

EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA DOCTRINA

DE LOS

JURISTAS EN LA FORMACION DEL DERECHO INDIANO

El estudio del derecho indiano—desde el punto de vista externo—tiene innegable importancia. A su luz puede seguirse el origen y transformación del propósito político que ha inspirado la legislación; su carácter teórico y su inaplicabilidad práctica; puede observarse el modo peculiar que le han impreso las costumbres y la época; permite evidenciar sus modestos comienzos, su desarrollo paulatino, su vigoroso enriquecimiento como instrumento de gobierno; trasluce la ignorancia o la clarividencia del conocimiento geográfico, étnico, político y económico del imperio colonial; descubre la orientación de los estudios de derecho y la posible influencia ejercida, en la redacción de la ley, por estadistas y juristas. Por último, es indispensable el estudio de todos estos órganos productores de reglas jurídicas porque cada uno de ellos va reflejando aspectos múltiples de un derecho vivo de rico contenido. La noción del proceso histórico de este derecho es fundamental. Instituciones y costumbres que no están consignadas en la Recopilación de 1680—que solo inserta las que estaban en vigor—fueron autorizadas por leyes anteriores, derogadas después, pero las instituciones y costumbres subsistieron vigorosamente, a

veces, no obstante las disposiciones en contrario de las nuevas leyes.

De ahí la trascendencia que tuvo en América el derecho consuetudinario, pudiéndose decir de él que constituye todo un cuerpo de derecho positivo, formado natural y espontáneamente a espaldas de la legislación que se dictaba.

En primer término corresponde decir que el derecho indígena sobrevivió después de la conquista española e inspiró la legislación indiana más de lo que comúnmente se admite. El desarrollo de tal tópico, nos obligaría a apartarnos de nuestro tema principal, que consiste en llamar la atención sobre el fondo de costumbres y prácticas jurídicas y sociales de los aborígenes que sirvió de base a la organización política y social hispano-americana. Hablando de las autoridades de los españoles en el Perú, recomendaba Matienzo a los gobernantes que no entraran “de presto a mudar las costumbres y hazer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conocer las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra y españolas que en ella habitan, que como es larga son diversas las costumbres, como los temples; hase primero de acomodar a las costumbres de los que quieren gobernar y andar a su gusto, hasta que ganadas con ellos la oppinion y fee con la autoridad que tiene hazerles mudar costumbres, y si de golpe se quissiese quitar las borracheras de los indios que residen en Potosi, ya se an y si de golpe se quissiesen poner en orden a los caciques que no tiranizasen sus Indios, podria resultar de ello algun daño” (1). Y agregaba el docto magistrado: “gran prudencia ha menester al que governare”.

Se explica la enorme influencia ejercida por el imperio de las costumbres de los naturales de América, si se tiene presente que no pocas instituciones legisladas por España, se refieren sustancialmente a modalidades típicas de la organización de los in-

(1) “Gobierno del Perú”, edición de la Fac. de Filosofía y Letras, Bs. As. 1910, pág. 118.

dios. Es superfluo recordar que la Mita, es institución aborigen; el régimen tributario impuesto a los indios por los españoles, se erigió sobre la base de la organización existente; y que acaso como trata de probarse hoy, las “provincias” en que estaba dividido el “huno” en el Perú, eran distritos que pasaron a convertirse en encomiendas. (1)

El derecho consuetudinario tuvo en Indias una fuerza legal reconocida en muchos casos, aún cuando el texto expreso de la Ley de Toro (que se mandaba observar en defecto de la legislación de Indias) mandaba que los ordenamientos y pragmáticas debían aplicarse sin poderse alegar “que no son usadas e guardadas”. (2)

El rey Felipe IV por decreto del 29 de setiembre de 1628 (ley XVI, tit. II, del libr. II de la Representación) definió los requisitos que debía reunir la costumbre a que se referían las mercedes reales. (3)

(1) “Observaciones sobre la organización social del Perú antiguo”, por E. Zunkalowski, Lima 1919.

(2) Las leyes IV, V y VI, Tit. II de la Partida Ia. se ocupa de la costumbre y de sus maneras. Berni admite que la costumbre “o es interpretativa de la Ley o contra Ley o no aviendo Ley”. (“Apuntamientos sobre las Leyes de Partida”, I, pág. 13, Palencia MDCCLIX). “La costumbre que interpreta la Ley no requiere noticia del Príncipe, no puede extenderse de caso a caso ni de lugar a lugar” agrega el autor citado. Se admite que en ausencia de Ley la costumbre tiene fuerza de tal: y Bovadilla afirmaba que la costumbre “hace callar las leyes y Reescriptos de los Príncipes”, concluyendo en que se había de juzgar por la costumbre si la ley no tuviera cláusula derogatoria, “y en caso que la tenga, se entiende derogar la costumbre pasada pero no la futura, y que está por introducir, porque ésta tiene fuerza de derogar la Ley, según lo dispone una Ley de Partida, que dice así: “e aun ha poderío muy grande que puede tirar las Leyes antiguas, que fuesen fechas antes que ella”. (“Política para corregidores”, Lib. III Cap. VIII, num. 195 y 196, Madrid 1775)

(3) “Cuando Nos fuéremos servidos—dice la ley citada de la Recopilación de Indias—de conformarnos en respuesta de consulta con lo que pa-

Solorzano alude varias veces al derecho consuetudinario indiano y exalta su importancia. El ilustre jurista tenía el concepto de que el buen legislador “ha de acomodar sus preceptos, conforme las regiones, y gentes a quienes los endereza, y su disposición y capacidad”, debiendo “con su industria y humanidad mirar y disponer lo que les pueda convenir, como más les convenga; como lo aconsejó gravemente Cicerón a su hermano, cuando estaba en el virreynato del Asia”. Fundado en el moderno concepto del derecho objetivo e histórico, Solorzano consideraba que “no menos diferentes suelen ser las costumbres de cada región, que los aires que las bañan y los términos que las dividen” (1), lamentándose “que varones tan doctos y prudentes hablaran fácilmente con tanta generalidad”. (2). Especialmente, Solorzano invoca las prácticas del derecho consuetudinario, atribuyéndoles fuerza legal, en punto a los servicios que podían prestar los indios (3), del electo para una iglesia que administra mientras le viene la confirmación (4), y con respecto a ciertos usos de mercaderes y contratantes de las Indias. (5)

Una prolija búsqueda en los archivos judiciales de la colonia podría suministrar preciosos elementos, para estimar la aplicación de que fué objeto el derecho consuetudinario en la magistratura de las Indias. Se sabe la importancia que este derecho tiene en la actividad comercial; los mercaderes del Río de la Plata,

rece siendo costumbre: declaramos que esta no se ha de entender en dos o tres actos solos, sino en muchos continuados, sin interrupción ni orden en contrario. Y para que tenga efecto las mercedes que hiciéramos con este presupuesto, se han de fundar en costumbre asentada, fija sin alteración ni prohibición en contrario y con muchos actos en el mismo género que lo confirman”.

(1) “Política indiana”, pág. 109, Amberes MDCCIII.

(2) Ob. cit. pág. 127.

(3) Ob. cit. pág. 76.

(4) Ob. cit. pág. 273.

(5) Ob. cit. pág. 524.

por ejemplo, se negaron a pagar el derecho de alcabala, en 1808, argumentando que “los usos y costumbres que introdujo la duración y sancionó el consentimiento de las autoridades han tenido siempre un lugar muy preferente en los códigos de la nación”. Después de aludirse a las leyes de partida ya citadas que se ocupan del derecho consuetudinario, el petitorio termina diciendo: “De aquí nace que la costumbre sea tan sagrada, tan digna de respeto y observancia como lo es la misma voluntad del legislador”. (1)

Si no el origen, por lo menos la vigorosa existencia y continuo funcionamiento de algunas instituciones coloniales, como los cabildos abiertos, solo se explican a través del derecho consuetudinario. Según Bovadilla, el uso había determinado la reunión de consejos abiertos en los pueblos menores. En la Recopilación de Leyes de Indias (Ley II, tit. XI, lib. IV, real cédula de Felipe IV de 23 de noviembre de 1623) solo se habla de los cabildos abiertos para consignar la prohibición de elegir de su seno procuradores de la ciudad. Además de reconocer su existencia, no parece sino que la ley no le prohíbe otra cosa a los cabildos abiertos... Lo cierto es que en los tres siglos de la dominación española, en pueblos mayores y menores, se celebraron cabildos abiertos. Buenos Aires del siglo XVI o de la centuria décima octava—cuando tenía apenas mil vecinos o cuando su población pasaba de 40.000 habitantes—convocó parte de su vecindario, para consultarle sobre asuntos baladíes o importantes cuestiones económicas y políticas. No es posible estudiar la vida del organismo de los cabildos abiertos a través de las variantes de la legislación o con ayuda de la doctrina, en mérito de la insuficiencia de tales antecedentes, si bien suministran los datos elementales para explicar su origen; en cambio debe llevarse a cabo, observando su funcionamiento, aproximándose al fenómeno vivo.

(1) Archivo General de la Nación, “Hacienda”, Legajo 137. Expediente 3467.

En cuanto a la doctrina científica de los estudiosos, especialmente versados en el derecho de Indias, no es aventurado establecer que la legislación dictada para América de fines del siglo XVI y hasta realizarse la Recopilación al terminar el siglo XVII, es obra completa de juristas e historiadores y que las reformas fundamentales del siglo XVIII fueron en gran parte aconsejadas por hombres de estado y economistas, en una época en que provocase el florecimiento de los estudios de derecho patrio. No corresponde hacer mención en esta oportunidad de la obra legislativa de Juan de Ovando, Diego de Encinas, Aguiar y Acuña, Pinelo, Solorzano, que fue a perpetuarse en la Recopilación de 1680; así como tampoco, de la labor de Uztariz, Marqués de la Ensenada, Ward, Ulloa, Rubalcaba, Campomanes, Jovellanos, que proyectaron las vastas reformas de carácter económico de la legislación indiana del siglo XVIII (1). Pero queremos significar con respecto a los juristas indianos, que aparte de haber impulsado la elaboración del derecho del nuevo mundo, intervinieron eficazmente en su renovación, mejoramiento y progreso.

Como hombres de ley que eran, afirmaron la necesidad de implantar en las colonias, una administración ordenada y bien atendida, una dirección técnica y un gobierno jurídico y no de fuerza.

Matienzo y Solorzano consideraban que los virreyes del Nuevo Mundo debían tomar consejo de los hombres "que lo sean de aquella tierra y tengan más experiencia" (2). Estimaban complejo el gobierno de la sociedad indiana, donde se experimentan "repentinas y peligrosas mudanzas, se ignoran las leyes municipales o no ay las que basten para todos los casos, y si nos queremos valer de las Romanas o de las de Castilla, repugnan con

(1) Véase para estos puntos nuestros trabajos: "Notas para el estudio del Derecho Indiano", 1916, y "La política económica de España en América y la revolución de 1810", 1914.

(2) "Política indiana", cit., pág. 447.

las que de antiguo tuvieron los naturales”. Los nombrados juristas afirmaban que debían enviarse al Nuevo Mundo en carácter de virreyes “a hombres Togados, versados y experimentados en los Supremos Consejos”, y no a “Cavalleros de capa y espada y Señores de Título”.

Entre todos los juristas, la obra del ilustre Juan de Solorzano Pereyra debe inspirar efusiva estimación en los americanos.

Solorzano, en efecto, figura entre los pocos escritores que defendieron con amor a los “criollos”, exaltaron sus virtudes y capacidad y proclamaron la necesidad de reconocerles iguales en derecho que a los españoles. Casi todo el capítulo XXX del lib. II de la “Política Indiana” es un alegato en favor de quienes Solorzano decía que “no se puede dudar que sean verdaderos Españoles”, aduciendo abundantes razones “para convencer la ignorancia o mala intención de los que no quieren que los criollos participen del derecho y estimación de Españoles, tomando por achaque, que degeneran tanto con el cielo y temperamento de aquellas provincias, que pierden quanto bueno les pudo influir la sangre de España y apenas los quieren juzgar dignos del nombre de Racionales como lo solían hazer los judíos de Jerusalem y Palestina, teniendo y menospreciando por bárbaros a los que nacían o habitaban entre Gentiles...” (1).

Tal actitud de Solorzano no es solamente simpática al corazón de los americanos; se impone también a su inteligencia y reflexión porque descubre en el sabio jurista un espíritu de vidente penetración en el porvenir entonces lejano, que plantearía con el tiempo la lucha entre la minoría gobernante y la inmensa masa social de los nacidos en la tierra.

Solorzano ilustra, que quienes particularmente se encargaron de desacreditar a los criollos fueron los preladados españoles que pretendían excluirlos de las dignidades y cargos honrosos de sus ordenanzas, habiendo negado a poner en auda, un obispo de Mé-

(1) “Política indiana”, cit., pág. 127.

jico, si los criollos podían o no ser ordenados de sacerdotes. Al padre José de Acosta, que decía de los criollos “que maman en la leche de los vicios y lascivia de los indios”, le contesta Solorzano observando la inmensidad de estos territorios, sus diferencias y la de los naturales entre sí, para rechazar la afirmación simple y absoluta, aceptando en cambio que en muchos puntos los criollos “nacían bien templados y morigerados”. Contemplaba con elevación y espíritu apostólico la suerte de otros hombres, y agregaba: “Fuera de que, assi como entre cardos y espinas se dan rosas y de las bestias fieras muchas se amansan. Assi tambien no ay tierra por destemplada que sea y de malos climas que no aya dado y dé muchas veces, insignes y claros varones en virtudes, armas o letras...” (1). Después de testimoniar la existencia de muchos criollos “que han salido insignes en armas y letras y lo que más importa en lo sólido de virtudes heroicas, exemplares y prudentiales, de que me fuera fácil hazer un copioso Catalogo”, termina protestando contra la mala opinión difundida sobre ellos y de la injusticia y agravio que se les infería desconociéndoles el ejercicio de iguales derechos que a los españoles. Consecuente con tal principio proclama la conveniencia de que en la provisión de los cargos, se prefiera en igualdad de méritos, a los que hubieren nacido en las Indias. Refiriéndose especialmente a los cargos de la iglesia y beneficio, laméntase en nombre de los criollos y fundado en diversas autoridades “que por muchos méritos que tuviessen no les tocaba un hueso roído” (2). En seguida enumera las razones que le asisten para decidirse por la prelación de los naturales, aludiendo

(1) Con más fervor, si cabe, Solorzano defendió a los indios. Admirables páginas tiene dedicado a este asunto, en los libros II y III. No solo obogó por ellos en sus eseritos; fué un recto magistrado que castigó sin piedad y sin miedo, los excesos de los encomenderos, sentenciando así: “sean privados de lo propio los que con fraude apetecieron lo ageno y se avergüenzen de quitar a quien ueben dar y amparar y de quererse hacer ricos de la corta sustancia de aquellos pobres”. (Ob. cit. pág. 224).

(2) “Política indiana”, cit. pág. 345.

“al mayor amor que tendrán a la tierra y patria donde nacieron” y al hecho de que “los criollos pocas veces consiguen en España premio alguno por sus estudios, méritos y servicios y si también se sintiesen privados de los que pueden esperar en sus tierras y que se los ocupaban los que se van de otras, podrían venir a caer en tal género de desesperación que aborreciesen la virtud y los estudios” (1). Llegó a consignar—en afirmación audaz para su época—que alguno de los cargos del Supremo Consejo de Indias, debía proveerse con naturales de ellas o por lo menos con personas que hubieren servido muchos años en sus Audiencias (2).

En 1646, Solorzano dió término a su docta obra que es monumento de derecho e historia indiana.

Hombre de estudio y estadista de vastas miras, la avanzada orientación ideológica de Solorzano, explica la profunda influencia que ejerció en el espíritu de la generación revolucionaria de América de fines del siglo XVIII.

En el más conspicuo representante de aquella generación en el Plata, Mariano Moreno, acaso han tenido tanta significación política las lecturas y comentarios del “Contrato social” de Rousseau, como de la “Política Indiana” de Solorzano.

RICARDO LEVENE

Buenos Aires, Noviembre de 1919.

(1) Ob. cit., pág. 345.

(2) Ob. cit., pág. 463.
