

# Acerca de la elaboración y publicación de la ley en el Derecho Indiano

SUMARIO: 1. Presentación.–2. Ley, un vocablo ambiguo.–3. Consejo y deliberación en el orbe hispano-indiano.–4. Las leyes en el Consejo de Indias.–5. La elaboración de cuerpos legislativos.–6. La motivación en las leyes indianas.–7. La elaboración legal en el derecho local.–8. Promulgación y publicación de las leyes.–9. Bandos y pregones locales.–10. Registro y guarda de los despachos. Lecturas anuales.–11. Impresión y difusión de cuerpos legislativos.–12. Epílogo.

## 1. PRESENTACIÓN

En estudios anteriores he dedicado atención al problema histórico de la ley en el mundo hispano. Ellos constituyen el basamento de la presente exposición, enriquecida en la ocasión por otros aportes ajenos y propios, que permiten precisar algunos puntos y ampliar otros, sin omitir la inclusión de nuevos interrogantes y dudas y de vislumbrar posibles senderos de indagación futura.

La limitación de esta contribución se debe en parte a la magnitud de las cuestiones que se plantean y al mismo tiempo a la ausencia de una tipología legal expuesta en su desenvolvimiento histórico. En este sentido, es escasa la bibliografía histórico-jurídica que se ha ocupado de la ley como tipo legislativo, en notorio contraste con el uso de la ley como fuente histórica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Un ensayo bibliográfico muy completo hasta 1999, es el de DAGROSSA, Norberto C. «Bibliografía de Historia del Derecho Indiano» en *Colección Proyectos Históricos Tavera (I). Nuevas aportaciones a la historia jurídica de Iberoamerica*. ANDRÉS-GALLEGO, José (coordinador), Madrid, 2000, pp. 48-60. La monografía de Alfonso GARCÍA-GALLO, «La ley como fuente

Algunas consideraciones previas son, a mi juicio, necesarias para encarar nuestro tema. La primera se refiere al título del trabajo, que sigue naturalmente la propuesta formulada por el señor director del *Anuario* al invitarme gentilmente a colaborar y no difiere, por cierto, del uso de esos vocablos en mis anteriores estudios. Cada uno de ellos tiene una fuerte carga semántica. Ensamblados, pueden componer, para la visión dogmática contemporánea una plenitud abarcadora del orden jurídico. Pero el traslado de esa visión al pasado –en nuestro caso el arco temporal entre comienzos del siglo XVI y los inicios del XIX– sin ningún recaudo carece del nivel deseable para enfocar históricamente la materia. Esta deficiencia es evidente con respecto al vocablo «ley», y también puede serlo con relación a las otras palabras «elaboración» y «publicación», ubicadas dentro de un Derecho indiano complejo por sus componentes y tonalidades, que escapa al intento de reducción a una comprensión y fijación integral. Si aceptamos que la dimensión temporal es inherente al Derecho, también lo es con relación a las categorías o conceptos dogmáticos, que sólo suelen estar en condiciones de atrapar momentos fugaces de una larga trayectoria.

Para remontar, pues, la cuestión a aquellos siglos, sería preciso rescatar en su exacto punto el sentido antiguo de aquellas voces, tarea que no resulta fácil de llevar a cabo pues implica no sólo determinar su alcance terminológico, sino también captar el interés jurídico que los antiguos actores sentían por ese ejercicio definitorio y clasificatorio y hasta qué punto lo consideraban necesario en su operar jurídico. Esta evidencia que surge del curso histórico de vocablos y conceptos debe tenerse en cuenta, aun cuando en nuestro ejercicio de articulación del material no podamos prescindir de cierto encuadre dogmático.

Otra breve consideración merece la situación de la ley en el antiguo orden. La dogmática contemporánea, a fuerza de un constante ejercicio de reducción y abstracción –que provoca una simplificación del material jurídico– ha convertido a la ley en fuente principal o exclusiva del Derecho, al punto de que el discurso del jurista puede operar solo con ella, prescindiendo de todo otro elemento socio-jurídico. Este cuadro era desconocido para el jurista anterior al siglo XIX, que integraba en sus discursos con alta potenciación jurídica, a la costumbre, las prácticas, los ejemplares, los autores, el estilo judicial, e invoca-

---

del derecho en Indias en el siglo XVI», publicada en 1951 y recogida en Idem, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 169-285, sigue siendo el principal estudio sobre la materia por su precisión conceptual y erudición científica, pese al límite temporal de su contenido. Varios estudios míos acerca del tema publicados en los años 80 se reunieron en el volumen *La Ley en América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, que iré citando sucesivamente. Buen ejemplo del modo de aplicar las leyes en conjunción con otras fuentes se encuentra en dos trabajos de PUGLIESE, María Rosa: «Las fuentes del Derecho a través de los expedientes judiciales en el Virreinato del Río del Plata» en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1997, t. I, pp. 135-182, y «Las fuentes del Derecho a través de su aplicación judicial en el Virreinato del Río de la Plata. 2.ª parte» en BARRIOS, Feliciano (coord.). *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas, Actas del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Cuenca, 2002, volumen II, pp. 1401-1428.

ba textos bíblicos, teológicos, políticos, literarios e históricos, etc. Asimismo, era amplia la mención de las leyes, antiguas y modernas, junto a las positivas del reino. No hay que olvidar que el acotado esquema de las fuentes del derecho que hoy conocemos es una fina elaboración del siglo XIX, que alteró la noción de Derecho conocida entonces.

Cabe recordar que la dirección que imprimía el jurista a su discurso estaba apoyada en una acepción amplia de la voz *derecho*, registrada sobre todo en los diccionarios académicos y otros vocabularios de la época y organizada en siete categorías que enunciaba. Derecho era: el que dicta la naturaleza; el ordenado por la Divinidad; el definido por la Iglesia; el que constituyeron las gentes; el establecido por el Príncipe, «supremo legislador en sus dominios»; el que ordena la ciudad o el pueblo para su gobierno privado; y el que introduce la costumbre.

Esta pluralidad normativa y jurisdiccional componía un rico y abigarrado tejido jurídico que el racionalismo y el positivismo de los siglos posteriores hicieron desaparecer bajo la bandera de la uniformidad y el orden sistemático, encarnado en una noción única de la ley. Aun cuando la pretensión nunca pudo triunfar plenamente, lo cierto es que ha dominado de manera abrumadora en el pensar del Derecho de nuestro tiempo. Es lo que hoy se enseña en las aulas y se practica por los juristas, con los matices y tonos que corresponden a las distintas corrientes de pensamiento y a las ideas de los hombres actuantes.

Además, el Derecho que, en el plano normativo, estaba acompañado por otros dos órdenes –la Religión y la Moral– con sus cauces disciplinarios propios, asumió la totalidad de la regulación social. A esta amputación se sumó el desprendimiento provocado por la separación de los dos brazos constitutivos del antiguo Derecho, el civil y el canónico. Este proceso de «simplificación» por una parte y de absolutismo por otro conducido por el racionalismo y el positivismo llevó a constituir el modelo teórico del Estado y el Derecho contemporáneos.

En suma son muy notorias las diferencias entre la idea actual del Derecho y de la ley con relación a la época anterior al siglo XIX, que es precisamente la que ahora queremos definir. En tal sentido, y reiterando lo dicho alguna otra vez, el Derecho antiguo no se presentaba como un rígido conjunto de leyes de estricta aplicación, sino como una reunión de preceptos de diverso origen, naturaleza y alcance, que se invocaban y aplicaban según los casos y situaciones y en conformidad a la materia, la persona y las circunstancias de cada uno. Privilegios, excepciones, tolerancias o disimulaciones servían para moderar el rigor establecido en las normas o derivado de su aplicación. La equidad y el arbitrio judicial acudían para templar la ejecución en los tribunales. Las leyes no solían pues aplicarse, con prescindencia de su contexto socio-jurídico<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Expongo en estos párrafos la idea desarrollada con mayor amplitud en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Ordenes normativos y prácticas socio-jurídicas. La justicia» en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Nueva Historia de la Nación Argentina*, tomo 2 Período español (1600-1810), Planeta, Buenos Aires, 1999, pp. 283 y ss.

## 2. LA LEY, UN VOCABLO AMBIGUO

Para introducirnos en nuestro tema, es preciso atender a tres diferentes sentidos que se otorgaba al vocablo «ley»: como el orden jurídico mismo y fundamento de la sociedad organizada; como norma escrita y promulgada por la autoridad; y en modo estricto, como cierta norma importante, promulgada bajo determinados requisitos y condiciones. Estos sentidos no aparecen siempre claramente diferenciados. Además suelen ser distintos los ángulos de mira del teólogo y del filósofo, más abstractos, que los del político, el moralista o el jurista, más prácticos. La magnitud que adquirió la ley en la Edad Moderna, en aquellos tres significados explica un proceso de transformación, que estuvo estrechamente asociado al poder político y que formó parte de la lenta pero inexorable formación del aparato estatal durante toda la época<sup>3</sup>.

La conquista y colonización de las Indias, como es sabido, se llevó a cabo sobre esta base, en donde la ley ocupó un lugar importante, especialmente en el segundo sentido, bajo el nombre –genérico y algo ambiguo– de legislación o leyes de Indias. Aunque se transplantó a América el orden jurídico del *Ius Commune* y de Castilla, bien pronto la peculiaridad indiana fue reclamando la elaboración de nuevas reglas, separadas de las castellanas hasta constituir un orden particular, formado por letrados, cuerpos legales y obras jurisprudenciales, bajo la guía de un universo jurídico común. Este universo enseñaba y apuntaba que la ley era sólo uno de sus componentes y no su única expresión, como más tarde se impondría.

En un reciente trabajo, Enrique Álvarez Cora plantea interesantes interrogantes y reflexiones con relación al encuadre de la ley en el Derecho indiano. Se destaca allí, sobre la base de una lectura documental, una «noción normativa concreta» de la ley y no como fuente formal o conjunto de las fuentes formales. Esta propuesta se aparta de un enfoque anacrónico y permite explicar una trayectoria del término, arrancando de sus orígenes medievales. De esta teoría, el autor extrae derivaciones que merecen ser atendidas en una revisión de la cuestión, que naturalmente excede de estas páginas<sup>4</sup>.

## 3. CONSEJO Y DELIBERACIÓN EN EL ORBE HISPANO-INDIANO

En el orbe hispano-indiano la elaboración de la ley pasaba por dos fases procesales, en cierto modo entramadas, que eran el consejo y la deliberación. Una tercera, que más adelante veremos, cerraba el círculo: la motivación de las leyes.

---

<sup>3</sup> Un tratamiento ampliado de estas cuestiones en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «La noción de ley en América Hispana durante los siglos XVI a XVIII» en *idem*, *La ley...* cit., pp. 27-48.

<sup>4</sup> ÁLVAREZ CORA, Enrique, «La noción de la ley castellano-indiana» en *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Coordinador: Manuel Torres Aguilar. Córdoba, 2005, t. II, 1287-1312.

Según Castillo de Bobadilla el gobierno de una república consistía en «mucho y buen consejo para la útil dirección de todas las acciones»<sup>5</sup>. Los reyes lo establecieron desde los comienzos de la conquista en los asuntos importantes de gobierno, que a veces por su trascendencia fue solicitado a relevantes teólogos y juristas, convocándolos a juntas especiales. También el consejo fue función encomendada de modo permanente a quienes actuaban en las Indias, como oidores, obispos, prelados, moralistas, oficiales reales, conquistadores y vecinos, según las materias y ocasiones<sup>6</sup>. Modalidad de este consejo era el que se daba al rey a través de la libertad de comunicación y de las peticiones de los procuradores de la ciudad y de los apoderados en la Corte<sup>7</sup>. Con nítido influjo en el campo legislativo, el consejo se observa en la actividad de los órganos de gobierno y justicia, como el Consejo Real y Supremo de las Indias y las audiencias. Solórzano se explayó sobre cómo el consejo se plasmaba en estos cuerpos colegiados, en donde necesariamente se registraba una variedad de juicios y caracteres. Así consideraba que la disensión de opiniones era buena y realizaba el valor de lo acordado, por lo cual era preciso preservar como norma principal de esas juntas que se respetase la libertad de pareceres, aun cuando contradijese el deseo del Príncipe. Pero luego de expuestos argumentos y razones, se debía procurar que se emitiese un solo sentir, acordado entre todos<sup>8</sup>.

El acto de la deliberación entre hombres doctos y escogidos como paso necesario en la creación legislativa formaba parte de la antigua tradición castellana. Ya las Partidas resaltaba la idea al expresar que «...el derecho buena cosa es y noble, cuanto más acordado es y más catado tanto mejor es y más firme». De ahí que destacase la participación de «homes entendidos e sabidores de derecho» y de «los más homes buenos» de las ciudades para que se plasmase que el derecho nuevo fuese «catado» y «acordado» Según el código alfonsí, el perfecto legislador debía amar a Dios, a la justicia y al bien de la comunidad, saber diferenciar el derecho del tuerto, y mostrarse proclive a la enmienda de las leyes cuando se lo indicase la razón<sup>9</sup>.

En relación al ejercicio de la facultad legislativa del Consejo de Indias, Solórzano explicaba que dada la distancia y demás circunstancias que otorgaban peculiaridad al gobierno indiano, era necesario que en el despacho de las leyes procediese «con gran atención a su conveniencia, y tomando primero todos los informes y pareceres que pudiese de personas entendidas y desinteresadas, que libres de todos afectos y respetos, los puedan dar buenos en estas materias» tal como lo prescribía una ordenanza de 1636. Solórzano remarcaba que quienes debían resolver esos graves asuntos, antes «han de pensar y pesar»,

<sup>5</sup> CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores* (1597), II, VI, 2.

<sup>6</sup> GÓNGORA, Mario, *El Estado en el Derecho Indiano. Época de fundación 1492-1570*, Santiago de Chile, 1951, pp. 254-260, 285-287 y 291.

<sup>7</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Autónoma de México, México, 1994, pp. 227-259.

<sup>8</sup> La idea está desarrollada en SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, *Política Indiana*, libro V, cap. VIII que trata sobre cómo deben proceder los oidores y ministros de las audiencias de Indias. También ver el mismo libro, cap. XV, número 29-32 (Edición utilizada, Madrid, 1776).

<sup>9</sup> Partidas, 1.<sup>a</sup>, I, 11 y 17.

ya que «no hay cosa más perjudicial, y vituperable y peor parecida que andar haciendo y promulgando leyes para mudarlas, y fiando su duración y observancia más del suceso que del acierto»<sup>10</sup>. Sostenía, en fin, que en hacer nuevas leyes o revocar las antiguas, era justo y conveniente que interviniesen siempre «los más jueces y consejeros, que ser pudiera» como lo mandaba aquella ordenanza.

Apoyado en citas doctrinarias y legales, con el trasfondo de las Partidas, llegaba Sólorzano a la afirmación de una idea que aparecía asentada en el orden hispano de la época acerca de la necesidad de los consejeros-legisladores de «pensar y pesar» su decisión. De más está decir, que esta idea enclavada en el texto de la *Política Indiana* —obra y autor reconocido como primera autoridad jurisprudencial— es tanto un testimonio de época como un precepto para el futuro. En línea de pensamiento con este texto cabe destacar el real decreto del 10 de febrero de 1715, por el cual el rey instaba al Consejo de Indias a que no sólo representase lo que juzgase conveniente, sino también con libertad cristiana y sin detenerse en motivo alguno ni respeto, replicase a las resoluciones reales siempre que lo sea para el buen gobierno temporal y espiritual<sup>11</sup>.

Una interesante aplicación de estas ideas se produjo cuando en 1743 se planteó la discordancia entre una ley recopilada y unas órdenes expedidas por la vía reservada acerca de la competencia de los virreyes para intervenir en causas de comisos. Ante el caso, el Consejo de Indias hizo consulta al rey, exponiendo que si su intención era que se le diese a los virreyes esa nueva facultad resultaba necesario derogar la antigua ley que disponía que dichas causas no se sacasen de los tribunales naturales, sin prever la intervención virreinal. En este supuesto, debía comunicarse la decisión a todos los reinos de Indias «como se acostumbra cuando se da alguna providencia que por punto general innove, altere y derogue lo dispuesto por las leyes...». Ante esta consulta del Consejo el rey asentó por resolución que «no ha sido mi ánimo alterar las leyes»<sup>12</sup>. Dentro del marco temático la respuesta resulta significativa, más allá de la elección de una de las dos alternativas normativas. Y es que aquella parece contener una enfática declaración afirmativa sobre la observancia de un orden establecido, que el rey, al menos en esta ocasión, decidió acatar.

#### 4. LAS LEYES EN EL CONSEJO DE INDIAS

Desde sus comienzos, en 1624, el Consejo de Indias había dado preferencia a los asuntos de gobierno, tanto temporales como espirituales. Sólo en ciertas causas intervenía la sala de justicia. A su vez los ingentes negocios de guerra y hacienda estuvieron a cargo de las respectivas juntas especiales. Aun así,

<sup>10</sup> SOLÓRZANO, *Política Indiana*, cit. V, XVI, 17-20.

<sup>11</sup> Archivo General de Indias, Sevilla (A.G.I.), Charcas 210.

<sup>12</sup> Archivo Histórico Nacional (Madrid), (A.H.N.) Códices 753 B. Manuel JOSEPH DE AYALA. Consultas y pareceres, t. II, f. 102v-103.

aquellos asuntos de gobierno constituían un apreciable conjunto de materias que tenían su peculiaridad provincial y local. Reiteradamente se enfatizó que los ministros del Consejo debían poseer acabada noticia sobre la geografía, población, economía y constitución política y eclesiástica de las comarcas indianas para mejorar su capacidad de análisis y decisión de los casos. Se recomendaba así que los ministros tuvieran saber y experiencia adquirida en el desempeño de magistraturas indianas. Sólo en contadas ocasiones se alcanzó este desiderátum antes de la reforma de 1773, que convirtió al Consejo en tribunal donde terminaba la carrera de los magistrados<sup>13</sup>. Aun así la vastedad territorial y la consiguiente variedad regional fueron siempre obstáculo para que sus ministros tuvieran una amplia experiencia más allá de la provincia en donde se habían desempeñado. Esto pudo suplantarse en muchas ocasiones con la presencia accidental en la Corte de magistrados o prelados, o también con la residencia permanente de ministros jubilados que, a requerimiento del Consejo, ofrecían su opinión o dictamen sobre particulares asuntos que llegaban a la Corte reclamando, por su gravedad, una solución especial.

La ley indiana solía surgir de la lectura y opinión letrada sobre la masa de papeles —representaciones, memoriales, cartas, expedientes, etc.— que llegaban a la Península desde distintos lugares de América en las flotas y galeones y navíos de registro. Se desplegaba entonces un trámite burocrático, con intervención inicial del fiscal y otros ministros o agentes. Sobre el dictamen de aquél y los informes de éstos, cuando lo había, el Consejo deliberaba y resolvía. Los resultados de esa deliberación expresados a veces en una extensa y prolija argumentación, eran insertados en la Consulta escrita que se elevaba al rey directamente. Al margen del documento se asentaba la resolución regia, generalmente muy breve. Con estos elementos se redactaba el despacho, real cédula, provisión, carta, etc., según correspondiese. Una copia del despacho quedaba en los libros-cedularios generales o particulares de cada gobernación.

La serie de estos libros, que suman varios cientos, guardaron una continuidad desde 1493 hasta el siglo XIX en Nueva España y sólo hasta 1717 en el Perú —hoy conservados en el Archivo General de Indias—. En sus textos, de variada índole, se esconde toda una política de gobierno indiano y una línea legislativa que el historiador puede detectar. Para el proceso de elaboración de la ley se cuenta con los innumerables textos de las consultas, algunos de ellos verdaderos estudios sobre cuestiones puntuales de la vida indiana que llegaban hasta la cúspide de la Monarquía. Estos textos quedaron en los propios expedientes, de modo que no fueron material de consulta utilizado habitualmente en la práctica administrativa del Consejo. En la segunda mitad del siglo XVIII, el consejero de Indias Manuel José de Ayala hizo una prolija copia de algunas de estas consultas<sup>14</sup>. Las consultas de los siglos XVI y XVII están hoy a disposición del histo-

<sup>13</sup> GARCÍA PÉREZ, Rafael, *El Consejo de Indias durante los reinados de Carlos III y Carlos IV*, Pamplona, 1998, pp. 120 y ss.

<sup>14</sup> Consultas y pareceres dados a S.M. en asuntos del gobierno de Indias... recopilados por Manuel JOSEPH DE AYALA, tomos I a VI y VIII a XII en A.H.N., Códices; y t. VII y XIII a XIX en Biblioteca de Palacio Real (Madrid) Núm. 2.752, 2.756 a 2.762.

riador gracias a un notable trabajo de catalogación realizado por el equipo de investigadores y archiveros dirigido por Antonia Heredia Herrera. Consta de un breve sumario de contenido con el texto completo de la decisión real y la indicación del lugar donde se encuentra el original<sup>15</sup>.

La adecuada articulación y análisis de ésta inmensa y rica documentación, siguiendo las fases históricas de evolución de este órgano superior del gobierno indiano, permitirá verificar hasta qué punto se impusieron aquellos postulados del rey sabio o las pautas solorcianas<sup>16</sup>.

No se trata sólo de encontrar el origen de una norma positiva, sino también de observar la actuación del órgano frente a leyes que fueron suplicadas o no cumplidas; o frente a normas castellanas que pasaban para su aplicación en Indias. Aun más ello se exterioriza en la dilatación indefinida de graves cuestiones, como la perpetuación de las encomiendas, sobre las que pesaban poderosas razones de una y otra parte que hicieron preferible evitar un pronunciamiento. Es en estos asuntos donde se aprecia en su mayor dimensión el papel deliberatorio asumido por el Consejo de Indias, con presencia de aquellos preceptos y pautas. A veces el negocio a tratar asumía tal complejidad que era objeto de un trámite burocrático en el cual la elaboración alcanzaba a involucrar una confrontación de opiniones que incluía el Consejo pleno, el rey, el fiscal, y otros órganos, como aconteció, por ejemplo, cuando en 1803-1804 se puso a discusión sobre si se debía circular a América una ley castellana que prohibía los mayorazgos, en atención a que fuertes razones territoriales, económicas y políticas establecían apreciables diferencias en las condiciones de existencia de la institución en España y América<sup>17</sup>.

## 5. ELABORACIÓN DE CUERPOS LEGISLATIVOS

Aunque el proceso de elaboración de las compilaciones legales tenga otras características en algunos aspectos, no se omite en el mismo la fase de deliberación y redacción definitiva de unos preceptos que, tomando a la letra buena parte del texto original, experimentan los cambios necesarios para convertirlos de normas particulares en generales.

En esta materia es de destacar el proceso de elaboración de la Recopilación de las Leyes de Indias que durante varias décadas del siglo XVII concitó la atención de algunos juristas en la misma Corte y que culminó con la promulgación de 1680. Quien resultó el artífice principal de esa Recopilación, Antonio de León Pinelo, destacó explícitamente el trabajo de elaboración que se proponía.

<sup>15</sup> HEREDIA HERRERA, Antonia, *Catálogo de las Consultas del Consejo de Indias*, 2 tomos, Madrid 1972; 4 tomos, Sevilla, 1983-1985; siguen bajo proceso de informatización, 5 tomos más hasta el año 1668, Sevilla, 1987-1994.

<sup>16</sup> Sobre cómo se elaboraba la ley en el Consejo en el siglo XVI, véase GARCÍA-GALLO, «La ley...», cit. 259-264.

<sup>17</sup> A.G.I., Indiferente 803. Expediente «Indiferente año 1804. Consultas de asuntos seculares».

Su tarea estaba aplicada a la revisión de los libros cedularios generalísimos y generales que se habían formado a lo largo de una larga centuria, reconociendo el carácter particular de las disposiciones dirigidas a una provincia de aquellas otras que admitían un campo de aplicación más dilatado. Su criterio fue extraer de esos despachos sólo la parte decisoria, es decir, según decía, «la razón de decidir general, aunque sean particulares», evitando incluir disposiciones que contuviesen preceptos semejantes, opuestos o caídos en desuso. Sostenía que era necesario mantener el sentido de la disposición original cuidando que las leyes fuesen claras, llanas y breves.

Otra preocupación de Antonio de León fue la distribución de estas leyes por materia en libros y títulos para alcanzar a formar propiamente «un cuerpo de Derecho». Para dar a la obra cierto grado de perfección hubiese sido necesario contar con una mayor licencia de la que disponía el recopilador, es decir, hacer de nuevo las leyes para cada materia, como lo había hecho Alfonso X en las Partidas. Pese a esta limitación, León empleó cierta libertad en la elaboración de algunas leyes, que colocó bajo la autoridad del monarca reinante<sup>18</sup>.

Cabe recordar que esta elaboración de las leyes reales dentro del proceso recopilador fue logrando un papel relevante dentro de determinados círculos de letrados, al punto que una línea de pensamiento en torno a don Antonio de León se refería a ellas como «ciencia de las cédulas» en donde se radicaba la verdadera jurisprudencia, que no estaba en las glosas y comentarios de los autores, como pretendían otros<sup>19</sup>.

Cuando en las últimas décadas del siglo XVIII se inició un programa de reforma legislativa, que incluía a la propia Recopilación, predominaron las voces que sostenían las calidades de dicho cuerpo legislativo en punto a orden, estilo y distribución de materias<sup>20</sup>. Ese reconocimiento se hizo más patente en la opinión colectiva de la Junta de ministros nombrada para corregir y adicionar las leyes de Indias, que sesionó entre 1781 y 1785, quienes acordaron como regla general para el examen del principal proyecto que cuando «no se verificase abierta necesidad de variar, alterar, aumentar o disminuir las precisas formales palabras, bajo de las cuales han corrido en las anteriores impresiones las Leyes de recopilación de Indias», salvo las derogadas o excluidas, «se coloquen por el mismo tenor de las palabras, con que se hallan en la antigua recopilación, y aun guardando, en cuanto fuese posible, el mismo número de su anterior coordinación». Este acuerdo estaba precedido de una esclarecedora motivación que bien vale transcribir en su meollo. Se sostenía que debía evitarse la modificación de algunas cláusulas y palabras, pues tenía el inconveniente de «desfigurar el contexto y tenor de unas leyes consagradas por el tiempo y la

---

<sup>18</sup> LEÓN, Antonio de, *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de Indias Occidentales (1624)*. Reedición facsimilar en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 8, Buenos Aires, 1957, pp. 209-266.

<sup>19</sup> Sobre esta cuestión véase TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Entre leyes, glosas y comentarios. El episodio de la Recopilación de Indias» en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, tomo III, vol. 1, pp. 267-283.

<sup>20</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires, 1992, p. 424.

observancia, y estampadas con determinadas palabras en las obras de muchos sabios escritores, que las citaron, cuando a ello no obliga urgente razón de hacer novedad; mayormente siendo innegable, que el estilo y expresiones de nuestros mayores tienen toda la sencillez, dignidad y fuerza, que conviene a la materia...»<sup>21</sup>. El espíritu de esta regla predominó en las extensas sesiones de la Junta. Si bien las deliberaciones alcanzaron un escaso resultado positivo en cuanto a la reforma, permitieron convalidar la autoridad jurídica de la antigua Recopilación. Constituyen un interesante modelo de elaboración y debate sobre materia legal, registrado en un libro de acuerdos.

Este criterio de enaltecer el consejo y la deliberación en la formación de la ley aparece peraltada en otros testimonios dados en los días en que se acentuaba el poder absoluto del rey como elemento casi excluyente en el proceso de creación normativa. Junto a esta tendencia subsistía otra, de vieja estirpe, que amparada en antiguos saberes y textos recordaba las limitaciones que rodeaban a ese poder desbordante. Dentro de este contexto cabe recordar la enérgica denuncia del fiscal de Charcas, Victorian de Villaba, que hacia fines de siglo expresaba con tono crispado que los ministros o secretarios tenían «en su tinte-ro la facultad de derogar las más fundamentales leyes» con sólo invocar una presunta orden real cuando, en contraposición, la base de todo orden jurídico era que las leyes se meditasen, consultasen y revisasen antes de promulgarse y luego, su derogación sólo pudiera hacerse con las mismas exigencias<sup>22</sup>.

En el mismo sentido cabe mencionar una significativa consulta del Consejo de Indias de 1794, sobre la sanción del libro primero del nuevo código –de la que me ocuparé más adelante– en la cual, orillando arduas cuestiones acerca de la potestad absoluta del rey, hincaba su argumentación en la necesidad de que esas nuevas leyes fuesen revistas y examinadas por todo el Consejo, que era «el cuerpo colegiado más numeroso y más instruido en la materia», recordando los antiguos preceptos de las Partidas que impulsaban a establecer o revisar las leyes con el mayor acuerdo posible y la participación de «homes entendidos e sabidores de derecho». El argumento convenció al rey para modificar su decisión.

## 6. LA MOTIVACIÓN DE LAS LEYES INDIANAS

Entramado con los conceptos anteriormente desarrollados, aparece la práctica de ofrecer en las leyes, cuando se juzgase necesario, una exposición de los motivos que habían llevado a dictarlas, sea ya en cuerpos legales, ordenanzas o leyes similares<sup>23</sup>. Altamira indica que esta práctica, si bien tiene su

<sup>21</sup> Libro de los acuerdos de la Junta nombrada para corregir y adicionar las Leyes de Indias (1781-1785). Volumen manuscrito en A.G.I., Indiferente General 1653, libro I, f. 12-13.

<sup>22</sup> VILLABA, Victorian de, *Apuntes para una reforma de España sin trastorno del gobierno monárquico ni la religión* (1797). Reproducido en Ricardo LEVENE, *Vida y escritos de Victorian de Villaba*. Buenos Aires, 1946, p. LXXXVI.

<sup>23</sup> GARCÍA-GALLO, «La ley...», cit. 228-230.

modelo en las Partidas y en la legislación medieval, alcanzó singularidad en el Derecho indiano por la influencia que ejercieron las polémicas sobre la aptitud del indio, la definición de la política indiana y la preocupación por justificar la conquista<sup>24</sup>. De tal modo, se cerraba el proceso de elaboración de la ley dando una base de razón pública a la decisión legislativa.

En el siglo XVI, según explica García-Gallo, la exposición de motivos y la disposición eran esenciales de la ley e integraban la parte central de la misma. Aquella raramente faltaba y era más bien la expresión de los antecedentes que de la intención o fines perseguidos. No era meramente informativa, sino que buscaba acreditar la necesidad de la nueva ley y suministraban elementos para mostrar su racionalidad<sup>25</sup>.

Entre los ejemplos que podrían utilizarse, escojo para esta ocasión uno que es representativo por su contenido y por la repercusión que alcanzó en la época. Se trata de la real cédula que Felipe II expidió desde Burgos el 14 de septiembre de 1592 dirigida al Virrey del Perú, marqués de Cañete, en la que consagraba la inviolabilidad de la correspondencia de los súbditos con el rey, y por extensión establecía una libertad más amplia entre las gentes. La motivación, la decisión y la orden de publicación en todas las ciudades y pueblos de españoles constituía un texto unitario, que bien vale su íntegra reproducción:

«Yo he sido informado que algunas veces ha acaecido que las Cartas, Pliegos y despachos que algunas Personas de esas Provincias me escriben, y envian, y las que dellas van de unas partes a otras, las han tomado y abierto, y detenido algunos de los que han gobernado: mediante lo cual he dejado de ser informado de cosas tocantes al servicio de Dios, y al buen gobierno, y administración de justicia de esas partes; y los mismos que se escribían unos a otros han recibido mucho daño manifestándose sus secretos, lo cual ha sido causa de que atemorizados no osan, ni se atreven a escribir, recelando que se les puedan seguir dello algunos inconvenientes. Y porque este es el Instruimento con que las gentes se comunican y además de ser ofensa de Nuestro Señor abrir las Cartas, estas han sido y deben ser inviolables a todas las gentes, pues no puede haber comercio, ni comunicación entre ellos por otro camino, ni la hay para que yo sea informado del estado de las cosas de esas partes ni para que los agraviados que no pueden venir con sus quejas me den cuenta de ellas y de necesidad cesaría o impediría notablemente el trato y comunicación si las dichas cartas y pliegos no anduvieren y se pudieren enviar libremente, y sin impedimento y conviene lo mucho que se deja entender, no dar lugar ni permitir cosa semejante pues demas de lo sobre dicho, es opresión y violencia, e inurbanidad que no se permite entre gentes que viven en cristiana política. Os mando que hagáis pregonar en todas las ciudades y pueblos de Españoles de ese distrito que ninguna Justicia ni persona privada, Eclesiástica ni Seglar se atreva a abrir ni detener las dichas cartas, ni a impedir que ninguno escriba so pena a los Prelados y Eclesiásticos de las Tempo-

---

<sup>24</sup> ALTAMIRA, Rafael, «La legislación indiana como elemento de la historia de las ideas coloniales españolas» en *Revista de Historia de América*, núm. 1, México, 1938, pp. 9 y sigts.

<sup>25</sup> GARCÍA-GALLO, «La ley.», cit. 228-229.

ralidades y de ser habidos por extraños de mis Reynos; y los Religiosos de ser luego enviados a España; y a los Jueces y Justicias cualesquier que sean de privación perpetua irremediable de sus oficios y a éstos y a las demas personas seglares de destierro perpetuo de las Indias, y de azotes y galeras a las personas, en quien se pudiere ejecutar esta pena para ejemplo. Y vos, y los que os sucedieren en el cargo, terneis particular cuidado de ejecutarlo en los arriba contenidos. Y por ningun caso que no sea de manifiesta sospecha de ofensa de Dios N. S. o peligro de la Tierra, no abrireis, ni deterneis vos ni ellos las dichas cartas, ni despachos; por que demás de que de lo contrario, me terné por deservido, mandaré proveer del remedio que convenga». Burgos, 14 de septiembre de 1592<sup>26</sup>.»

La vigorosa construcción jurídica, a la que la motivación daba un punto final, empezó a sufrir embates en el siglo XVIII. Apareció así tempranamente en la literatura política una tendencia que estimulaba a prescindir de toda motivación en las leyes. Un escritor, Juan de Cabrera, apuntaba en 1719 que exponer la razón y motivos de sus leyes a los vasallos, era dar oportunidad a los inobedientes para que no las respetasen, a los jueces para que las juzgasen, y a los doctores para que las disputasen. Agregaba este autor que, según la idea de que el Príncipe debe mandar y el vasallo obedecer, no era conveniente ofrecer argumentos, sino sólo el mandato para que se obedeciese. Admitía, sin embargo, que en algunos casos podía ser acertada la motivación<sup>27</sup>.

Bajo esta nueva óptica deben apreciarse algunas disposiciones dadas en la cúpula del gobierno indiano durante la segunda mitad de la centuria. Por acuerdo del 15 de julio de 1755, el Consejo de Indias dispuso que no se expresasen en las cédulas que se expidiesen «las razones o fundamentos que motivan sus resoluciones», haciéndose sólo las relaciones de las partes o las causas que las originan, salvo que se estableciera expresamente lo contrario<sup>28</sup>. Era aún más explícito lo que en ese mismo año apuntaba Antonio Prado y Rozas en una obrita práctica destinada a la instrucción de los oficiales de la administración, al sostener: «Debese escusar el enviar motivados los Despachos y Ordenes, así porque no se encuentre en el motivo o causa por que se dejen de obedecer, como porque la superioridad no necesita de dar satisfacciones para mandar; pero esto no se debe observar como regla general, pues ocurrirán casos en que convenga exponer motivos, a lo menos por mayor, y deberá advertirlo la des-

<sup>26</sup> El texto transcripto ha sido tomado de la Colección documental de Benito de la MATA LINARES que se encuentra en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia (Madrid). Corresponde al tomo 97, que incluye cédulas del período 1493-1600. Parece evidente que MATA LINARES sintió especial atracción por este texto, pues lo transcribió íntegramente, lo que no ocurrió con los restantes allí reunidos, que solían ser breves extractos obtenidos de principales obras jurisprudenciales. Está incluido en el *Cedulario Indiano recopilado por Diego de Encinas*, (1596). Reproducción facsimilar con estudio e índices de Alfonso GARCÍA-GALLO, Madrid, 1945, libro 2, pp. 312.313.

<sup>27</sup> CABRERA, Juan de, *Crisis política. Determina el más florido imperio y la mejor institución de príncipes y ministros*, Madrid, 1719, pp. 607-609.

<sup>28</sup> Papel sin fecha ni firma en AGI, Indiferente General 860.

treza del oficial, para hacerlos presentes a su Superior, con el fin de que declare si se han de exponer o no»<sup>29</sup>.

En este nuevo contexto no parece extraño que la idea se reiterase en boca de tres destacados ministros de la Junta del Nuevo Código de Indias, que en un dictamen de 1782 expresaban que «el Rey no debe dar razón de las leyes que establece ni de sus motivos»<sup>30</sup>. Para entonces había ya un desbordado crecimiento del absolutismo real que se constata en varias expresiones en el ejercicio del poder. La creación de las secretarías de despacho, como una «vía reservada» separada de la que se comunicaba con el Consejo, dio al rey y a sus ministros una mayor libertad en la decisión legislativa con sensible desmedro de la antigua tradición consultiva de aquel cuerpo, aunque no faltaron algunas reacciones que buscaron restablecer aquella ancestral práctica, como hemos visto. La Real Orden, imperiosa, escueta, acompañada por el Oficio, fueron los tipos legales que representaron el nuevo estilo, con textos desnudos de toda razón o motivos, que no admitían réplica ni súplica y en los que se imponía un aire de superioridad hacia los ministros destinatarios de las provincias indianas. Esta modalidad cundió en los propios distritos americanos, en los mandamientos e instrucciones que los gobernantes locales dictaban dentro de su ámbito jurisdiccional.

Aun así la motivación no desaparece por entonces. Podemos así encontrarla en textos locales, ya para justificar la adopción de medidas graves para castigar los delitos, o ya para ejercer una suerte de didáctica ilustrada.

En los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, de los cuales he reunido y examinado un centenar de piezas<sup>31</sup>, se observa un estilo razonador y motivador aun en tiempos tardíos. Uno de los ejemplos más significativos en este orden es el auto dictado en 1800 por el gobernador intendente de Salta, don Rafael de la Luz, en el que expone que las providencias adoptadas responden a una tarea previa de reunir conocimientos y hacer «bien meditadas consideraciones», además de oír el dictamen de su teniente asesor. En sus casi treinta preceptos explica el porqué y motivación de cada disposición que se establece. Una muestra de lo que interesa aquí resaltar es el capítulo relativo a la comunidad de los montes silvestres, canteras y ríos. Por varias prescripciones reales que empezaron en 1541 se había concedido el uso común de los pastos, montes y aguas de las Indias a naturales y vecinos de ellas. Este régimen, ya generalizado, fue encontrando resistencias a medida que avanzaba la concepción contraria que daba carácter individual y absoluto a la propiedad, con exclusión de los modos de aprovechamiento colectivo. En esta ocasión el intendente de la Luz denunciaba la resistencia de los dueños de estancias y chacras de su jurisdicción a franquear «los montes silvestres, y las canteras de

---

<sup>29</sup> PRADO Y ROZAS, Antonio, *Reglas para oficiales de secretarías*. Madrid, 1755, reedición, Madrid, 1982, pp. 98-99.

<sup>30</sup> A.G.I., Indiferente 1653, Libro de Acuerdos, p. 175.

<sup>31</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, (Edición y estudio), *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispana)* Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2004.

que abundan, ni los ríos, o manantiales que las riegan, para que el público se provea de la madera, rama, leña, piedra, laja y pescado, de que necesita...» e indicaba cómo se habían eludido el cumplimiento de esas disposiciones. Agregaba que la ciudad no tenía montes propios o comunes y que las mercedes que concedieron aquellos terrenos al tiempo de la población otorgaron sólo el usufructo y no el dominio absoluto, por lo cual el gobernador apercibía de nuevo a dichos dueños a que no impidiesen el aprovechamiento público bajo determinadas condiciones<sup>32</sup>.

## 7. LA ELABORACIÓN LEGAL EN EL DERECHO LOCAL

Esta línea de pensamiento acerca de la elaboración de las leyes que apreciamos en páginas anteriores se extiende a la vasta normativa, variada y compleja, que constituía el derecho local de las Indias españolas. Bajo la forma de mandamientos, ordenanzas, autos y bandos, los virreyes, audiencias, gobernadores, visitadores, alcaldes y cabildos elaboraban y dictaban una copiosa legislación propia, donde asomaban de diversas maneras el consejo, la deliberación y el acuerdo entre hombres «sabios» o entendidos, según las circunstancias y posibilidades. Así la labor del asesor letrado, o el acuerdo de los cuerpos –como audiencias o cabildos– adquirieron una fuerte presencia en casos notorios. Otras veces en junta particular se oía, comunicaba y consultaba el texto normativo.

Se puede adoptar como ejemplo otra vez a los denominados bandos de buen gobierno. Se percibe de modo bastante generalizado que la elaboración del mismo no solía ser un acto unilateral de quienes lo dictaban, sino que era el resultado de una negociación entre las diversas autoridades de la ciudad, con el consenso de otros ministros, letrados y prácticos. Estas circunstancias no quedaban corrientemente asentadas en los textos, pero hay casos que permiten observar esa práctica, en la que gobernador y cabildo convergían en dar su opinión sobre los puntos que debían incluirse. Estos abarcaban en general la regulación de la vida cotidiana de la ciudad y de la campaña circundante, en aspectos como la religión y moral; la población y su dinámica; el orden edilicio, el tránsito y ordenamiento de la vía pública; la limpieza y salubridad; la seguridad pública; el uso de armas; el abasto de vecinos y moradores; las pulperías y tiendas; los juegos, fiestas y bailes; el trabajo; los vagamundos y pobres; los tratos y contratos; la propiedad; la familia y la casa; la colaboración de los vecinos con la justicia. En la mayoría de estas materias era importante el régimen penal establecido. Dada la magnitud de las cuestiones indicadas, que fue creciendo en la segunda mitad del siglo XVIII, este tipo legal se hizo cada vez más imprescindible en el gobierno y economía locales. Los cabildos encabezaban esa preocupación. Se destaca entre sus miembros, la actuación del procurador general de la ciudad, a cuya iniciativa –planteada a través de memoriales

---

<sup>32</sup> *Idem*, 444-452.

o de viva voz en el propio acuerdo capitular— el cabildo o el gobernador disponían el correspondiente bando, que algunas veces era prácticamente hechura de ese funcionario. La reiteración de los principales preceptos y la acumulación en su aplicación —con su esporádica modificación— dieron a estos textos una vigencia renovada, con un alto significado didáctico<sup>33</sup>.

A su vez, otro ejemplo podría ser el tipo legal de las ordenanzas. Sobre la materia Barrero García ha realizado un interesante análisis comparativo de 22 cuerpos normativos de ciudades americanas de ambos virreinos, elaborados en el siglo XVI, que permite observar la existencia de una base literal común en algunas ordenanzas y que no parece tan evidente en otras<sup>34</sup>. Esto nos lleva a distinguir ciertas tradiciones regionales, y sobre todo a mostrar en qué manera podían jugar estos elementos —los comunes y los propios— en el proceso de su elaboración. Aunque el estudio no penetra de lleno en este proceso insinúa con agudeza el interés de ahondar en las circunstancias locales para determinar los motivos tanto de la adopción como de la innovación textuales.

## 8. PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LAS LEYES

Aunque se pueda forzar una distinción entre promulgación y publicación de la ley, lo cierto es que el uso indistinto de dichos términos se mantuvo en España hasta los primeros textos constitucionales del siglo XIX. Se trata de un concepto muy arraigado en el derecho histórico y los actores de la época, teólogos y juristas, no sintieron la necesidad de separarlos<sup>35</sup>.

A fines del siglo XVIII un autor hispano expresaba que «como las leyes son la regla de obrar en la vida civil, es indispensable su publicación para que llegando a noticia de todos puedan observarlas»<sup>36</sup>. Otro autor de mediados de esa centuria resumía el estado de la cuestión afirmando: «Debe ser el precepto de la ley público, y así es constante que debe promulgarse para que valga; pero basta que se publique de cualquier suerte, capaz de ponerla en noticia de todos; es a saber, por pregones, o por órdenes circulares, o estando todo el pueblo

---

<sup>33</sup> Idem, 49-58.

<sup>34</sup> BARRERO GARCÍA, Ana María, «Las relaciones textuales de las ordenanzas de los cabildos americanos» en *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho, Actas y Estudios*, San Juan (Puerto Rico), 2003, t. I, pp. 157-197.

<sup>35</sup> Sobre esta cuestión, véase RICO LINAGE, Raquel, «Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII: la Gaceta de Madrid y el Mercurio Histórico Político» en *Anuario de Historia del Derecho Español* (A.H.D.E) t. 57. Madrid, 1987, pp. 265-338. También de la misma autora, «Promulgación o publicación: la voz del legislador en el primer constitucionalismo (1808-1823)» en *A.H.D.E.*, t. 75, Madrid, 2006, pp. 1.013-1.035. Aunque su campo de estudio es posterior resulta recomendable LORENTE SARIÑENA, Marta, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, 2001.

<sup>36</sup> PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Principios del orden esencial de la Naturaleza establecidos por fundamentos de la moral y política, y por prueba de la religión. Nuevo sistema filosófico*. Madrid, 1785, p. 245.

junto en Cortes, o por encerrarse en cuerpo del Derecho que sea público...»<sup>37</sup>. Estas frases condensaban una larga tradición jurídica proveniente del derecho común y castellano que se había trasplantado a las Indias desde los inicios de la colonización. Según se expresaba en las actas capitulares de una ciudad americana a mediados del siglo XVII, y a principios de la siguiente centuria, el método más difundido de cumplir con esa regla era «publicar y pregonar las cédulas de S.M; autos y órdenes del gobierno» en la plaza pública de la ciudad y demás lugares acostumbrados bajo la condición de que toda ley «no llegando a noticia del pueblo no puede parar perjuicio a sus moradores...»<sup>38</sup>.

Los pasajes transcritos, de tiempos y procedencia distintos, son representativos de una opinión común practicada y reiterada en el Nuevo Mundo. Aun así están lejos de satisfacer el tratamiento de una materia que desarrollaba infinidad de peculiaridades a través de los diversos tipos legales, de la visión cambiante de los poderes y de la forma de alcanzar una comunicación apta entre la autoridad que dictaba el precepto y la gente obligada a su observancia.

La necesidad de la publicación se desprendía ya del concepto de ley contenido en las Partidas, dirigido a inculcar en el hombre una conducta enderezada hacia el amor de Dios, la justicia y el bien de la comunidad. Las ordenanzas del Consejo de Indias de 1571 establecían, recogiendo este principio, que las leyes «se publiquen donde y cuando convenga», salvo alguna que fuese secreta<sup>39</sup>. Esta idea fue desenvuelta sin contradicciones sustanciales por teólogos, juristas, moralistas y políticos de la época, quienes insistían en señalar que sólo después de su publicación las leyes empezaban a obligar.

El régimen de publicidad era aplicable en América tanto para las disposiciones sancionadas en la Península, como para las emanadas de autoridades u órganos locales. La heterogeneidad de tipos legales existentes y el destinatario de sus prescripciones definían casuísticamente el criterio, alcance y vías de llevar a cabo esa publicidad. Es pues difícil encontrar reglas fijas al respecto, salvo la idea general ya expuesta. Según García-Gallo, que explica el tema para el siglo XVI, la cláusula de publicación solo se encontraba en aquellas provisiones, cédulas y otros mandamientos de gobernación de interés general y se omitía cuando la disposición estaba dirigida a una autoridad determinada, encargada de darle cumplimiento y ejecución<sup>40</sup>.

Se observa así, por una parte, un conjunto de disposiciones que hablando directamente con determinados jueces, ministros u órganos establecían un proceso de «transmisión jerarquizada» a otras autoridades y súbditos según el contenido y dirección del despacho real. Por otra parte, había disposiciones que por su materia estaban originariamente destinadas a la difusión general. Por

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ DE MESA, Tomás Manuel, *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España*. (1747) Utilizo la edición de Madrid, 1802, libro II, núm. 8, p. 107.

<sup>38</sup> Archivo General de la Nación, *Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1907-1933, Serie 1°, tomo XI, p. 288 (año 1661); y serie 2°, t. IV, p. 433 (año 1721).

<sup>39</sup> Se recoge en *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias*, I, II, 24.

<sup>40</sup> GARCÍA-GALLO, «La ley...», cit. 283.

excepción, otros despachos regios llevaban la expresa indicación de que no se publicasen, sin comunicar su contenido.

Cuando en la segunda mitad del siglo XVIII se erigió con fuerza el absolutismo monárquico, el principio de la publicidad encontró ciertos obstáculos en su aplicación, como la admisión de una extensión desmedida a los despachos reservados o secretos. Pero en general predominó un criterio favorable a la publicidad. En 1767 el Consejo Real de Castilla aventaba ciertas dudas al declarar que «ninguna ley, regla o providencia general nueva se debe creer ni usar no estando intimada o publicada por pragmática, cédula, provisión, orden, edicto, pregón o bando de las Justicias o Magistrados públicos»<sup>41</sup>. Autores de época, como los ya mencionados Fernández de Mesa y Pérez López, o Asso y de Manuel ratificaban por entonces antiguas doctrinas que expresaban que las leyes sólo obligaban después de la publicación. Por supuesto, el Consejo de Indias recordaba por esos años que la práctica observada era expedir cédulas generales a todos los reinos indianos «cuando se da alguna providencia que por punto general innove, altere y derogue lo dispuesto por las Leyes...»<sup>42</sup>.

Observa Rico Linage, con relación a España, que durante el siglo XVIII se advierte una promulgación-publicación en estrecha relación con la existencia y eficacia de la norma y una publicación-difusión en estrecha relación con su observancia y obligatoriedad. Lo que importaba conseguir era el cumplimiento de la voluntad real<sup>43</sup>.

## 9. BANDOS Y PREGONES EN EL DERECHO LOCAL

Dentro de este campo de investigación, puede percibirse a través de unas muestras cómo el régimen de publicidad adquirió un carácter esencial para dotar de fuerza jurídica a las disposiciones que se fueron dictando. Ello ocurría de manera general, a través de los bandos y pregones utilizados para establecer esa comunicación entre las autoridades y los vecinos y moradores.

Una muestra relevante nos ofrece el ya mencionado bando de buen gobierno, mandamiento dictado por la autoridad local que contenía un conjunto articulado de preceptos sobre materias atinentes a la vida cotidiana, dado a conocer públicamente a toda la población. El vocablo «bando», que expresa un modo de difusión, era precisamente una señal significativa de que la esencia de ese mandamiento era su publicación para que, como se decía, «llegue a noticia de todos y ninguno alegue ignorancia».

La publicación, por vía de bando, se constituía así en un requisito para la vigencia efectiva de la norma que se cumplía a través de un acto solemne, que invariablemente se consignaba al pie del documento original y de las copias

<sup>41</sup> Novísima Recopilación, III, II, 12.

<sup>42</sup> Consulta del Consejo de Indias al rey. Madrid 8 de julio de 1743, A.H.N, Códices 753 B, Ayala «Consultas y pareceres, t. II, f. 102 v-103».

<sup>43</sup> RICO LINAGE, «Publicación..», cit. 338.

que se distribuían para su publicación en otros lugares. La ceremonia se realizaba en calles y plazas con la pretensión de atraer la mayor concurrencia de vecinos y moradores, lo cual quedaba asentado en el acta que levantaba el notario. Se aprovechaba a veces, especialmente en la campaña, la ocasión de algunas festividades para realizarla después de la misa principal, por considerar que era uno de los días de concurso de «toda clase de gente».

La comitiva que se formaba para dar cumplimiento a dicha formalidad se integraba habitualmente por el escribano público y de gobierno o cabildo, la tropa que marchaba a son de cajas de guerra y el pregonero. El recorrido se hacía por «parajes públicos y acostumbrados» –como se decía– en los cuales el pregonero anunciaba en «altas voces» el nuevo bando. Según parece, a veces se limitaba a hacer el anuncio, pero lo más frecuente era que se procediese a su recitado o lectura por el mismo pregonero o por el escribano o ministro pertinente. La formalidad se completaba con la colocación de una copia del bando en los parajes públicos señalados y en el frente de la casa capitular. Según señalaba un ministro, la impresión de los bandos y providencias mejoraba el aseo y exactitud de los textos y principalmente suscitaba «el respeto y atención» de la gente común de los pueblos<sup>44</sup>.

Algunas de estas ceremonias se prolongaron por varios días para alcanzar a cumplir su cometido. En 1594 se pregonaron en Lima los 248 capítulos de las Ordenanzas Generales para el buen gobierno de la ciudad, expedidas por el virrey García Hurtado de Mendoza, que demandó seis días de pregones «en altas e inteligibles voces» en un paraje céntrico. Su contenido regulaba materias, como el abasto, los oficios, el comercio y distintos aspectos de la vida comunitaria<sup>45</sup>.

En ciertas ocasiones, la publicación de los preceptos se extendió a los lugares o capillas de un distrito, o a las chacras y estancias de los vecinos. A veces se consideró conveniente distribuir copias a los jueces. Pero en otras oportunidades se redujo la publicación a fijar un ejemplar del mandamiento en las puertas del Cabildo.

A este régimen de publicidad de normas locales se sumaron aquellas disposiciones reales que llegaban desde la Península y que por su contenido, las autoridades locales consideraban que debían ser difundidas a todo el pueblo.

En cuanto a la relación y tratamiento de los aborígenes, la Corona manifestó su preocupación por la falta de cumplimiento de las leyes que a ellos se referían. En Real cédula de 26 de julio de 1541 dirigida al Virrey y gobernador del Perú se expresaba que «somos informados que a causa de no se haber publicado se han dejado y dejan de cumplir y poner en efecto algunas de las muchas provisiones y cédulas nuestras, así sobre la instrucción, conversión y buen tratamiento de los naturales de esa tierra, como para la buena gobernación de

---

<sup>44</sup> El Intendente de Buenos Aires, Manuel Ignacio Fernández al ministro Galvez, 5 de febrero de 1779 (A.G.I., Buenos Aires, 307).

<sup>45</sup> Ordenanzas generales del Virrey don García Hurtado de Mendoza para el buen gobierno de la ciudad de Lima. Lima, 24 de enero de 1594 en Real Academia de la Historia (Madrid). Colección documental de don Benito de la MATA LINARES, t. XXI, p. 368-416.

ella». Por ello disponía que una vez al año se presentara en el cabildo la capitulación y todas las instrucciones, ordenanzas, provisiones y cédulas reales dadas para esa tierra para que se pregonen; y se sacase un sumario de las ordenanzas para facilitar su conocimiento<sup>46</sup>. Hubo también casos excepcionales, como ocurrió con las Leyes Nuevas de 1542 y 1543, cuyo texto fue leído desde el púlpito de las iglesias y además traducido a lenguas indígenas<sup>47</sup>.

Entre los modos de publicación de las normas peninsulares y locales, falta indagar en qué medida los periódicos americanos o ultramarinos, sobre todo en el siglo XVIII, se hicieron eco de las mismas, como ocurrió en España<sup>48</sup>.

## 10. REGISTRO Y GUARDA DE LOS DESPACHOS. LECTURAS ANUALES

Desde el siglo XVI se hace patente el interés de la Corona por asegurar, además de la publicación inmediata cuando correspondiese, la guarda y conservación de las leyes para su conocimiento posterior. La mayoría de los despachos regios que llegaban a la ciudad, dirigidos a autoridades o vecinos, eran presentados al cabildo para solicitar su ejecución, quedando allí registrados, pero sin estar sometidos a un régimen de publicidad abierto. Una de las primeras medidas adoptadas fue, a imitación de Castilla, que en cada ciudad, audiencias y cabildos formasen, un libro de leyes con índice en donde se copiasen los textos recibidos para evitar el deterioro de los despachos originales y prevenir su pérdida. Luego se agregó el encargo de formar una tabla con breve extracto de las disposiciones, para colocar en lugar público. En la práctica, estas medidas no aseguraron la plena publicación de las leyes.

Otro intento en la misma dirección, se hizo poco después al disponerse la reiteración de la publicación de algunas disposiciones legales, como las ordenanzas de audiencias y cabildos. Este método de pregón anual de las mismas aparece en diversos textos de la época, pero desconocemos su éxito práctico. Es probable que cayese en desuso el cumplimiento estricto de un método que imponía una extensa y fatigosa lectura de normas legales, cuando había en muchos casos textos impresos. La reiteración de la publicación encontró también una nueva vía que permitía, cuando se estimaba que alguna disposición había caído en el olvido, reproducirla a través de una nueva ley, o mandar que se pregonase

El resultado de estos intentos, si bien mostraban el interés de la Corona y de otras autoridades locales por difundir la normativa que se iban dictando, no debió ser satisfactorio si nos atenemos a lo que expresaban algunos juristas de la época.

---

<sup>46</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, «El proyecto de 'Código Peruano' de Gaspar Escalona y Agüero» en A.H.D.E., n° 17, Madrid, 1946, pp. 908-909.

<sup>47</sup> GARCÍA-GALLO, «La ley..», cit. 189-190. También MUÑOZ OREJÓN, Antonio, *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano*, México, 1989, p. 59.

<sup>48</sup> RICO LINAGE, «Publicación..», cit.

Así en la tercera década del siglo xvii, el consejero Rodrigo de Aguiar y Acuña, al fundamentar su iniciativa de llevar a cabo una compilación de esas leyes, decía que pocas habían podido llegar a noticia de los pueblos. De otras publicadas –agregaba– a fuerza de no practicarlas, se había perdido la memoria y quedaron en el olvido, siendo sólo para conocimiento de «los oficiales de papeles», que se convertían así en árbitros de su uso público por parte de los interesados<sup>49</sup>.

El acceso al texto de una norma indiana no resultaba tampoco fácil a las mismas autoridades peninsulares, como lo testimonia una real cédula de 26 de abril de 1648 que mandaba a virreyes, presidentes, gobernadores y oficiales de hacienda y encargaba a arzobispos y obispos de todas las provincias que cuando, en sus cartas, se refiriesen a cédulas y ordenanzas, no sólo las individualizasen sino que enviasen juntamente copias auténticas de las mismas «para que con esto se pueda tomar más breve y acertada resolución en lo que me escribieron». Se fundamentaba esta disposición en que a veces la alegación de ordenanzas y cédulas adolecía de incertidumbre y no era posible hallarlas ya sea por este defecto o por faltar alguno de los libros antiguos, provocando la dilatación de los expedientes<sup>50</sup>.

## 11. IMPRESIÓN Y DIFUSIÓN DE CUERPOS LEGISLATIVOS

Cuando se trataba de los cuerpos legislativos promulgados o autorizados por el rey la vía de publicación era distinta. En casos como el de la Recopilación de 1680 una vez hecha la impresión a cargo de la Corona se establecía un modo de distribución y venta de los ejemplares que llegaba a las principales autoridades, órganos locales de gobierno, justicia y hacienda, con obligación de que los nuevos ministros que se nombrasen adquiriesen su propio ejemplar. Se producía así una circulación interna dentro de las oficinas, tribunales y bibliotecas de oidores y abogados que se transmitía a las siguientes generaciones. Las reediciones de estos cuerpos y sobre todo la incorporación e invocación de sus preceptos en las obras jurisprudenciales sirvió como un medio adicional de mantener vivo el conocimiento de esas leyes.

Desde el siglo xvi se mostró abierta esta vía tanto en España como en Indias. En 1560 aprobó el rey la iniciativa surgida en Nueva España de reunir esas disposiciones reales. La tarea fue encomendada al oidor Vasco de Puga, quien elaboró la primera recopilación conocida de las leyes de Indias. Aunque sin sanción oficial, reprodujo las disposiciones existentes en los archivos locales, en series cronológicas, con una breve tabla alfabética<sup>51</sup>.

En 1596 se imprimió, en cuatro volúmenes, el hoy llamado *Cedulario de Encinas*, cuya pequeña tirada de 50 ejemplares estaba destinada sólo a servir de instrumento de labor al Consejo de Indias y a otros ministros. Algunos ejemplares llegaron más tarde a Lima y México para uso de audiencias y virreyes,

<sup>49</sup> GARCÍA-GALLO, «La Ley...», cit. 283.

<sup>50</sup> Copia en A.H.N., Secc. Universidades, 1170 F (t. XIX) f. 218.

<sup>51</sup> GARCÍA-GALLO, «La Ley...», cit. 284-285.

como lo comprueban ciertas invocaciones de su contenido pero su circulación fue muy escasa en el resto de América. De forma indirecta se conoció a través de las citas incluidas en obras jurisprudenciales. Si bien cumplió con el objetivo inicial, su alcance quedó acotado en razón del límite temporal de la compilación y de su defectuosa impresión<sup>52</sup>.

Un paso adelante representó décadas después la publicación de *los Sumarios de la Recopilación General de las Leyes*, bajo el nombre del consejero don Rodrigo Aguiar y Acuña. En su elaboración cumplió una tarea principal Antonio de León Pinelo. De los ocho libros previstos en la obra, sólo alcanzaron a publicarse los cuatro primeros. Constituía un avance esquemático de la futura Recopilación. Pese a que sólo se consignaba un epítome de cada ley, a falta de otro cuerpo de estas características dentro de la cultura jurídica de la época, servía para uso de tribunales, ministros y autores indianos. Aunque la tirada se hizo para conocimiento del Consejo, lo cierto es que fue utilizado durante el largo medio siglo que transcurrió hasta la edición oficial de la Recopilación, contribuyendo algunos autores, como Solórzano, a redoblar su difusión. En Nueva España se reimprimieron esos *Sumarios* en 1677 con otro volumen de disposiciones reales posteriores publicado al año siguiente que reunió el oidor Juan Francisco de Montemayor y Cuenca, como ejecutor de un proyecto encomendado por la audiencia, a iniciativa del virrey<sup>53</sup>.

*La Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* «mandadas imprimir y publicar» por el rey Carlos II –como dice la portada– es el cuerpo legal más representativo del derecho indiano. La ley promulgatoria del 18 de mayo de 1680, al hacer el historial de la misma, señala que la intensa actividad legislativa de los reyes desde el descubrimiento «por la dilatación y distancia de unas Provincias a otras, no han llegado a noticia de nuestros vasallos, con que se puede haber ocasionado grande perjuicio al buen gobierno y derecho de las partes interesadas». Más adelante agregaba que todo lo proveído y acordado «es justo que llegue á noticia de todos, para que universalmente sepan las leyes con que son gobernados, y deben guardar en materias de gobierno, justicia, guerra, hacienda y las demás, y las penas en que incurren los transgresores...». Por último, la real cédula de 1 de noviembre de 1681 dio licencia y facultad para que por cuenta del Consejo de Indias se pudiese imprimir la Recopilación, a fin de que las leyes sean «publicadas, cumplidas y ejecutadas, como conviene». Los pasajes extraídos de estas dos importantes piezas legales no sólo abrían la vía para la impresión y publicación requerida sino que destacaban la necesidad de que las leyes llegasen a noticia de los vasallos no sólo para atender al buen gobierno sino también en beneficio de sus intereses<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Una amplia información en MANZANO, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias*, 2º edición, Madrid, 1981, tomo II, pp. 303-343.

<sup>53</sup> Véase Idem, II, 98-12754. CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, «Los Sumarios de Montemayor. Un proyecto de recopilación de mediados del siglo XVII en la Nueva España en BARRIOS Feliciano, (coord.), *Derecho y Administración públicas en las Indias Hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Cuenca, 2002, vol. I, pp. 333-342.

<sup>54</sup> Estas dos leyes encabezaban la edición oficial de la Recopilación de 1680.

Durante el siglo XVII se desarrolló en el Perú una corriente recopiladora local que tuvo interesantes manifestaciones a través de la actuación de algunos juristas. El virrey Conde de Chinchón, encargó en 1634 a Gaspar Escalona y Agüero la revisión y ordenamiento del material legislativo de los archivos virreinales. De esta tarea surgieron el proyecto del *Código Peruano* y más tarde la obra *Gazophilatium Regium Perubium* (1647). Esta última era una laboriosa fijación de textos reales y locales, entre estos un «compendio sustancial» de las ordenanzas de minas del virrey Toledo. Tuvo una prolongada resonancia que se manifestó con posteriores reediciones en esa centuria y en la siguiente. En cambio, el *Código Peruano* quedó en la faz proyectiva y ni siquiera se conoce si llegó a componerse la obra, pero revela en materia de publicación de la ley un interesante ejemplo. Se trata de una iniciativa fundada en antiguas cédulas reales de 1541 y 1564 que mandaban al gobernador y la audiencia pregonar anualmente y guardar todas las instrucciones, ordenanzas, provisiones y cédulas reales acerca de la instrucción, conversión y buen tratamiento de los naturales de la tierra como para la buena gobernación de ella. Gaspar Escalona propuso a ese fin realizar una recopilación de provisiones, y ordenanzas promulgadas sobre dicha materia por virreyes y gobernadores del Perú así como de disposiciones reales. Sería un libro manual y breve que podría servir a los indios para instrucción y enseñanza de la lengua castellana. La intención del autor era incluir los privilegios apostólicos y reales, y los relativos al gobierno espiritual, temporal y patrimonial, según los cuatro libros que constituirían la obra proyectada<sup>55</sup>.

Bajo el Virreinato del Duque de la Palata se alcanzó la fijación legislativa en las *Ordenanzas del Perú*, impresas en 1685, como «leyes municipales de estas Provincias», tarea que el Virrey había encomendado al licenciado Tomás de Ballesteros. Obra exclusivamente legal, recogía ordenanzas reales y virreinales, cédulas reales, y autos acordados de la audiencia. En el libro primero predominaban las normas de origen real; en el segundo se incluían disposiciones sobre los indígenas y las ordenanzas del virrey Toledo; y en el tercero, relativo a minas e ingenios eran recogidas casi todas disposiciones locales sobre la base de las dictadas un siglo atrás por Toledo con modificaciones y agregados de virreyes posteriores. El Consejo de Indias aprobó la impresión de la obra, bajo el entendimiento de que eran las Ordenanzas de aquel virrey y las de los Tribunales. Aun cuando no se continuó con los otros tomos anunciados, la obra tuvo larga vigencia y fue reeditada en 1752<sup>56</sup>.

Un caso inusitado acaecido hacia fines del siglo XVIII puso en jaque a esta delicada construcción jurídica de la publicación de la ley. La historia arranca con el decreto real de Carlos III, que en 1776 formó una Junta de Leyes encargada de elaborar el código que reemplazara a la Recopilación vigente. Integrada por consejeros de Indias y otros ministros, la Junta decidió encomendar a

<sup>55</sup> Una noticia completa sobre este proyecto veáse en GARCÍA-GALLO, «El proyecto del Código Peruano...» cit. 889-920.

<sup>56</sup> Véase TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «El derecho municipal del Perú. Apuntes sobre su configuración» recogido en *La ley...* cit. 311-345.

don Juan Crisóstomo de Ansotegui la redacción del proyecto. Cuatro años después, dicho ministro presentó el libro primero, dedicado a materias eclesiásticas. En los años siguientes, la Junta trabajó intensamente pero la labor se hizo lenta al producirse frecuentes enfrentamientos entre posturas tradicionales y progresistas, predominando una actitud general crítica ante el proyecto. Sólo en 1790 fue presentado ante el rey el texto definitivo que debía reemplazar al libro primero de la Recopilación. Carlos IV le dio sanción en marzo de 1792, sin que pasara previamente por el Consejo y dispuso que dichas leyes se fuesen poniendo en uso y práctica por parte del Consejo, los fiscales y los Secretarios de Despacho en todos los casos que ocurriesen. Todo ello sin previa publicación<sup>57</sup>.

La gravedad de tan insólita medida fue advertida al propio monarca tanto por la Junta que había elaborado el cuerpo legal, como más tarde por el Consejo de Indias. La oposición escrita de ambos órganos fue enérgica, señalando que la falta de publicación constituía un vicio esencial en la existencia misma de la ley, el cual sólo se subsanaría con la impresión y distribución de su texto.

El Consejo de Indias observó que en el Decreto «no se previene la promulgación y publicación previa de dichas leyes», y que se indicaba que el nuevo cuerpo debía quedar en copias manuscritas para uso del Consejo, sin comunicarlo a los tribunales indianos ni hacerlo público en las provincias. Era entonces el momento en que, en un párrafo sustancial, el Consejo expresaba su firme disidencia en esta materia: «...la promulgación de las leyes, no sólo es indispensable para que lleguen a noticia de los que las han de cumplir y observar, sino que pertenece a la esencia de ellas, de manera, que aunque la Ley esté decretada y mandada promulgar por el Príncipe, y aunque llegue privadamente a noticia de los vasallos, no obliga a éstos, mientras no se ha ejecutado la promulgación solemne, y esta es la Doctrina común en la materia, así en la Jurisprudencia Romana, como en la de nuestro Reino, y en la Canónica».

Esta era la doctrina que se apreciaba entonces, «publicándose en la Corte con la mayor solemnidad cualquiera ley nueva». Y agregaban que para una colección de leyes, como el Nuevo Código, la forma de publicación prevista debía ser la impresión y distribución de su texto, como había ocurrido con la Recopilación de 1680.

Aunque la respuesta del monarca se hizo esperar varios años, hasta 1799, e incursionó por ambiguos senderos, representó un reconocimiento indirecto de la doctrina sustentada por los consejeros al aceptar la pretensión del Consejo de examinar en su oportunidad el nuevo proyecto de código que ahora se encomendaba a otro ministro, tras la disolución (que decretaba) de la Junta de Leyes. En fin, se intentaba borrar el error cometido. De este modo, en las postrimerías de la inmensa Monarquía Española quedó afirmado aquel antiguo principio de la publicación de las leyes<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Sobre la historia del Nuevo Código véase MUÑOZ OREJÓN, *Lecciones...* cit., pp. 131-137 aunque no desarrolla la cuestión tratada en el texto.

<sup>58</sup> El caso, con transcripción de la consulta, en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «La formación y promulgación de las leyes indianas. En torno a una consulta del Consejo de Indias en 1794», recogido en Idem, *La Ley*, cit. 145-171.

## 12. EPÍLOGO

Considero que aportaciones como la presente no quedan acabadas sin que se incorporen a la cadena de conocimientos que construye el aparato científico de una disciplina y si es posible de un área de estudios de mayores dimensiones. Es obvio que el tema de la ley, en lo que respecta al pasado y presente de la ciencia jurídica, sobresale en vivo relieve por lo que representa en el funcionamiento de toda sociedad organizada. Mi pretensión es enteramente más modesta. Las páginas anteriores han insinuado apenas la aproximación a una materia vasta y de tratamiento delicado. Los datos aportados podrían sumarse a un plan de trabajo con alcance histórico-comparativo que permita ampliar el campo de observación y conocer, entre otras asuntos, el avance de la ley en la época moderna en relación con el Derecho de Castilla y de otros reinos peninsulares; y las peculiaridades de un orden elaborado con sentido creativo por generaciones de juristas para las Indias españolas, con posible expansión a otros espacios territoriales y prolongación más allá de la disolución del poder español en América.

Aunque parece evidente a estas alturas reconocer la idea de un trasplante del modo de vida, organización y cultura jurídica de Castilla al Nuevo Mundo, también lo es que las condiciones y exigencias con que este trasplante se fue presentando a la gente colonizadora –y, por cierto, a los letrados– condujeron a una adaptación o sustitución de criterios jurídicos para acomodarlos a esas necesidades<sup>59</sup>.

Esta consideración no se reduce a ciertas reglas o leyes especiales –que es lo más evidente en la lectura documental– sino que se extiende a la formación de una mentalidad que sólo se hace visible con un afinamiento de la percepción. Así puede observarse cómo leyes castellanas tenían distintas lecturas, según fuese en España o en América. Lo mismo ocurría con los despachos indianos expedidos desde la Corte. Y también un mismo caso podría merecer razones y soluciones distintas, según fuese examinado por autoridades y tribunales peninsulares o americanos. Esta situación era aceptada por los hombres de la época en el entendimiento de que las enormes distancias y la vastedad territorial fueron creando en los centros estratégicos –sedes virreinales y audienciales– y en otras ciudades periféricas y sus jurisdicciones sendas culturas jurídicas, unas letradas y otras populares que, aunque derivadas de un saber común, producían distintas expresiones, según fuesen las características geográficas y humanas de las provincias o comarcas. Notorios ejemplos en este campo encontramos en la justicia penal<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Cultura jurídica y órdenes normativos en la colonización española en América. Una visión panorámica» en Aldo ANDREA CASSI-Alberto SCUMÉ (al cuidado de), *Dalla civitas maxima al totus orbis. Diritto commune europeo e ordo iusis globale tra eta moderna e contemporanea*. Rubbettino, Catanzano, pp. 117-141.

<sup>60</sup> Véase AGÜERO, Alejandro, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Esta posición ha sido revelada por nuevos estudios que, aunque pueden hallar sus raíces en antiguos maestros, adquirieron vigor en las últimas décadas, con una consistente etapa de interrogantes, insinuaciones y primeras afirmaciones sobre bases documentales. Así, por ejemplo, en un terreno tan sensible como el conocimiento e invocación de la ley en las provincias indianas se percibe que el discurso jurídico –letrado o lego– era igualmente eficaz cuando se exponía un criterio jurídico o legal reconocido, sin necesidad de mencionar el texto legal, como exigirían luego los tiempos del positivismo. Esta actitud podría tanto interpretarse como un menor relieve del elemento legal, o como un recurso de necesidad ante el deficiente método de difusión de la ley. O ambos a la vez. Cabría preguntarse si lo mismo ocurría en Castilla, o era propio sólo de un régimen más abierto como el existente en América, donde operaba una normativa castellano-indiana de doble procedencia, con diferentes orígenes y criterios de aplicación. Puede conjeturarse que para un jurista o magistrado de aquella época era difícil acceder al conocimiento de la totalidad del aparato legal, y de hecho el Consejo de Indias no contaba con un registro de las disposiciones que se dictaban en las provincias indianas. El modo de actuar del operador jurídico no consistía en agotar su tarea en una minuciosa búsqueda de textos legales, sino en atender principalmente a los incorporados a las compilaciones o recopilaciones, y también a las que incluían las obras jurisprudenciales, dando pleno vuelo a un amplio desenvolvimiento de otras fuentes jurídicas. Esto supone la necesidad, de adoptar un cambio de ángulo visual con relación a una antigua historiografía, apegada a criterios legalistas.

La misma doble mirada se observa sobre las recopilaciones. Recientemente se ha puesto en duda una primera visión que daba a estas empresas un mismo sentido, de contenido y valor, tanto en España como en las Indias. Se abre ahora la hipótesis de que el valor de las recopilaciones realizadas en América sería distinta de las hechas en España, incluso en el caso de que el proyecto americano tuviese como modelo una recopilación elaborada en la Corte: los contenidos que interesaban a unos y otros podían ser diversos. Se ha expuesto esta hipótesis con motivo del análisis de la reedición de los *Sumarios* de Aguiar y Acuña, realizada en México<sup>61</sup>. Si avanzamos en este rumbo podremos también observar vistas diferentes, peninsulares y americanas, y aun entre sus diferentes provincias, acerca de leyes de la propia Recopilación de 1680, cuya interpretación y criterios de aplicación variaban según lugares, situaciones y tiempos.

El estudio de estas y otras cuestiones alrededor del magno tema de la ley es un campo fértil a nuevos enfoques y puntuales trabajos de campo en el dilatado mundo hispano.

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI\*

---

<sup>61</sup> CABALLERO JUÁREZ, cit. 340-341.

\* Investigador Superior del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina. Director del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

