Historia*, nº 3, 85, Buenos Aires, 1956.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

BIBLIOGRAFIA

Sobre las controversias del siglo XVI acerca de los indios y la justificación de la conquista: SILVIO A. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935; id., *Servidumbre natural y libertad cristiana*, Buenos Aires, 1944; id., *Ensayos sobre la colonización española en América*, Buenos Aires, 1944; P. VENANCIO D. CARRO, O. P., *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, 2 vols., Sevilla, 1944; LEWIS HANKE, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Buenos Aires, 1949; RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Carlos V y la conquista de América*, en *Historia*, nº 13, Buenos Aires, 1958.

Sobre los juristas españoles e indianos: LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Buenos Aires, 1958; RICARDO LEVENE, *En el tercer centenario de "Política Indiana" de Juan de Solórzano Pereyra*, Buenos Aires, 1948; RAÚL A. MOLINA, *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo*, Buenos Aires, 1947; id., *La defensa del comercio del Río de la Plata por el licenciado D. Antonio de León Pinelo*, en *Historia*, nº 26, Buenos Aires, 1962; JOSÉ TORRE REVELLO, *Ensayo biográfico sobre Juan de Solórzano Pereyra*, Buenos Aires, 1929; F. JAVIER DE AYALA, *Ideas políticas de Juan de Solórzano*, Sevilla, 1946; id., *Ideas canónicas de Juan de Solórzano*, en *Anuario de Estudios Americanos*, IV, Sevilla, 1947; ANTONIO DE LEÓN PINELO, *El gran canciller de las Indias*, Estudio preliminar, edición y notas de GUILLERMO LOHMANN VILLENA, Sevilla, 1953; ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *Los comentarios a las leyes de Indias*, Madrid, 1954 (apartado del *Anuario de historia del derecho español*, XXIV); VICENTE OSVALDO CUTOLO, *Ensayos sobre libros antiguos de derecho*, Buenos Aires, 1959.

Sobre el movimiento intelectual del siglo XVIII: MARCELINO MENÉNDEZ Y PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles* (varias ediciones); LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Madrid, 1953; JEAN SARRAILH, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, México, 1957; RICHARD HERR, *The eighteenth century revolution in Spain*, Princeton, 1958.

La enseñanza del derecho, en Córdoba especialmente, ha sido tratada por JUAN PROBST, *La educación en la República Argentina durante la época colonial* (*Introducción* al tomo XVIII de los *Documentos para la historia argentina*), Buenos Aires, 1924.

HUMBERTO VÁZQUEZ MACHICADO, *La academia carolina*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, nº 3, Buenos Aires, 1951; RICARDO LEVENE, *La historia de los abogados en el Río de la Plata y su intervención en la revolución de Mayo*, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 41, Buenos Aires, 1946.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

INDICE DE NOMBRES Y AUTORES CITADOS

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

ÍNDICE DE NOMBRES Y AUTORES CITADOS

A

Abreu, Gonzalo de: 96, 199.
Accursio: 53.
Acevedo, Alfonso de: 242.
Acevedo, Edberto O.: 196.
Acosta, José de: 240.
Adriano: 37.
Adriano VI: 237.
Agia, fray Manuel: 96.
Aguiar y Acuña, R. de: 220.
Alarico II: 45.
Alcazaba, Simón de: 90, 127, 128.
Alcedo y Herrera, D. de: 248.
Alejandro VI: 88, 109, 111, 119, 152.
Alfaro, F. de: 97, 168, 199, 204, 225, 246.
Alfonso VIII: 48, 56.
Alfonso X: 55, 56, 216, 242.
Almagro, Diego de: 90, 127.
Altamira, Rafael: 30, 31, 84.
Alvarez Cabral, Pedro: 89.
Alvarez, José M.: 190.
Andrés, Juan: 54, 57.
Aníbal: 41.
Anson, G.: 104.
Ansotegui, Juan C. de: 223.
Antúnez de Acevedo, R.: 249.
Arangio-Ruiz, V.: 61.
Arias de Saavedra, Hernando: 96, 99, 170, 199, 200, 202.
Aristóteles: 29, 39, 40, 60, 235, 240.
Arredondo: 253.
Atienza, Bartolomé de: 64.
Augusto: 37.
Avila Martel, A. de: 31, 34, 61, 234.
Ayala, F. Javier de: 96, 260.
Ayala, Manuel José de: 251.
Azpilcueta, Martín de: 242.
Azúa, Tomás de: 251.

B

Baldo de Ubaldis: 54, 57.
Ballesteros, Tomás de: 196.
Báñez, Domingo: 241.
Bártolo de Saxoferrato: 54, 57.
Barzana, Alonso de: 99, 170.
Basadre, Jorge: 31.
Bauer, Guillermo, 34.
Bayle, Constantino: 164.
Beccaria: 250.
Belgrano, Manuel: 107, 250, 259.
Bernard, Gildas: 126.
Beruti: 259.
Besta: 30.
Bolaños, Fray Luis: 99, 170.
Bonaparte, José: 107.
Bonfante, P.: 61.
Bonifacio VIII: 52.
Borbón, Carlota Joaquina de: 107, 259.
Bougainville, L. A. de: 104.
Bucareli, F. de P.: 104, 133, 172, 225.
Bunge, C. O.: 31.

C

Cabello y Mesa, F. A.: 250.
Caboto, Sebastián: 90.
Cabrera, Pablo: 164.
Calasso: 30, 61.
Calvo, Carlos: 114.
Campomanes: 249.
Canabrava, Alice P.: 212.
Cano, Melchor: 238.
Caracalla: 38, 42.
Carbia, Rómulo D.: 164.
Carlos II: 69, 102, 221.
Carlos III: 69, 72, 80, 83, 103, 105, 124, 133, 136, 172, 181, 198, 248.
Carlos IV: 69, 107, 211, 255.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

Carlos V: 68-70, 74, 77, 90, 96, 99, 109, 110, 127, 176, 232, 237, 239, 253.
Carro, Venancio D.: 126, 260.
Casas, fray Bartolomé de las: 96, 98, 236-238.
Castelli, Juan José: 107, 108, 259.
Castillo de Bovadilla: 242.
Castro, Alfonso de: 242.
Celso: 41.
Céspedes del Castillo, G.: 164, 212.
Cevallos, Pedro de: 103, 105, 133-135, 150, 151, 209.
Cicerón: 39.
Cisneros, B. H. de: 107, 134, 135, 208.
Clodoveo: 45.
Collingwood, R. G.: 34.
Colón, Cristóbal: 87-89, 95, 98, 109, 110, 113, 116.
Comadrán Ruiz, J.: 190.
Coni, Emilio A.: 212.
Corona Baratech, C.: 190.
Corral Calvo de la Torre, J. del: 251.
Cortés, Hernán: 90.
Corts Grau, José: 61.
Covarrubias y Leiva, D.: 242, 246.
Cutolo, V. O.: 260.

Ch

Cháneton, Abel: 31.
Chappuis, Jean: 52.

D

Danvila y Collado, M.: 84.
Desdevizes du Dézert, G.: 84.
Díaz de Montalvo, A.: 56.
Díaz de Solís, Juan: 90.
Dionisio el Exiguo: 51.
Domínguez Vicente, J. M.: 246.
Drake, Francis, 103.

E

Eichhorn, C. F.: 29.
Elío, F. J. de: 107.
Encinas, Diego de: 99, 109, 130, 206, 219, 220, 239.
Escalona Agüero, G. de: 246.
Escipión, P. C.: 41.
Esmein, 30.
Esquilache, príncipe de: 169.
Esquivel Obregón, T.: 31.
Eurico: 45, 46.

F

Fasolino, Mons. Nicolás: 164.
Felipe II; 52, 64, 69, 77, 102, 176, 184, 219.
Felipe III: 69.
Felipe IV: 69, 230.
Felipe V: 69, 70, 78, 118, 169, 182.
Fernández, Ariosto: 259.
Fernando III: 54.
Fernando V, de Aragón: 68, 70, 87, 88, 109, 116, 236.
Fernando VI: 69.
Fernando VII: 107, 259.
Font Rius, J. M.: 84.
Frasso, Pedro: 246.
Funes, Gregorio: 254.
Fustel de Coulanges: 30.

G

Galíndez de Carvajal, J.: 64.
Gama, Vasco da: 89.
Gandia, Enrique de: 190.
Garay, Juan de: 91, 205.
García de Moguer, Diego: 90.
García, Juan Agustín: 31.
García Gallo, A.: 23, 28, 30, 31, 34, 46, 61, 83, 84, 234.
Gasca, Pedro de la: 91.
Gayo: 37-39, 46.
Giberti, Horacio C. E.: 212.
Gigena, Dámaso: 253.
Gilissen, John: 34.
Giménez Fernández, M.: 89, 126.
Glasson: 30.
Godoy, Manuel: 249.
Gómez, Antonio: 242, 255.
Gómez Reynel, Pedro: 182, 206.
Graciano: 51.
Gregorio IX: 51.
Gregorio XIII: 144.
Gregorio XV: 253.
Grenón, Pedro: 164.
Grocio, Hugo, 67, 255.
Gutiérrez de Escobar, F.: 252.
Gutiérrez de Rubalcava, J.: 249.
Gutiérrez, Juan: 242.
Guillamondegui, J. C.: 212.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

H

Hanke, Lewis: 31, 126, 260.
Haring, C. H.: 31, 126, 164, 190, 212.
Hernandarias: ver Arias de Saavedra, H.
Hernández, Pablo: 168.
Herr, Richard: 260.
Hevia Bolaños, Juan de: 246.
Hinojosa, Eduardo de: 30.
Hugo, Gustavo: 29.

I

Ibáñez de Faria, Diego: 246.
Irnerio: 53.
Isabel de Castilla: 68, 70, 87, 88, 95, 109.

J

Jiménez de Asúa, Luis: 260.
Jiménez de Paniagua, F.: 221.
Jofré de Loaysa, García: 90.
Jordán de Asso, Ignacio: 250.
Jovellanos: 201, 249.
Juan XXII: 52.
Juana la Loca: 68, 109.
Julio II: 123.
Justiniano: 38, 39, 52, 53.

K

Konetzke, Richard: 190.
Koschaker, P.: 61.

L

Lafuente Machain, R. de: 190, 204.
Lardizábal y Uribe, M. de: 250.
Lea, H. C.: 126.
Legón, Faustino J.: 31, 126.
Leibniz: 27.
Leovigildo: 46.
Lepointe: 30, 61.
Lepe, Diego de: 89.
Levene, Ricardo: 23, 28, 30, 31, 34, 95, 126, 164, 190, 212, 220, 234, 260.
Liniers, Santiago de: 106, 107, 134, 161, 253.
Lobo, Manuel: 102.
López de Alcocer, P.: 64.
López de Palacios Rubios, J.: 64, 236, 242, 255.
López, Gregorio: 57, 242, 255.
López, Juan Luis: 251.
López Ortiz, José: 30.
López Torres, Manuel: 30.
Luis XIV: 73.
Lutero: 77.

M

Macanaz, R. M. de: 249.
Mc Bride, John: 104.
Magallanes, Hernando de: 90.
Mahoma: 47, 48.
Maitland: 30.
Manuel y Rodríguez, M. de: 250.
Manzano Manzano, J.: 31, 234, 252.
Maravall, J. A.: 34.
Marfany, Roberto H.: 190.
Mariana, Juan de: 246.
Mariluz Urquijo, J. M.: 34, 164.
Maritain, Jacques: 19.
Marrou, H. I.: 34.
Martel, Carlos: 47.
Martínez de Irala, D.: 90, 96, 199, 204.
Martínez de Rosas, Ramón: 251.
Martínez Marina, F.: 30.
Matienzo, Juan de: 223, 242, 243.
Matorras: 175.
Mayr, John: 235.
Medina, José T.: 31
Mendoza, Pedro de: 90, 127, 128, 197.
Menéndez y Pelayo, M.: 260.
Merea, Paulo, 30, 61.
Minguijón, Adrián S.: 83, 84.
Modestino: 37.
Molina, Luis de: 66, 241, 242.
Molina, Raúl A.: 96, 212, 260.
Molinari, D. L.: 190.
Mommsen: 30.
Monferini, Juan M.: 164.
Montes de Oca, J. J.: 31.
Montes de Oca, M. A.: 31.
Montesinos, fray Antonio de: 98, 236.
Moreno, Mariano: 208.
Mouchet, Carlos: 61.
Muriel, Domingo: 252.
Murillo Velarde, Pedro: 250, 252.
Muro Orejón, Antonio: 168.

Zorraquín Becú, Ricardo.
Historia del Derecho Argentino TOMO I. Ed. Perrot, 1996

N

Napoleón: 83, 107, 256.
Narancio, Edmundo M.: 190.
Núñez Cabeza de Vaca, Alvar: 91, 128, 257.
Núñez de Balboa, Vasco: 89.
Núñez de Prado, Juan: 91.

O

Ojeda, Alonso de: 89.
Olaguer Feliú, Antonio: 135.
Olivier-Martin: 30, 61.
Oñate, Pedro de: 246.
Ors, Alvaro D': 46, 61.
Ortiz de Zárate, Juan: 91, 128, 257.
Ots Capdequi, J. M.: 31, 126, 164, 190, 234.
Ovando, Juan de: 219, 243.

P

Papiniano: 37.
Parras, P. J. de: 251.
Paso, Juan José: 259.
Paulo: 37, 46.
Paulo III: 95, 237.
Pelayo: 48.
Petit Muñoz, E.: 190.
Piacentino: 53.
Pinelo, Antonio de León: 220, 221, 244, 245, 260.
Pistoia, Cino da: 54.
Pizarro, Francisco: 90, 127.
Platón: 39, 44.
Polo de Ondegardo, Juan: 223, 243.
Porras Barrenechea, R.: 245.
Probst Juan: 260.
Pufendorf, Samuel: 67, 255.
Puga, Vasco de: 219.

Q

Quevedo y Villegas, Francisco de: 246.

R

Ramírez de Velazco, Juan: 96, 199.
Ravignani, Emilio: 31.
Recaredo: 45.
Reguera Valdelomar, Juan de la: 65.
Rivadeneyra y Barrientos, A. J. de: 250.
Rodríguez de Fonseca, Juan: 116, 236.
Rodríguez Peña, N.: 107, 259.
Rodríguez Peña, S.: 107, 259.
Rodríguez Victorino: 253.
Rosenblat, Angel: 190.
Rousseau, J. J.: 247, 249.
Ruiz-Guiñazú, Enrique: 31.

S

Saavedra, Cornelio de: 201.
Saavedra, Fajardo, D.: 246.
Salas, J. P. de: 251.
Salvioli: 30.
San Alberto Magno: 58.
San Alberto, José A. de: 249.
San Agustín: 44, 58, 66.
San Francisco Solano: 99, 170.
San Ignacio de Loyola: 80.
San Isidoro: 46, 47, 67.
San Juan de la Cruz: 80.
San Leandro: 46.
San Pablo: 43.
San Pedro: 43.
San Raymundo de Peñafort: 51.
Sánchez Agesta, Luis: 260.
Sánchez Albornoz, C.: 30.
Sánchez Bella, I.: 260.
Sánchez, Galo: 30, 61.
Sarmiento de Gamboa, Pedro: 224, 243.
Sarrailh, Jean: 260.
Santa Teresa de Jesús: 80.
Santo Tomás de Aquino: 58-60, 66.
Savigny, F. C. de: 30.
Scelle, Georges: 190.
Schäfer, Ernesto: 126.
Sempere y Guarinos, Juan: 30.
Sepúlveda, Juan Ginés de: 237.
Smith, Adam: 83.
Sobre Monte: 106, 135, 146, 155, 161, 196.
Solórzano Pereyra, Juan de: 220, 221, 243, 244, 245.
Soto, Domingo de: 66, 238, 241.
Studer, Elena F. S. de: 190.
Suárez, Francisco: 66, 72, 241, 242.

T

Teodosio: 37.
Thoniasius, Christian: 67.
Tjarks, Germán O. E.: 212.

Toledo, Francisco de: 196, 203, 223, 243.
Torre Revello, José: 190, 260.
Torres de Vera y Aragón, Juan: 91, 128.
Torres, Diego de: 253.
Traibel Nelcis, J. M.: 190.
Trejo y Sanabria, H. de: 253.
Triboniano: 38.
Truyol y Serra, A.: 61, 66, 68.
Tudeschi, Nicolás de: 54, 57.

U

Ulloa, Bernardo de: 248.
Ulpiano: 37, 39, 40.
Urizar y Arespacochaga, E. de: 131.
Ustáriz, Gerónimo de: 248.

V

Valdeavellano, Luis G. de: 34, 61.
Valentiniano III: 37.
Vázquez de Menchaca, F.: 66, 241, 242.
Vázquez Machicado, H.: 260.
Vecchio, Giorgio del: 61.
Veitia Linage, José de: 246.
Vélez Sarsfield, D.: 190.
Vértiz, J. J. de: 180, 201.
Vespucio, Américo: 89.
Vieytes, Juan Hipólito: 107, 250, 259.
Villarroel, Gaspar de: 246.
Vitoria, Francisco de: 66, 67, 112, 113, 240, 241, 242.
Voltaire: 247.

W

Ward, Bernardo: 249.
Wolf, Christian: 67.

Y

Yáñez Pinzón, Vicente: 89.

Z

Zárate, Juana de: 128.
Zavala, Silvio: 31, 95, 235, 236, 238, 260.
Zorrilla, Diego de: 220.

Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Gioja. UBA
Uso académico

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Se terminó de imprimir el día 2 de agosto
de 1996, en ARTES GRÁFICAS CANDIL S.R.L.,
sito en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,
República Argentina