

200-775

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



VIDA JURIDICA EN LOS INICIOS DE LA NUEVA ESPAÑA



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

ARMANDO TORRES SASIA

Mexico, D.F. 1986



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

	Pág.
Introducción.	1
CAPITULO 1 INSTITUCIONES JURIDICAS APLICADAS EN LA NUEVA ESPAÑA AL TERMINO DE LA CON QUISTA	1
A. Instituciones jurídicas del derecho español aplica das en la Nueva España	2
a) Capitulaciones (Adelantado, Capitán General y Gobernador).....	2
b) La Audiencia.....	7
c) El Virrey.....	13
d) El Municipio.....	19
e) Alcaldes Mayores y Corregidores.....	25
f) Máximos órganos de gobierno de las provincias españolas de ultramar ra dicados en la península (La Casa de la Contratación de Sevilla y el Real y Supremo Consejo de Indias).....	29
g) Visitas y Juicios de Residencia.....	35
B. Instituciones jurídicas indígenas conservadas al término de la conquista	38
a) El derecho en la civilización maya..	42
b) El derecho en la civilización azteca	45
c) Trascendencia de algunas institucio nes jurídicas indígenas en Nueva Es paña. Comunidades indígenas; el caci	

	Pág.
cazgo; el tributo, la mita, la tierra comunal o ejido.....	53
CAPITULO II LEGISLACION DE INDIAS.....	67
a) Origen y fundamentación (Las capitulaciones de Santa Fe y la etapa insular; la etapa continental y las nuevas leyes; las bulas Alejandrinas y la filosofía de la conquista; el derecho castellano y su aplicación supletoria en Indias).....	69
b) El contenido de la Legislación de Indias (Principales rasgos característicos; concepto jurídico de Ley en la España del siglo XVI, leyes, pragmáticas, provisiones, ordenanzas, cartas y autos acordados; estructura formal y contenido de las disposiciones).....	84
c) Aplicación de la Legislación de Indias en Nueva España.....	92
d) Repercusión de la aplicación de las Leyes de Indias en indígenas y españoles.....	95
CAPITULO III LA ENCOMIENDA.....	98
a) Orígenes y aplicación de la encomienda en la Nueva España (antecedentes españoles de la encomienda y su regulación; la encomienda en la etapa in	

	Pág.
sular; la encomienda en la etapa continental y la polémica en torno a su aplicación).....	99
b) Fundamentación legal de la encomienda.....	118
c) Función social y consecuencias de su aplicación en Nueva España.....	120
CAPITULO IV	
EL DERECHO PUBLICO EN NUEVA ESPAÑA.....	124
Algunas consideraciones respecto a la división romanista del derecho en público y privado.....	125
a) Aspectos generales del derecho administrativo. El municipio como órgano administrativo local y sus atribuciones.....	128
Interrelación del municipio novohispano con otras autoridades con funciones de administración y gobierno en las ciudades y villas de Nueva España.....	136
b) Aspectos generales del derecho penal. Autoridades novohispanas con facultades para conocer y decidir en las causas civiles y criminales.....	140
El delito y la pena en Nueva España, concepto y clasificación.....	146
Aspectos generales del proceso criminal.....	152

	Pág.
Regulación de algunos delitos en los inicios de la vida novohispana, el homicidio, las lesiones, las inju- rias, el robo, el adulterio y el <u>eg</u> tupro.....	159
c) Aspectos generales del derecho ecles- iástico. La presencia de la iglesia en América.....	164
El Patronato Indiano y su regulación; la intervención de la Corona en los asuntos eclesiásticos.....	167
El Tribunal del Santo Oficio.....	179
CAPITULO V EL DERECHO PRIVADO EN LA NUEVA ESPAÑA..	190
a) Aspectos generales del derecho civil. Concepto jurídico de persona en la España del siglo XVI; restricciones al ejercicio de los atributos de la personalidad.....	191
Concepto de obligación en el derecho hispano.....	200
Análisis comparativo del concepto <u>in</u> dígena de obligación.....	205
Propiedad y posesión en la Nueva <u>Es</u> paña.....	210
b) Aspectos generales del derecho de <u>fa</u> milia. El matrimonio y su regulación jurídica en Nueva España.....	231
Patria potestad y legitimación.....	238
Adopción.....	242

	Pág.
La Tutela.....	245
Las sucesiones y su regulación jurídica.....	249
Sucesión testamentaria.....	250
Sucesión <u>ab intestato</u>	256
El mayorazgo.....	262
Sucesión en cacicazgo.....	266
Testamento de indios.....	267
c) Aspectos generales de la regulación del comercio en la Nueva España; el comercio en la etapa anterior a la Casa de Contratación de Sevilla.....	269
El comercio durante la época de la Casa de Contratación.....	272
El comercio indiano en la época del Consejo Real y Supremo de Indias....	275
El Consulado de Mercaderes de la Ciudad de México, su organización y funciones.....	283
CONCLUSIONES.....	294
BIBLIOGRAFIA.....	301

I N T R O D U C C I O N

El 13 de agosto de 1521 un puñado de soldados españoles - bajo el mando de un intrépido y audaz capitán, cuyo genio y ambición marcaron para siempre el destino de una raza y de un continente, sometieron por la fuerza de las armas al último emperador de los aztecas, pueblo guerrero que en ese entonces dominaba militarmente un extenso territorio. Pueblo cuya grandeza había sido forjada por la voluntad inquebrantable y el espíritu indómito de sus habitantes, pueblo cuya sangrienta teogonía los había llevado a sufrir las más terribles persecuciones y a cometer los más terribles crímenes, pueblo cuya cultura y civilización habían alcanzado un grado máximo de refinamiento y desarrollo que superaba, en algunos aspectos, a la de sus conquistadores.

El quinto sol de los mexicas agonizaba eclipsado para siempre, por el avance incontenible de la civilización del viejo mundo.

Así, mientras en el antiguo continente la baja Edad Media daba paso al Renacimiento junto con el vigoroso impulso de hombres como Lutero, Maquiavelo, Erasmo, Cervantes, Miguel Angel, Copérnico, Galileo, Shakespeare, San Ignacio de Loyola, Enrique VIII, Cramer y Calvino entre otros, dando lugar a una época de enormes transformaciones en todas las áreas del conocimiento humano, donde la civilización del hombre medieval se preparaba para albergar en su seno a la semilla del mundo moderno. Así, mientras en medio de este increíble remolino de sucesos y transformaciones, el hijo de Juana la Loca, el emperador Carlos I de España y V de Alemania, se convertía a través de la guerra y la conquista en el soberano con mayor poder en el mundo hasta en-

tonces conocido, el nuevo mundo presenciaba el ocaso sangriento de una raza, de un imperio, de un pueblo que sucumbía ante el valor, la astucia y la ambición del acero español.

Difícil y comprometida fué la situación de Cortés en los meses siguientes a la toma de Tenochtitlan, ya que por un lado las conspiraciones y levantamientos indígenas iban en aumento, tanto en su número como en su peligrosidad, pues pasado el momento crucial de la captura de Cuauhtémoc, los vencidos no deseaban otra cosa sino sacudirse el yugo impuesto por el extranjero que paulatinamente se extendía a través de todo el territorio. Por otro lado, sedientos de oro y aventuras, los soldados españoles que habían puesto en peligro su vida, no recibían a cambio más que un puñado de monedas, lo cual provocó que el descontento creciera entre ellos cada día más, descontento que era fomentado por los enemigos de Cortés, principalmente por Diego Velázquez desde Cuba.

Sin embargo, el astuto Capitán general una vez establecido en Coyoacán comenzó a dictar toda clase de disposiciones con el objeto de ensanchar los límites de la tierra conquistada y establecer la colonia. Para lo cual envió diversas expediciones a todo el territorio, con lo que logró distraer la avaricia y el descontento de sus soldados, someter a la gran cantidad de naturales sublevados y extender las fronteras de lo conquistado.

Poco a poco el dominio de los españoles sobre los aborígenes de estas tierras va siendo definitivo, aun cuando la sumisión total no es lograda sino hasta finales del siglo XVIII, cuando los levantamientos indígenas disminuyen tanto en número como en importancia. Por otro lado, los misioneros españoles comenzaron a llegar al finalizar la toma de Tenochtitlan, siendo ellos

quienes más contribuyeron a doblegar el espíritu guerrero del indigena al destruir la razón fundamental de la grandeza del Anahuac, la religión indigena, pues el equilibrio del sistema de vida en la civilización del nuevo mundo estaba sustentado en las creencias profundamente religiosas de los pueblos de Mesoamérica.

La labor de los religiosos constituye uno de los sucesos más importantes en la vida de la Nueva España, pues los obstáculos que hubieron de afrontar parecían casi insuperables, debido al desconocimiento del territorio y de las diferentes lenguas - en él existentes; por lo tanto tuvieron la necesidad de improvisar diferentes métodos de evangelización, que van desde predicar a señas, hasta el manejo diestro y hábil de las lenguas importantes, según la región. El aprendizaje de los dialectos fué un proceso lento pero eficaz, al grado que los misioneros provocaron al estudiar y dominar el nahuatl, que esta lengua se convirtiera en un instrumento más de sujeción.

Los conquistadores extendieron su dominio por las regiones más apartadas, logrando así una integración más acelerada del territorio; prueba de ello son los conventos e iglesias construidas a lo largo y ancho de la Nueva España, mudos testigos de una labor constante de enajenación y cambio en los procesos mentales de la raza dominada; así como las obras de ingeniería (caminos, represas, acueductos, etc.) y la incorporación de cultivos a la agricultura indigena hasta antes desconocidos. Por esto la conversión del indio no fué sólo un resultado sino antes bien una condición, ya que su integración al mundo occidental no se hubiera logrado si la conquista espiritual no hubiese destruido el centro de equilibrio de aquella cultura a la que siempre quiso pre

servar y defender de la avaricia de los aventureros peninsulares.

La ambición desmedida del soldado español resulta totalmente explicable, si tomamos en cuenta que la mayoría de ellos provenía de ciudades españolas que en los últimos años del s.XV se vieron invadidas por una emigración masiva proveniente del campo, lo que provocó la marginación de la mayor parte de la población, y es de estas oleadas de emigrantes de donde surgieron la gran mayoría de los conquistadores, quienes para romper con el negro futuro que les deparaba la sociedad española se lanzaron a la aventura sedientos de riqueza y poder.

El grupo o mejor dicho, los grupos de conquistadores que vinieron a las tierras descubiertas por Colón, llegaron en forma sucesiva, lo que hizo aún más diversa la conformación social de la Nueva España.

Así, tenemos que la mayoría de los conquistadores eran criados, mayordomos, campesinos en desgracia, hijos "segundones" - cuyos hermanos mayores les habían quitado toda oportunidad en la sociedad española, soldados veteranos empobrecidos, ladrones, criminales y algunos "hijosdalgo" con amplia cultura, que vieron en la conquista la oportunidad de lograr fama y poder para ascender en la escala social de la madre patria.

Esto explica más claramente el porqué los conquistadores establecieron en América, durante la primera mitad del s.XVI, una verdadera sociedad de conquista cuyo mejor premio fue la explotación inmisericorde de los naturales y su territorio, aun en contra de la voluntad expresa de la Corona.

Esta comunidad colonial de principios del XVI estaba sostenida en el militarismo, de ahí que sus primeras jerarquías se es

tablecieran en relación con la categoría militar adquirida y - los meritos en campaña.

De igual manera esta sociedad se sustentó inicialmente en la institución de la encomienda, inspirada en modelos peninsulares y cuyos orígenes inmediatos los encontramos en el período antillano de dominación, siendo el propósito fundamental manifiesto el de obtener la cristianización de los indios a quienes el encomendero español tendría que proteger y evangelizar- a cambio de tributo y obediencia.

De esta forma la Corona quería primero, trasladar el costo de la evangelización; segundo, asegurar la colonización de la - Nueva España al otorgar a los conquistadores tierras e indios - para trabajarlas y tercero, proteger y cuidar a los aborígenes pero sujetos siempre a la vigilancia española.

Este último propósito jamás se consiguió a causa del desmedido abuso del encomendero en la explotación del indígena, a pesar de las numerosas disposiciones reales dirigidas a la humanización en el trato al indio; a los españoles no les importaba - la situación del mismo, únicamente deseaba enriquecerse rápidamente, ya que esto les significaba un ascenso seguro en la jerar- quía social, logrando así un mayor poder político y mejores re- laciones entre el encomendero y el grupo en el poder, lo que le permitía conservar para sí, por un lapso más amplio, la encomienda.

Esta institución determinó, en los inicios de la Nueva Ea- paña, tres grupos en la sociedad naciente. El primero estaba -- constituido por quienes tenían una experiencia militar previa y una destacada labor guerrera en la conquista, o por sus aportes económicos para sostenerla, mereciendo por esto el otorgamiento

de las encomiendas de mayor rentabilidad. El segundo grupo, un poco más numeroso, lo conformaron los más cercanos colaboradores de los capitanes destacados y algunos de sus criados; este grupo recibe encomiendas consistentes en huertas, solares o vegas, y desempeñan cargos públicos menores, algunos se dedican a actividades como el ejercicio de la medicina, la arquitectura, aserraderos, etc. Por último, el tercer grupo lo componían aquellos que ni siquiera viajaron a su costa, a éstos se les entregaron encomiendas muy pequeñas, raramente ejercieron algún empleo público (pero se les llega a encontrar desempeñándose en puestos como el de ballesteros o cabos de guardia) y en la vida privada se realizan como sastres, urreros, etc.

Conforme avanza la vida en la Nueva España, el tránsito de un escuño social a otro se hace más difícil y las demandas políticas planteadas por los conquistadores, en realidad sólo benefician a la minoría que detenta las encomiendas más productivas y ejerce los cargos públicos más importantes.

La situación del indígena dentro del proceso de gestación de la sociedad colonial, es realmente difícil debido a que no era considerado propiamente como parte de ella. Por un lado la sociedad aborígen conservaba la división principal de nobles y plebeyos y por otra parte, todos ellos integraban el grupo de los conquistados que a través de la institución de la encomienda fueron convertidos en tributarios de los peninsulares.

El grupo de nobles indígenas que logró sobrevivir a la lucha, resintió con mayor fuerza las profundas transformaciones impuestas por la conquista; para ellos sólo había dos caminos, unos optaron por conservar su autoridad tradicional y su calidad de nobles ante los indios, perdiendo así todo poder dentro

de la sociedad novohispana. Otros decidieron integrarse a la cultura occidental y colaboraron con los conquistadores, con lo cual conservaron parte de su autoridad y algunos privilegios montar a caballo, vestir a la española, portar armas, etc. Esta situación provocó su paulatina hispanización, hasta que finalmente dejaron de pertenecer al grupo indígena.

De los plebeyos, sólo algunos comprendieron su situación, así como la forma de ascender y mejorar en la escala social, por lo cual al usurpar alguna calidad de la nobleza y al ganar se poco a poco el favor de sus señores llegaron a ocupar alguno de los puestos más importantes de aquellos en que les era permitido desempeñarse a los indígenas: gobernadores de indios, caciques, recaudadores de tributos, mayordomos religiosos, etc.

Pero la gran mayoría de los aborígenes sobrevivientes a las guerras de conquista, fueron entregados en encomienda a quienes meses antes habían sido sus verdugos, los cuales se aprovecharon de la situación y al "confundir" encomienda con esclavitud, sometieron a los naturales del nuevo mundo a las jornadas de trabajo más inhumanas e inimaginables, así como a las más grandes e indescriptibles ignominias.

Encomienda y esclavitud no eran una misma institución a la luz de la legalidad hispana, sin embargo, dada la distancia enorme que separa a los dos continentes, los conquistadores muy pronto encontraron la forma de no respetar las disposiciones de la Corona aplicando a su conveniencia la famosa fórmula: "obedezca se, pero no se cumpla".

Lo que hasta aquí se ha descrito, nos puede dar una idea más clara de cual era la situación real de la vida en la Nueva-España al término de la conquista, cuya economía estaba basada-

en la explotación exhaustiva de todos los recursos naturales - del territorio, pues de ello dependía la riqueza y el poder de la Corona española, lo que no impedía a los conquistadores el tratar de retener para sí mismos la mayor parte del producto - de sus encomiendas, ya que el impuesto a que los sujetaba la - Real Hacienda era muy elevado, por lo que trataron de extraer- de la tierra la mayor cantidad posible de los recursos natura- les del lugar, sin importar el costo en vidas humanas, ni sus- consecuencias.

Por otra parte y desde el punto de vista jurídico, tenemos el importante acervo legislativo dirigido a preservar y prote- ger a los indígenas de los abusos de los españoles, que aun cuan- do no siempre se respetó ni se aplicó como era debido, nos sir- ve para conocer cual era la verdadera actitud de la Corona espa- ñola respecto de sus subditos en América, así como también nos permite conocer hasta que punto estas disposiciones influyen y modifican la vida jurídica de la nascente colonia. Así tenemos- que, desde el punto de vista social, el indígena o bien trataba de liberarse del yugo impuesto por el conquistador, o bien dese- ba adaptarse a la nueva sociedad para poder sobrevivir, aún cuan- do esta adaptación significara el perder el respeto y categoría social dentro de su propio pueblo.

Por todo lo expuesto anteriormente, considero de suma impor- tancia el conocer cuales fueron las diferentes instituciones ju- rídico-políticas que se aplicaron durante este periodo, pues en ellas se pueden encontrar los orígenes de todo un proceso evolu- tivo de nuestras instituciones, cuya repercusión puede detectar- se a lo largo de la historia jurídica de México, aún en la épo- ca moderna; lo cual facilitará, sin duda, la creación de una -

mejor estructura institucional de nuestro país, más adecuada, -
más justa, más nuestra.

CAPITULO I
INSTITUCIONES JURIDICAS DENTRO DE LA NUEVA ESPAÑA
AL TERMINO DE LA CONQUISTA

- A) **Instituciones jurídicas del derecho español aplicadas en la Nueva España.**
Breve reseña de su origen y fundamentos de aplicación, así como su repercusión en el pueblo indígena frente al conquistador.
- B) **Instituciones jurídicas indígenas conservadas al término de la conquista.**
Derechos maya y azteca y su trascendencia en la vida jurídica de la Nueva España.

A) INSTITUCIONES JURIDICAS DEL DERECHO ESPAÑOL
APLICADAS EN LA NUEVA ESPAÑA.

- a) CAPITULACIONES (Adelantado, Capitán General y Gobernador)
- b) LA AUDIENCIA
- c) EL VIRREY
- d) EL MUNICIPIO
- e) ALCALDES MAYORES Y CORREGIDORES
- f) MAXIMOS ORGANOS DE GOBIERNO DE LAS PROVINCIAS ESPAÑOLAS DE ULTRAMAR RADICADOS EN LA PENINSULA (La Casa de la Contratación de Sevilla y El Real y Supremo Consejo de Indias)
- g) VISITAS Y JUICIOS DE RESIDENCIA.

a) CAPITULACIONES.- Iniciaremos nuestra investigación con el estudio de los títulos jurídicos denominados capitulaciones o contratos, dado que estos títulos fueron el fundamento jurídico primordial de las expediciones de conquista y colonización de las Indias americanas.

El descubrimiento, la conquista y colonización de la América española se realizó, en gran medida, gracias al esfuerzo privado eminentemente popular, pues fueron los españoles aventureros y ambiciosos quienes arriesgando su vida y posesiones hicieron factible la realización de las empresas de descubrimiento y conquista. La Corona española únicamente avalaba y fijaba los privilegios y condiciones en que se deberían realizar cada una de las expediciones, a través del título jurídico conocido como capitulación o contrato, cuyos orígenes en el derecho español se-

remontan hasta la Edad Media castellana, cuando los señores acostumbraban otorgar las viejas cartas de población, a través de las cuales sus vasallos obtenían ciertos privilegios a cambio de crear nuevos centros de población en nuevos territorios, con lo cual conseguían engrandecer sus posesiones y señorío, - pues en contenido y aplicación son muy similares a dichos contratos.

Del texto de dichas capitulaciones se desprende claramente que el financiamiento real era mínimo, pues las aportaciones de los expedicionarios cubrían en su mayor parte el costo de las empresas. A cambio de esto la Corona se vió obligada, en un principio, a hacer importantes concesiones en favor del interés particular, otorgando enormes privilegios a los conquistadores.

De esta forma, nadie podía realizar alguna expedición o descubrimiento, conquista o colonización en los territorios reservados a la Corona de Castilla por la Bula INTERCAETERA, dictada por el Papa Alejandro VI en mayo de 1493 y el tratado de Tordesillas -junio de 1494-, sin estar amparado por capitulación otorgada por el rey o alguna de las autoridades que lo representasen y estuviesen facultadas para ello.

Así, en estos contratos, quedaba perfectamente establecida la forma y condiciones en que se debería realizar la empresa, se especificaban los derechos reservados a la Corona, y los títulos, privilegios y concesiones otorgados al particular.

Dadas las enormes concesiones contenidas en estos contratos a favor de los expedicionarios, este instrumento jurídico llegó a convertirse en objeto de diferentes transacciones entre particulares, en ocasiones fue un verdadero título negociable - objeto de diversas operaciones jurídicas: compra-venta, traspas-

sos, permutas, etc.

Es necesario aclarar que no obstante la preeminencia de los matices del derecho privado en estos contratos, el interés real se hace patente en forma acentuada desde las primeras expediciones, pues los juristas españoles articularon de manera muy completa los aspectos legales de los descubrimientos, conquistas, y colonización de las provincias españolas de ultramar, así como también lo referente a las regalías correspondientes a la Corona de Castilla, generadas en los territorios descubiertos o conquistados a su amparo, y es a través de estos títulos que la Corona realiza sus diferentes políticas respecto a sus nuevas colonias, principalmente en los primeros años de los descubrimientos colombinos. En estos contratos se exigía además, que todas las expediciones contaran con la participación de los clérigos, de manera que se cumpliera con los fines espirituales y oficiales para la mejor administración y defensa de los intereses reales.

A partir del 17 de noviembre de 1526 se incluyeron en los textos de las capitulaciones, disposiciones acerca del buen tratamiento de los indios.

En la etapa de los descubrimientos y en los primeros años de la conquista y colonización de los nuevos territorios, las capitulaciones fueron el título jurídico mediante el cual se concedieron los nombramientos y facultades con que eran investidos los conquistadores y expedicionarios, como apuntamos anteriormente, para la realización de su empresa.

Entre los nombramientos más importantes concedidos en esta primera etapa por su autoridad, los privilegios y las más amplias facultades otorgadas a los conquistadores, destacan los títulos

los de Adelantado, Capitán General y Gobernador.

Adelantados. - Los orígenes históricos de esta importante-institución, se remontan a la época de integración del reino de Castilla, cuya unidad política se logra con base en la idea imperial de fijar leyes y régimen de gobierno únicos para todas-las provincias que en ese entonces lo conformaban. Para el gobierno de las mismas, éstas se dividían en Merindades o distritos con una villa importante que defendía a los pueblos de su-jurisdicción. El titular de la merindad era el Merino, juez nombrado por el rey para hacerse cargo del territorio que comprendía la merindad.

En un principio sólo tenía funciones económicas, posterior-mente le fueron conferidas amplias facultades jurisdiccionales.

Al continuar su expansión y la reconquista, la Corona de -Castilla estableció en los territorios fronterizos conquistados la figura del Adelantado, cuyas funciones eran las mismas que-las de los merinos pero con la diferencia de que el adelantado-además tenía funciones militares.

Así, cuando se realiza el descubrimiento y conquista de -América, en la mayoría de las capitulaciones de descubrimiento-nuevo y población se concede el título de Adelantado -general-mente se otorgaba junto con el de Capitán General y Gobernador-que más adelante explicaremos- al jefe de la expedición, con facultades políticas, de gobierno y administración, tanto civil -como militar, en las tierras descubiertas y conquistadas, así -como en las provincias que fundare; podía dictar Ordenanzas con validez por dos años, prorrogables con autorización real, tenía facultades para repartir tierras, nombrar a las personas que desempeñarían los oficios públicos menores en las nuevas posesio-

nes, fijar encomiendas de indios, acuñar moneda, erigir su fortaleza y quedar exento de algunos impuestos. Una característica muy importante respecto a los adelantados es que durante el período virreinal fueron los únicos funcionarios que estaban exentos de la jurisdicción del virrey.

Al correr del tiempo, la importancia de la figura del adelantado va desapareciendo hasta convertirse en un título meramente honorífico.

Capitán General.- Este título jurídico tiene sus orígenes en el derecho español dentro de la época de la reconquista y aun cuando resulta difícil precisar su evolución, dentro del mismo podemos establecer claramente que no se trata del cargo de la milicia existente dentro de la jerarquía castrense, pues no obstante sus amplias facultades militares, se caracteriza como el principal jefe político y de gobierno de los territorios reconquistados y alejados de la metrópoli real. Las atribuciones del Capitán General en los territorios descubiertos por el Almirante genovés eran en esencia las mismas que las otorgadas a los adelantados y los gobernadores, aún a pesar de que su origen y evolución fueron distintos, quizá el único elemento objetivo que nos auxilie en su diferenciación lo constituyan la extensión y la categoría política de las demarcaciones territoriales bajo su jurisdicción y gobierno.

Gobernadores.- En la época de integración del reino de Aragón (s.XIII), la unión del mismo giraba en torno a la presencia del rey, que a su vez, lo era también de las demás provincias que conformaban su territorio, conservando cada una de ellas sus propias instituciones jurídicas, políticas y sociales; de ahí que la presencia real fuera indispensable para lograr la cohe-

sión del reino. Como el rey no podía estar en dos sitios al mismo tiempo para atender los problemas surgidos en sus dominios, delegaba sus funciones en un representante real, al que llamaba Procurator Regis o Princeps Provinciae. Cuando el heredero al trono no era quien desempeñaba el cargo en todo el territorio por ausencia del monarca, se le facultaba a aquel para nombrar a sus propios representantes Procurator Generalis pero cuando el heredero era solamente procurador general entonces éste podía nombrar a un Gerens Vices o Portantveus de Procurator Generalis para que lo representase.

Para mediados del siglo XIV aparece en los documentos históricos el término de Gobernador General, que va sustituyendo poco a poco al título de Procurador.

A fines de ese siglo comienza a desarrollarse dentro de la monarquía Aragonesa, dado el constante ausentismo del rey en la administración de sus territorios peninsulares, provocado quizá por la expansión del reino en el mediterráneo, el título de Loc tinent General (Lugarteniente General), de posibles orígenes judiciales (1) y para un plazo determinado, con una misión concreta y con dependencia directa de la voluntad del monarca, posiblemente con una autoridad mucho más amplia que la otorgada al Gobernador General, pues mientras que el carácter de Lugarteniente General va adquiriendo una jerarquía funcional más efectiva, el Gobernador General se transforma poco a poco en un nombramiento honorífico.

La evolución de la categoría de Lugarteniente General constituirá, años más tarde (en la primera mitad del siglo XV), un antecedente importante de una nueva institución, el Viso-Rey o -- Virrey, título más adecuado para el que será el representante -

del rey.

Puede decirse en términos generales que los títulos de Adelantados, Gobernadores y Capitanes Generales casi siempre eran otorgados de manera conjunta al jefe de una expedición, por lo que en los territorios de Indias era muy frecuente que estos - ejercieran a un tiempo el gobierno político, administrativo y - judicial, con amplias facultades militares.

Esto implicaba por lo tanto el tener la autoridad para fundar ciudades, establecer y nombrar a funcionarios menores para el gobierno de las mismas, repartir entre los participantes de la expedición las caballerías, las peonías, establecer encomiendas; facultades para explotar las minas que descubriese (pagando al fisco real la parte correspondiente a la Corona); tener su propia fortaleza; el derecho a cobrar rescate por los indios capturados durante alguna expedición (pagando su parte a la Corona); tenían también el derecho a una renta fija y hereditaria; facultades exclusivas en la explotación de algunas especias; etc.

b) LA AUDIENCIA.

Dentro del gobierno y administración de las provincias españolas de ultramar encontramos, como una de las instituciones españolas más significativa en los inicios de la vida jurídica de la Nueva España, a la Real Audiencia de Indias.

Sus orígenes peninsulares inmediatos, los encontramos en las Audiencias o Cancillerías de Valladolid y Granada, que durante el reinado de Fernando e Isabel eran los órganos encargados de atender los asuntos judiciales del reino de Castilla (la circunscripción norte por la de Valladolid y la sur por la de Granada)⁽²⁾.

Dadas las particulares y singulares circunstancias que prevalecían en las provincias de Indias, las audiencias muy pronto-

adquirieron rasgos característicos en estos territorios que los diferenciaron de sus antecedentes peninsulares, pues aún cuando en ellas predomina el carácter de autoridad judicial, también - tuvieron funciones políticas, administrativas y de gobierno - lo que no sucedió con las audiencias de Valladolid y Granada.

Así, la Real Audiencia de Indias era el tribunal supremo - con funciones de consejo de estado y poder ejecutivo (a partir de la creación del virreinato de la Nueva España, sólo ejerció el poder ejecutivo en las ausencias del virrey); en ocasiones - desempeñaba funciones legislativas, a través del real acuerdo. Puede decirse que en sus primeros años la real audiencia fue pieza fundamental de la burocracia del estado español en los territorios de ultramar.

En sus inicios, la audiencia estuvo integrada por un presidente y cuatro oidores, con el tiempo el número de estos últimos aumentó en relación a la cantidad y complejidad de los asuntos de su jurisdicción, añadiéndose paulatinamente un ainnúmero de funcionarios subordinados (fiscales, cancilleres, alguaciles, relatores, escribanos, un capellán, etc.)

Como tribunal supremo, era el órgano encargado de impartir-justicia a través de los jueces ordinarios que dependían de ella bajo estricta vigilancia.

En primera instancia sólo conocía de aquellos asuntos, civiles o criminales, que fueran realmente importantes. Primordially funcionaba como tribunal de apelación contra fallos emitidos por funcionarios inferiores; así también, conocía de aquellos recursos de fuerza que se le presentaban en relación a senten-cias dictadas por tribunales eclesiásticos y por aquellos tribunales especiales que estuviesen bajo su jurisdicción como los de

la Bula de la Santa Cruzada, de los Bienes de difuntos y de los españoles casados que vivían en Indias y cuyas mujeres se encontraban en España.

La audiencia no siempre dictaba la última palabra, pues en ocasiones se podía apelar ante el Real y Supremo Consejo de Indias.

Los oidores revisaban los juzgados inferiores mediante el nombramiento de los visitadores ordinarios y los pesquisidores extraordinarios para los casos de injusticias graves. Algunos oidores eran nombrados inspectores de las armadas de las Indias y delegados especiales para la regulación de algunos impuestos.

En el procedimiento judicial que se seguía ante la audiencia se distinguen tres etapas: vista, revista, y suplicación. Y como rasgos generales, estos procesos tienen -al decir de don J. M. Ota y Capdequi⁽³⁾- un carácter secreto y escrito, de acentuada lentitud en su tramitación.

Las funciones de gobierno como consejo de estado y poder ejecutivo eran ejercidas por sus presidentes (virreyes, gobernadores y capitanes generales) o por los oidores en ausencia de aquellos, en corporación a través de los reales acuerdos; sin olvidar que las funciones ejecutivas sólo las ejerció ampliamente, como ya dijimos, hasta antes de la creación del virreinato después, sólo durante las ausencias del virrey.

Como consejo de estado, la audiencia estaba facultada para opinar sobre todos los asuntos importantes de la administración de la Nueva España, y el virrey a su vez, tuvo la obligación de someter a la consideración de la audiencia estos asuntos, sin estar sujeto por ello a la opinión emitida por la misma.

Si la audiencia criticaba alguna disposición del virrey, y éste insistía en aplicarla, la audiencia estaba facultada para protestar formalmente ante la Corona, quien decidía en última instancia.

Respecto a las funciones de gobierno de las audiencias, es necesario -

aclarar que era su presidente quien vigilaba el orden y buena administración de las ciudades o distritos que pertenecían a su jurisdicción; Informando a la Corona del gobierno de la audiencia y de los oficios vacantes - que fueren de provisión real, nombrando en forma interina a aquellos funcionarios que en sus distritos fueren necesarios por ocasión de alguna vacante en un cargo de estas características; tenían a su cuidado los asuntos relacionados con la Real Hacienda y los repartimientos de indios, llevando permanentemente un libro de control de encomiendas, etc.

La función legislativa la realizaba constituida en real acuerdo, presidida por el virrey, el gobernador o el capitán general según fuere el caso, para dictar leyes o decretar "autos acordados", cuyo texto y fundamentación eran enviados al rey para su conocimiento y ratificación.

A este respecto el profesor Haring, citado por J. M. Ota y Capdequi, nos explica: "La audiencia como consejo de estado deliberaba con el presidente en ciertos días de la semana sobre asuntos de administración política.

Estas sesiones se llamaban acuerdos y las resoluciones autos acordados.

En asuntos de la hacienda pública se unían a los oidores los oficiales reales; con el desarrollo del acuerdo la audiencia colonial llegó a adquirir poderes legislativos y administrativos, lo cual les dio, en su distrito, poderes análogos a los del Consejo de Castilla"⁽⁴⁾.

Para finalizar diremos, que de acuerdo con el investigador argentino-Ruiz Quiñazú, las audiencias podían ser: virreinales, pretoriales y subordinadas.

Las virreinales eran las establecidas en la capital del virreinato y presididas por el virrey (en América sólo hubo dos, la de la ciudad de Lima y la de Nueva España en la ciudad de México).

Las pretoriales eran las establecidas en la ciudad principal de una capitania general, y presididas por su capitán general.

Las audiencias subordinadas eran todas las demás, aún cuando esta je

rarquía sólo se registraba en el orden estrictamente judicial, siendo por lo demás, independientes unas de otras, pero siempre sujetas a la vigilancia de la audiencia virreinal correspondiente.

La primera audiencia en América fué la de Santo Domingo (1511), suspendida por un tiempo pero restablecida en 1526. La primera audiencia de la etapa continental fue la establecida en la ciudad de México debido, por una parte, a la política de apartar del poder y del gobierno colonial a los conquistadores y por la otra, a las continuas dificultades que los enemigos de Cortés le crearon a éste con las autoridades de la península, él cual viajó a España para resolverlos personalmente.

Así, mientras Cortés viajaba a España, en el nuevo mundo se establecía un gobierno civil permanente, la Audiencia de México.

La primera audiencia estuvo constituida formalmente por cuatro oidores y un presidente; durante su gobierno Nuño de Guzmán, quien la presidía, cometió toda clase de atropellos, crímenes y abusos de autoridad, no sólo contra los indígenas, a quienes despreciaba por considerarlos menos que bestias, sino también en contra de los propios españoles, interpretando con la mayor amplitud posible la política de la Corona de retirar de la administración a los conquistadores, muy especialmente a los partidarios de Hernán Cortés.

El gobierno de la primera audiencia fue un régimen de terror, que aplicaba indistinta e indiscriminadamente la prisión, la confiscación y la horca. Y para evitar que sus felonías fueran conocidas en España, impuso la más severa vigilancia en la ciudad de Veracruz.

Tal era el estado de cosas, que incluso la iglesia representada por el obispo Fray Juan de Zumárraga, tuvo que enfrentarse abiertamente con el presidente de la audiencia, no sólo por los atropellos cometidos contra los indios y españoles comunes, sino además por los cometidos en las personas de los frailes.

Las horrendas revelaciones del obispo y las hábiles gestiones de Cor-

tés convencieron al Real y Supremo Consejo de Indias (creado en 1524 y del cual hablaremos más tarde) para suprimir al gobierno de la primera audiencia.

En 1530 se estableció la segunda audiencia cuya presidencia quedó a cargo de don Sebastián Ramírez de Fuenleal, quien contó con el auxilio de Juan de Salmerón, Alonso Maldonado, Francisco Ceyno y Vasco de Quiroga como sus oidores, todos hombres extraordinariamente cultos y capaces.

Al tomar posesión la segunda audiencia en 1530, la situación era realmente difícil, por una parte existía la amenaza constante de un levantamiento indígena debido al mal trato que estos habían recibido durante la administración de Nuño de Guzmán y por la otra, existía un verdadero descontento del ayuntamiento de la capital en contra del gobierno de la primera audiencia.

El primer problema lo resolvió la nueva autoridad, muy a su pesar, poniendo el poder militar en manos de Cortés quien aplastó la rebelión. Posteriormente y oyendo el consejo del obispo Zumárraga, de los provinciales de las órdenes franciscana y dominica y de Hernán Cortés, la segunda audiencia decretó la reducción del tributo a los indios, la abolición del uso de tAMES y concedió a las comunidades indígenas la facultad para gobernarse a sí mismas, aunque siempre sujetas a la vigilancia de la iglesia y los representantes de la Corona; la protección de los indios fué muy importante para Fuenleal y sus oidores.

El segundo problema y no menos trascendente, consistía en mediatizar de manera discreta pero efectiva el poder de los conquistadores, sobre todo el de Cortés que aún continuaba siendo el Capitán General de los territorios por él descubiertos y conquistados, y titular de un enorme aunque disperso marquesado, así como también el caudillo principal de los viejos soldados; sin descontar los problemas que significaban Nuño de Guzmán y Pedro de Alvarado.

Para resolverlo, la segunda audiencia continuó con la política real de

retirar paulatinamente a los conquistadores de los puestos más importantes en la dirección del gobierno de la nueva colonia, además fué reduciendo poco a poco el poder de los encomenderos, ya que suprimió las encomiendas con títulos dudosos o imperfectos y las incorporó a la Corona como pueblos de realengo bajo la autoridad de magistrados llamados corregidores.

Resulta verdaderamente admirable el hecho de que en tan sólo cinco años la segunda audiencia haya podido imponer la ley, el orden y la protección al indígena en medio de tan caótica e inestable situación.

En 1535 la Nueva España fué elevada a la categoría de Virreinato, estableciéndose así un gobierno más adecuado a las necesidades de una sociedad en crecimiento y una barrera infranqueable contra los conquistadores y su ambición.

Si recordamos las funciones de la Audiencia de Indias nos daremos cuenta que la confusión de atribuciones entre ésta y el virrey era evidente, pues aún cuando en teoría no es tan complicado precisar las funciones que el virrey tuvo y establecer sus diferencias con las de la audiencia, en la práctica sí resultó un verdadero problema el deslindar con claridad la competencia de dichas autoridades, por ejemplo ¿cómo precisar en qué casos cabía recurso judicial ante la audiencia contra resoluciones dictadas por el virrey en asuntos referentes a la administración del gobierno de la ciudad?, ¿cuando debía el virrey solicitar el voto consultivo del real acuerdo?.

La respuesta a estas interrogantes no era fácil, más aún si la Corona misma propiciaba que no lo fuera, ya que era ella quien fomentaba ese tipo de confusiones para establecer un equilibrio político del poder que sólo a ella beneficiaba, pues en todo caso siempre sería la Corona quien tendría la última palabra.

c) EL VIRREY.

Sus orígenes peninsulares inmediatos los encontramos en el título de Loctinent General (lugarteniente general), cuya evolución ya hemos explicado

al hablar del cargo de gobernador, aquí sólo trataré de explicar su repercusión y su influencia en la creación del cargo de virrey.

En los últimos años de la primera mitad del siglo XV una nueva institución se va gestando de manera paulatina y para fines de siglo ya es de uso general en las posesiones aragonesas. Este nuevo título se aplicaba a la persona que representaba al rey en sus ausencias en una provincia o ciudad, cuyo uso cada vez más frecuente finalmente sustituye al de lugarteniente.

Para explicar las posibles causas que dieron origen a la institución del virrey J. I. Rubio Mañé cita a Jaime Vinces Vives, quien nos dice: "Es posible que dos causas hayan originado la institución del Virrey, ambas con juntas o una y otra: 1a.) que en la época señalada...se quisiera distinguir diferencia entre el Lugarteniente y el Virrey, reservando el primero para los reinos continentales y el segundo para los ultramarinos; y 2a.) que se quiso variar el término de Lugarteniente General al de Virrey para emplear una acepción más correcta, que respondiera más a la realidad... Para poder inclinarnos hacia la primera causa existe el hecho de una relativa similitud de facultades y funciones entre ambos cargos...Y para...la segunda causa, existe el hecho de que aunque Lugarteniente y Virrey significasen lo mismo filológicamente, es más concreto el término de Virrey. También es un hecho que el Lugarteniente General, tal como funcionaba en Aragón era un Virrey, aunque no llevase este título... Tal como están hoy los conocimientos sobre este punto es preciso reconocer que el origen inmediato del virreinato aragonés se halla en un panorama oscuro;..."⁽⁵⁾.

En abril 17 de 1492, en las Capitulaciones de Santa Fe, los Reyes Católicos le otorgan a Cristóbal Colón el título de Virrey-Gobernador de las tierras que descubriera. Así, aun antes de realizado el descubrimiento de América, ya se había institucionalizado al virreinato como su forma de gobierno. Sin embargo este título otorgado a Colón fue más honorífico que efectivo, pero constituye un antecedente importante. Por lo demás, fuera de las -

Capitulaciones de Santa Fe, no existen ningunas otras donde se conceda este título, lo cual nos permite conocer el carácter estatal de la institución - virreinal en la América española, libre de las ingerencias señoriales, que - aún se percibían en el contenido de las posteriores capitulaciones de descu**brimiento** nuevo y población y hasta antes de 1535.

Como ya lo explicamos al hablar de la audiencia, dada la tensa situación social y política en que se encontraba Nueva España, la Corona se vio en la necesidad de establecer una autoridad preponderantemente civil, cuyas facultades legales, políticas y morales pusieran coto a la ambición y poder de los conquistadores españoles, evitando así el colocar en entredicho a la autoridad real en sus colonias. Esta autoridad fue puesta en manos del representante personal del rey y para esto en 1535 la Nueva España es elevada a la categoría de Virreinato.

Los primeros virreyes tuvieron la máxima confianza de la Corona para gobernar los territorios de Indias, pues sus atribuciones fueron tan amplias que incluso podían modificar y aún suspender las cédulas reales cuando así lo consideraran necesario, "se acata pero no se cumple". Los virreyes a su vez promulgaban instrucciones a los funcionarios de la administración pública, consignando sus experiencias en una memoria para utilidad de sus sucesores. Cuando un virrey fallecía en funciones, el sucesor interino era aquél - que hubiese sido designado por el difunto en el conocido pliego de mortaja.

En los primeros años el nombramiento de virrey fué vitalicio; después se redujo el plazo a tres años y posteriormente se aumento a cinco.

La amplitud de poderes otorgada en un principio a estos funcionarios - se fue limitando con el tiempo, pues se les impuso la obligación, primero, - de informar a los monarcas con todo pormenor de su desempeño en el gobierno y administración de las colonias y después se reglamentó de manera minuciosa esta actividad, sin que los virreyes pudieran apartarse de estas instrucciones. Por otro lado y desde el primer momento, las facultades gubernativas

de las audiencias, así como las visitas y juicios de residencia resultaron ser un poderoso freno a los posibles abusos de los virreyes.

Como ya hemos apuntado, el virrey gozaba de las más amplias facultades pues no sólo era jefe político y la suprema autoridad administrativa y de gobierno, sino que además era la más alta autoridad judicial ya que fungía como presidente de la audiencia; como capitán general de todos los territorios tenía la máxima autoridad militar (lo fué a partir del segundo virrey, tras la muerte de Cortés quien era capitán general de los territorios por él descubiertos y conquistados, a saber Nueva España); y compartía la máxima autoridad eclesiástica como vice patrono de la iglesia.

Como jefe político y suprema autoridad de gobierno y administración, estaba facultado para vigilar las obras públicas (caminos, acueductos, puentes, puertos, etc.), su realización y mantenimiento, conservación del orden público, el control de abastos mediante el buen funcionamiento de los pozos y alhóndigas; limpieza y alumbrado de las calles. Estaba facultado para repartir tierras y solares, y para autorizar la venta en subasta pública de las tierras de realengo. Debía fomentar las expediciones colonizadoras, la fundación de nuevos pueblos y ciudades, así como la formación del censo del virreinato; todo lo anterior con el auxilio de las autoridades a él subordinadas.

Para esto todas las autoridades virreinales (gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y ordinarios) debían consultar al virrey antes de adoptar resoluciones trascendentales y someterle las controversias surgidas por razón de competencia o jurisdicción. Los únicos funcionarios exentos de la vigilancia virreinal eran los adelantados.

Los virreyes fueron también los superintendentes de la Real Hacienda y tenían a su cargo la vigilancia de todo el mecanismo financiero del virreinato, cuidaban el traslado de los metales preciosos de las minas a las cajas reales y el despacho de los caudales a la Casa de Contratación de Sevilla;

ordenaba la cantidad de moneda acuñable y la que debía ser puesta en circulación; cuidaba además la administración de las rentas de los monopolios.

Como rector supremo de la economía virreinal debía fomentar la agricultura, la ganadería, el desarrollo de industrias locales (sólo las permitidas por la Corona), pero de manera fundamental debía fomentar la minería.

Por último, cuidaba también de la salubridad general, el correo, la calidad moral y profesional de los compradores de oficios públicos, etc.

Como suprema autoridad judicial ejercía el cargo de presidente de la audiencia y como tal ostentaba la representación del monarca como ente superior de la justicia.

Debía asistir a todos los juicios de residencia para conocer la conducta de las autoridades coloniales en el desempeño de sus funciones.

Determinaba los cambios de límites jurisdiccionales de las audiencias del virreinato y estaba en contacto con ellas para evitar la dilación en los procedimientos judiciales.

Fijaba los días de sesión, nombraba jueces en causas extraordinarias o especiales, dividía la audiencia en salas, escuchaba agravios, inspeccionaba las cárceles, decidía que causas eran de carácter judicial y cuales administrativas, etc.

Asistido por un asesor letrado o por el auditor de guerra, conocía específicamente de las causas de indios y las militares, en primera y segunda instancia.

Decidía sobre la competencia de los tribunales civiles y los eclesiásticos. Ejercía una inspección general sobre todos los organismos judiciales y a él le correspondía poner en vigor toda clase de leyes y vigilar la obervancia de las mismas, así como también de los fallos de las audiencias.

Como se puede apreciar las funciones judiciales de los virreyes iban más allá de una mera formalidad y si tomamos en cuenta las funciones gubernativas de las audiencias, que ya hemos explicado, resulta totalmente com-

previsible el surgimiento de un sinnúmero de complejas controversias en relación a la jurisdicción de ambas autoridades.

Como Capitán General, el virrey fue el supremo jefe militar de las fuerzas armadas de Nueva España. Para ejercer esta función contaba con dos importantes auxiliares, la Junta de Guerra y el Auditor.

Sus funciones en este ramo iban desde el reclutamiento de tropa, el avituallamiento de armas, víveres, municiones, sostenimiento de cuarteles y hospitales militares y la fortificación del territorio, hasta la dirección personal de los ejércitos, como en el caso de la rebelión del Mixtón en 1541, que obligó al virrey Antonio de Mendoza a ponerse al frente de las tropas para acabar con el levantamiento indio.

Los almirantes de las armadas estaban sometidos a la autoridad del virrey mientras permanecieran en aguas de su jurisdicción. Así también era su obligación como capitán general el procurar el abastecimiento y despacho de las armadas y la construcción de navíos en puertos de la colonia.

Para finalizar, mencionaremos las atribuciones del virrey como importante funcionario de la iglesia en la Nueva España. Los virreyes fueron considerados como vice-patronos, cuyas funciones se referían a las cuestiones de organización, educación y la beneficencia coloniales.

Ayudaron al clero regular en sus empresas misionales, edificación de iglesias y conventos. Cuidaron de que todos los eclesiásticos que llegaran a las Indias tuvieran la correspondiente licencia. Estaban sujetos a la inspección virreinal, los arzobispos y los altos dignatarios del clero secular. Vigilaron el pago de impuestos de la iglesia al estado.

Los prelados no podían remover a los eclesiásticos de sus beneficios sin previa información razonada al virrey.

Debían coleccionar las bulas remitidas a las Indias sin la aprobación del consejo (pase de consejo) y solucionar las controversias de competencia que surgieren entre el tribunal de la inquisición y los otros tribunales eclesiásticos.

ticos y civiles.

d) EL MUNICIPIO ESPAÑOL EN INDIAS.

Para todos nosotros es bien conocido el hecho de que, desde el punto - de vista formal, en la Nueva España el derecho aplicable era el derecho in diano -del cual hablaremos más tarde en el capítulo correspondiente- y sólo con carácter supletorio el derecho español (el de Castilla primordialmente), así como también aquellas instituciones jurídicas indígenas que no contra- vinieran los principios básicos de la moral cristiana y sobre todo los in tereses reales.

Por razones histórico-políticas, lo cual resulta bastante comprensible, el derecho castellano fué aplicado, en la práctica, casi íntegramente en los territorios descubiertos y sólo en casos específicos no resueltos por la legislación peninsular, los juristas castellanos crearon normas especiales para resolverlos, de ahí el casuismo exacerbado del derecho indiano. Por esto, y para poder explicar el régimen municipal de la Nueva España, es necesario remontarnos a los orígenes del municipio en el derecho español.

En la época medieval existieron en castilla primitivos consejos, cuyas funciones originarias fueron la "regulación de los aprovechamientos comunes, fijación de pesas y medidas, de los jornales, del precio de los alimentos y otras semejantes" (6).

Estos consejos castellanos, al decir de Riaza y García Gallo, no tenían intervención en el gobierno del lugar y sus acuerdos eran ejecutados por un funcionario real (maiorums real).

Para la segunda mitad del s. XI, el papel del municipio destaca porque se encarga de repartir las tierras conquistadas que comprendían su jurisdicción, al mismo tiempo que se le conceden funciones de tipo judicial.

A fines del siglo XII las actividades judiciales del municipio ejecutadas por judices y alcaldes, presentan una intervención más amplia y compleja en la vida de las viejas ciudades españolas.

En esta época el municipio contaba con jueces y alcaldes, la máxima autoridad en la ciudad; jurados encargados de funciones económicas, inspectores de pesas y medidas, mensajeros o andadores, etc.

Durante la baja Edad Media se realizan enormes transformaciones, tanto en lo político como en lo social, lo cual se refleja inevitablemente en la institución del municipio.

Por un lado, la mayoría de la gente que vivía en los diferentes pueblos que pertenecían a la jurisdicción de un municipio determinado, se da cuenta de la importancia que tenía el vivir en la villa donde se encontraban las principales autoridades municipales, convirtiéndose ésta en la ciudad-gobierno de las demás aldeas.

Por el otro, la organización del municipio adquirió tintes aristocráticos al quedar en manos de una minoría y la asamblea popular fué perdiendo sus atribuciones, al mismo tiempo fueron surgiendo pequeños consejos que gobernaron la vida local. Así, poco a poco la población va interviniendo cada vez menos en el gobierno de la ciudad.

A mediados del s. XIV se fomentó en Castilla a los pequeños consejos a que nos referimos y el pueblo por sufragio directo o indirecto nombraba a la junta integrada por ocho o doce regidores, o se le podían proponer candidatos al rey.

Estos regidores junto con los alcaldes integraban el Ayuntamiento, -- que desempeñó algunas funciones de los Consejos.

Para no perder el control real en los municipios, el monarca enviaba periódicamente a jueces de salario, veedores o enmendadores.

En el aspecto jurisdiccional las transformaciones del municipio son análogas, la jurisdicción ordinaria la realizaban los oficiales reales locales y territoriales y las autoridades municipales; durante el reinado de Alfonso X, ya no se les permitía realizar sus funciones judiciales libremente sino que se les obligó a sujetarse a las leyes o fueros en vigor.

Durante la época de los Reyes Católicos, los corregimientos se integraban - por una o varias ciudades con sus aldeas, las cuales conservaban su independencia respecto a la que era la residencia del corregidor, el cual, como funcionario provincial, nombraba a sus lugartenientes para los sitios donde no residía personalmente o donde no había alcalde ordinario o de fuero. Las funciones del corregidor eran gobernar la ciudad, velando por la paz y el apego y cumplimiento de los bandos municipales (disposiciones administrativas de la municipalidad), dirigir las sesiones del Consejo Municipal, vigilar - los señorios, dirigir los trabajos públicos, inspeccionar el estado de la Hacienda municipal; judicialmente tenía jurisdicción alta y baja resolviendo las controversias surgidas entre sus funcionarios por razón de la competencia.

En los municipios de señorío, la política real fue fomentar la participación popular en el gobierno de las ciudades. El Consejo (de composición - semejante a la de los municipios de realengo) presentaba al señor a aquellas personas que participarían en la municipalidad. para que los confirmase y eligiese para el cargo; el señor era corregidor perpetuo de sus pueblos

Cuando se produce el descubrimiento de América los municipios castellanos se encontraban en franca decadencia, sin embargo al implantarse esta institución en las Indias recobra su vigor perdido, adquiriendo nuevas características producto de las singulares circunstancias políticas, económicas y sociales que privaban en el Nuevo Mundo. Así, aun cuando formalmente el régimen municipal implantado en Indias es muy semejante al que regía en Castilla (ya en decadencia como hemos dicho), al menos así lo fué en sus primeros años, la legislación de Indias y otras fuentes históricas nos revelan - el papel trascendental y especial que desempeña el municipio en los inicios de la vida jurídica en Nueva España.

En general las funciones del municipio indiano, comprendían la creación de disposiciones locales para la administración de la villa, emisión de pe-

visiones respecto a la sanidad, regulación de precios y abastecimientos, supresión de monopolios particulares, prevención del fraude, reparación de acueductos y caminos, pavimentación de calles y su limpieza, etc. Sin embargo, para comprender mejor esta institución, estudiaremos en forma sucinta la formación de ciudades y su clasificación de acuerdo a la legislación de la época.

En los primeros tiempos la fundación de una ciudad corría a cargo del jefe de la expedición y de las autoridades a quienes expresamente se les había conferido tal misión, puntualizándose en el título respectivo (capitulación) los requisitos de fundación, la organización de la ciudad y los derechos que sobre ella les confería la Corona. Aun cuando también existía la posibilidad de que fuera un grupo de personas más o menos numeroso el que fundara una ciudad, así la ley 10, título 5, libro 4 de la Recopilación de Indias de 1680, establece en la parte que nos interesa: "...En caso de no haber poblado particular, sino vecinos casados, se les concede poblar como no sean menos de diez..."

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por la propia Recopilación existían tres clases de ciudades o poblaciones: Ciudades metropolitanas, ciudades diocesanas o sufraganeas, y villas o lugares.

Si se trataba de ciudades metropolitanas, éstas contaban con un juez con título de Adelantado, de Alcalde Mayor, de Corregidor, o de Alcalde ordinario que impartía justicia y juntamente con el regimiento realizaba la administración de la ciudad; contaba también con dos o tres oficiales de la real hacienda; doce regidores; dos fieles ejecutores; dos jurados de cada parroquia; un procurador general; un mayordomo; un escribano de consejo; dos escribanos públicos; uno de minas y registros; un pregonero mayor; un corredor de lonja y dos porteros.

Si era una ciudad diocesana o sufraganea contaba con seis regidores y los demás oficiales perpetuos.

Para las villas y lugares se nombraban dos alcaldes ordinarios, cuatro regidores, un alguacil, un escribano de consejo y uno público y un mayordomo.

El nombramiento de los oficiales del Consejo Municipal corría a cargo de la persona a la que se había autorizado para fundar la ciudad, cuando así estuviese expresado en la capitulación; en caso contrario, la elección estaría a cargo de los vecinos del lugar de acuerdo al número que el gobernador fijare, sin exceder del establecido por las disposiciones reales aplicables. Sin embargo muy pronto se permitió en Indias la venta de los cargos públicos.

Al principio las disposiciones reales estipulaban que sólo algunos de los cargos consejiles podían ser subastados, así tenemos la cédula real del año de 1522 en la cual se mencionan los siguientes cargos: escribanos de cabildo, alguaciles mayores de las ciudades y villas de españoles, alféreces-mayores, regidores, fieles ejecutores, alguaciles mayores y escribanos de pueblos de indios y depositarios de ciudades, villas y lugares.

Posteriormente se generalizó la práctica real de vender los oficios públicos, lo cual contribuyó en gran medida a la rápida decadencia del municipio colonial y a la creación de pequeñas oligarquías en las villas y ciudades, ya que las pocas familias adineradas se apropiaban por completo del gobierno de la ciudad, incluso por varias generaciones.

Pasaremos ahora a describir brevemente el funcionamiento del Municipio en la Nueva España.- En las colonias del Nuevo Mundo se encuentran dos clases de cabildo, al igual que en la península, el cabildo ordinario y el cabildo abierto.

El cabildo ordinario fue, como puede inferirse de su denominación, el más común dentro de las ciudades y villas de las provincias de ultramar.

El cabildo ordinario sólo podía reunirse y funcionar como tal en las llamadas casas capitulares de la ciudad y estaba integrado por los alcaldes ordinarios y los regidores, lo presidía el gobernador de la ciudad o su lu

garterniente. Así, en unas ordenanzas locales, Hernán Cortés dispuso que no habría de celebrarse el cabildo sin la presencia del lugarteniente o su re presentante cuando él no estuviere.

Sin embargo si el gobernador o su lugarteniente no se encontraban en el cabildo en la fecha señalada para su celebración, ésto se realizaría con la presencia del o de los alcaldes ordinarios de la ciudad, pero no podían entrar los alcaldes ordinarios a cabildo si estuviere el gobernador o su re presentante (cédula real de 26 de noviembre de 1579).

También podían formar parte del consejo los oficiales reales que residieren y ejercieren su oficio en la ciudad; podían entrar igualmente, con voz y voto, el alférez real y los alguaciles mayores (según las ordenanzas de Cortés que ya hemos mencionado, confirmadas posteriormente por Felipe II en octubre 19 de 1566). Lo hasta aquí explicado sólo se refiere a los cabildos ordinarios, pasemos ahora a explicar brevemente lo referente a los cabildos abiertos.

Los cabildos abiertos no fueron muy comunes, ni en las instrucciones reales ni en la legislación, así como tampoco en la práctica; su nombre lo adquieren por la forma de elección de sus regidores y la forma en que se tomaban sus decisiones, pues cuando los adelantados no tenían facultades para nombrar regidores, entonces los vecinos del lugar los elegían y el funcionamiento del cabildo era en base a la voluntad de los vecinos erigidos en consejo abierto. Los alcaldes ordinarios nombrados para consejo ordinario eran elegidos, a diferencia de los cabildos abiertos, por insaculación de entre cinco personas; dos designadas por el cabildo, una por el gobernador o su lugarteniente y dos por los regidores (cédula real de 6 de noviembre de 1528)

-Atribuciones y facultades de los Cabildos: Los cabildos estaban facultados para elegir a las personas que desempeñarían ciertos oficios de consejo además de sus alcaldes ordinarios, como ya apuntamos, tales como procuradores, fieles ejecutores, depositarios, etc.

Tenían facultades jurisdiccionales para conocer de las apelaciones - de asuntos fallados por justicias ordinarias en primera instancia. Así, desde 1519 y según la provisión real del cinco de julio, los cabildos conocerían de las apelaciones de aquellas causas que no excedieran de diez mil maravedís, esta práctica continuó durante algún tiempo, lo que se modificaba regularmente era la competencia en relación con la cuantía de los asuntos.

Intervenía en los asuntos relacionados con el reparto de tierras, realización de obras públicas (construcción de puentes, calzadas, alcantarilla do, empedrado, etc.), los cabildos estaban también facultados para cuidar - la moral pública; sólo ellos tenían la facultad exclusiva de apertura de las cédulas reales que le fueren dirigidas; tenían la obligación de llevar un - libro en el cual quedara constancia de todos los acuerdos que se adoptasen dentro del cabildo; eran los encargados de guardar los testamentos que les fueren entregados y debían hacerlos llegar al juez general; eran los depositarios de los bienes de difuntos cuando no hubiere caja real, con tres responsables, uno de los alcaldes, un regidor y uno de los escribanos del cabilldo; así también el cabildo tenía a su cargo la custodia y administración de los bienes de propios (aquellos bienes o derechos que pertenecían a las ciudades pero cuya disposición era muy limitada y reglamentada).

e) LOS ALCALDES MAYORES Y CORREGIDORES.

Los orígenes de estas autoridades dentro del derecho español, están intimamente ligados a los de el régimen municipal del cual ya hemos hablado; sin embargo cabe explicar aquí lo siguiente, a mediados del s.XIV en Castilla, se fomentó la creación de pequeños consejos dentro de las ciudades, elegidos de manera indirecta por el pueblo y los constituían de ocho a doce regidores.

Esto regidores junto con los alcaldes integraban el Ayuntamiento, que realizó algunas de las funciones de los cabildos municipales.

La importancia de estos corregidores creció de tal manera que poco a

poco fué predominando por sobre los alcaldes ordinarios o de fuero y el Consejo General de todos los vecinos o Cabildo fué sustituido paulatinamente por el ayuntamiento.

Así, durante el período de los Reyes Católicos se fomentó enormemente a los corregidores, con la intención de debilitar el poder que habían llegado a adquirir algunas familias y ciudades al apoderarse del gobierno municipal de las regiones correspondientes a su jurisdicción.

Los corregimientos se formaban por una o varias ciudades con sus diferentes villas, pero independientes de aquella que era el lugar de residencia del corregidor. Este nombraba a su representante para aquellos sitios donde residiera personalmente o donde no existieren alcaldes ordinarios.

Sus funciones se refieren al buen funcionamiento y gobierno de la ciudad, velando por el cumplimiento de los bandos municipales y por la paz pública, vigilaba los señoríos, dirigía las sesiones del consejo municipal, - inspeccionaba la hacienda municipal; judicialmente tenía jurisdicción alta y baja, resolvía las controversias surgidas en ocasión de la competencia de sus funcionarios, etc.

Si no era letrado contaba con el auxilio de los alcaldes mayores (uno para cuestiones civiles y otro para las causas criminales), el alférez real o alférez mayor de la ciudad (que llevaba el pendón de la misma), dos fieles ejecutores, un procurador síndico, un mayordomo, un escribano de consejo, - escribanos públicos, un pregonero mayor, un corredor de lonja y dos porteros.

Como puede observarse, la evolución de estos cargos dentro del derecho español en la península es muy semejante, o incluso nacen de la propia evolución del régimen municipal español, sin embargo, con el tiempo las diferencias se van acentuando cada vez más hasta el punto en que se convierten en autoridades diferentes con facultades concurrentes.

De ahí los constantes conflictos entre ellas, sobre todo al implantar se estas autoridades en el Nuevo Mundo, como veremos enseguida.

Para el jurista Ots y Capdequi las funciones de los corregidores y - alcaldes mayores -cuya "diversidad de nomenclatura no implicaba ninguna diferencia en sus facultades jurisdiccionales"⁽⁷⁾- eran análogas a las de los gobernadores, sólo que aplicables a una jurisdicción territorial menor.

Por lo tanto sus funciones y atribuciones eran, al decir del distinguido jurista, las de jefe político y administrativo de su territorio; fueron jueces superiores respecto de los alcaldes ordinarios, aun cuando no debían entorpecer las funciones judiciales de estos últimos, lo cual no evitó los múltiples conflictos de jurisdicción ocurridos entre ambos; debían fomentar la agricultura y el buen trato al indígena.

Para el cumplimiento puntual de sus obligaciones se les exigía realizar una visita general, y no más salvo orden del virrey o la audiencia, en el territorio de su circunscripción en el tiempo que durase su mandato.

Presidían el cabildo municipal en tanto no se tratasen asuntos de su particular interés.

No obstante lo anterior, nos encontramos con la opinión del investigador Rubio Mañé, que en su obra sobre el virreinato⁽⁸⁾ nos explica que las atribuciones del corregidor eran más amplias y con mayor autonomía que las concedidas a los alcaldes mayores. Los corregidores designados por la Corona podían durar en su encargo de tres a cinco años, según decisión de la misma.

Tenían a su cargo la realización de las obras públicas; la vigilancia del exacto cumplimiento de las órdenes reales, virreinales y los bandos municipales; la inspección de abastos en su distrito; dentro de sus funciones judiciales tenía la facultad de vigilar los procedimientos judiciales de los alcaldes ordinarios y el castigo sumario de los criminales; podía imponer contribuciones para aumentar el presupuesto local; regulaba precios, pesos y medidas; supervisaba las cárceles y nombraba alguaciles para perseguir criminales; proveía el buen trato al indígena.

Sin embargo, dados los abusos cometidos por los corregidores, hacia el siglo XVI fueron sustituidos por los alcaldes mayores con atribuciones menos amplias y restringidos por la vigilancia constante del gobernador y capitán general, imponiéndoles la obligación de solicitar la aprobación de estos untes de la aplicación de cualquier medida, cosa que no sucedía con los corregidores.

Los alcaldes mayores designados por la Corona desempeñaban su cargo - durante cinco años, cuando los nombraba el virrey solo tres.

Sus funciones se limitaban únicamente a la vigilancia del ejercicio - judicial de los alcaldes ordinarios y la impartición de justicia en primera instancia en la jurisdicción de su audiencia; atender las peticiones de los ayuntamientos de indios, vigilar el orden político de su distrito y cobrar- los tributos indígenas.

Dado que no percibían emolumentos de la Corona se les permitió reali- zar el comercio amparados en su jerarquía burocrática, pero de manera limi- tada. Esto trajo naturalmente una serie de abusos por parte de estos funcio narios, no obstante la vigilancia de gobernadores y capitanes generales.

No es de ninguna manera mi pretensión, el juzgar aquí a tan ilustra- dos y destacados investigadores, sin embargo en mi opinión no sería imposible - que el surgimiento en el panorama jurídico de la época, tanto de corregido- res como de alcaldes mayores, haya sido paralelo y con idénticas atribucio- nes, cuya presencia en las Indias fué de uso indistinto para la Corona, y- que en las primeras décadas del s.XVI junto con las restricciones a las atri buciones de los corregidores, sin llegar a desaparecer éste último de mane- ra definitiva, pues aún despues de transcurrido el s.XVI encontramos que la figura de corregidor sigue apareciendo como autoridad, y no con poca frecue- ncia.

Ahora bien, junto a los corregidores de los distrito españoles y los municipios que pertenecían a esos distritos o partidos⁽⁹⁾, encontramos la -

creación de corregidores especiales para indios.

Con facultades similares a las del corregidor para españoles, el corregidor de indios vigilaba en los pueblos de su distrito el abasto necesario de los mismos y más que gobernarlos representaba el papel de tutor de los indígenas procurando evitar el abuso de los colonizadores sobre los indios; aplicaba las normas necesarias para el desarrollo de la comunidad respetando las costumbres de la misma, siempre y cuando éstas no fueren contrarias a la religión cristiana y a los intereses de la Corona.

Casi desde los primeros años de la caída de Tenochtitlan la Corona procuró reunir a los naturales de las Indias en reducciones de pueblos, por lo cual los legisladores españoles trataron de crear una estructura administrativa que lo hiciera posible, tomando como base primordialmente a las propias instituciones castellanas. Así bajo la autoridad del corregidor encontramos a los consejos municipales de los indios, que contaban con alcaldes y regidores.

Las atribuciones de estas autoridades se refieren únicamente a la aprehensión de los delincuentes para trasladarlos a las cárceles españolas del distrito, así como la imposición de penas en algunos delitos menores (faltar a misa, embriaguez, etc.); tenían facultades para aprehender a negros y mezizos para entregarlos a la justicia ordinaria, y las demás que fueren necesarias para el buen gobierno de estas comunidades indígenas en lo general.

Junto a estas autoridades municipales de los pueblos indios encontramos la figura del Cazique, la cual explicaremos con detalle más adelante; - aquí solo diremos que su autoridad, respecto a sus congeneres, le fue respetada por la Corona, y a su conveniencia, en el gobierno y administración de justicia de sus vasallos.

f) MAXIMOS ORGANOS DE GOBIERNO DE LAS PROVINCIAS ESPAÑOLAS DE ULTRAMAR
RADICADOS EN LA PENINSULA.

La Casa de la Contratación de Sevilla.- En los primeros años que sigue

ron al descubrimiento de América, el gobierno metropolitano de los territorios de ultramar quedó a cargo del arcediano Fonseca, auxiliado por el contador real Juan de Soria y para la regulación del comercio se creó una aduana en Cádiz el 29 de mayo de 1493; siendo Cádiz el puerto de donde partían, en los primeros años siguientes al descubrimiento, todos los barcos con destino a las Indias.

Razones geográficas, políticas y económicas hicieron que el 20 de enero de 1503 se creara en Sevilla la Casa de la Contratación de las Indias, lo cual convirtió a la ciudad de Sevilla en el centro metropolitano de todo el comercio de ultramar.

Las atribuciones de la Casa de Contratación fueron, además de controlar y vigilar el comercio con las Indias, las de fungir como institución de gobierno con atribuciones políticas; singularmente en el orden fiscal, pues vigilaba que la Corona recibiera su parte de los beneficios producidos por las Indias; realizaba una importante labor en la administración de justicia, ya que fungía como tribunal civil y penal en controversias relacionadas con la navegación y el comercio ultramarino; contribuyó además al desarrollo del estudio de la geografía americana y de la ciencia náutica, su iniciativa produjo la famosa escuela de hidrografía y navegación, dirigida por el Piloto Mayor.

La Casa de Contratación se creó el 20 de enero de 1503 por real cédula, como ya dijimos anteriormente y en sus primeros años, estuvo integrada por un Factor, un Tesorero y un Escribano-Contador, con atribuciones administrativas y comerciales y junto con el Consejo Real de Castilla se hizo cargo del gobierno de las Indias. Para 1508 se creó el cargo de Piloto Mayor, el cual se encargaba de vigilar y sancionar la capacidad "profesional" de los marinos, navegantes y pilotos que navegarían rumbo a las Indias.

En julio de 1510 se promulgaron nuevas ordenanzas en las que se precisaron las atribuciones de la Casa de Contratación, así como su esfera de apli

cación, en estas instrucciones reales se estableció que un asesor letrado - estaría siempre presente en los asuntos de justicia, se fijó el horario para las sesiones oficiales y se determinaron los diferentes libros en los cuales se dejaría constancia de sus actividades; se fijaron las directrices para - la organización de las expediciones, registro de los barcos, sobre bienes - de difuntos en Indias, licencias de pasajeros, registro de mercancías, etc.

En el año de 1511, el 26 de septiembre, se otorgó a esta autoridad com petencia civil y criminal en asuntos de comercio y navegación a las colonias de América.

La Casa de Contratación estuvo directamente supeditada al poder real, a través de los secretarios Lope de Conchillos y Fonseca. Posteriormente, - cuando se creó el Real y Supremo Consejo de las Indias, la Casa quedó bajo - su jurisdicción.

Así, en un principio, nadie podía realizar expediciones de descubrimiento o de conquista sin estar amparado por el contrato o capitulación celebrado con la Casa de Contratación, ningún extranjero podía ingresar al territorio descubierto en nombre de los reyes de España, si no contaba con la con cesión de naturalización otorgada por ésta, posteriormente estas autoriza ciones sólo podían ser otorgadas por el Consejo de Indias. Los comerciantes no españoles estaban excluidos, por regla general, del comercio con las In dias, por lo que las mercancías provenientes del viejo continente que se in trodujeron a las Indias sólo eran traídas por comerciantes españoles o intro ducidas de contrabando, lo cual hacía aumentar enormemente su precio. Sólo - por excepción, y con el fin de fomentar algunas artesanías o determinadas - ramas del comercio se permitió, aun cuando de manera restringida, la activi dad comercial directa de los extranjeros en los territorios de ultramar, pa ra lo cual el comerciante otorgaba una fianza ante la Casa de Contratación - de Sevilla.

En el siglo XVI la complejidad de las atribuciones de la Casa de Sevi

lla aumentaron en forma considerable y para 1524 se creó el cargo de Correo Mayor.

Por el peligro que representaban los piratas y corsarios en esas épocas, desde 1526 los barcos españoles autorizados por la Casa sevillana no podían viajar aisladamente, tenían que hacerlo en grupos o flotas, armadas y pertrechadas según las reglas dictadas por la propia Casa. En 1543 se estableció el sistema de dos flotas anuales, una para la Nueva España y otra para Panamá, Cartagena y otros puertos en centro y sur-américa, luego ambas flotas se reunían en la Habana para volver a España.

Para 1539, en unas ordenanzas especiales se precisó la competencia de la Casa de Contratación en asuntos judiciales, en ellas se dispuso que sus jueces oficiales tuvieran competencia en primera instancia en materia civil y respecto de los asuntos relacionados con la Real Hacienda, contratación y navegación a las Indias; se podía apelar contra sus decisiones ante la Audiencia de los Grados de Sevilla o el Consejo de Indias, según la cuantía; en materia criminal su competencia se relacionaba con sus atribuciones, y según sus ordenanzas, en los viajes a las Indias cuando se cometía algún delito, si las penas eran de muerte o mutilación el Consejo conocía del asunto para su revisión.

En 1546 se creó el cargo de promotor fiscal de la contratación; en 1522 en nuevas ordenanzas se creó el tribunal de la contaduría y la cátedra de cosmografía. Para 1558 el antiguo asesor letrado se había convertido en Juez Letrado.

Como consecuencia del aumento de las atribuciones de la Casa de Contratación, en 1583 se estableció una sala de justicia con doce oidores o jueces letrados, independiente de la sala de gobierno, para 1596 se aumentó un oidor más a la sala de justicia y se convirtió en Real Audiencia; años atrás se había instituido el cargo de Proveedor General de las armadas y flotas.

Para finalizar, bástenos mencionar que la decadencia del gobierno monár

quico de España de la última mitad del siglo XVII, se reflejó enormemente en el funcionamiento de la Casa de Contratación de Sevilla, con lo cual su vi talidad y su autoridad se vieron disminuidas y nunca más recuperó su antiguo esplendor.

El Real y Supremo Consejo de Indias.— Al analizar el surgimiento y fun cionamiento de la Casa de Contratación de Sevilla mencionamos a los órganos que primeramente se hicieron cargo de los asuntos de gobierno y administra- ción de las provincias de ultramar. Con el tiempo estos asuntos fueron sien- do cada vez más y más complicados, lo que obligó al Consejo Real de Castilla a coadyuvar a la resolución de los mismos de manera conjunta con la Casa de Contratación.

Para 1519 se había creado dentro del mismo Consejo una sección espe- cial para los asuntos de las colonias de América, que actuaba en estrecha - vinculación con la Casa sevillana.

En 1524 la Corona considera necesaria la creación de un órgano especia- lizado para la atención de los problemas de gobierno y administración de las provincias españolas de ultramar, para lo cual crea el Real y Supremo Conse- jo de Indias.

En un principio sus atribuciones fueron muy amplias y no estaban per- fectamente determinadas, pero podemos decir que tuvo en sus manos todo el gobierno político y administrativo de las tierras descubiertas y conquista- das, con funciones jurisdiccionales en materia civil y criminal (las mate- rias comercial y de navegación quedaron bajo el control de la Casa de Contra- tación) en última instancia, pues fungía como tribunal supremo de apelación, otorgaba nombramientos a funcionarios, los destituía, presentaba a los pre- lados, realizaba los aprestos de flotas, organizaba expediciones de descubri- miento, dictaba normas y reglas para el manejo de la Hacienda colonial y de buen trato y protección a los indios, y en general era el cuerpo consultivo del rey para todo lo referente a las Indias, sobre todo en materia legisla-

tiva.

El Consejo de Indias dependía directamente de la Corona y para realizar las tareas a él encomendadas estaba integrado por un presidente, condejes, ministros togados o de capa y espada, un secretario para la Nueva España, y en su momento, uno para el Perú, así como también un fiscal; posteriormente el Consejo tuvo un cronista mayor y un cosmógrafo mayor.

Como podemos apreciar, la mayoría de las atribuciones con que contaba en un principio la Casa de Contratación le fueron trasladadas al Consejo de Indias, sin embargo quedaron bajo la jurisdicción de ésta los asuntos relacionados con el comercio y la navegación. En los casos criminales como el contrabando se podía apelar en última instancia, como ya hemos apuntado, ante el Consejo aún cuando el asunto en una instancia inferior fuera de competencia de la Casa por tratarse de un asunto relacionado con el comercio; como puede verse en múltiples ocasiones fue factible la controversia entre estas autoridades por razones de competencia, incluso en materia fiscal podría hablarse de facultades concurrentes.

Al comienzo de su existencia, el Real y Supremo Consejo de Indias estuvo bajo el control de la orden religiosa de los dominicos cuya preparación, cultura y humanismo generó, y quedó plasmada en la legislación, la protección, respeto y trato justo al indígena.

La complejidad de los asuntos surgidos en el manejo de las colonias hizo necesaria, a pesar de la gran autoridad del Consejo, la creación de algunas juntas especiales, en 1575 se estableció la junta de Hacienda de Indias y en 1579 la junta de guerra.

En los primeros años del mil seiscientos se realizaron importantes reformas en la estructura del Consejo Supremo, así, se creó la Cámara de Indias que funcionaba como comisión ejecutiva, suprimida más tarde en el año de 1609. En 1604 se establecieron cuatro secretarías, reducidas en 1609 a dos: una para los asuntos de la Nueva España y otra para los de el Perú.

A pesar de estas reformas y de las nuevas ordenanzas de 1636, el Real y Supremo Consejo de Indias jamás volvió a recobrar el esplendor y la fuerza política que había tenido en sus primeros años al frente del gobierno y administración de las provincias españolas en el Nuevo Mundo.

g) VISITAS Y JUICIOS DE RESIDENCIA.

Como hemos visto a lo largo del presente capítulo, una de las grandes preocupaciones de la Corona de España en relación con sus colonias, lo era el establecer un control absoluto sobre sus autoridades en las Indias a fin de evitar que, la enorme distancia entre los dos mundos y las amplias facultades con que en un principio tuvo que investir las para que administraran - con mayor eficiencia sus posesiones ultramarinas, despertara la ambición de sus funcionarios y aprovecharan cualquier situación para sacar provecho en beneficio de sus intereses, sobre todo en lo que se refiere al uso y abuso del trabajo de los naturales.

Desde el punto de vista judicial, la Corona contaba con dos procedimientos para obtener este control: El juicio de Residencia y la Visita.

-El juicio de Residencia encuentra sus orígenes en el viejo derecho castellano y lo hallamos por primera vez en la legislación de las Siete Partidas, no obstante que su popularidad definitiva la alcanza en el ordenamiento de Alcalá; extendiéndose su aplicación posteriormente a las Indias.

La Residencia era un procedimiento público ordinario a través del cual se establecía la responsabilidad de los funcionarios temporales, en forma individual, al término de su mandato por jueces especiales nombrados por el rey o los órganos supremos, aunque a partir de la segunda mitad del XVI hubo muchas ocasiones en que el mismo sucesor en el cargo era quien ordenaba su realización. Se denominaba así al procedimiento, porque durante el mismo el funcionario en cuestión quedaba residenciado o radicado en un lugar determinado, fuera del territorio donde ejerció su jurisdicción, él cual no podía abandonar hasta en tanto no se dirimiera su responsabilidad; los cargos con

tra al funcionario los presentaban propiamente los lugareños que tenían alguna queja del desempeño de la autoridad, y estos eran informados por un pregonero para que presentaran sus agravios en contra del residenciado al juez.

-La visita tiene su origen en la edad moderna del derecho español y surge como un procedimiento general en la mayoría de los reinos de la península. Se practicaba a los órganos individuales vitalicios (como los oidores, por ejemplo), a los órganos colectivos (como la Audiencia) y a aquellos órganos temporales que estuvieren excluidos del juicio de residencia. Los visitadores estaban dotados de amplísimas facultades, a tal grado que en ocasiones les estaba permitido establecer reformas a los órganos sometidos a la Visita.

La Visita era secreta y por lo general no afectaba a un sólo funcionario en forma individual, sino a todos los funcionarios comprendidos en ella, ninguno en particular sabía si había cargos concretos en su contra (ni por quien, ni de quien); realizada la Visita el visitador integraba la sumaria y la remitía al Consejo, quien finalmente decidía sobre la responsabilidad de tal o cual funcionario.

Las Visitas de Oidores se practicaban cada tres años, para lo cual se nombraba un visitador, quien la realizaría en todo el distrito de la Audiencia acompañado por un escribano y el oficial real que deseara acompañarles. El objeto central de tales visitas era conocer si se habían cumplimentado las disposiciones emitidas en favor de los indios. El visitador no era admitido de nuevo en la Audiencia si no presentaba constancia testimoniada de haber agotado todas las etapas del procedimiento.

De las Residencias contra los virreyes, los oidores y demás altos funcionarios de la Colonia conocía el Supremo Consejo, los cuales siempre eran residenciados al fin de su mandato. Los oidores cuyo cargo era vitalicio eran sometidos a este procedimiento al momento de su transferencia a otro distrito o cuando eran ascendidos.

Los miembros del Consejo de Indias, como autoridad máxima después del rey en la colonia, no eran sometidos a juicio de residencia, sino que se les practicaba la visita y en ocasiones el propio monarca era quien la realizaba.

B) INSTITUCIONES JURIDICAS INDIGENAS CONSERVADAS

AL TERMINO DE LA CONQUISTA.

- a) EL DERECHO EN LA CIVILIZACION MAYA.
- b) EL DERECHO EN LA CIVILIZACION AZTECA.
- c) TRASCENDENCIA DE ALGUNAS INSTITUCIONES JURIDICAS INDIGENAS EN NUEVA ESPAÑA. Comunidades indígenas; el Cacicazgo; el Tributo; la Mita; la Tierra Comunal o Ejido.

Como hemos visto, España al conquistar los territorios de América impuso en ellos su civilización y su cultura, y a través del derecho y de algunas consideraciones político-filosóficas trató de normar y legitimar su dominación ante el mundo y ante los propios naturales.

El derecho español, herencia romana con tradiciones célticas e influencias germánicas, no fué sin embargo el único elemento integrador del derecho que se aplicó en la Nueva España, pues aún cuando la cultura jurídica indígena carecía de una memoria escrita de sus disposiciones, contaba con la fuerza de las tradiciones y el poder legitimador de las costumbres jurídicas de su derecho.

Así, las particulares características del momento histórico, la situación geográfica y el derecho español, así como las tradiciones y costumbres jurídicas indígenas determinaron de manera singular la creación de un derecho propio, adaptado a las necesidades de la sociedad novohispana.

La civilización indígena y por consiguiente su cultura jurídica, fueron determinadas por un elemento esencial de la personalidad del indio americano, resultado de siglos de condiciona-

miento intelectual a una forma de vida, subordinada a la geografía de su territorio, las fuerzas de la naturaleza y, en antesis, al medio ambiente en que se desarrolló su existencia y su civilización.

Este elemento lo constituye sin duda la enorme religiosidad del indígena. La devoción del aborígen y su fé ciega hacia sus dioses, representados en las fuerzas de la naturaleza, a veces - incomprensibles aún ahora para nosotros, marcaron para siempre su destino.

Los implacables dioses no admitían desobediencia alguna. Las leyes naturales son inmutables. De aquí nace precisamente esa - obediencia incondicional y absoluta del indio hacia el "ser su perior".

Esta obediencia ciega, producto del natural temor y desconcierto provocados, por un lado por las fuerzas y fenómenos de - la naturaleza a los cuales se les atribuyen la categoría de dioses feroces y sanguinarios, directores y organizadores de su existencia y de su muerte; y por el otro las constantes luchas sostenidas con otras tribus por la búsqueda de alimento y el dominio de las mejores tierras que les proporcionaron suficiente caza y pesca (pues hay que recordar que no practicaban la ganadería y la agricultura no era su principal fuente de sustento), - concedía la autoridad y el poder suficientes al guerrero más hábil, lo cual le permitía gobernar y dirigir a su pueblo, con la ayuda de la casta sacerdotal, sin que ninguno de sus subditos- se atreviera a cuestionar siquiera sus mandatos.

Esta obediencia hacia los jefes religiosos y militares determina de tal forma su cultura, y lógicamente sus instituciones - jurídicas, que convierte a los indios en seres sumisos, humildes

y obedientes, carentes de una conciencia individual y dependientes absolutos del líder carismático que los guio hacia la gloria y la grandeza de su pueblo.

Si bien es cierto lo anterior, también lo es, sin embargo, - el hecho de que los indios de Mesoamérica y sobre todo los mexicanos, estaban muy orgullosos de ser como eran, fueron una raza - altiva y noble, sanguinaria y belicosa, pero al mismo tiempo, y he aquí la paradoja, eran en extremo ingenuos.

Ahora bien, tratar de explicar cuales fueron las instituciones jurídicas indígenas conservadas tras la toma de Tenochtitlan no es una tarea nada fácil de realizar, pues no es desconocido - para nosotros que la vida jurídica de la Nueva España en sus inicios se realizó y tuvo como principal fundamento el viejo derecho español, principalmente el de Castilla.

Sin embargo, las circunstancias que motivaron su aplicación - en las provincias españolas de ultramar resultaron a la vez de terminantes en su diaria transformación, hasta conformar un nuevo derecho, aplicado a realidades y exigencias, diversas a las de la península.

Las experiencias obtenidas por España en la administración - de sus provincias en América en la etapa insular y el compromiso contraído por la Corona con el Papa Alejandro VI de cristianizar y civilizar a los indios para la mayor gloria de Dios, obligó al monarca a buscar nuevas fórmulas administrativas que le permitieran cumplir con el compromiso, sin perder su autoridad - frente al natural con un trato demasiado suave, ni hacerse un gobierno impopular ante el colonizador español al restringirlo de demasiado y sin dejar de percibir, por supuesto, los tributos y - ganancias obtenidas de la explotación de las riquezas naturales

de las Indias y sus aborígenes.

Por esto el 6 de agosto de 1555 Carlos V dispuso, a través de una real cédula, que las antiguas leyes y costumbres de los indios destinadas al gobierno y regulación de su vida en comunidad debían ser observadas por ellos sin oposición de español alguno, siempre y cuando no estuviesen contra la religión y la fé cristiana, ni contra la autoridad y los intereses de la Corona.

Con esto el monarca buscaba dar un poco de libertad al indígena procurando hacerle la vida menos extraña, en un mundo nuevo y ajeno totalmente; un mundo donde sus dioses impotentes le habían abandonado ante la fuerza y el poder del dios del blanco, - que les hablaba de misericordia, amor, fé y buena voluntad, obligándolos a escuchar bajo la amenaza del acero.

Absorbidos de esta manera por la nueva civilización, la huella de sus instituciones jurídicas se diluye en el tiempo, mas no desaparece. Por esto considero importante analizarlas, aunque sea sólo brevemente, en la época de su esplendor, para después seguir su huella en el período post-cortesiano.

Para este fin sólo habremos de analizar el esquema jurídico de la cultura maya y el de la civilización azteca. El primero - por constituir, aún dentro de su primitivismo, una estructura legal más o menos definida, con una concepción diversa a la del universo azteca, y una idea concreta de la vida en comunidad y su regulación.

El segundo, por ser el más significativo de los derechos pre cortesianos, no sólo por ser el que mayor contacto, trascendencia y permanencia tuvo al término de la conquista, sino también por ser el más conocido, dadas las numerosas fuentes directas e indirectas de investigación histórico-jurídica que se conservan.

- EL DERECHO EN LA CIVILIZACION MAYA.

La cultura maya, desarrollada principalmente en dos etapas, el antiguo y el nuevo imperio, floreció en el territorio que abarca la península de Yucatán, parte de Chiapas y Campeche, hasta Guatemala y parte de Honduras. Es una de las culturas más sorprendentes de Mesoamérica, surgida aproximadamente hacia el siglo IV a.c. Para cuando los primeros españoles llegan a las costas de Yucatán en 1511 la civilización maya se encontraba en plena decadencia.

Sin embargo, en cada una de las etapas de su sucesivo esplendor se distingue una admirable y sorprendente organización política y social.

Desde el punto de vista político y de gobierno, el imperio maya estuvo organizado como una confederación de ciudades-estado cuyo punto de cohesión era una cultura y lenguaje comunes, donde la autoridad suprema era ejercida por las ciudades principales (en los últimos años del nuevo imperio la ciudades principales eran Chichen-Itzá, Uxmal y Mayapán). A su llegada los españoles sólo encuentran los resabios de las guerras fratricidas-mayas, mezquinos rencores acumulados por años de lucha en busca del poder de un imperio ya desaparecido.

En cada una de las ciudades-estado (en el nuevo imperio) el poder era ejercido por el Halac-huinic, dignidad de carácter hereditario transmitida directamente al primogénito, cuando éste era menor de edad el tío paterno ejercía la regencia.

El Halac-huinic se encargaba del gobierno y administración de la ciudad-estado, tanto al interior como al exterior. Nombraba a los Bata boob, especie de alcaldes que administraban las aldeas (una ciudad-estado se integraba por un conjunto de aldeas).

La elección de Bata boob comprendía un examen en el cual se incluían preguntas sobre conocimientos de las técnicas mágicas, lo cual ha llevado a algunos investigadores a pensar que su autoridad abarcaba las cuestiones religiosas de la aldea.

Cada aldea se dividía en barrios con un consejero a cargo - que auxiliaba al Bata boob en sus funciones.

El jefe militar era el Nacom, caballero noble elegido por tres años para encargarse de la defensa de la ciudad y de las acciones de conquista (cabe mencionar aquí una costumbre muy singular entre los mayas, que trascendió en la conquista de Yucatán; cuando el Nacom era muerto o tomado prisionero los guerreros mayas deponían las armas, se suicidaban o hufan, pero ya no continuaban la lucha).

Al lado de los nobles que gobernaban civil y militarmente a la población, estaba la casta sacerdotal con cargos hereditarios de cuyos conocimientos astronómicos y esotéricos dependía la actividad agrícola y la vida en general del aborígen maya (los conocimientos científicos de los mayas, sobre todo de astronomía y matemáticas, sorprenden verdaderamente, incluso muchos de ellos son aplicados en la actualidad en la computación, la numeración binaria maya es sólo un ejemplo).

La gran masa de la población era, como en la mayoría de las civilizaciones, la sostenedora y sustentadora de las castas noble, militar y sacerdotal a través de la figura del tributo.

Practicaban la esclavitud, las causas de la misma podían ser la delincuencia, el nacimiento y, por supuesto, las acciones de guerra. Existían diversas categorías en la esclavitud, y algunos esclavos podían adquirir su libertad bajo ciertas circunstancias.

En el derecho de familia maya el matrimonio era esencialmente

te monogámico, sin embargo conocían la figura del repudio, incluso con pocas restricciones, lo cual en ocasiones provocaba una poligamia sucesiva. No se permitía el matrimonio entre dos personas del mismo apellido.

Al "pedir" a la novia, el pretendiente obsequiaba a la familia de ésta diversos regalos o trabajaba durante algún tiempo en las tierras de su futuro suegro.

La concertación de los matrimonios, así como los arreglos patrimoniales respectivos los realizaban los Ah atanzahob.

Las cuestiones hereditarias en el derecho maya, así como la entrega de la sucesión eran vigiladas por las autoridades locales. La herencia se repartía entre los varones, si estos eran menores de edad la madre o el tío paterno fungían como tutores.

El derecho penal maya, como ocurre con la mayoría de los pueblos de Mesoamérica respecto a las cuestiones criminales, fué muy severo y con un predominio excesivo de la sanción corporal, sobre todo la pena capital. Así, en el adulterio el marido podía solicitar la muerte del adúltero o su perdón, pero no podía hacerse justicia por propia mano y la mujer adúltera sólo podía ser repudiada.

Los delitos sexuales como violación o estupro estaban penados con lapidación. El homicidio se castigaba con la muerte del delincuente, pero si el homicida era un menor de edad éste sólo era reducido a la esclavitud.

El robo era severamente sancionado, cuando el ladrón pertenecía a la nobleza se le marcaba en la cara la indole de su delito.

El sacrificio en el cenote sagrado como castigo al delincuente sólo se aplicaba en casos especiales.

El derecho penal maya distinguía en la actitud criminal del delincuente a la culpa y al dolo; la conducta culposa no era tan severamente castigada como la dolosa, cuyo castigo era muy severo

Entre los mayas no existía la figura jurídica de la apelación como en otros derechos de Mesoamérica, el Batab o juez local decidía en forma definitiva las causas legales y el Tupile velaba por la exacta aplicación y ejecución de las sentencias.

Entre los mayas, la transmisión de la responsabilidad penal del ofensor por su conducta criminal sí era practicada y ésta - recaía en su familia en relación a los daños y perjuicios causa dos al ofendido o a sus familiares.

-EL DERECHO EN LA CIVILIZACION AZTECA.

En los tiempos del descubrimiento y la conquista, las estructuras políticas y sociales del imperio azteca se sustentaban en una monarquía, en donde Tenochtitlan, la ciudad-estado, como ciudad capital, dominaba a otras ciudades-estado ubicadas en el valle de México y mucho más allá de sus límites.

Como una monarquía absolutista era gobernada por un emperador de carácter semidivino, elegido de entre la familia real por el consejo de nobles, los cuales a su vez eran nombrados de entre los hombres más viejos pertenecientes a la familia real. Los dignatarios del gobierno eran elegidos por el pueblo y los altos funcionarios debían pertenecer también a la casa reinante. Los cargos superiores eran hereditarios, sin embargo también se podía acceder a ellos mediante servicios especiales en la guerra.

El imperio como tal, no tuvo unidad en su derecho ya que los pueblos conquistados conservaban sus estructuras jurídicas y su forma de gobierno. Para los aztecas, la conquista de un pueblo - se mantenía por la sujeción de éste a través del tributo. Por -

esto la conquista de una ciudad no trafa consigo alteraciones políticas o civiles, cuando mucho se llegaba a imponer la adopción del culto a un dios mexicana, generalmente era Huitzilopochtli.

El tributo, como instrumento de dominación y sujeción, comprendía, además de productos textiles, agrícolas y artículos de lujo y ornato, la entrega de un número determinado de personas escogidas para el sacrificio. El monto regular de estos tributos era tan elevado que el pueblo para cubrirlo tenía que trabajar durante casi la totalidad del año.

Como ya dijimos el emperador era la autoridad suprema, junto a él estaba el Cihuacoatl o "mujer" serpiente, autoridad inmediata inferior con funciones judiciales; el Tlacocheateatl o primer jefe militar; el Tlacaehel juez civil superior cuyas decisiones sólo eran apelables ante el Cihuacoatl; junto a estos funcionarios encontramos al Teotecuhtli o sacerdote supremo, encargado de vigilar el exacto cumplimiento de los ritos y tradiciones religiosas, así como de mantener al pueblo azteca en la gracia de sus dioses. Su importancia y poder eran enormes.

La capital del imperio fue dividida, para su administración, en calpullis o barrios integrados por grupos familiares con nexos sanguíneos entre sí; estaban dirigidos por un consejo de ancianos, cada uno formaba unidades militares. Tenían en propiedad ciertos terrenos de cultivo colectivo y cada cabeza de familia recibía parcelas de cultivo individual, que les eran retiradas si no las trabajaban en el término de dos años.

Dentro del calpulli hubo también jefes por cada veinte familias y a su vez jefes de cada cien, con funciones de vigilancia moral y policiaca.

En la estructura social azteca encontramos a la nobleza en el primer escaño, a la cual pertenecían no sólo la familia rei nante sino también aquellos naturales que realizaren servicios-que ameritasen tal distinción. Esta categoría era hereditaria.

La casta sacerdotal en un pueblo eminentemente religioso co mo el azteca, lógicamente ocupaba un lugar preponderante en la sociedad. Les estaba permitido intervenir tanto en asuntos domés ticos y de educación de la juventud, como en la dirección de algunos negocios públicos y en el asesoramiento al gobernante. Co mo ya lo mencionamos, el Teotecuhtli era el supremo sacerdote que dirigía a los demás sacerdotes inferiores (se han llegado a cal cular en un millón para todo el imperio). Los sacerdotes meno res se dedicaban al culto y a la educación de los nobles en las escuelas conocidas como Calmecac.

Los comerciantes formaban otro escaño importante en la socie dad azteca. Realizaron su actividad en casi todo el territorio-que comprendía Mesoamérica, sirviendo a su gobierno como espías e informantes táctico-militares.

Los pochtecas formaban un círculo muy estrecho con una regla mentación de su actividad en extremo rígida, así como también -de sus tradiciones y con un tribunal muy estricto ubicado en la ciudad gemela de Tlatelolco.

La dignidad de comerciante era de carácter hereditario, no obstante se podía pertenecer a ella por concesión real, en aten ción a méritos especiales. Con un derecho que puede ser conside rado de excepción, los tribunales, integrados por diez o doce -jueces, podían sancionar los conflictos comerciales de manera -expedita y con mayor severidad a la del derecho, por así decirlo, común (el robo realizado dentro de un mercado era sancionado con

mayor severidad que el robo común). El comercio entre los aztecas se realizaba con base en el trueque, sin embargo en ocasiones el cacao y el oro hacían las veces de moneda corriente.

Los artesanos integraban un peldaño especial en la sociedad mexicana, se agrupaban en gremios con aprendices y maestros; los primeros, para ser maestros, debían acreditar su capacidad artesanal ante un jurado compuesto por los artesanos más hábiles de su especialidad.

Los macehuales, generalmente agricultores ordinarios, forman el grueso de la población, eran los habitantes comunes del calpulli y los cultivadores de la tierra (tanto de su parcela ordinaria y de la tierra comunal del calpulli, como de aquella destinada al pago del tributo), podían ser obligados a prestar servicios militares en casos de guerra.

En un estadio intermedio entre el pueblo y los esclavos estaban los mayeques o tlamaitl, eran los restos de la población autóctona dominada y absorbida por los aztecas (se les ha comparado con los servi glebae de la europa medieval).

La esclavitud en los aztecas, así como en la gran mayoría de los pueblos de América, no tenía la misma connotación que entre los romanos, pues no consideraban una desgracia el ser esclavo, era un accidente natural en la vida de cualquier indigena.

Los prisioneros tomados en guerra pasaban a ser esclavos de su captor. Un padre podía vender a sus hijos si demostraba miseria o tener más de cuatro hijos; podía venderse a sí mismo como tal para poder cubrir sus deudas, sin que su patrimonio ni su familia pasaran a la propiedad del amo. El indio delincuente, en algunos casos, podía ser reducido a la esclavitud.

El esclavo podía comprar su libertad, mediante el pago de su

precio hasta antes de su segunda venta (como el patrimonio del esclavo no formaba parte del de su dueño ésta posibilidad no era remota en manera alguna), por el apareamiento de éste con su dueña o dueño según el caso, o por el matrimonio, también obtenía su libertad por disposición mortis causa de su amo, o bien por que el esclavo escapara en el mercado y traspusiese sus límites pisando un excremento humano o por asilarse en el palacio real. Un esclavo de buen comportamiento no podía ser vendido contra su voluntad.

Entre los aztecas el matrimonio se realizaba a los veintidós años en el hombre y a los dieciocho en la mujer, si no se casaban en tiempo era mal vista esa unión.

Estaba prohibido entre ascendientes y descendientes y entre hermanos, más existía la costumbre de que la viuda se casara con el hermano del difunto.

La poligamia era permitida, y muy frecuente entre la nobleza, pero siempre se le daba un lugar especial a la primera esposa. Existía una especie de matrimonio condicionado, cuya validez se hacía efectiva al momento de la procreación; aquellas uniones libres de larga duración podían ser legalizadas.

La autorización paterna para la realización del enlace matrimonial era indispensable.

El divorcio estaba permitido pero raras veces era concedido de buen talante; las causales podían ser la esterilidad, la impaciencia, el descuido o la pereza en la mujer, el incumplimiento económico del hombre, la incompatibilidad de caracteres y las sevicias.

Los hijos no eran educados por los padres, pues pasado el cuarto año de la lactancia materna eran enviados a las escuelas-

del estado para recibir educación civil, religiosa y militar, - hasta tener edad para casarse o realizar los estudios necesarios para dedicarse al sacerdocio. Las escuelas donde asistían los nobles eran los calmecac, a los tepochcalli acudían los hijos de familias que no pertenecían a la nobleza.

La muerte del padre hacía caer al menor bajo la potestad del tío paterno que casaba con la madre del pequeño.

El derecho penal de los aztecas, como la gran mayoría de los derechos punitivos primitivos, era cruel y sanguinario, casi la totalidad de las penas consistían en castigos corporales; la pena de muerte era una sanción común aplicada mediante ahorcamiento, ahogamiento, sacrificio, lapidación, hoguera, desmembración, etc.

Algunas veces la pena capital era acompañada de la confiscación de bienes o la transmisión de la responsabilidad a los parientes del responsable hasta el cuarto grado.

Otras de las penas aplicadas eran la esclavitud, la mutilación, el destierro, encarcelamiento, cortar el cabello o quemar selo al delincuente; cuando un noble cometía algún delito, su calidad de tal era motivo agravante de la pena (si esto sucediera actualmente, casi toda nuestra "nobleza política" estaría en la carcel con la pena agravada).

El marido ofendido que privara de la vida a su esposa adulterá o al adúltero mismo, era castigado con la muerte (no podía hacerse justicia por propia mano ni aún en estas circunstancias).

En el derecho azteca cuando se cometía algún ilícito penal-lo que se castigaba era la transgresión a un mandato, la desobediencia, por lo tanto la pena atendía más a la gravedad de la indisciplina que al delito en sí y el daño provocado, por esto-

vemos que en un delito de complicidad se castigaba por igual a autores y a los cómplices.

El homicidio, el robo, la incontinencia sexual del sacerdote y la falta de respeto a los padres, así como también la traición eran castigados con la pena máxima en cualquiera de sus modalidades. En la traición incluso los parientes del criminal -- eran reducidos a la esclavitud.

Sin embargo al indigente que tomara menos de veinte mazorcas que no le pertenecieran, por hambre, no era castigado pues esto no era considerado como un robo.

Si la viuda abogaba en favor del homicida que hubiese matado a su marido, se le podía conmutar a aquel la pena capital por la de esclavitud.

La riña y las lesiones se castigaban sólo con el pago de una indemnización. La embriaguez en la vía pública, así como la embriaguez juvenil eran sancionadas, excepto en ciertas fiestas. Los ancianos no eran castigados por estar en estado de ebriedad. Los nobles que se embriagaran dentro de palacio eran ejecutados.

Así, en el derecho penal azteca, como derecho primitivo, predomina la crueldad de la pena y la sencillez en la conformación del tipo delictivo; y sin embargo refleja una elevada conciencia del significado de la convivencia social y el respeto por el orden establecido, así como un marcado orgullo y una gran sumisión hacia la autoridad, tanto del estado, como de la religión y por supuesto hacia los padres.

De las ramas del derecho azteca es la única que tiene un registro escrito más o menos detallado. Y también la rama jurídica que menor trascendencia y aplicación directa tuvo en la Nueva España, pues para el "civilizado" conquistador las sancio

nes de este derecho resultaban barbaras y salvajes.

La administración de justicia entre los aztecas tenía, de acuerdo con el destacado jurista Toribio Esquivel Obregón, una connotación diversa a la de la Roma imperialista, pues consistía en que el juzgador, con base en su criterio y fundandose en las costumbres y tradiciones jurídicas de su pueblo, decia el derecho sin estar obligado a limitarse a la solución dada por tal o cual precepto, cada caso concreto tenía su propia solución.

El emperador era el juez supremo, después de éste encontramos al Cihuacoatl, que aunque se desconoce cual era estrictamente su jurisdicción, si se sabe que sus decisiones eran inapelables, aun ante el propio emperador. Como ya lo mencionamos al principio de nuestra disertación, el Tlacatecatl era el juez que conocía de las causas civiles y criminales, sus decisiones en los asuntos criminales eran apelables ante el Cihuacoatl. El tribunal del tlacatecatl estuvo compuesto por él y por dos ministros o ayudantes, auxiliados por un teniente cada uno.

En cada calpulli existía una especie de alcalde, éste sentenciaba los asuntos de menor importancia, los de mayor interés -- los investigaba e informaba al tlacatecatl.

Los Centectlapixque hacían las veces de un juez de paz en los asuntos de mínima importancia en cada barrio.

Por otro lado, tenemos a los tribunales especiales para los comerciantes compuestos de doce jueces, sus decisiones eran sumarias y ejecutadas inmediatamente, aun tratandose de la pena capital. Funcionarios especiales conocían de las causas seguidas a los sacerdotes y estos, al igual que los nobles, eran sancionados con mayor rigor que si se tratase de un delincuente común.

Cada tribunal contaba con escribanos o peritos, encargados-

de registrar las resoluciones judiciales. Y cada sala tenía un verdugo o alguacil que se encargaba de ejecutar las sentencias.

- TRASCENDENCIA DE ALGUNAS INSTITUCIONES JURIDICAS INDIGENAS EN NUEVA ESPAÑA.

Habiendo concluido nuestro brevísimo análisis sobre los aspectos jurídicos de los mayas y los aztecas, pasaremos enseguida al estudio de la vida del indígena en la Nueva España y la trascendencia que tuvieron algunas de sus instituciones jurídicas en la sociedad novohispana.

Al finalizar la conquista la vida de los indios cambió radicalmente y con ello sus costumbres jurídicas, sin embargo algunas de éstas se conservaron y trascendieron en la conformación del derecho novohispano, constituyéndose en un antecedente de nuestra actual estructura jurídica.

La vida del aborígen no tuvo en la Nueva España una regulación uniforme, ni éste tuvo un lugar específico dentro de su sociedad, pues no todos los indios vivieron en comunidades semejantes, y así se distinguen:

- a) Los pueblos indígenas anteriores a la conquista con instituciones, costumbres y territorios propios. Estos pueblos podían, según cédula real de 1555, gobernarse y vivir de acuerdo a sus propias leyes y tradiciones, siempre y cuando éstas no fueren contra la fe católica ni contra los intereses de la Corona, y conservar la tierra que comprendiere su comunidad desde antes de la conquista, sin intromisión de autoridad o persona alguna.
- b) Otros pueblos de naturales eran aquellos cuya vida civil y costumbres fueren compatibles con la nueva cultura, pero carecían de la tierra necesaria para la satisfacción de sus requerimientos indispensables para vivir. A estas comunidades también se -

les respetó su derecho a vivir bajo sus propias leyes, con las mismas limitantes y se les permitió acrecentar la tierra que poseían hasta alcanzar la mínima indispensable para sobrevivir; si por cualquier causa se les había "expropiado" parte de sus tierras estas les serían devueltas (cédula real del 11 de junio de 1594).

c) Pueblos con territorio propio pero de costumbres seminómadas, sustentados de la caza y la recolección de frutos y sin un asentamiento bien definido. A estos indios se les respetaban sus tierras pero se les reducía en comunidades y conforme a la vida municipal de Castilla, respetándoles, en la medida de lo posible, sus viejas costumbres.

d) Finalmente tenemos a aquellos pueblos de indios surgidos posteriormente a la conquista y ya familiarizados con la cultura hispana, generalmente integrados por indios tlaxcaltecas e incluso mexicas, que tuvieron un vínculo mayor y directo con esta cultura, u otros de carácter pacífico a quienes se transportaba a los lugares de avanzada con la finalidad de ir reduciendo a los indios rebeldes o reacios a aceptar la nueva cultura, eran pues utilizados como una forma más de penetración cultural.

A través de la legislación, la Corona recomendó, casi inmediatamente después de realizado el descubrimiento, que se procurara la creación de pueblos en donde reducir a los indios transhumantes o vagabundos, con la finalidad de suprimir la práctica de ritos salvajes y establecer el cristianismo entre los naturales de América. Era por tanto indispensable e impostergable la creación inmediata de la iglesia en cada uno de estos sitios. La doctrina y administración de los sacramentos se haría con cargo a los tributos, ya sea del herario real o de los encomenderos.

En cada pueblo existía un fiscal encargado de juntar a los aborígenes para oír la doctrina; si eran más de cien los indios del pueblo se nombraban dos fiscales.

Cada pueblo se conformaba con menos de ochenta casas, anualmente se nombraba a un alcalde y un regidor; dos alcaldes y cuatro regidores si el número de viviendas era mayor. Las autoridades todas debían ser indígenas y ningún oficio era vendible, la elección de las autoridades se hacía en presencia del cura del lugar.

La competencia de estos funcionarios indios se limitaba únicamente a conocer del delito y aprehender y presentar al culpable en la cárcel de españoles correspondiente a su distrito. Tenían, no obstante, la facultad de castigar (con un día de prisión o seis u ocho azotes) a los naturales que no asistieran a misa o que se embriegasen, o cometieren acción semejante. Si la embriaguez fuere colectiva las penas podían ser mayores, sin llegar a la mutilación o a la muerte.

Si el inculcado era negro o mestizo lo aprehendían y estaban facultados para retenerlo en la cárcel hasta que el corregidor o alcalde mayor hiciera justicia.

En los pueblos de indios no se permitía la residencia a españoles, negros mestizos o mulatos. La estancia del español estaba limitada a dos días.

El encomendero tenía prohibido ir a los pueblos de su encomienda por lo tanto se valía de un mayordomo o calpixque para cobrar su tributo (como sucedía entre los aztecas desde antes de la conquista); éste antes de entrar al pueblo debía entregar una fianza. Como esta tarea la realizaba, antes de la conquista, un funcionario con gran autoridad entre los mexicas, durante los -

inicios de vida novohispana se le prohibió al calpixque usar la vara de justicia para evitar que usurpara entre los indios una autoridad que no tenía.

Para finalizar este capítulo hablaremos sobre aquellas instituciones indígenas que de alguna manera se conservaron al término de la conquista, así como de aquellas que por su gran semejanza con las instituciones hispanas permitieron la casi inmediata aceptación de éstas entre los naturales de la Nueva España.

Una de las costumbres indígenas conservadas al término de la conquista, con base en la disposición real de 1555 de la cual ya hablamos, y que permitía a los aborígenes continuar gobernándose por sus señores, fué la institución jurídica del cacique - (en realidad el término cacique fue de origen antillano, sin embargo su uso en Nueva España se generalizó por que los españoles se habían familiarizado con el vocablo).

- El cacique era, en los tiempos anteriores a la conquista, el señor encargado del gobierno de las comunidades indígenas -- (aún cuando no se le conociera propiamente con este nombre) bajo las normas y disposiciones aplicables en ese entonces; por disposición real los indios vasallos de España podían seguir gobernando de esta manera, sin contravenir la fé católica ni los intereses, ni la autoridad del monarca.

Incluso aquellos señores o caciques despojados de su señorío debían ser restituidos en él por la audiencia y los que por herencia tuvieran derecho al cacicazgo podían solicitar a la audiencia que vigilara el respeto irrestricto del mismo.

En aquellos pueblos donde existían los alcaldes y regidores indios era común encontrarse la figura del cacique compartiendo la autoridad, incluso la jerarquía de éste último era superior-

a la del alcalde indigena pues podia imponer toda clase de penas y sanciones, con excepci3n de aquellas que fuesen crueles y salvajes (mutilaci3n, quemar el cabello, desmembraci3n, etc.). Sus decisiones eran sin embargo apelables ante la audiencia.

S3lo por motivos verdaderamente graves un cacique podia ser suspendido en sus funciones, por la audiencia o por los oidores de distrito, sin que las justicias ordinarias pudieran conocer de estos asuntos. La justicia ordinaria s3lo tenia facultades para prender al cacique por causas graves, pero con la obligaci3n de informar inmediatamente a la audiencia.

Si hereditariamente el cacicazgo recaia en un mestizo no se le permitia a 3ste desempenar el cargo, y se procedia a realizar una "elecci3n popular" del sustituto.

A los indios les estaba prohibido separarse de su encomienda, asicomo de su cacique o se1or en raz3n del tributo. Muchas veces el aborigen era explotado en forma inhumana por su propio cacique, el cual alegaba que esta era la costumbre que regia en tiempos de su infidelidad; por lo cual la Corona orden3 en repetidas ocasiones a los virreyes, audiencias y gobernadores tasar un tributo justo que estuviere, en la medida de lo posible, lo m3s apegado a las costumbres indigenas antiguas.

Al se1or o cacique le estaba prohibido, entre otras cosas, recibir en tributo a las hijas de los indios que fuesen sus vasallos, que se enterraran junto con 3l al momento de su muerte a algunos indigenas. Cuando el cacique hiciera uso del servicio personal de los macehuales debia pagar a estos un salario justo por su labor; la misma obligaci3n tenfan los espa1oles encomenderos que hicieren uso de la fuerza de trabajo de sus indios. Era obligaci3n de toda autoridad espa1ola de las Indias el vigi

lar que esto no cumpliere.

El cacique tenía la obligación de dotar a las autoridades locales del número de naturales que le fueren requeridos, muchas veces estas autoridades abusando de su poder solicitaban un número mayor del que sabían el cacique les podía proporcionar y esto orillaba al cacique a rentar macehuales, y posteriormente a buscar reponer este gasto extraordinario con el trabajo de sus indios, desde luego que estos abusos estaban prohibidos por la ley, pero no siempre se podían evitar.

- Otra institución indígena que tuvo trascendencia en los inicios de la vida jurídica de la Nueva España fué el tributo. En un hecho conocido que esta institución indígena no fue aplicada como tal en la colonia, pero como los indios estaban plenamente identificados con ella no les sorprendió ni les resultó inhumano, ni irracional el cumplir con el tributo impuesto por el conquistador, en ocasiones mas benigno que el impuesto por los aztecas; después de todo para la mentalidad del aborígen era perfectamente claro que el vencido por la fuerza de las armas se convertía automáticamente en tributario del vencedor, como ya lo apuntamos al hablar de los aztecas.

Como mencionamos hace un momento, el tributo impuesto por el conquistador resultó ser menos excesivo que el que debían cubrir la mayoría de los pueblos indígenas a los aztecas, pues los primeros no sólo tenían que pagar al emperador azteca un elevado tributo, sino también al cacique local; incluso había ocasiones en que el tributo pagado al emperador azteca no era una sola vez al año, sino tantas veces como el emperador lo solicitara, y en el tiempo que él fijase. Por otro lado, si bien es cierto que - en la etapa antillana, y con la primera audiencia continental, -

que fue la de México, la imposición tributaria resultó inhumana, posteriormente la carga del tributo fue haciéndose cada vez menos pesada debido a las múltiples instrucciones emitidas por la Corona en este sentido, además el tributo en los inicios de la colonia se recolecto anualmente y en una fecha preestablecida.

Así, los indios como vasallos libres de la Corona de Castilla tuvieron que pagar tributo en dinero o en especie. Los pueblos de indios incorporados a la Corona pagaban el tributo en beneficio del rey y los pueblos de indios dados en encomienda, tributaban en favor del español encomendero.

El tributo en Nueva España tuvo un carácter personal, los indios sujetos a él eran varones cuya edad fluctuaba entre los dieciocho y los cincuenta años, estaban exentos de él los caciques y sus hijos mayores, los indios alcaldes mientras desempeñaban ese cargo, así como las mujeres (aun cuando no fue una costumbre generalizada el dejar de cobrar el tributo a las indígenas). Algunos pueblos, como el de Tlaxcala, estuvieron exentos de pagar el tributo correspondiente; aquellos indios que se sometieran pacíficamente quedaban exentos de la tributación por un periodo de diez años.

Los encargados de realizar una tasación moderada del tributo fueron los visitadores designados por la audiencia correspondiente para esta tarea.

La recaudación tributaria se realizaba con base al censo de cada pueblo, se pagaba en el lugar de residencia del tributador y no estaba permitido el cobrar a una población el tributo que correspondería a sus enfermos o ausentes.

Sin embargo los indios no sólo tributaron a la Corona o a sus encomenderos, también tenían la obligación de pagar tributo

a sus caciques o señores, quienes a pesar de las moderadas tasas que se les fijaban cometieron los mismos abusos que los encomenderos hispanos en contra de los de su propia raza.

- Otra institución indígena conservada al fin de la conquista fue la mita, aunque con algunas diferencias en su aplicación.

Como ya hemos explicado al hablar brevemente del derecho azteca, la sociedad mexicana, así como el funcionamiento del imperio, se basaban fundamentalmente en el alto sentido de cooperación y trabajo del aborígen dentro de su comunidad, y el máximo respeto al orden establecido, así como el cumplimiento cabal en el pago del tributo a su señor y emperador.

Así, los indios estaban conscientes y aceptaban con resignación, su deber de trabajar duramente durante un número determinado de días o meses al año, en diversas actividades en forma colectiva y sin retribución alguna por sus servicios, unas veces como pago por algún tributo y otras como mero trabajo colectivo por el bien del imperio. El trabajo podía comprender desde el simple cultivo periódico de tierras comunales, la construcción de templos y palacios, obras públicas calzadas, diques, etc., hasta participar en las diversas expediciones de conquista (así, por ejemplo, algunos de los productos obtenidos de las tierras de cultivo colectivo eran empleados como avituallamiento de los ejércitos y otros se utilizaban durante el año para mantener a la nobleza y a la casta sacerdotal).

Por esto cuando los españoles establecieron el sistema de repartimientos y la mita o cuatequil, así como el tributo del cual ya hablamos, no encontraron mayor resistencia de parte del indio americano para contribuir con su esfuerzo al "bien público".

Por virtud del repartimiento de indios los españoles podían

beneficiarse de la fuerza de trabajo del indigena y aplicarla - on aquellas labores consideradas como necesarias para el bien común (producción de alimentos, labores de minería, construcción de edificios públicos, iglesias y conventos, construcción y mantenimiento de caminos, albergues, puertos, canales de riego, etc), pero debiendo pagar siempre al aborígen, y en efectivo, por su labor.

El repartimiento in genere abarca tanto a la encomienda, institución de características propias y a la cual dedicaremos un capítulo especial en nuestro estudio, como a la mita o repartimiento de indigenas, específicamente hablando. La mita se diferenciaba del repartimiento de los indios en encomienda, principalmente porque en la primera el español no podía servirse del trabajo del natural para sus fines particulares, teniendo que pagar además por los servicios recibidos. Incluso los indios repartidos en encomienda tenían la obligación de aportar su trabajo en la mita cuando fuere su turno.

Por virtud de la mita los naturales de un lugar, encomendados o no, se sorteaban en presencia del cacique para laborar en forma periódica en un lapso de tiempo preestablecido al servicio de los españoles, a cambio de un jornal determinado por las autoridades. Nadie podía ser obligado a prestar sus servicios en la mita por segunda vez en tanto no se hubiese agotado la primera ronda.

Quedaban exceptuados de la mita los indios que cultivasen - sus propias tierras y los maestros de algún oficio (carpinteros herreros, albañiles, etc.).

En 1609 la Corona española, a través de ordenanzas específicamente dirigidas a regular los repartimientos, estableció la -

prohibición de que los indios tuvieran que recorrer mas de diez leguas para laborar en la mita, el salario debía ser proporcional a la labor realizada, se le debía pagar el jornal del viaje de ida y el de regreso además de lo correspondiente a su trabajo, en efectivo, en forma personal y en presencia de un magistrado.

De ninguna manera los indios mitayos podían ser considerados ni tratados como siervos pertenecientes a un español o a hacienda alguna, pues por disposición real eran tan libres como los mismos españoles.

No obstante lo anterior, debemos precisar que si en un principio el repartimiento o mita se limitaba a la satisfacción del bien común, muy pronto las autoridades locales responsables, interpretaron como de beneficio público muchas actividades pertenecientes más al interés privado que al del estado.

Como en la mayoría de las actividades realizadas por los peninsulares en América en relación con los indios, el repartimiento fue motivo de incontables abusos, explotación y mal trato de los primeros hacia los nativos de estas tierras, en forma evidente y brutal, a pesar de las numerosas disposiciones reales tendientes a evitar tales sucesos.

- Nos corresponde ahora hablar de una institución muy conocida por los pueblos indígenas mexicanos, aun antes de la conquista; la tierra comunal concedida en propiedad al pueblo o barrio para ser cultivada en forma colectiva para el beneficio de todos; el eco de esta institución ha llegado hasta nuestros días y se le reconoce en la figura jurídica del ejido

Desde tiempos de su infidelidad el indio de Mesoamérica conocía perfectamente el trabajo comunal. Como ya lo hemos apun-

tado al hablar del tributo y la mita o repartimiento, los indios aceptaban como carga razonable el aporte de su trabajo y su esfuerzo personal en beneficio de la comunidad.

Dentro del imperio azteca, por ejemplo, en la ciudad capital Tenochtitlan, a cada calpulli se le concedía una extensión determinada de tierra, independientemente de las parcelas de cultivo individual, para la satisfacción de las necesidades básicas del calpulli y el aporte del tributo; sin la obtención de una retribución por su labor en la tierra comunal.

En forma generalizada casi todas las culturas de Mesoamérica conocían y practicaban esta institución como una de las bases fundamentales de su grandeza cultural; pues la labor agrícola colectiva de la gran masa de la población hacía posible el sustento de la nobleza y la casta sacerdotal, así como también de los ejércitos en los tiempos de paz, y sobre todo en las conquistas.

Cuando los españoles se enfrentaron al problema de convivencia que imponía la diferencia cultural decidieron conservar al aborigen sus instituciones y sus tradiciones en tanto no se afectara el interés supremo de la Corona y la religión cristiana, como ya dijimos. Para esto se decidió permitir al indígena, en la medida de lo posible, vivir dentro de sus propias comunidades y reconociéndoles la propiedad de las tierras ocupadas por ellos desde antes de la conquista. A aquellos naturales carentes de un asiento regular se les obligó a vivir dentro de las reducciones de pueblos creadas al efecto y con una organización similar a la española, dotándoles de una cantidad determinada de tierra para satisfacer sus necesidades, conservándoles, en lo posible, sus costumbres y policía.

La Recopilación de Indias incluso reúne veintiocho leyes suplementarias al título III, libro VI, de las cuales la ley VIII establece que en aquellos lugares donde han de establecerse pueblos o reducciones deberá encontrarse agua, tierras y montes suficientes, con entradas y salidas, y un ejido donde los naturales tengan sus ganados sin que se mezclen con los de los españoles (10).

De lo anterior se desprende que la connotación de la palabra ejido en la citada ley se refiere a la tierra dedicada al pastoreo de los ganados de la comunidad indígena, sin embargo con el tiempo el ejido se ha venido entendiendo como aquella extensión de tierra dada en propiedad a una comunidad indígena para su cultivo comunitario.

Así, en los inicios de la Nueva España la tierra, propiedad de la comunidad, era el patrimonio principal de los pueblos para su común aprovechamiento y de ella dependía en gran medida la subsistencia de la Reducción.

La extensión aproximada del ejido era de una legua a la redonda y se le llamaba resguardo. La tierra era propiedad comunal y se dividía en tres partes: Una se aparcaba y se distribuía anualmente entre las familias de la comunidad para su cultivo particular. Otra se destinaba al pastoreo de los ganados del pueblo (de acuerdo con nuestra cita, fue la que originalmente se conoció como ejido). Y por último la tercera parte se destinaba a la labranza colectiva de los vecinos del pueblo, en forma gratuita y de rotación obligatoria. Los productos obtenidos de este cultivo se guardaban en las Cajas de la Comunidad. En estos pueblos o reducciones de indios las Cajas de la Comunidad fueron de importancia vital ya que de sus fondos a veces era posible -

sostener hospitales, casas de recogimiento, seminarios, colegios; se ayudaba a viudas en desgracia, huérfanos e inválidos; de ahí se cubría el tributo impuesto al pueblo; etc.

- (1) Rubio Mañé, J. I., "El Virreinato", Ed. F.C.E.- UNAM. 1983, México, D.F., Tomo I, p. 7.
- (2) J. M. Ots y Capdequi, "Estudios del Derecho español en las Indias", 1943, p. 145.
- (3) J. M. Ots y Capdequi, "Historia del Derecho español en las Indias", Madrid, 1943, p. 149.
- (4) J. M. Ots y Capdequi, "Historia del Derecho español en las Indias", Madrid, 1943, p. 151.
- (5) J. I. Rubio Mañé, "El Virreinato", Tomo I, p. 8, Ed. F.C.E. UNAM. México, D.F. 1983.
- (6) J. M. Ots y Capdequi, "Estudios del Derecho español en las Indias", Bogotá, Colombia, 1940, p. 139, cita a Alfonso García Gallo.
- (7) J. M. Ots y Capdequi, "Estudios de historia del derecho español en Indias", Madrid, 1943, p. 162.
- (8) J. I. Rubio Mañé, "El Virreinato", Tomo I, p.p. 98 y 99, Ed. F.C.E.- UNAM., 1983, México.
- (9) "Historia del derecho mexicano", paquete didáctico II; Ed. Sistema de universidad abierta (D.U.A.D.)-UNAM., México, 1982, p. 47.
- (10) L. B. Simpson, "Muchos Méxicos", Ed. F.C.E., México, D.F. 1977, p. 113.

CAPITULO II

LEGISLACION DE INDIAS

Origen y fundamentacion, contenido y aplicación en la Nueva España, así como su repercusión en la vida del indígena y el español.

ción de la Nueva España, constituyen el derecho de Indias.

a).- El origen de la Legislación de Indias lo encontramos - antes que nada en la imperiosa necesidad de la Corona española de regular la situación fáctica planteada por el descubrimiento de nuevas tierras.

Cuando Cristobal Colón se asienta en la Española, se ve obligado a establecer una estructura provisional de administración y gobierno de las tierras descubiertas, así como la regulación de la situación de los naturales de las mismas. Las capitulaciones de Santa Fe otorgadas por la Reina Isabel, lo facultaban para ello, pues le conferían el carácter de virrey y gobernador - de las tierras que descubriese, aun cuando en la práctica el carácter de virrey sólo lo tuvo honoríficamente.

A partir de ese momento la Corona de España comenzó a emitir toda clase de instrucciones tendientes a ordenar jurídicamente sus nuevas posesiones, con esto nació propiamente el derecho de las Indias Occidentales.

Para el destacado jurista Guillermo Florís Margadant, en la historia de este derecho debemos distinguir dos etapas principales⁽¹⁾: La etapa inicial, en la cual, al momento de irse creando esta legislación, se discutían encarnizadamente, al legislarse o al ponerse en duda la validez de sus proposiciones normativas y sus fundamentos ideológicos o filosóficos, en relación a la legitimidad de la Corona respecto a su dominio sobre las nuevas posesiones, la categoría jurídica de los indios y la legalidad de su reparto en encomiendas, etc. La segunda etapa, iniciada a mediados del s. XVI, cuando las bases sentadas por las discusiones doctrinales y las experiencias obtenidas de la administración de las provincias ultramarinas, comienzan a dar frutos y a refle

CAPITULO II

LEGISLACION DE INDIAS

Origen y fundamentacion, contenido y aplicaci3n
en la Nueva Espa1a, asi como su repercusi3n en
la vida del indigena y el espa1ol.

LEGISLACION DE INDIAS

En el capítulo primero de este trabajo hablamos de las instituciones jurídicas aplicadas en la Nueva España al término de la conquista; nos corresponde ahora hablar del conjunto de disposiciones que sirvieron de fundamento para la aplicación de dichas instituciones.

Antes que nada, debemos precisar que es la Legislación de Indias, cual fue su origen, y cuales sus fundamentos de creación.

La legislación de Indias o derecho indiano es todo el conjunto de disposiciones expedidas por las autoridades hispanas radicadas en la metropoli, el Rey, el Real y Supremo Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla, y las autoridades españolas radicadas en las Indias, tales como el Virrey, las Audiencias, Gobernadores, Capitanes Generales, etc., destinadas a regular y normar jurídicamente la vida en las provincias españolas de ultramar. Junto a estas disposiciones encontramos a aquellas instituciones jurídicas indígenas que, por no contravenir los intereses reales ni la fé cristiana, fueron conservadas a los naturales de las Indias para su buen gobierno y policía dentro de las reducciones de pueblos establecidas al efecto, y finalmente por las diversas disposiciones legales del viejo derecho español, primordialmente el del reino de Castilla, aplicadas en forma supletoria. En resumen, todas aquellas normas jurídicas, doctrinas, tradiciones y costumbres, españolas o indígenas, destinadas y aplicadas para el buen gobierno y administra-

jarse en una organización administrativa más adecuada y más firme sobre los inmensos territorios adquiridos por los Reyes de Castilla y Aragón.

La primera etapa de la cual nos habla el destacado investigador, tiene, como ya dijimos, su punto de partida en las capitulaciones de Santa Fe de abril de 1492, pues éstas fueron la base jurídica en la cual se sustentó la organización y gobierno de la naciente colonia en sus primeros años. Es de todos conocido que las bases sentadas para la organización de las tierras que se descubriesen, por las capitulaciones, se dan de manera apriorística, pues la elaboración de dichos títulos es anterior al descubrimiento.

Colón, como autoridad suprema de las tierras descubiertas, no reconoció ningún derecho a los indios sobre las tierras que habitaban y poseían, y las toma en nombre de la Corona de Castilla; sin embargo en un principio procura respetar la libertad del indio.

El fundamento, el contenido y la forma de las capitulaciones se ajustaba en todo al derecho castellano y a las costumbres jurídicas, políticas y sociales del medioevo español, al igual que el sinnúmero de instrucciones emitidas en este primer momento del gobierno de las provincias de allende el Mar Océano. Permitiéndose además a los nativos conservar sus costumbres jurídicas, con las limitaciones que ya conocemos. Y es precisamente al hecho de que el derecho castellano aplicado en las Indias -- muy pronto se vio rebasado por las características tan disímiles del nuevo mundo y sus aborígenes, a lo que se debió en gran parte el fracaso del Almirante como administrador.

Ante estos sucesos, la Corona se ve en la necesidad de emitir

ción de la Nueva España, constituyen el derecho de Indias.

a).- El origen de la Legislación de Indias lo encontramos - antes que nada en la imperiosa necesidad de la Corona española - de regular la situación fáctica planteada por el descubrimiento de nuevas tierras.

Cuando Cristobal Colón se asienta en la Española, se ve obligado a establecer una estructura provisional de administración - y gobierno de las tierras descubiertas, así como la regulación de la situación de los naturales de las mismas. Las capitulaciones de Santa Fe otorgadas por la Reina Isabel, lo facultaban para ello, pues le conferían el carácter de virrey y gobernador - de las tierras que descubriese, aun cuando en la práctica el carácter de virrey sólo lo tuvo honoríficamente.

A partir de ese momento la Corona de España comenzó a emitir toda clase de instrucciones tendientes a ordenar jurídicamente - sus nuevas posesiones, con esto nació propiamente el derecho de las Indias Occidentales.

Para el destacado jurista Guillermo Florís Margadant, en la historia de este derecho debemos distinguir dos etapas principales ⁽¹⁾: La etapa inicial, en la cual, al momento de irse creando esta legislación, se discutían encarnizadamente, al legislarse o al ponerse en duda la validez de sus proposiciones normativas y sus fundamentos ideológicos o filosóficos, en relación a la legitimidad de la Corona respecto a su dominio sobre las nuevas posesiones, la categoría jurídica de los indios y la legalidad de su reparto en encomiendas, etc. La segunda etapa, iniciada a mediados del s. XVI, cuando las bases sentadas por las discusiones doctrinales y las experiencias obtenidas de la administración de las provincias ultramarinas, comienzan a dar frutos y a refle

múltiples disposiciones tendientes a mejorar la organización y gobierno de sus nuevas posesiones, y aunque éstas tienen como fundamento al derecho castellano, cada situación va imponiendo la necesidad de una solución particular al caso concreto, incluso modificando, corrigiendo o innovando disposiciones precedentes, lo cual propicia un casuismo exacerbado, que posteriormente limita la capacidad ordenadora de este derecho.

Así, para 1511, al momento de establecerse la primera audiencia de Santo Domingo, en la Española, se ordena aplicar en defecto de las leyes dictadas expreso para las Indias, el derecho castellano.

No obstante la buena disposición de la Corona reflejada en las numerosas instrucciones emitidas en este período dirigidas a dar un trato más humano a los indios, los abusos continuaron y el maltrato de estos levanta las voces de humanitarias conciencias que se preguntaban: ¿Cual es el fundamento legal, cristiano y filosófico en el cual la Corona española se apoya para subyugar de tal forma a las almas inocentes de estos indios?.

La respuesta oficial fue dada en 1512 en la ciudad de Burgos; aun cuando la batalla ideológica y doctrinal continuó, encontrando en Francisco de Vitoria, Juan Ginés de Sepúlveda, Palacios Rubios y Fray Bartolomé de las Casas a sus más destacados exponentes; la autoridad de los Reyes de España les fue concedida por el representante de Dios ante los hombres, y de acuerdo con la ideología de la época la autoridad Papal era universal para el mundo cristiano e incuestionable, sin embargo, a través del famoso requerimiento de Palacios Rubios se haría saber al indígena que de no someterse voluntariamente a la autoridad Real y a las creencias cristianas serían tratados como herejes enemigos-

de Dios, y por tanto de España.

Pero a pesar del "respeto" a la libertad de los indios no rebeldes, para la Corona era impostergable el dar cumplimiento al compromiso contraído con la iglesia católica, recompensar a los conquistadores y al mismo tiempo forzarlos a aventurarse y colonizar las nuevas posesiones; nada mejor que el establecimiento del sistema de la encomienda para lograr estos objetivos. A través de ella se logra la creación de núcleos de población con sus autoridades respectivas, lo cual permitió un mayor control sobre españoles e indígenas, trasladando el costo de la evangelización al encomendero y asegurando también el cumplimiento de sus vasallos en el pago del tributo respectivo.

Los descubrimientos y conquistas se suceden uno tras otro, los particulares, mediante las enormes concesiones obtenidas en las capitulaciones, logran acumular la suficiente autoridad y poder sobre sus encomendados, empiezan a sentirse con la fuerza necesaria para enfrentarse a la Corona y obligarla a satisfacer sus aspiraciones señoriales, esto pone en evidente peligro a la autoridad real sobre sus posesiones ultramarinas y obliga a la misma a disminuir de una forma u otra el poder del conquistador-encomendero, y se decide por la aplicación de una más estricta reglamentación de sus colonias para lograr su reconquista, y eleva a la Nueva España a la categoría de Virreinato. Es necesario mencionar que la autoridad real en su afán de ordenar al nuevo mundo conforme a un régimen de derecho, considera de vital importancia el conocer su problemática, y para esto promueve el establecimiento de la libre comunicación de las autoridades coloniales (evitando en este sentido el control de los superiores sobre los inferiores) a fin de conocer las carencias y problemas a los

que se enfrentan; además estimula a sus vasallos peninsulares - radicados en las Indias, para que expresen su opinión respecto a las disposiciones que los regulan en tal o cual sentido.

Esto no deja de complicar aún más la labor del Rey y del - Consejo para reglamentar la vida en sus nuevas posesiones, pues cada informante en su relato imprime veladamente sus anhelos, lo cual vicia de origen el contenido de aquello que pudiera ser - un informe fidedigno y desinteresado del fenómeno colonial. No obstante, el Consejo de Indias trabajaba sin descanso, unas ve ces corrigiendo, otras tantas suprimiendo o modificando por com pto alguna disposición.

La experiencia obtenida tan difícilmente en la práctica, - le proporciona al Consejo los elementos mínimos indispensables para realizar algunos intentos de codificación, separándose así, aunque momentaneamente, del casuismo que agobiaba a este derecho. Algunos de estos intentos de regulación armónica y general los encontramos, por ejemplo, en las Ordenanzas de Burgos de 1512 - dirigidas a regular lo referente a los indios, completadas más tarde en Valladolid en 1513 y revisadas en la ciudad de Zaragoza en 1518; en relación a los descubrimientos tenemos a las Orde-- nanzas de 1526; en 1531, 1535 y 1539 la Casa de Contratación re cibe sus Ordenanzas respectivas; en 1528 y 1530 se dictan las - Ordenanzas para las Audiencias de la Española y México; en el - mismo año de 1530 se dictan las Ordenanzas relativas a Corregi-- dores y Oficiales de la Real Hacienda de Nueva España.

La pugna ideológica y doctrinal continúa, a pesar de las o piniones oficiales emitidas al respecto por la Corona, en rela-- ción con la validez de los principios del derecho natural y su preeminencia sobre los del derecho castellano para mejorar la -

vida del indígena americano. Estas, y otras presiones de índole diversa llevan al emperador Carlos V a ordenar una visita al -- Real y Supremo Consejo de Indias para conocer cual habia sido -- su desempeño en relación a las nuevas colonias, asi como la realización de una junta (presidida por el emperador, con participación del presidente del Consejo, dos miembros del de Castilla y varios teólogos) para sentar las bases de la futura política-indiana. El resultado fue la promulgación de las Nuevas Leyes, -- en la ciudad de Barcelona en noviembre de 1542, y que a través de sus cuarenta capitulos establece las normas básicas de organización del Supremo Consejo y del gobierno de las Indias, la -- libertad de los indios, suprime la encomienda y regula la realización de nuevos descubrimientos, entre otras cosas.

La inconformidad general causada por esta legislación fue enorme y llegó a extremos tales que el emperador se vio obligado a suspender, y aun a derogar, aquellas leyes más radicales; -- pese a esto la nueva legislación se convirtió en documento fundamental y punto de partida de numerosas disposiciones que le sucedieron.

La segunda etapa del derecho de Indias, de la cual nos habla el maestro Margadant, citado líneas atrás, se inicia aproximadamente dos decadas después de la promulgación de las Nuevas Leyes. Y a pesar de que las discusiones ideológico-doctrinales -- continúan, el derecho indiano va alcanzando cada vez un mayor e equilibrio y estabilidad.

El rey Felipe II decide realizar una visita al Consejo de Indias, encargando su realización a don Juan de Ovando, en el -- año de 1567. La capacidad y el conocimiento de los asuntos indianos demostrado por Ovando al realizar la visita, le ganan la con

fianza Real para la solución de los conflictos de las posesiones ultramarinas, y en 1571 Felipe II lo nombra presidente del Consejo, con poderes excepcionales.

En 1573 don Juan de Ovando elabora y envía un cuestionario a todas las autoridades de las Indias, con instrucciones precisas para su respuesta minuciosa, a fin de conocer la situación real de cada una de las provincias y poblaciones del nuevo mundo, lo cual evitaría al Real Consejo en lo subsiguiente, el legislar sin conocer la situación imperante en el lugar al cual se destinaban las respectivas instrucciones.

Al mismo tiempo el presidente Ovando se avoca a la tarea de redactar unas Ordenanzas generales, que abarquen todas las materias y agoten normativamente la problemática de las colonias, su muerte en 1575 impide la conclusión de tan encomiable labor, que sin embargo sirve de valioso antecedente y fundamento a la obra de recopilación cedulaaria realizada por Diego de Encinas, un modesto funcionario del Consejo, en 1596, que no obstante su amplitud, no recibió la aprobación real por contener algunas deficiencias técnicas respecto de su ordenación y división.

Posteriormente el Consejo, basandose en estos dos trabajos mencionados, y en algunos otros, inicia en 1603 un proyecto de Recopilación de Leyes de Indias con un mayor rigor técnico, aprovechando las experiencias recogidas en tantos años de esfuerzos y que se iniciaron entre otros, por el licenciado Maldonado, fiscal de la Audiencia de la Nueva España, con su "Repertorio de cédulas, provisiones y ordenanzas reales", y por el licenciado Vasco de Puga, también fiscal de la misma audiencia, que en 1563 vio impreso su Cédulario, comunmente conocido como "Cédulario de Puga". La culminación de esta tarea es la Recopilación de Le

yes de los Reinos de Indias de 1680, integrada por nueve libros divididos en doscientos dieciocho títulos y seiscientos sesenta y siete leyes, y que a partir de ese año se convierte - en la ley general aplicable en las Indias Occidentales y en fundamento principalísimo de instrucciones posteriores.

A partir de ese momento, la madurez alcanzada por la legislación de Indias queda consolidada y se hace palpable en la estabilidad de sus instituciones, debiendo agregar que incluso desde 1614, el derecho de Castilla había dejado de ser aplicado en la Nueva España con carácter supletorio obligatorio, y a partir de ese año sólo se le aplicaría con este carácter cuando así lo estableciera expresamente la autoridad en relación a algún asunto o materia determinada.

Encontrar las bases que sirvieron de fundamento para la -- creación y aplicación del derecho indiano no es una tarea sencilla, pero puede decirse que uno de los argumentos principales - en que se sustentó la legitimidad del dominio de la Corona española sobre las tierras descubiertas por el Almirante Colón y - que por ende sirvió de base ideológica y doctrinal para la creación de un derecho a través del cual gobernar cristianamente a los naturales de las mismas y a los colonos peninsulares, fueron sin duda alguna, las bulas del Papa Alejandro VI de la primavera y el verano de 1493 mediante las cuales se consolidó y legitimó la posesión fáctica de Castilla sobre las nuevas tierras.

Las bulas aludidas concedían a los monarcas castellanos el pleno dominio, jurisdicción y potestad de las tierras descubiertas y por descubrir dentro de los límites fijados al efecto por la línea Alejandrina.

Así, conforme a los principios del derecho común y las co-

rientes del pensamiento filosófico-jurídico de finales del -- s. XV, los infieles carecían de un derecho legítimo para poseer sus tierras y ejercer algún dominio sobre sus vasallos, y por lo tanto el derecho a esta posesión y a este dominio pertenecían por "deseo" divino al representante de Dios en la tierra, el -- cual tenía la facultad de disponer de este derecho con arreglo a su cristiano criterio, e incluso podía transmitirlo al príncipe católico más conveniente para enseñar el camino de la fe a los infieles habitantes de esas tierras.

Desde esta perspectiva, los indios americanos, como infieles, no eran considerados como personas desde el punto de vista jurídico y por lo tanto no se les concedía la capacidad para poseer legalmente las tierras que habitaban -diremos sólo a guisa de ejemplo que el viejo derecho español exigía, entre otras cosas, el bautismo para reconocer en los hombres su personalidad jurídica y su capacidad para realizar actos jurídicos⁽²⁾ -, y por lo tanto no eran los legítimos dueños de las mismas, e incluso podían ser sometidos a la esclavitud si los Reyes Católicos lo consideraban necesario para volverlos al camino de Cristo, conforme a las facultades conferidas por el Papa en relación a las nuevas tierras descubiertas y sus habitantes.

Por otra parte, es necesario mencionar que el pensamiento español de finales del siglo XV y principios del XVI aún se encontraba enormemente influenciado por las doctrinas teológicas y filosóficas generadas en el período hispano conocido como la Reconquista, en las cuales los monarcas de Castilla y Aragón apoyaban su política de destrucción de los últimos reductos moros que quedaban en el sur de la Península Ibérica. Por otro lado, tenemos las nuevas ideas surgidas en torno a la naciente filoso

fía del renacimiento.

En el pensamiento base de la reconquista de España encontramos el fundamento de las tesis en que se apoya la conquista de América y que condiciona la actitud de los aventureros peninsulares en relación a los indígenas, y su visión respecto del nuevo mundo. Por otra parte, tenemos principalmente al derecho natural y al pensamiento renacentista, influenciado desde luego por el humanismo, como pilares importantes que generan la gran preocupación de hombres como Francisco de Vitoria y del exaltado defensor de los indios Bartolomé de las Casas, respecto al justo título de la Corona de España para dominar y poner los territorios ultramarinos, y su lucha por el establecimiento de un derecho espiritualizado para rescatar a los indios de su infidelidad mediante un trato más justo y humano.

Estas dos corrientes de pensamiento generan las acaloradas pugnas doctrinales y filosóficas entre los teólogos y juristas más destacados del siglo XVI en España (reflejadas ampliamente en las numerosas disposiciones reales destinadas al gobierno y administración de las Indias, así como en sus diferentes políticas respecto al trato al indígena), que apoyan o critican la actitud de los monarcas y su legitimidad en relación a las nuevas colonias y sus aborígenes.

Otro de los fundamentos importantes del derecho indiano que influyeron en su creación y desarrollo, lo constituyen sin duda alguna las instituciones del viejo derecho español, muy principalmente el de Castilla.

Es un hecho para nosotros conocido, que las instituciones del nuevo mundo no son sino el resultado del trasplante de aquellas que normaban la vida en la península. Y no podía ser de --

otra forma, pues eran los únicos elementos con que contaban los monarcas españoles en casi toda la primera mitad del XVI, para organizar sus territorios de allende el Mar Océano, ya que la situación de estos, así como su problemática y características, les eran totalmente desconocidas y carecían de la experiencia necesaria para elaborar instituciones adecuadas para satisfacer las necesidades de aquella sociedad en pleno desarrollo.

Ahora bien, porque es el derecho castellano específicamente, y no el derecho español en general, el que sirve de principal fundamento al derecho indiano?

Esto se debe al hecho histórico de que fuese la reina Isabel de Castilla, y no Fernando de Aragón, o ambos de común acuerdo, quien patrocinó, incluso con su propio peculio, el viaje del Almirante en busca de la nueva ruta a las Indias; este suceso provocó, de acuerdo con las costumbres jurídicas de la época que los nuevos territorios descubiertos quedaran incorporados a la Corona de Castilla y que fuese el derecho vigente de ésta y no los demás aplicables en la península, el que normara los primeros años de la vida jurídica de las Indias.

Como ya sabemos, muy pronto la realidad de la colonia rebasó las posibilidades normativas del derecho castellano, y su aplicación en ella adquirió un carácter supletorio; mas su influencia en la legislación indiana es evidente, sobre todo en las disposiciones de carácter privado.

Ahora bien, como fue aplicado supletoriamente el derecho castellano?, en la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680- encontramos la ley II, título 1, libro II, que nos dice: "Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer-

por las leyes de esta Recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a la de Toro"⁽³⁾.

Esta ley de Toro, a la cual nos remite la recopilación de 1680, forma parte de la legislación sancionada en la ciudad castellana de Toro en una reunión de Cortes del año de 1505; esta ley de Toro nos remite al Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, el cual establecía el siguiente orden de prelación en la aplicación supletoria de las fuentes del derecho castellano: en primer término se aplicaba el ordenamiento de Alcalá; en segundo los llamados Fueros Municipales; si en él no se encontraba la solución, se aplicaba en tercer término el Fuero Real; y por último el Libro o Fuero de las Leyes, comunmente conocido como las Siete Partidas por estar dividido en siete libros. Este orden de aplicación de las fuentes supletorias se mantuvo a todo lo largo del período colonial español, con la consabida incorporación, en el primer lugar de la lista, de aquellas fuentes legisladas con posterioridad.

Así por ejemplo, para aplicar en forma supletoria a un caso particular las fuentes castellanas ya mencionadas, se tomaba en cuenta la fecha del mismo, si era anterior a 1505, fecha en que se promulgaron las leyes de Toro, se aplicaba el orden fijado en el ordenamiento de Alcalá; si era entre 1505 y 1567, fecha en que se promulgó la Nueva Recopilación de Castilla y que establece el mismo sistema, se aplicaba en primer término la legislación de Toro y luego el ordenamiento correspondiente; y si la fecha era posterior a 1567 se aplicaba primero la Nueva Recopilación y posteriormente las demás fuentes.

Para una mejor comprensión hablaré, muy brevemente, de la fuente más antigua a la más moderna hasta llegar a las leyes de Toro y a las codificaciones castellanas posteriores.

- Los Fueros Municipales constituyen propiamente el documento jurídico a través del cual el rey o el señor, religioso o se-cular, del lugar, reconocían a una población sus costumbres y tradiciones, aceptando su personalidad jurídica y política como de existencia independiente y no como una concesión real, así como también reconocían a los habitantes del mismo sus privilegios - como ciudadanos.

Estos fueros nacen en la época de la Reconquista de España, por la necesidad del monarca y de los señores que tomaban algunas de las ciudades ocupadas por los moros, de acordar con los representantes de tal o cual población los términos que facilitarían la ocupación de la misma y su legítima incorporación a la Corona. Estos Fueros al aceptar las costumbres y tradiciones del lugar, aceptaban también las leyes y el gobierno del mismo, lo cual creó un sinnúmero de pequeños ordenamientos legales que no permitían la unidad jurídica del reino.

-El Fuero Real, es una de las obras legislativas del monarca Alfonso X, que nace no como un intento innovador, sino antes bien como una obra compiladora, que trata de reunir en un solo - trabajo el derecho existente y aplicable en su reino.

Esta compilación constaba de cuatro libros: el primero comprendía las materias religiosas, hablaba del rey y su familia, - de las leyes en general, de los alcaldes y su jurisdicción, de los escribanos, voceros o personeros, y de la condición de validez de los juicios; el libro segundo nos habla de los juicios y sus procedimientos, de la prescripción, y de las ferias; el tercer

cero del derecho de familia, testamentos, herencias y contratos; y por último, el cuarto libro nos habla de la apostasía, de los herejes y de los judíos, de los delitos y penas, y de los remeros y los navíos.

Este Fuero Real inspira su contenido en el de Soria y en diversas disposiciones romanas y canónicas de alto valor científico, que sin embargo le restan popularidad ante el pueblo, que aún se identifica fuertemente con sus tradiciones germano-escandinavas.

-El Libro o Fuero de las Leyes, cuyo nombre popular fue el de Código de las Siete Partidas, se promulgó también bajo el reinado de Alfonso X y es quizá la obra más importante del derecho castellano.

Nace como un intento de substituir y subsumir al viejo derecho localista de los Fueros Municipales, a través de un cuerpo legal de carácter general en el reino; refleja en su contenido una gran influencia justiniana, bíblica y de los autores clásicos griegos. Sin embargo su impopularidad no permitió que adquiriera en la práctica, el carácter legal de obligatorio y no fue sino hasta la época de Alfonso XI, en 1348, en donde el ordenamiento de Alcalá de Henares le otorga la fuerza legal, aun cuando sólo fue supletoria y de aplicación en último término.

La primera partida se refiere a las fuentes del derecho común y del derecho canónico; la segunda habla acerca del rey, de los funcionarios públicos y de sus atribuciones; la tercera partida trata de los jueces y del procedimiento judicial; la cuarta, la quinta y la sexta regulan la materia del derecho civil y la séptima nos habla de la rama del derecho penal.

-El ordenamiento de Alcalá de Henares surgió de la realiza

ción de las Cortes celebradas en esa ciudad, y que fueron confirmadas en 1348 por el monarca Alfonso XI. Este ordenamiento estaba integrado por treinta y dos capítulos, y cada uno se dividía en leyes. Su contenido se refiere a las diferentes materias que integraban el derecho español en esa época, poniendo especial atención al tratar del procedimiento, la prescripción, los testamentos, delitos y sanciones. Los últimos títulos se refieren al derecho público; el título treinta y dos fue tomado de los ordenamientos creados, según atribuyen los historiadores, por las legendarias Cortes de Nájera que no fue sino una colección privada, posterior al reinado de Alfonso VII, durante el cual se creía acontecieron dichas Cortes; este título resulta muy importante pues regula minuciosamente los servicios a que estaban obligados los vasallos en aquella época (4).

La finalidad de este ordenamiento fue fijar el orden y valor de las leyes que conformaban al viejo derecho español principalmente, jerarquizandolas y determinando su esfera de validez, evitando así las arbitrariedades y la falta de seguridad judicial.

-Las leyes de Toro son el resultado de una reunión de Cortes verificada en la ciudad castellana del mismo nombre en 1505, durante el reinado de doña Juana la Loca.

El contenido de esta colección legislativa nos presenta 83 leyes, cuya importancia adquiere un mayor relieve por haber sido una fuente primordial para la integración de varias de las instituciones jurídicas del pueblo castellano del siglo XVI. Esta colección jurídica establecía los requisitos exigidos para presumir la viabilidad de un nacimiento, así como también los necesarios para definir la condición jurídica de los hijos fuera-

de matrimonio; en materia de sucesiones, muy especialmente en lo que ve a las instituciones hereditarias de carácter vincular, en tas leyes tuvieron amplias repercusiones.

-La Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla surge como un nuevo intento de integrar en un solo cuerpo legal ordenado y sistematizado, el derecho considerado como vigente en el reino. Así, bajo el reinado de Felipe II, los juristas López de Alcocer, Escudero, López de Arrieta y Atienza logran sacar a la luz pública en 1567 a la Nueva Recopilación, cuyo contenido consta de do ce libras que se dividen en títulos, los cuales a su vez se sub dividen en un total de más de cuatro mil leyes. Sin embargo esta obra aún no fue suficiente para evitar que otras fuentes legales se continuaran consultando, ni terminó con las resoluciones par ticulares a casos concretos a través de los autos aprobados y - acordados por el rey.

-La Novísima Recopilación fue aceptada oficialmente en 1805, rigiendo no sólo en España, sino también en América; obra del - jurista Juan de Reguera y Valdelomar, cuya recopilación no resul ta del todo afortunada debido a las innumerables contradicciones existentes entre la doctrina jurídica, contenida en el texto legal y las notas hechas a los textos jurídicos tomados como vi- gentes (5). A pesar de su promulgación, las Siete Partidas con tinuaron siendo el texto jurídico más consultado, tanto en la pe nínsula como en las colonias, durante todo el virreinato y aún- despues de él, como fuente jurídica principalísima por los letra dos, juristas y oidores de las Audiencias de España y las Indias.

b).- Para poder explicar cual era el contenido de la Legis lación de Indias creo conveniente explicar en primer término, y de forma sucinta, cuales fueron los rasgos característicos que-

la determinan, tanto en contenido como en su aplicación; y así - tenemos como primera característica, a las tendencias asimiladoras y uniformistas de la Corona de España, que pretendía estructurar la vida jurídica de sus colonias con base en los viejos - moldes del derecho peninsular. La segunda característica la encontramos en el casuismo exacerbado que se imprimió a este derecho, ya que en muchas ocasiones se legislaba para cada caso concreto, generalizando posteriormente la aplicación de la norma - en la medida de lo posible, a los casos similares. La gran minuciosidad reglamentista generada por el interés monárquico de tener en sus manos todo el poder del gobierno y la posibilidad de decidir en última instancia hasta en los asuntos mas simples y vanales, movido claro está, por la gran desconfianza que tenía en sus autoridades coloniales, y para esto creó un enorme y obstaculizante aparato burocrático y administrativo. Y por último - tenemos el hondo sentido religioso, espiritual y humanitario que los legisladores del Consejo de Indias, que más que juristas u hombres de gobierno, eran moralistas y teólogos, imprimieron a la Legislación de Indias, que aunque plausible por su contenido moral y humanitario estaba divorciada en su mayor parte de la realidad existente en la Nueva España, lo cual provocó su inobservancia en la mayoría de los casos, dejando al indio en estado de indefensión y a merced de la arbitrariedad del conquistador - encomendero y de las autoridades de la colonia.

Ahora bien, cual era el concepto jurídico de la sociedad - hispana de la época acerca de la Ley?. La ley era considerada - como el precepto escrito y dictado por el Rey y las Cortes para que los hombres viviesen rectamente (6), con carácter general - para todo el reino, el acuerdo del monarca y las Cortes daba a -

las leyes así creadas la máxima autoridad, y sólo eran derogables por otras creadas bajo el mismo procedimiento. Este procedimiento comprendía en sí mismo, la creación de una norma jurídica. En este sentido, las Cortes castellanas de mediados del s. XIII jugaron un papel trascendental en la creación legislativa, ya sea formulando peticiones normativas al monarca o aprobando y sancionando preceptos dirigidos por el rey a éstas; lo cual implicaba una verdadera innovación frente al proceso de creación del viejo derecho localista de los Fueros, más basados en las costumbres y tradiciones de una población y sus necesidades, que en la idea ordenadora y unificadora de un estado a través de sus instituciones jurídicas.

Este es el concepto jurídico de Ley que prevaleció en Castilla hacia el s. XVI, por lo tanto fue el mismo concepto que se tuvo en las Indias; así en diversas Cortes se llegaron a tratar asuntos relativos a la regulación de la sociedad novohispana, aun cuando, como ya veremos más adelante, su influencia no resulta tan determinante como otros modelos jurídicos, más adecuados por la rapidez de su creación y la relativa facilidad de aplicación, para regular las necesidades y los problemas de la Nueva España que exigían una inmediata solución.

La mayoría de estas formas jurídicas surgen de la facultad real de emitir por sí mismo las instrucciones necesarias para el buen gobierno y policía del reino (que en un principio no tenían la fuerza legal necesaria para derogar o revocar lo sancionado por las Cortes). Sin embargo la generalización de la aplicación de esta facultad, nos lleva al momento en que el monarca -- Juan II da a sus disposiciones la fuerza y vigor de las normancreadas en las Cortes, lo cual da origen a las pragmáticas

posiciones de utilidad pública y validez general en el reino, e mitidas por el rey en virtud de su poder absoluto, y sin requerir un pregonero en todas las ciudades del reino. La autoridad de las pragmáticas era equiparable a la de las leyes e incluso podía derogarlas.

En relación con las Indias, era el propio Consejo el que e laboraba tanto las leyes como las pragmáticas, ordenanzas y pro visiones.

Como ya lo mencionamos las leyes, así como también las prag maticas, poco influyen, por lo complejo de su elaboración, en el derecho creado expresamente para las nuevas posesiones, pues la actividad legislativa de los monarcas fundada en la facultad re al que líneas arriba mencionamos, encuentra procedimientos más sencillos, expeditos y menos formalistas, para la buena marcha de la administración de las Indias, sin otra restricción que el respeto a los fueros, leyes y pragmáticas.

Estas normas administrativas o de gobierno dirigidas normal mente a las autoridades coloniales, no tuvieron un carácter ge neral, por lo regular sólo interesaban a quien habría de darles cumplimiento y normalmente estaban encaminadas a resolver un ca so concreto.

Lo anterior nos revela en gran medida cual era el verdadero contenido y la naturaleza jurídica de lo que comunmente conocemos como Leyes de Indias, pues en realidad la casi totalidad de la acción legislativa de los monarcas y sus autoridades para el nuevo mundo, se resume en un sinnúmero de disposiciones destinadas a proveer medidas de gobierno y a mandar que estas se cumplieren (7).

Ahora bien, desde el punto de vista formal de la legisla--

ción Indiana, podemos decir que en ésta se reconocían las siguientes estructuras normativas:

Leyes y pragmáticas, de las cuales ya hemos hecho un breve análisis; Cédula Real, que era la provisión o despacho emanando del Supremo Consejo otorgando alguna gracia, resolviendo lo adecuado en alguna cuestión o dando cierta providencia útil al pueblo, que se encabezaba y era firmada por los ministros. Provisiones, eran mandamientos de los tribunales (Consejos y Chancillerías) en relación a algún asunto de la colonia expedidos en nombre del rey, y en los que se mandaba cumplir su contenido, estaban investidos con toda la autoridad real pues se les imponía el sello del monarca. Ordenanzas, que eran lo que se puede llamar estatutos de gobierno para una población, un gremio o relativas a alguna de las ramas del derecho, su carácter, aunque general, se limita a un aspecto determinado, como la regulación de un municipio, reglamentar la actividad de alguna rama comercial etc. Instrucciones, eran en cambio, despachos dirigidos a una autoridad en particular para que ésta normara su conducta con base a ellas, su alcance está limitado únicamente a la autoridad a la que se dirige. Las Cartas Abiertas son aquellas provisiones emitidas en términos generales por las cuales una merced o gracia es concedida, y se dirige a todos aquellos que legalmente están en posibilidad de darle cumplimiento. Autos Acordados, son resoluciones de carácter general emitidas por las Audiencias constituidas en cuerpos legislativos y administrativos. Autos, que se entendían como las determinaciones judiciales emitidas por los juzgadores en algún negocio, ya fuere de materia civil o de materia criminal (8).

No obstante lo anterior, no sólo en su estructura formal -

se pueden encontrar rasgos específicos en las disposiciones de Indias que nos permitan diferenciarlas unas de otras y así tenemos que en razón de su contenido, propiamente hablando, los tipos más destacados son:

1.- Las disposiciones objetivas relativas a la organización y administración de las Indias (la justicia, los derechos y condición de las personas, la represión de los delitos, etc.); se refieren al interés público y se les conocía como de gobernación y gracia, debían ir firmadas para su validez por el monarca y de ellas se ocupaban principalmente el rey y en su nombre, el Consejo de Indias.

2.- Normas que conceden derechos o regulan la situación de determinadas corporaciones o de los particulares, pero desde el punto de vista privado de sus actividades, se les conoció como disposiciones de justicia entre partes y de ellas se ocuparon las Audiencias. Por esto se llegó a considerar las cosas de gobierno como de oficio y las de justicia como de partes.

Pertenecían al grupo de las de oficio las leyes y pragmáticas, así como las disposiciones de gobernación, que por su contenido podían dividirse en: a) Aquellas que trataban un aspecto en particular de alguna institución y b) Aquellas que regulaban a una o varias instituciones en conjunto.

Entre las primeras encontramos a la ley que prohibió las mercedes de indios y el comercio de los extranjeros en el nuevo mundo, las pragmáticas que incorporaron a la Corona de España - la Española y la Nueva España, y la casi totalidad de las disposiciones de gobernación relativas a aspectos muy concretos, como que no se cargara al indio, que las Audiencias obedecieran y ejecutasen las ordenes del virrey, etc. Ejemplo de las segundas -

eran las Ordenanzas de Burgos de 1512 para el buen tratamiento y conservación de los indios, las Leyes Nuevas de 1542, etc.

Las disposiciones casuistas del primer grupo, se designaban simplemente por su contenido y para enumerarlas sería preciso hablar de la magna actividad creadora del Rey y el Consejo de Indias.

Los mandamientos de orden general que constituyen el segundo grupo fueron conocidos a partir del s. XVI como Ordenanzas (conjunto de normas que establecen una reglamentación o sistema o que ponen en orden una materia⁽⁹⁾) y no tenían el carácter de mandamiento u orden real, pues encontramos que las Ordenanzas pueden ser elaboradas tanto por el rey, como por el virrey u otras autoridades novohispanas indistintamente, con la jerarquía de ley o de una simple disposición de gobierno.

Las Instrucciones y Cartas Abiertas, por razón de su contenido, constituyen un grupo muy singular, pues aún cuando no se refieren a un asunto concreto para regularlo como la gran mayoría de las leyes, pragmáticas y disposiciones de gobierno, no presentan un contenido tan homogéneo y sistemático como en el caso de las Ordenanzas, pues cuando se refieren, por ejemplo, a la actuación de alguna autoridad con jurisdicción en varias materias como los virreyes lo hacen en conjunto, como sucede con las Instrucciones; en las Cartas Abiertas estas características no acentúan, aunque generalmente se refieren a hechos muy concretos y diversos.

También por su contenido las leyes, pragmáticas y disposiciones de gobierno pueden ser denominadas como Declaraciones, cuando estas hacen declaración o manifiestan cuales han de ser las normas aplicables a algún caso concreto (desde esta perspec

tiva casi todas ellas lo son), pero también se consideran declaraciones las disposiciones encaminadas a dirimir una situación legal confusa, ya sea aclarando o interpretando una situación legal oscura, incluso modificándola pero sin revocarla (privar de todo valor a una ley anterior).

Para finalizar nuestro comentario respecto al contenido de las disposiciones de Indias, tenemos que mencionar en relación a su integración formal, que estaban constituidas por lo que en esa época se conoció como motivación y por la parte decisiva o definitiva de las mismas, es decir, la motivación y la parte dispositiva no sólo las encontramos en las leyes strictu sensu, sino también en las pragmáticas y en las disposiciones de gobierno. La motivación comprendía lo que actualmente conocemos como la exposición de motivos de una ley, en la cual, y sobre todo en el derecho indiano, se expresaban los antecedentes y las causas que inspiraban una ley, aunque en ocasiones también llegamos a encontrar la explicación de la intención u objetivo perseguido por el legislador. Por su parte la decisión comprendía la parte declarativa o dispositiva de la norma.

La motivación de una ley no era de ninguna manera un aspecto meramente formal de la ley, ya que a través de aquella se establecía la causa y motivo de ésta, que debía ser obviamente congruente con la parte dispositiva. La exposición de motivos establecía, nada más y nada menos, la razón de ser de una ley ante la sociedad a la cual estaba dirigida, directa o indirectamente establecía la fuerza intrínseca y la justicia de la norma, y por consiguiente su validez.

Así, por lo general, y con excepción de las Ordenanzas, en cualquier disposición de derecho indiano podemos encontrar -en-

opinión del destacado investigador hispano, don Alfonso García-Gallo⁽¹⁰⁾ - una amplia exposición de los antecedentes de la misma, una breve referencia al estudio realizado por el Consejo de Indias en relación a la norma y por último la parte dispositiva o declarativa de la misma, a guisa de conclusión de todo lo anterior.

c).- Ahora bien, respecto a la aplicación de las Leyes de Indias en Nueva España, debemos mencionar que las Leyes creadas por el rey o el Supremo Consejo de Indias para el gobierno y administración del nuevo mundo, eran enviadas en hojas o pliegos-sueltos manuscritos, cuando se trataba de Ordenanzas o Instrucciones estas se enviaban en cuadernos, esta forma de remitir las disposiciones a las Indias facilitaba enormemente su extravío o destrucción.

Para evitar esta situación se ordenó la creación de un archivo en cada una de las ciudades y provincias de Nueva España y se estableció la costumbre de llevar un libro en el cual se transcribía el contenido de todas y cada una de las disposiciones dirigidas a esa ciudad. Sin embargo esto no aseguró totalmente su público conocimiento, por ello en 1536 se ordenó la elaboración de una tabla⁽¹¹⁾, en la cual, por orden alfabético, se extractaba el contenido de cada disposición conservada en el archivo de la ciudad o de la Audiencia y se fijaba en un lugar público y visible. Así todo el que deseara conocer las disposiciones existentes dentro de su comunidad, relacionadas con alguna materia en particular, podía consultar la "tablilla", e incluso solicitar una copia del contenido de la disposición que aparecía extractada en la tabla.

No obstante lo anterior, el desconocimiento de las disposi

ciones dirigidas a las Indias continuó y esto provocó en innumerables ocasiones la inobservancia de las mismas, por lo tanto se ordenó para una mayor publicidad de ellas, que una vez al año se diera lectura a todas las disposiciones dictadas para tal o cual ciudad o provincia ante el Cabildo del pueblo. La utilización de este sistema se generalizó en casi toda Nueva España, a pesar de los muchos inconvenientes que presentaba su aplicación, sin embargo la inobservancia de las leyes seguía siendo un problema serio.

Esto provoca que en incontables ocasiones la Corona se vea en la necesidad de insistir en su cumplimiento a través de lo que en esa época se conoció como Sobrecarta o Sobrecédula. Estas Sobrecartas o Sobrecédulas no eran otra cosa que la transcripción exacta del contenido de una disposición anterior, en cuyo cumplimiento y aplicación se deseaba insistir.

Para terminar con el problema del desconocimiento de las disposiciones de Indias y por consiguiente con el de su inobservancia, el rey ordenó por Cédula del 4 de septiembre de 1560 que el virrey dispusiera lo necesario para que se imprimiesen las cédulas y provisiones que hubiera en la Audiencia de México y las que tuviese en su poder, para darles publicidad y que todos conociesen lo dispuesto por las normas de Indias.

El virrey ordenó la realización de este trabajo al oidor de la Audiencia Vasco de Puga; el resultado del trabajo fue lo que más tarde se conoció como el Cedulaario de Puga.

Mención aparte merece, como uno de los aspectos que resultaron fundamentales respecto de la aplicación del derecho indiano, el enorme desconocimiento por parte de las autoridades indianas peninsulares de la realidad y la problemática de las provin

cias novohispanas, pues esto fue causa importante de que en muchas ocasiones las autoridades hispanas de la colonia aun conociendo perfectamente la existencia de una disposición y su contenido no la aplicasen, por no ajustarse ésta a la realidad o - por que su exacto cumplimiento hubiere generado mayores males - de los que su inobservancia podría crear.

Esto de ninguna manera se entendía como un desacato de la propia autoridad colonial a la Corona o a los órganos de gobierno de las Indias jerárquicamente superiores; así nos lo explica muy claramente el destacado jurista don Toribio Enquível Obregón cuando dice: "En principio, se consideraba que el rey, como legislador, no podía querer el mal; si ordenaba algo que lo producía era porque estaba mal informado, obrepción, o por que se le habían ocultado los hechos, subrepción"⁽¹²⁾. Y nos cita además la ley 31, título 18, partida 3 que dice: "Contra derecho natural non debe valer privilejo nin carta de Emperador, rey nin -- otro señor. E si la diere non debe valer." -reafirmando su explicación con el texto de la Novísima Recopilación que confirma ta les tradiciones- "Establecemos, dico, que si en nuestras cartas mandásemos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley o fuero o derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida, no embargante que en ella se haga mención general o especial de la ley o fuero u ordenamiento contra quien se diere, o contra las leyes y ordenanzas por nos fechas en Cortes con los procuradores y villas de nuestros reinos".⁽¹³⁾.

Lo anterior, en forma alguna quería decir que cualquier autoridad podía actuar en desacato de una ley, aludiendo simplemente a la famosa fórmula de "obedezcase, pero no se cumpla", pues aun cuando su uso era potestad exclusiva de las autoridades que

debían vigilar el exacto cumplimiento de la ley, éstas debían - informar inmediatamente y en forma razonada a la Corona, el por- que de la inobservancia de dicha disposición, lo cual representaba un freno para la ambición de las autoridades coloniales que a través de la famosa frase trataran de dar cumplimiento únicamente a aquellas disposiciones que fueran benéficas a sus intereses.

Cabe aclarar que esta frase de "obedezcase, pero no se cumpla" fue un elemento de gran valor en el gobierno y administración de las Indias, pues en incontables ocasiones su aplicación permitió a las autoridades coloniales resolver situaciones verdaderamente críticas para la autoridad de la Corona de Castilla en relación con los súbditos de la Nueva España, como ejemplo - mencionaré tan sólo que a través de élla Cortés instituyó la encomienda en el territorio por él conquistado, obedeciendo pero sin cumplir instrucciones muy precisas de la Corona a éste respecto, asegurando así el éxito de su empresa y la gloria de su señor Carlos I de España; otro ejemplo importante de la utilidad de esta fórmula nos la da la actitud del virrey Mendoza y del visitador real Francisco Tello de Sandoval en relación con las Nuevas Leyes dictadas en 1542; ejemplos estos que trataremos con mayor amplitud en el capítulo tercero de este trabajo.

d).- La repercusión que tuvo la aplicación de la Legislación de Indias, tanto en el español como en la población indígena, - fué determinante para el diario desarrollo de la vida colonial y de los acontecimientos históricos posteriores. Sin embargo resulta prudente mencionar aquí, que los indios a pesar de que en la letra de la casi totalidad de la legislación se vieron favorecidos y protegidos de la ambición del español conquistador, - en la práctica sufrieron las tremendas consecuencias de la inaga

plicabilidad de un derecho utópico, quedando casi siempre a merced de los encomenderos y de la autoridad, que en la mayoría de los casos no estaban dispuestos a sacrificar lo que consideraban el pago justo por haber arriesgado su vida y sus posesiones para venir al nuevo mundo, por dar un trato más humano a quienes un tiempo atrás habían sido sus enemigos mortales.

Por otra parte, la repercusión que la legislación Indiana tiene en los españoles radicados en las Indias es, a mi juicio, el ir creando en ellos la conciencia de que poco a poco van dejando de pertenecer a la sociedad que los vio nacer y cada vez más el vínculo, en apariencia imperceptible, que los une a su nueva forma de vida se hace más fuerte. Así, tenemos por ejemplo que una vez pasado el período de pacificación de la mayoría de los pueblos radicados en el valle de México y sus alrededores, la Corona se da cuenta que el poder entregado a los conquistadores es tan enorme que estos podrían en cualquier momento crearle graves problemas en relación a su autoridad y poder sobre las nuevas posesiones y sus vasallos. Por esto a través de diferentes disposiciones inicia su política de reconquista del nuevo mundo de manos de los conquistadores, lo cual provoca un enfrentamiento velado, que a partir de la segunda mitad del s. XVI va siendo cada vez más evidente, entre la Corona y los súbditos hispanos radicados en el nuevo mundo, lo que posteriormente desencadena las graves diferencias que surgen entre los españoles peninsulares y los españoles criollos.

- (1) Floris Margadant, Guillermo, "Introducción a la Historia -- del Derecho Mexicano"; México, D.F., UNAM, 1971, Textos Unversitarios; p.p. 48 y 49
- (2) García Gallo, Alfonso, "Estudios de Historia del Derecho Indiano", Instituto Nacional de estudios jurídicos de Madrid; Madrid, España, 1972, p. 153
- (3) Ots y Capdequi, J. M., "El Estado Español en las Indias", -- F.C.E., México, D.F., 1941, p. 9
- (4) Ezquivel Obregón, T., "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Ed. Polis, México, D.F., 1938, Tomo p.
- (5) Ots y Capdequi, J. M., "Historia del Derecho español en América y del Derecho Indiano", Ed. Aguilar, Madrid, España, - 1969, p. 47.
- (6) García Gallo, Alfonso, "Estudios de Historia del Derecho Indiano", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, - España, 1972, p. 181.
- (7) García Gallo, Alfonso; Ob. cit. p. 192
- (8) Ezquivel Obregón, T., "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Ed. Polis, México, D.F., 1938, Tomo II, p.p. 95 y 96; García Gallo, A., Ob. cit. p.p. 197 a 203.
- (9) García Gallo, Alfonso, "Estudios de Historia del Derecho Indiano, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, España, 1972, p. 219.
- (10) García Gallo, Alfonso, ob. cit. p.
- (11) García Gallo, Alfonso, ob. cit. p. 280
- (12) Esquivel Obregón, Toribio, ob. cit. p. 86
- (13) Ibidem, p. 87

CAPITULO III

LA ENCOMIENDA

**Orígenes y aplicación; fundamentación legal,
función social y consecuencias.**

a) ORIGENES Y APLICACION DE LA ENCOMIENDA.- Como en la mayoría de las instituciones jurídicas que conoció Nueva España - en los inicios de su existencia, la encomienda encuentra sus principales antecedentes en el viejo derecho español.

La encomienda, dentro del derecho peninsular, es tan antigua como el propio derecho hispano, y aún más antigua, algunos-historiadores encuentran sus orígenes incluso en la época romana, donde los propietarios rurales, asediados por los abusos y las tiranías de los publicanos y debido a las constantes incursiones barbaras dentro del territorio del imperio, procuraban buscar - la protección de un poderoso señor, quedando en comendatio a cambio de pagarle una renta más o menos proporcional a las posibilidades del agricultor.

Ya durante la Edad Media y dadas las constantes luchas e - invasiones a las que estaban expuestas la gran mayoría de las - ciudades y pueblos, estos no tardaron en buscar la protección de los caballeros y señores con ejército y poder, los villanos pagaban una cantidad determinada obtenida del producto de sus tierras y su trabajo, a cambio del beneficio de la defensa otorgado por los señores. Estos pactos de benefactoría son los que un poco más tarde darán lugar a las Behetrías (antiguas poblaciones de la época medieval, cuyos vecinos como dueños absolutos de las mismas, podían tomar por señor a quien mejor les pareciera).

Siglos más tarde, en España, durante el período conocido - como de la reconquista, este pacto entre villanos y señores dejó de realizarse libremente y el rey pasó a ser quien otorgaba esta clase de beneficios, dando en encomienda, principalmente, - los lugares fronterizos recuperados a los moros a aquellas personas que los pudieran defender de los enemigos árabes, a cambio

de lo cual los vecinos del lugar pagaban un tributo o renta a su señor; convirtiendo con esto a la encomienda en una merced real otorgada en pago de los servicios prestados o por prestar por estas personas a la Corona.

Para aclarar aún más el concepto de la época sobre esta institución, mencionaré la distinción que la legislación de las siete partidas hace respecto de los conceptos feudo, tierra y honor. Para este cuerpo legal el feudo, en su acepción específica, se entendía como la donación hecha por el rey o señor a un gentil, a cambio de que éste se convirtiera en su vasallo y le sirviera lealmente, era una especie de contrato do ut facias.

La tierra era considerada como la renta adjudicada a una determinada persona sobre los productos de un lugar en particular (es decir, la tierra como tal no es otorgada en propiedad, lo que se confiere a la persona, es el derecho de cobrar para sí las rentas o productos de la tierra como tributo o pago por los servicios prestados o por prestar).

Por último, el honor eran los productos o frutos propiedad exclusiva del rey, asignados a los nobles y caballeros, los cuales se otorgaban con el único fin de honrarlos y distinguirlos. El honor al igual que la tierra eran concedidos con carácter vitalicio, a diferencia del feudo que era otorgado en forma permanente y hereditaria.

Como podemos apreciar, el punto central y común de estas mercedes regias o señoriales, lo constituye el otorgamiento de un derecho de cobrar dinero, frutos o servicios o todo a la vez, de determinadas poblaciones, a cambio de ciertos servicios y/o fidelidad; de cualquier forma los servicios nunca eran definidos en la encomienda.

Este tipo de instituciones resultaron muy populares no sólo en España sino en toda Europa, esto se debió principalmente a la situación general político-social imperante durante la Edad Media. Incluso en América, en la misma época, se conoce de instituciones muy similares a las ya apuntadas.

Por último, se hace necesario mencionar que el establecimiento paulatino de un estado más definido y un poder real cada vez más fuerte y centralista en España, va generando, a partir del siglo XVI, la desaparición de la encomienda, sin extinguirse definitivamente sino hasta principios del siglo XIX.

Aplicación y consecuencias de la encomienda en América.-
Antes de comenzar nuestra explicación, considero importante precisar aquellos elementos de la encomienda hispana, que la distinguen de otras instituciones a ella semejantes, para posteriormente utilizarlos como parámetros que nos permitan encontrar las diferencias y semejanzas existentes entre la encomienda peninsular y la encomienda india.

La encomienda, tal y como estaba siendo aplicada en España en la época de los descubrimientos y la conquista, era una merced real y por lo tanto revocable en el momento en que el rey - así lo decidiera, a través de la cual se le concedía al encomendero el derecho de cobrar para sí y disfrutar del tributo de una determinada villa o pueblo a cambio de cuidar y proteger esa parte del reino de cualquier amenaza interior o exterior, que pusiese en peligro o cuestionara la autoridad y el poder real sobre sus vasallos vecindados en esas poblaciones.

Esta institución no concedía la propiedad de la tierra al encomendero, antes bien era éste quien tenía la obligación de defender la de los villanos a él encomendados.

Podía ser concedida en forma vitalicia o comprender una o más generaciones, según los términos de la merced; la obligación del encomendero no sólo se limitaba a dar protección a los vasallos del rey bajo su cuidado, sino además comprendía el servicio militar al mismo, cuando éste así se lo requiriera. A cambio de estos servicios el señor obtenía para sí el tributo que los vasallos debían a su rey (parte de estos tributos podían comprender el servicio personal del encomendado). A la muerte del encomendado el encomendero percibía un impuesto por transmisión de la herencia y si no tenía herederos el encomendado, sus propiedades pasaban al beneficio del encomendero por juro de heredad o mañería. Cuando una encomienda era suprimida, el tributo que los vasallos entregaban al encomendero, lo tenían que entregar al rey, pero esta situación tenía la desventaja para los vasallos, de que ahora su señor y protector estaba demasiado lejos como para resolver sus problemas en forma inmediata y darles la protección debida.

Pasemos ahora si a explicar como fue que llegó la encomienda a América y cuales fueron las consecuencias de su aplicación.

Después de realizado el descubrimiento de tierras americanas por el Almirante, los españoles se avocaron a la difícil tarea de establecer un régimen de gobierno más o menos estable y al sometimiento general de los indios insulares.

Por esas épocas, el tráfico de esclavos provenientes del Africa empezaba a convertirse en una actividad bastante rentable desde el punto de vista económico. Conociendo esta situación los españoles establecidos en la Española y demás islas descubiertas, vieron en los naturales de ellas una fuente inagotable de recursos para su incursión en esta lucrativa actividad, incluso se -

ha dicho que Cristobal Colón era uno de los más interesados en el desarrollo de la misma.

Al conocer esta situación la Corona española y principalmente la reina Isabel, condenaron este tipo de actividades en una real cédula fechada el 20 de junio de 1500, la cual estableció claramente que desde el punto de vista jurídico, los naturales de los nuevos territorios de España serían considerados como vasallos libres del reino de Castilla; permitiendo sin embargo la esclavitud de aquellos indígenas rebeldes capturados en justa guerra, previa lectura del famoso "requerimiento" creado por el ilustre jurista castellano Palacios Rubios.

Por otra parte la Corona española, recordando que la concepción de propiedad sobre las nuevas tierras descubiertas imponía la obligación de cristianizar a los naturales de las Indias, encomendó a Nicolás de Ovando, Gran Comendador de la orden Militar de Calatrava, el gobierno de la isla la Española en 1502, con el único objetivo de solucionar todos los problemas causados por el mal gobierno de Cristobal Colón y sus descendientes, así como también de humanizar y racionalizar el trato al indígena velando por su conversión al cristianismo.

Los principales problemas a los que se enfrentó el gobernador Ovando fueron: la falta de alimentos suficientes para mantener a los naturales de la isla y a la población española, en constante aumento, pues los naturales no se daban a basto para producir alimentos tanto para ellos (cuya dieta era magra y simple, pues estos indios no conocían el cultivo como elemento principal de su alimentación, y mucho menos practicaban la crianza de animales con esta finalidad), como para sus conquistadores, los cuales sumaban a este esfuerzo, la explotación del indio en la ex-

tracción del oro y otros minerales de los ríos y en la construcción de viviendas y edificios públicos; otro de los problemas - a los cuales se enfrentó don Nicolás de Ovando era el lograr que los españoles, sin abusar del aborigen y su trabajo, vigilaran que estos realizaran las labores requeridas para el desarrollo de la provincia, encargando a los primeros la protección y evangelización del indígena.

Nada fácil era la tarea encomendada al gobernador de la Española, sin embargo su experiencia de gobierno al frente de las provincias españolas reconquistadas a los moros fue fundamental para el cumplimiento de sus tareas.

Y fue precisamente este administrador quien trajo a las provincias españolas de ultramar a la controversial institución de la encomienda, cuyos orígenes peninsulares ya hemos comentado.

Para los españoles aventureros del siglo XVI esta institución resultó ser la solución adecuada a sus ambiciones, pues, - no pretexto de proteger y cristianizar al indígena, obtenían de él un "moderado" tributo y un permanente servicio personal; era en realidad una brillante "artimaña legal que eludía emplear el feo nombre de esclavitud"¹

Si a lo anterior sumamos el hecho de la indefinición jurídica del indígena frente al conquistador, comprenderemos perfectamente el por qué de la explotación tan feroz del natural en la etapa insular, ya que el encomendero español trataba de sacar el mayor provecho en el menor tiempo posible del trabajo del indio, puesto que no sabía por cuanto tiempo lo tendría bajo su "protección".

Ya para 1510 la población de los naturales en las Antillas había disminuido considerablemente y su situación era miserable,

a tal grado, que los misioneros dominicos comenzaron una campaña dirigida a obtener de la Corona la supresión de la encomienda; - el primer paso de la autoridad real para contener las ambiciones del encomendero fueron algunas de las disposiciones contenidas - en las leyes de Burgos de 1512, que sin suprimir la encomienda, establecía como su fin primordial el de dar protección y doctrina cristiana al aborigen, persuadiéndole para adoptar un modo - de vida racional; para ello se procuró la reunión de los indios en forma paulatina, en congregaciones o pueblos donde vivieran - bajo la vigilancia y tutela española.

A pesar de todos los defectos que hasta aquí hemos mencionado respecto de esta institución, no dejó de ser por ello una - forma muy inteligente (aunque imprecisa desde el punto de vista jurídico) de lograr el establecimiento de una colonia permanente, con una economía sustentada en el trabajo y explotación de los nativos y de la tierra y sus riquezas, bajo la vigilancia y "protección" del conquistador; quizá a esto se debió la permanencia de la encomienda en 1512 aun en contra de los deseos de los frailes jerónimos.

Sin embargo, una de las principales causas de la inhumana - explotación del indígena no se resolvió con las disposiciones - de 1512, pues aún en 1518 Bernardino de Manzanedo, uno de los 3 gobernadores jerónimos, se quejaba con su emperador "desque nadie puede asegurarse de que podrá sostener los indios que tiene encomendados, los trata como bienes prestados y así muchos han - perecido y perecen"²

Cediendo ante éste y otros argumentos, y por un impulso generoso quizá, pero sin tomar en cuenta las necesidades y los derechos de aquellos que dieron su sangre por la gloria de España,

Carlos V decide prohibir las encomiendas en las Indias en una real cédula del 18 de mayo de 1520.

Cuando Cortés conoce el contenido de las nuevas disposiciones de la Corona en 1523, tiene que decidir entre obedecer y cumplir la voluntad del monarca o dar la justa retribución a los soldados reales, quienes poniendo en peligro su vida y sus posesiones conquistaron para su emperador la mayor gloria y poder que gobernante alguno pudiera tener en esa época sobre la faz de la tierra.

La solución estaba dada, Hernán Cortés obedece sin cumplir la voluntad real, y protege la encomienda, pues la considera indispensable para conservar lo conquistado, ya que al otorgarla "encadenó" a la nueva tierra a los españoles y los "obligó" a protegerla como si fuera la suya propia. Pero para evitar que sucediera lo mismo que ocurrió con esta institución en la isla de la Española, prohibió sacar a los indios fuera de su lugar de origen o de residencia y otorgó la encomienda a perpetuidad, así el encomendero trataría y protegería al indígena como cosa propia.

La controversia continuó, e incluso se habló acerca de las posibilidades de otorgarla con jurisdicción, como en el caso de España; hombres de la talla de fray Martín de Valencia y fray Domingo de Betanzos apoyaban la encomienda. Sin embargo los enemigos de Cortés abusaban a la Corona en su contra sirviéndose de sus influencias en la corte, argumentando los incumplimientos del Capitán General a las instrucciones reales.

Por lo cual, y a raíz de las desobediencias de Hernán Cortés y de las intrigas de sus enemigos, el emperador Carlos V decide enviar un visitador real a la nueva colonia y para ello nom

bra visitador a don Luis Ponce de León, quién realiza el juicio de residencia al Marqués del Valle e investiga lo necesario para resolver lo conducente respecto a la encomienda.

La razón fuesele dada al Marqués, y Carlos V atento al bienestar de los españoles peninsulares, de los indígenas y sobre todo de los intereses de la Corona en sus provincias de ultramar, decide permitir la aplicación de la encomienda y revoca sus anteriores instrucciones que la prohibían, así los naturales de las Indias servirían a su rey como lo hacían los encomendados en los territorios españoles de la península, es decir, como vasallos libres de la Corona (real cédula de 27 de noviembre de --- 1526).

Posteriormente, en las instrucciones reales dadas a la Audiencia en abril de 1528, se establece que la encomienda será perpetua y con jurisdicción, reservando para sí el emperador, algunas poblaciones y provincias con el carácter de encomienda.

A pesar de la buena voluntad real respecto a la encomienda, los excesos cometidos por la primera Audiencia, obligaron nuevamente al monarca a rectificar su actitud respecto a la controversial institución.

Así, en 1530 en las instrucciones dadas a la segunda Audiencia, se ordenó la supresión gradual de la encomienda para evitar la alarma general entre los colonizadores, comenzando por aquellas que fueron otorgadas por la primera audiencia y siguiendo con las de título dudoso o inexistente. Los indios vacantes que darían bajo el cuidado de personas de buena conciencia, las cuales los tendrían en justicia para su evangelización, estas personas serían conocidas como corregidores y de ninguna manera podrían erigirse en los señores de estos indígenas. A estos aborí

genes vacantes se les tasaría el tributo en relación a sus posibilidades y lo entregarían a los oficiales reales.

Durante el gobierno de la segunda Audiencia se generaron - algunos de los lineamientos generales en los cuales se sustentó la encomienda de la Nueva España. Estos le fueron planteados al emperador por el presidente de la Audiencia, don Sebastián Ramírez de Fuenleal, tomándose en cuenta los intereses de indios y españoles.

El destacado investigador don Toribio Esquivel Obregón los enuncia de la siguiente forma: "1.- La relación especial surgida en Nueva España entre el encomendero y el encomendado, en razón de razas y de medio, requería modalidades especiales en la encomienda indiana que la diferenciaron de la española, comenzando por que el derecho del beneficiario en aquella había de reducirse a la percepción del tributo, que según las costumbres indígenas correspondía a Moctezuma.

2.- Que para evitar los excesos de los encomenderos, el tributo había de tasarse periódicamente por la audiencia.

3.- Que por ningún motivo se había de comprender la jurisdicción en la encomienda.

4.- Que ésta había de ser perpetua, para que los tales españoles hayan y tengan los tributos, rentas y servicios para sí y para las personas que de ellos descendieren para siempre jamás.

5.- Que las cabeceras de provincia, pueblos de españoles y algunos otros lugares habían de permanecer en cabeza del rey.

6.- Que los encomenderos habían de pagar el quinto al rey de lo que recibieren de los pueblos".³

Nada se dice respecto a la forma de pago del indígena, pues este podía realizarse en dinero, en especie o a través del ser-

vicio personal; sin embargo nuestro autor considera que quizá - la mejor forma de pago del tributo por parte del indígena, hubiese sido a través del servicio personal realizado en un determinado numero de días de trabajo previamente señalados, ya que en tiempos de Moctezuma era muy común que así lo hiciera. Esto quizá no hubiera sido del todo acertado, ya que en esta forma el indio: habría quedado expuesto a una mayor explotación por parte del encomendero español, pues a su servicio lo tendría más a la mano para maltratarlo con el pretexto de su bajo rendimiento y holgazanería, como en muchas ocasiones sucedió, además seguramente la jornada de trabajo a la que lo habría sometido hubiese sido de "sol a sol" (12 horas), lo cual habría sido un infierno - para el indígena, como lo fue cuando así pagaba su tributo; por otro lado si bien es cierto que en tiempos de Moctezuma esta forma de pago del tributo era común, también lo es que para la mayoría de la gran población indígena, con excepción de los aztecas por supuesto, la sola mención del nombre del emperador mexicana - resultaba odioso, más aún, todo aquello que les recordara su sujeción al pueblo azteca. Desde mi punto de vista, quizá la mejor forma de pagar el tributo hubiera sido la contribución en especie pues, por un lado esto evitaba de alguna manera una relación directa del indígena con el español y por el otro hubiera permitido crear una industria regional basada en la explotación del excelente trabajo manual que eran capaces de realizar los naturales de estas tierras.

Sin perder de vista su principal objetivo respecto a la encomienda y precisamente con esa finalidad, la Corona comienza a expedir numerosas instrucciones para su regulación; así, por medio de cédula real de marzo de 1532, se prohíbe el intercambio -

de encomiendas y en general, que se actuara respecto de ellas - como si fuesen bienes del dominio privado por considerarseles parte del patrimonio de la persona del encomendero, pues se trataba de mercedes reales otorgadas con el fin de lograr un bien general, donde el interés privado queda sujeto al bien común.

Para fines de 1533, se prohíbe a las autoridades administrativas de la Nueva España revocar cualquier encomienda sin antes escuchar a los encomenderos o sin haber causa justificada, concediéndoles a estos, el derecho de apelación cuando así procediere.

Al entrar en el gobierno el virrey don Antonio de Mendoza, se le instruyó (el 25 de abril de 1535) para que realizara la memoria de aquellas ciudades o villas consideradas como propiedades perpetuas del rey, así como también para realizar la repartición de las restantes entre los conquistadores y los demás pobladores y que las tuvieran con jurisdicción en primera instancia⁴ (lo cual contradice el punto 3 del comentario hecho por el propio Esquivel Obregón respecto a las bases de la encomienda - en Indias propuestas por Ramírez de Fuenleal al emperador); señalando el monto del tributo a cubrir por el indígena y fijando de esa renta la percepción correspondiente a la Corona por la merced hecha.

En diversas instrucciones reales dadas al virrey Mendoza, el monto del tributo va siendo cada vez más moderado, aceptándose en ocasiones que se permutara por servicios personales y en otras no, y aun se llegó a permitir que se sacara a los indios de su lugar de origen para trabajar en las minas; se reglamentó la obligación del encomendero de impartir la evangelización al indígena a través de los frailes y misioneros, así como la de todo

español en general, y en especial la del encomendero, de tener armas y caballos para prestar el servicio militar en cualquier momento que así se le exigiera para la defensa de los intereses de la Corona y del territorio de las provincias españolas de ultramar.

Como hemos visto, ya en los primeros años del virreinato, - la encomienda comienza a tener una verdadera significación y definición como institución dentro del ámbito jurídico, y se le - entendía como aquella merced real (y como tal revocable) a través de la cual el encomendero adquiría el derecho de cobrar para sí el tributo fijado por la autoridad, de uno o más pueblos (como se ve la libertad o sujeción del indígena, bajo cualquier nombre, ya no podía ser materia de discusión respecto a la encomienda, pues se les consideraba como a vasallos libres bajo la tutela de la Corona), con la obligación fundamental del encomendero de cristianizar y evangelizar a los indios a él encomendados, - protegerlos y procurar su integración inmediata a la nueva forma de vida, así como también prestar el servicio militar en la - defensa de la tierra y de la autoridad real, contra propios y - extraños.

No obstante lo anterior, la encomienda continuó siendo atacada ferozmente por los padres dominicos, principalmente por - fray Bartolomé de las Casas, cuyo argumento principal era la miserable situación en que los encomenderos españoles mantenían a los indios, y el hecho de que la Corona de Castilla había adquirido sus derechos sobre las nuevas tierras y los habitantes de - éstas por concesión papal, con la condición de velar por su integración a la fe católica, por consiguiente los naturales no - podían ser esclavizados, ni su trabajo podía ser aprovechado pa

ra la satisfacción de los fines particulares de nadie, no era - pues permitido, bajo ningún concepto, entregarlos en encomienda a quienes lógicamente sólo buscaban enriquecerse de manera inmediata a costa del trabajo de los naturales de las indias.

El argumento principal de Fray Bartolomé estaba fundamentado en la tesis sostenida por Francisco de Vitoria, teólogo dominico y jurista destacado de su tiempo, en 1532 en Salamanca, donde explica que los españoles no tenían ningún derecho para apoderarse de las tierras y el trabajo de los indios y que la propagación de la fe cristiana no era otra cosa que un simple argumento para invadir sus tierras. Sin embargo acepta el hecho consumado y define a los indígenas como subditos de la Corona, pero que necesitaban, por su ingenuidad y falta de madurez cultural, de la protección y tutela de la Corona hasta su total integración a la civilización europea.

Por otra parte, el monarca, cada vez más descosido de centralizar en sus manos el total control del gobierno, enfoca su administración hacia la consecución de este fin, y en sus provincias de ultramar su principal obstáculo lo constituían las ambiciosas aspiraciones señoriales del encomendero (en su gran mayoría conquistadores).

De ahí que en 1542, cediendo ante la admirable tenacidad de los frailes dominicos, encabezados por el padre las Casas, - convencido de la imperiosa necesidad de concentrar en la Corona todo el poder, y quizá por un impulso piadoso hacia los indios, el emperador Carlos I de España y V de Alemania, dictara en Valladolid las célebres ordenanzas conocidas en su tiempo como las nuevas leyes.

Estas ordenanzas constaban de cuarenta capítulos dedicados,

la mayoría, al gobierno y administración de la colonia, de la justicia y de algunas cuestiones relativas a la materia fiscal; se establecen el virreinato y la audiencia en el Perú y la audiencia de centroamérica.

Los capítulos dedicados a la regulación de la encomienda se refieren, en general, al trabajo de los indios, su buen tratamiento y libertad. Así, se prohibió totalmente la esclavitud del indígena, ni aun por causa de rebelión estaba permitida, y a aquellos que por cualquier motivo se encontraran en ese estado deberían ser puestos en condición de libertos por disposición real; se prohibió el uso de los naturales como tamemes o cargadores y como buceadores de perlas sin su anuencia, y lo mismo se resolvió respecto de los negros; se prohíbe a los funcionarios laicos y clericales, así como a cualquier institución, la tenencia de encomiendas; las encomiendas sin justo título serían revocadas y puestas a beneficio de la Corona. Las encomiendas muy productivas se reducirían y los productos obtenidos de estas reducciones pasarían a la Corona, quien los aplicaría en favor de aquellos conquistadores sin repartimientos. Los encomenderos que dieran mal trato a sus encomendados los perderían y estos pasarían a la tutela real. Ninguna autoridad podría en adelante otorgar encomienda alguna, cualquiera que fuese el argumento en que pretendiera apoyarse para hacerlo, y a la muerte de cada uno de los encomenderos sus encomiendas pasarían inmediatamente a la custodia real con la obligación del funcionario competente de hacer la relación de los méritos del difunto y la mención de sus hijos y esposa, si los hubiere, para que la Corona decidiera el tipo de ayuda más conveniente para otorgarseles.

Se establece la preferencia a los participantes en el des

cubrimiento y población de las Indias para el otorgamiento de los cargos públicos.

En los asuntos en los cuales un español demandase a los indios, el único facultado para resolver la controversia era el rey.

Para el descubrimiento de nuevas tierras y la realización de otro tipo de expediciones se requería de licencia previa. Pero ni aun con licencia el conquistador podía tomar para sí a los indios de los territorios descubiertos o conquistados, salvo los necesarios para la tarea de interpretes, tampoco podía tomar les sus tierras, y lo que le correspondía por rescate le sería adjudicado más tarde por un funcionario que la audiencia nombrara exprofeso. Se aclara en estas disposiciones que ningún virrey o gobernador podía participar en forma alguna en expediciones de este tipo.

Por último, cualquier disposición relativa al tratamiento de los indios o a las encomiendas que contraviniera lo preceptuado por las nuevas leyes quedaría sin efecto.

Una vez conocido su contenido en las colonias, se procedería a la inmediata tasación del tributo que los nativos de estas tierras, como vasallos libres de la Corona que eran, deberían pagar, tomándose en cuenta, desde luego, sus posibilidades y evitando a toda costa su explotación, prohibiéndose al español de las Indias abusar del trabajo y del tributo del indígena.

Las instrucciones de estas nuevas disposiciones respecto de los indios de la isla de Cuba y de la Española, establecían que estos sólo contribuirían en la misma medida que lo hacían los españoles, por lo demás se les dejaría en paz para restablecer la ya disminuida población natural de esas tierras y lograr su

rápida integración a la fe cristiana.

Meses más tarde, pero ya en el año de 1543, el 4 de junio, se adicionaron 6 capítulos a las mencionadas leyes, que en la parte conducente para nuestro estudio, establecían la obligación de los encomenderos de residir en la provincia asiento de su encomienda, en caso contrario la merced real les sería revocada; insistiendo además en que el tributo tasado por la audiencia a los naturales fuese mesurado, y el deber de vigilar el buen trato a los mismos. Amén de otras disposiciones relativas a la adjudicación de oficios y gobiernos de las diferentes provincias integrantes de la Nueva España; así como algunas disposiciones relativas a la materia fiscal.

El tremendo descontento causado por estas nuevas disposiciones, provocó en todas las posesiones españolas de América un malestar verdaderamente indescriptible, originado no por las estrictas instrucciones respecto a la humanización en el trato al indígena, sino por los resultados que la Corona buscaba obtener con ellas: reconquistar el nuevo mundo de las manos de los conquistadores y centralizar aún más el poder monárquico, lo cual representó un golpe definitivo a las aspiraciones señoriales de la mayoría de los españoles peninsulares radicados en las Indias (principalmente de los participantes en la conquista de Nueva España y el Perú y sus descendientes).

Por ello resulta totalmente comprensible la reacción de los colonos de las Indias, reacción que en el Perú trajo el enfrentamiento y derrota de las fuerzas virreinales contra los colonos, muriendo en uno de los enfrentamientos el propio virrey Blasco Núñez de Vela, quien pretendió aplicar las nuevas leyes a toda costa; y como con la aplicación de estas instrucciones el enco-

mendero no sólo veía truncadas sus aspiraciones señoriales sino además quedaba reducido a una situación miserable, ya que la verdadera riqueza de las Indias la representaba el tributo y el trabajo que el encomendero obtenía del indio, los españoles tenían mucho que perder si estas leyes se aplicaban y su reacción era el único camino que les quedaba para defender sus propios intereses. La prueba más palpable respecto de cual era la verdadera riqueza proveniente de estas tierras, y quien la generaba, nos la demuestra la acelerada contracción económica surgida de las provincias españolas de ultramar: "La tierra está alterada y triste y no parece dinero a cuya causa las contrataciones se han parado. Cada uno guarda lo que tiene y no vende cosa, ni hay quién de por ellas un real... dicen que se irán en estos navíos más de 600 personas con sus mujeres e hijos"⁵.

En Nueva España el descontento no llegó a tanto gracias al enorme talento y diplomacia del virrey don Antonio de Mendoza y el obispo Zumárraga, así como el amplio criterio del visitador-real Francisco Tello de Sandoval, quienes, a través de la audiencia, hicieron conocer al monarca las terribles complicaciones que surgirían si se trataba de dar cumplimiento cabal a las nuevas ordenanzas reales.

Además, se enviaron a la península a dos procuradores del ayuntamiento junto con los provinciales de las órdenes religiosas de los franciscanos, dominicos y agustinos para apoyar las ya mencionadas recomendaciones del virrey y el informe del visitador Tello de Sandoval, en el cual éste aconsejaba la moderación de las nuevas disposiciones.

Esta actitud de parte de las principales autoridades administrativas de la Nueva España resultaba verdaderamente ilustrativa

al monarca respecto a la inconveniencia de la aplicación de las nuevas leyes, pues no sólo eran los conquistadores encomenderos quienes, como afectados directos, estaban en contra de la aplicación de las nuevas disposiciones, sino también la población - en general e incluso, como ya hemos visto, las propias autoridades de gobierno y eclesiásticas, pues sabían de los efectos desastrosos que podría ocasionar su aplicación, eso sin tomar en cuenta los desórdenes sociales que ya había causado el solo hecho de darlas a conocer.

Uno de los principales argumentos esgrimidos, tanto en la comunicación de la audiencia como por los enviados a la península, fue " que mientras en España el centralismo monárquico aumentaba la fuerza de la nación, en Nueva España ese centralismo, - al suprimir las encomiendas, no sólo debilitaba la autoridad de los conquistadores y pobladores españoles, sino que ponía en peligro la del propio monarca y la existencia de la nueva nación- si los españoles abandonaban la tierra y carecían de estímulos- para defenderla"⁶.

Ante todas estas protestas e inconformidades de parte de sus súbditos españoles Carlos V no tuvo más remedio que dar marcha atrás en algunas de sus instrucciones respecto a la encomienda. Así en 1545 en la ciudad de Malinas revoca, por cédula real, el capítulo de las nuevas leyes referente a la sucesión de las encomiendas y lo deja sin efecto, ordenando que se cumpla y obedezca lo que estaba en vigor hasta antes de la creación de esta disposición. Incluso en una cédula real de 1546 ordena a don Antonio de Mendoza se hagan los repartimientos como mejor fuere, de acuerdo a la situación imperante y para mayor gloria de España, separando para el rey las cabeceras de las provincias, puertos y ciu

dades principales, reservandole la jurisdicción civil y criminal debiendo enviar en pliego cerrado dichos repartimientos para la decisión final de la Corona.

Entre 1549 y 1550 se prohibe utilizar el servicio personal como tributo, reduciendo éste último a una sola tasación, la cual se haría tomando en cuenta la población existente en ese momento en los pueblos de indios, para evitar que estos pagaran lo correspondiente a los ya fallecidos; los tributos ya no eran -- "cobrados", solamente se solicitaba su pago y estos debían pagarse en el pueblo, corriendo por cuenta del encomendero su transportación.

Por lo anterior, nos podemos percatar que si bien la Corona decide dar marcha atrás en cuanto a algunas disposiciones reguladoras de la encomienda, no cesa en su intento de ir debilitando una a una las bases principales que sustentaban a la institución, sin establecer, en adelante, un enfrentamiento abierto entre el monarca y sus vasallos de las Indias.

b) FUNDAMENTACION LEGAL DE LA ENCOMIENDA.- De nuestra exposición respecto a la aplicación de la encomienda en América y sus consecuencias, podemos concluir que la fundamentación legal de esta institución la encontramos, primeramente, en el viejo derecho peninsular (el castellano principalmente), pues como hemos visto, la inclusión de la encomienda en las Indias obedece a la experiencia obtenida en la forma de organizar y defender aquellas provincias españolas reconquistadas a los moros. Como sabemos, este viejo derecho contempla a la controvertida institución como una forma muy efectiva de gobernar de estas provincias, al encomendar su protección a un caballero o señor, el cual se comprometía a defenderlas del enemigo, poniendo a salvo el territo

rio del reino; a cambio de estos servicios la merced real le confería al caballero el derecho de cobrar para sí, el tributo que los vasallos de esa provincia debían al rey, con lo cual se obtenía además la gratitud y lealtad absoluta para el rey de estos señores.

Otro de los fundamentos importantes en que se apoyaba la aplicación de la encomienda en las tierras descubiertas y conquistadas por España, era el compromiso contraído por la Corona de cristianizar a los infieles, a cambio de lo cual obtuvo nada menos que la "propiedad" de lo descubierto y conquistado, por concesión papal.

Era lógico que, a la luz de estas consideraciones legales y de otros argumentos, más que jurídicos, sociales, políticos y geográficos, la aplicación de la encomienda en las Indias fuera inevitable, más aún si tomamos en cuenta que esta figura jurídica, con algunas variantes por supuesto, era conocida y aplicada por los aztecas (incluso con mayor rigor en lo que se refiere - al monto del tributo, pues los vasallos del emperador no sólo - tenían que tributar a su monarca sino además también tenían que pagar tributo al cacique o señor de su provincia).

Era de esperarse que su aplicación en el nuevo mundo, traería como consecuencia la modificación de los conceptos básicos de la propia institución, pues las circunstancias en las cuales se desarrolló influyeron en su evolución de tal manera, que muy pronto dejó ser una institución jurídica importada para convertirse en una netamente novohispana, con características propias que la diferencian perfectamente de su antecedente español.

Así, la encomienda en Indias era en todos los casos una merced real concedida al español-conquistador por los servicios -

prestados a la Corona, donde el encomendado, de ninguna manera, - había solicitado la protección real. Además la tierra cuyo deber del encomendero era proteger, no pertenecía, desde el punto de vista de la Corona española, ni al encomendero ni al encomendado sino a España (en el viejo derecho hispano, en cambio, aun cuando la obligación del encomendero era la misma respecto de la tierra, ésta era propiedad del vasallo encomendado). Y por último, en las provincias españolas de ultramar el encomendero tenía la obligación de cristianizar a los indígenas por imposición real (pues a la Corona le beneficiaba en gran medida no correr con los gastos de evangelización del indígena, a lo cual se había comprometido con el Papa).

c).- FUNCION SOCIAL Y CONSECUENCIAS DE LA ENCOMIENDA.- Respecto a la función social desempeñada por la encomienda, cabe decir que su presencia en las Indias es determinante para la conformación de la sociedad novohispana.

Como ya hemos dicho, y sobre todo tratándose de la encomienda en la Nueva España, su aplicación, al igual que muchas otras instituciones jurídicas hispanas, se debió más a situaciones de hecho que a consideraciones jurídicas.

Cortés tuvo que decidir entre recompensar a los conquistadores con tierras e indios o dar cumplimiento a las instrucciones reales; los hechos ya los conocemos pero el resultado desde el punto de vista social fue, como veremos enseguida, el establecimiento de ciertas distinciones y jerarquías sociales con base en la encomienda. Así, los principales capitanes y soldados, destacados militarmente, y los más cercanos colaboradores de Hernán Cortés, contaron los mejores oficios públicos y las encomiendas más productivas, los demás fueron recibiendo encomiendas peque-

ban y desempeñando oficios de menor importancia, todo iba en proporción con su cercanía a Cortés, aun más bien en campaña o sus aportaciones económicas para la realización de la empresa.

La encomienda fue pues, en las provincias de Indias, el medio a través del cual se conseguían las mayores riquezas, y el instrumento a través del cual se amasaron las más grandes fortunas de la Nueva España.

Ahora bien, desde el punto de vista del indígena, y con excepción de la etapa inicial, la encomienda no fue tan terrible para los naturales de estas tierras, contra todo lo que pudiera pensarse a este respecto.

Como ya dijimos, los aztecas y muchos otros pueblos de la región ya conocían y aplicaban la figura jurídica de la encomienda, con algunas diferencias como en el caso del tributo, del cual hacían un verdadero instrumento de dominación y explotación de sus vasallos, pues los pueblos tributarios no sólo tenían la obligación de pagar el tributo cuando a su caudillo o señor, que generalmente era muy elevado, sino además también debían contribuir a acrecentar los tesoros de su emperador, esto sin contar con los servicios personales a los que permanentemente estaban obligados; y si quizá antes de la segunda audiencia el tributo pagado por el indígena de Nueva España a su encomendero fue abusivo, a partir de la presidencia de Fuenleal el tributo va haciéndose cada vez menos injusto, y se apega cada vez más a las posibilidades del tributador.

Los indios encomendados, que así quedaban completamente reducidos, y controlado todo intento de rebelión, eran sometidos al vasallaje, igual que en tiempos de su infidelidad, cambiando sólo de opresores; pero en este caso se suponía que contaba con

la protección del encomendero, en algunos casos dudosa y en otros nula, es cierto, pero cuando menos ésta ya era exigible; y con la fortuna de que, desde el punto de vista legal, ya no podían ser reducidos a la esclavitud. Cabe hacer notar que en aquellas épocas en que la Corona permitió la encomienda perpetua, los españoles trataron regularmente al indígena, pues lo consideraban como de su propiedad y procuraban lógicamente su mejor conservación.

Así, socialmente la encomienda sirvió, como un medio para establecer la diferencia, callada pero palpable, entre vencedores y vencidos, sin exterminar ni violentar a los segundos, como un medio para establecer y distinguir los estratos sociales integrantes de la sociedad de la Nueva España, sirvió para mediatizar y controlar al indígena, evitando con esto los intentos y aspiraciones libertarias acumuladas incluso desde la época en que se encontraban bajo el yugo mexica, y que no hubieran tardado en intentar sacudirse, pues los mejores años de esa civilización estaban por pasar. Y por último, sirvió también como instancia necesaria para arraigar en las nuevas provincias de España a los conquistadores y aventureros. Fue, en síntesis, un elemento fundamental, y quizá el más importante, en el establecimiento y conformación de la sociedad más sobrenatural de su época en el nuevo continente, la sociedad novohispana.

- (1) Simpson, L. B., "Muchos Méxicos", F.C.E., 1977, México, D.F.
p. 120.
- (2) Simpson, L. B., Ob. cit., p. 121.
- (3) Esquivel Obregón, Toribio., "Apuntes para la historia del
derecho mexicano", Ed. Publicidad y ediciones, México, D.F.
T. 3, p. 103.
- (4) Esquivel Obregón, T., Ob. cit., p. 105.
- (5) Cosío Villegas, Daniel, et. al., "Historia general de México"
Ed. Colegio de México, 3a. edición, México, D.F., 1981,
T. I, p. 353.
- (6) Esquivel Obregón, T., Ob. cit., p. 118.

CAPITULO IV

DERECHO PUBLICO

a) ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El municipio como órgano administrativo local y su interrelación con otras autoridades con funciones de administración y gobierno en las ciudades y villas novohispanas.

b) ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL.

Autoridades novohispanas con facultades para conocer y decidir en las causas civiles y criminales.

El delito y la pena en Nueva España. Concepto y clasificación.

Aspectos generales del proceso criminal.

El homicidio, las lesiones, las injurias, el robo, el adulterio y el estupro.

c) ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO ECLESIASTICO.

La presencia de la Iglesia en América. El Patronato Indiano y su regulación. La intervención de la Corona en los asuntos eclesiásticos. El Tribunal del Santo Oficio en Nueva España.

CAPITULO IV
DERECHO PUBLICO

La división del Derecho en público y privado es una de las más antiguas, ya en Roma se hablaba de la distinción del hombre como individuo y del hombre como ente perteneciente a una sociedad; desde entonces se trató de distinguir cuales normas estaban dirigidas a regular su conducta como individuo y su interrelación con los demás, atendiendo aspectos de su muy particular interés y cuales normas regulaban su actuación dentro de la colectividad como "animal político", en donde el desideratum colectivo se encuentra por encima de los intereses particulares.

En este sentido Ulpiano establece la distinción de las normas que regulan cada uno de estos aspectos en el hombre y nos dice: "publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem (el derecho público es aquel que se refiere a la República, el privado aquel que se refiere al interés de los particulares)"¹.

Desde luego hoy en día esta definición resulta demasiado simple y restringida, y sin embargo establecer una clara distinción de cuales normas jurídicas, por su contenido, pertenecen al Derecho privado y cuales al Derecho público no es una tarea nada sencilla y corremos el riesgo de proponer una clasificación poco afortunada, dado el creciente aumento de las ingerencias del Estado en las actividades que anteriormente estaban consideradas como exclusivas del dominio privado.

Así nos lo explica el maestro Eduardo García Máynes después de haber analizado algunas de las teorías más importantes que tratan de fijar el criterio más adecuado para encontrar la dife

rencia fundamental de las normas que pertenecen al Derecho público y de las que se podrían encuadrar como de Derecho privado: - "Creemos que ninguna de las teorías elaboradas para distinguir el derecho privado y el público, ... resuelve satisfactoriamente el problema... En última instancia, todas ellas hacen depender de la voluntad estatal la determinación del carácter de cada norma o conjunto de normas... la distinción carece de fundamento, de de el punto de vista teórico, y sólo posee importancia práctica, primordialmente política. Nada de extraño tiene que dentro de un régimen como el nacional-socialista se declare que tal clasificación debe repudiarse, en cuanto "ningún fenómeno de la vida - pública o privada es ajeno al Estado" -aquí don Eduardo nos cita a Nicolai del libro de Du Pasquier, EL ESTADO EN LA CONCEPCION-NACIONAL-SOCIALISTA DEL MUNDO- Esta tesis implica en última instancia la aceptación, sin restricciones, de la tendencia que sirve de base a la doctrina repudiada".²

No obstante lo anterior, y contextualizándonos en el pensamiento jurídico de la época a la que corresponde el estudio que nos ocupa, considero necesario dejar establecido cual era el concepto y sustentación de la división del Derecho en público y privado en España a fines del siglo XV y a lo largo del XVI, con el fin de comprender más claramente, la orientación y aplicación de las normas del Derecho Indiano destinadas a regular el aspecto-público de la vida jurídica en los inicios de la Nueva España.

De acuerdo con el investigador hispano Jesús Lalinde Abadía³ las nuevas corrientes del pensamiento surgidas en Europa en los siglos XV y XVI, traen como consecuencia la revisión y redefinición de la concepción medieval del mundo. A través de ellas se redescubre el mundo antiguo y se eleva al hombre a un primer pla

no, sin cuestionar la existencia de Dios.

Dentro del campo jurídico, esto se refleja en el desarrollo de una actitud crítica frente a los textos jurídicos anteriormente considerados a priori, como verdades incuestionables y el rechazo a la fe ciega en la autoridad, así como a algunos de los grandes mitos del medievo.

En Castilla la presencia del jusnaturalismo surge principalmente como respuesta a la incapacidad del Derecho Común para justificar la presencia española en Indias, y cuya función universalista, que le caracterizó durante la Edad Media, es transmitida al Derecho Natural. De aquí la acentuada presencia del Derecho Natural en la actuación pública internacional del reino castellano principalmente y de España en general, pues la Corona castellana se convierte, a raíz de los descubrimientos, en la orientadora de la actuación política exterior del naciente Estado español; reflejándose la concepción jusnaturalista castellana del Derecho en la legislación de Indias.

Por otra parte, y a consecuencia del autoritarismo político castellano, el decisionismo jurídico de la Corona se reafirma a fines del s. XVI y a lo largo de todo el XVII y, en palabras de Lalinde Abadía⁴, el confusionismo normativo es consecuencia de aquél, dejándose de distinguir con claridad las distintas clases de normas.

El hecho de que la Corona de Castilla decida a través de la norma general y singular, creada directa o indirectamente, la gran mayoría de los aspectos de la vida en sus territorios, trae como consecuencia la absorción del Derecho Público por el Derecho Real (derecho que se denomina de esta forma por emanar de la autoridad del rey) pues un elevado número de las disposiciones-

que provienen del poder real se dirigen a regular el orden público, los aspectos fiscales y económicos, la estructura orgánica de la administración de justicia; y además se reflejan en la regulación de algunos aspectos del Derecho Privado al concederles un matiz casi público (la estructura de la familia, las sucesiones, etc.), un ejemplo clásico de esto lo encontramos en las Leyes de Toro. En la materia Mercantil esta absorción se refleja de manera evidente, pues su incipiente regulación dentro del Derecho Común y el carácter casi público de los consulados, como jurisdicciones especiales, traen como resultado su integración al Derecho Real.

a) ASPECTOS ADMINISTRATIVOS.

Como mencionamos líneas atrás, es a través del Derecho Real que la Corona de Castilla regula los aspectos públicos de la administración y gobierno de las ciudades novohispanas, y para ello toma como modelos de administración aquellos que le proporciona el derecho castellano.

Sabemos desde luego, que el primer municipio continental de América instalado por Cortés, no obedece precisamente a una política administrativa dictada directamente desde la península, sino que surge, por una parte, de un acto legalista y astuto de don Hernando para desligarse de la autoridad de Velázquez.

Sin embargo la fundación, en julio de 1519, de la Villa Rica de la Vera Cruz, aun a pesar de la ausencia de facultades legales en Velázquez y por consiguiente en Cortés para el establecimiento de ciudades y villas fuera de su concesión, constituye, en sí misma, el inicio de la presencia española en la América continental.

Cabe mencionar, no obstante lo anterior, que el estableci-

miento de la Villa Rica de la Vera Cruz no obedece, como apunta mos líneas atrás, única y exclusivamente a la necesidad de Cortés de substraerse a la autoridad de Diego Velázquez, en este punto influyen otros factores no menos importantes. Cortés está imbuido de la política desplegada por la Corona a lo largo de la etapa insular para administrar sus nuevas posesiones; incluso el propio Conquistador participa en forma oficial, pues durante su estancia en Santo Domingo desempeña el cargo de escribano del tesorero de la Real Hacienda por encargo del Gobernador don Nicolás de Ovando; con Velázquez lo vemos estableciendo la fundación de metales y organizando un hospital; en Santiago de Baracoa funge como escribano del Ayuntamiento y en Santiago de Cuba como alcalde ordinario⁵.

Estas experiencias administrativas del conquistador en el nuevo mundo y sus estudios jurídicos realizados en Salamanca⁶, le proporcionan los elementos suficientes para satisfacer una de sus grandes preocupaciones, la cual vemos reflejada a lo largo de toda su actuación en las empresas de conquista, dar a su actividad el carácter y la formalidad legal necesarias a fin de evitar ser vulnerable a los ataques de sus enemigos ante la Corona y asegurarse la anuencia y complacencia de ésta para sus empresas.

Por todo lo anterior es que Cortés, en la fundación de la Villa Rica de la Vera Cruz, de Segura de la Frontera, la de Medellín, la ciudad de México, erigida a fines de 1521 o en 1522⁷ y todas las demás ciudades por él establecidas a partir de 1519, las organiza y administra conforme al modelo del municipio castellano.

Generalmente los gobernadores, adelantados y capitanes gene

rales contaban con esta facultad, pero también a través de un contrato o asiento se llegó a facultar a personas con títulos de alcalde mayor, corregidor o alcalde ordinario para fundar ciudades, villas o pueblos. En ocasiones, no es un particular actuando como descubridor en base a una capitulación o una autoridad con facultades al efecto, sino un grupo de vecinos casados, en número de diez o más, quienes establecen una población⁸.

Ahora bien, dentro de la legislación de Indias, y de acuerdo con el jurista Ots y Capdequi, las ciudades que podían erigirse en el nuevo mundo eran de tres tipos:⁹

1) Ciudades metropolitanas, con un juez encargado de ejercer la jurisdicción in solidum con cualquiera de los títulos oficiales de Adelantado, Gobernador, Alcalde Mayor o Corregidor, o Alcalde Ordinario, que en coordinación con el regimiento se avocaba a la administración y gobierno de la ciudad. Dos o tres oficiales de la Real Hacienda, doce Regidores, dos Fieles Ejecutores, dos jurados de cada Parroquia, un Procurador General, un Mayordomo, un Escribano de Consejo, dos Escribanos Públicos, uno de Minas y Registros, un Pregonero Mayor, un Corredor de Lonja y dos Porteros.

2) Ciudades Diocesanas o Sufraganeas, con ocho Regidores y los demás oficiales perpetuos.

3) Villas y Lugares, con dos Alcaldes Ordinarios, no más de seis Regidores, un Alguacil, un Escribano de Consejo y uno Público, y un Mayordomo.

Una vez establecida la ciudad, quien tenía facultades para ordenar su erección tenía la obligación de nombrar a los oficiales del Cabildo; así, si se trataba de un particular o de una autoridad, debía nombrar a los Alcaldes Ordinarios, Regidores y

demás oficiales de Consejo; según se tratara de ciudades, villas o pueblos. En caso de que la villa hubiese sido fundada por los propios vecinos o que el Adelantado no tuviere instrucciones precisas en este sentido dentro de la Capitulación, eran los lugareños quienes nombraban de entre los del pueblo a los Oficiales del Cabildo.

En el capítulo primero de este trabajo hablamos del municipio como institución del derecho castellano aplicada en Nueva España y ahí tratamos de los oficiales que lo integraban y sus funciones como tales. Por tanto, aquí sólo hablaremos de las actividades del municipio como órgano administrativo local inmediato de las ciudades y pueblos de Nueva España, y sólo haremos referencia a los oficiales y funcionarios en particular, según sea su intervención en relación a este punto.

Como se ha mencionado, el municipio o cabildo era el órgano de administración y gobierno local inmediato y sus funciones las podemos dividir, para su mejor comprensión, en:

- Atribuciones judiciales,
- Atribuciones como regulador de la vida económica de las ciudades, y
- Atribuciones como prestador y organizador de los servicios públicos en la comunidad.
- Las atribuciones judiciales del municipio estaban encomendadas principalmente a los alcaldes ordinarios, quienes ejercían en primera instancia la jurisdicción ordinaria, tanto civil como criminal, así también los regidores, pues al nombrar a los alcaldes intervenían, aun cuando fuese en forma indirecta, en la administración local de la justicia¹⁰, e incluso llegaron a desempeñar en forma interina las funciones de aquellos en sus ausen-

cias temporales o muerte¹¹.

Por otra parte, los regidores podían considerarse como superiores judiciales de las justicias ordinarias en algunos casos, pues el cabildo tenía la facultad jurisdiccional de conocer de las apelaciones interpuestas ante él referentes a fallos emitidos por los alcaldes, según la cuantía del asunto, en 1519 ésta no podía exceder de diez mil maravedís, en 1528 no podía ser mayor a cien pesos y en 1533 el límite era de sesenta mil maravedís. De igual forma los regidores conocían de las apelaciones - contra los fallos de los fieles ejecutores, cuando estos no excedieran a los treinta ducados¹². Esto implica que también los fieles ejecutores estaban investidos con ciertas facultades judiciales para el mejor cumplimiento de sus funciones.

- Las atribuciones del municipio como regulador de la vida económica local en las ciudades, dan a su presencia y actuación un verdadero vigor en la vida diaria de la comunidad. Y así tenemos como responsabilidad del municipio la inspección de posadas, mesones y ventas, control de pesas y medidas, control de abastos y mercados, adjudicación anual, al mejor postor, de los derechos de venta de carne y pan, así como el funcionamiento de la Alhóndiga.

Respecto a la inspección de ventas, posadas y mesones sabemos que tanto los alcaldes ordinarios, como los regidores, tenían la obligación de realizar visitas periódicas a estos sitios ubicados dentro de su jurisdicción, con el fin de controlar que los precios por el hospedaje, comida y bebida, tanto para el viandante, como para sus bestias, fueran de tal manera que no se abusase del consumidor y el comerciante percibiera una ganancia justa, siendo además sólo productos de buena calidad¹³. Cabe anotar

aquí la aparente contradicción existente en esta función de los alcaldes y la prohibición expresa de la ley 11, tít. 3, libro 5 de la Recopilación de 1680, que establece que los alcaldes ordinarios no deben intervenir en la materia del gobierno de las villas y ciudades; lo que pudo haber sucedido es que en un principio (las cédulas citadas por don José M^a son de 1535 y de 1598) la política de la Corona fuera en este sentido, y posteriormente cambiara, y así lo ordenara en disposición subsecuente también recogida por la citada Recopilación.

En relación al control de pesas y medidas, así como al control del abasto y los mercados, cabe mencionar que era obligación del fiel ejecutor el vigilar y en ocasiones el poner precio a los bastimentos que habrían de venderse en la villa, controlar las pesas y medidas vigilando que las ventas se adecuaran a ellas en relación con los precios, supervisar que el pan, las hortalizas y el pescado se vendieran precisamente en la plaza pública¹⁴.

La venta del pan y la carne tenían especial importancia en la vida de las ciudades y villas novohispanas, por esto vemos que su comercio se regula pormenorizadamente, al rematante que ofreciere la carne más barata se le adjudicaba el derecho de venderla en la carnicería como único abastecedor, debiendo dejar a los demás tenedores de ganado, durante tres meses al año, llevar a sus reses para la matanza y expendio dentro de la propia carnicería. La matanza sólo estaba permitido realizarla en el lugar señalado al efecto.

Respecto a los derechos de venta del pan, estos se regulaban de manera similar a los de la carne, adjudicándose su venta al mejor postor, señalándose que "...el pan había de tener el peso y cocimiento designado por el Consejo..."¹⁵.

Las Alhóndigas surgen en Nueva España durante la primera etapa del Virreinato (1579) a raíz de la enorme carestía del trigo, la harina y la cebada, sólo por señalar algunos de los cereales más requeridos, por razón de los intermediarios que especulaban con su abasto en las ciudades para después reflejarlo en el precio. Por esto el virrey Martín Enriquez, con acuerdo del cabildo de la ciudad de México, señala la casa donde habría de funcionar la Alhóndiga. Sólo en ella se habrían de mercar los granos y harinas traídos a la ciudad. Anualmente se nombraba un fiel de la Alhóndiga encargado de vigilar que los cereales se vendieran al precio fijado al inicio del día y de llevar la cuenta pormenorizada de los granos y cereales que entrasen en la Alhóndiga; para sus funciones contaba con el auxilio de regidores diputados en la Alhóndiga, encargados de conocer de las causas que se suscitaren en ella en unión del Fiel, además de contar con el apoyo del escribano del cabildo o uno de número nombrado al efecto.

Las resoluciones tomadas por los regidores diputados y el fiel, eran apelables ante el cabildo.

La regulación del funcionamiento de las Alhóndigas era muy estricto, se imponían sanciones a quien vendiere cereales o granos a un precio mayor al impuesto al inicio del día, los vendedores que mercaran sus artículos fuera de la Alhóndiga eran castigados al igual que el comprador; el comerciante no podía tener por más de veinte días sus granos en la Alhóndiga y ni los panaderos o sus dependientes podían comprar más harina que la necesaria para las ventas de dos días, etc.¹⁶

- Atribuciones del municipio como prestador y organizador de los servicios públicos de la localidad. Una de las funciones

primordiales del municipio era sin duda alguna la de organizar y prestar los servicios públicos a la comunidad. A su cargo estaban no sólo la construcción y mantenimiento de obras públicas - (puentes, caminos, drenaje, limpieza, alumbrado, etc.), sino también las de seguridad y policía, y las de justicia y comercio que ya vimos.

Para realizar sus tareas como organizador y prestador de los servicios públicos, el municipio requería de solvencia pecuniaria, pero resultaba indispensable para su independencia como autoridad local que esta solvencia no le fuese proporcionada por alguna autoridad superior, con esto se evitaban posteriores intromisiones de las segundas alegando su derecho a conocer el destino del dinero que se proporcionó a las primeras.

A este respecto nos dice el maestro, don Toribio Ezquivel-Obregón¹⁷, que los bienes de la municipalidad podían dividirse en: comunes y propios.

Los comunes, como su nombre lo indica, eran aquellos que podían ser usados y disfrutados por la comunidad en forma libre y equitativa, con algunas pequeñas restricciones (plazas, fuentes, mercados, jardines, la casa del consejo, la escuela, etc.); y los propios eran aquellos bienes que se destinaban al uso particular y los productos de su administración y arrendamiento se aplicaban al gasto público (un número determinado de indios utilizados en la erección y mantenimiento de obras públicas, arrendamiento y venta al mejor postor de las tierras y solares, etc.) Cuando los productos de los propios resultaban insuficientes para garantizar las funciones del municipio, se recurría, sólo bajo autorización real, a los arbitrios (o impuestos), imposición contributiva obligatoria fijada por la autoridad al particular-

o alguna concesión real respecto de alguna percepción tributaria.

De acuerdo con la real cédula de abril de 1532, y de la cual nos habla don Toribio Ezquivel¹⁸, el municipio intervenía directamente en el repartimiento de tierras, aguas y pastos de las poblaciones; más aún, en una instrucción real dada en el año de 1523 a Hernán Cortés, relativa a los repartimientos de vecindades y caballerías, se establecía como necesaria la presencia del procurador de la villa o ciudad donde se hubiere de realizar tal repartimiento¹⁹. No obstante lo anterior, tal parece que la Corona desea restringir dicha facultad hacia el año de 1599, ya que en una cédula real de 23 de mayo de aquel año, se establece la prohibición al Consejo, justicia y regimiento de la Ciudad de México de dar y repartir solares fuera de la traza, pues ésta ha de ser facultad del virrey²⁰.

Así, en forma muy general hemos tratado de presentar algunos aspectos importantes relacionados con la administración de las ciudades novohispanas y para finalizar sólo mencionaré en relación a este punto, la interacción de la máxima autoridad local con los demás órganos de la burocracia española en Indianos involucrados en la administración y gobierno de las ciudades y villas, con una demarcación jurisdiccional más amplia.

Corregidores y Alcaldes Mayores: Las atribuciones de los alcaldes mayores y corregidores eran tanto judiciales, como políticas y administrativas, mismas que ejercieron dentro de una jurisdicción territorial más amplia que la del municipio ya que comprendía una ciudad más o menos importante y su distrito (integrado por un número determinado de pequeñas ciudades, villas o pueblos). Respecto a las funciones judiciales de estos funcionarios y su vínculo con cada uno de los consejos que integraban

su distrito, hay que mencionar que aquellos eran considerados - como órganos de apelación de los fallos emitidos por las justicias ordinarias, y donde no existían alcaldes ordinarios ejercían la jurisdicción en primera instancia; por otro lado tenían la prohibición de perturbar el libre ejercicio de las facultades de los alcaldes ordinarios.

Las atribuciones políticas de estos funcionarios estaban - encaminadas, principalmente, a mantener el orden y buen gobierno de su distrito, presidían el cabildo de las diferentes ciudades de su jurisdicción, debiendo ausentarse cuando fueren tratados asuntos en que tuvieren algún interés personal directo o indirecto; hacían cumplir tanto las reales órdenes, como los bandos y ordenanzas virreinales; nombraba alguaciles para la persecución de criminales, debían procurar el buen tratamiento de los indios, etc.

Dentro de sus funciones administrativas tenían a su cargo la supervisión y cuidado de las obras públicas en su distrito, - inspección del abasto del mismo, regulación de precios, pesas y medidas; tenían facultades para imponer algunos tributos con objeto de aliviar la carga económica al herario de las ciudades, - etc. 21.

Como podemos ver, estas autoridades por lo general ejercían el control y supervisión de la actuación de las autoridades locales en su distrito, con el fin de dar, en algunos casos, uniformidad a las políticas dictadas a raíz de la introducción del virreinato para la administración de las diferentes ciudades, - villas y pueblos; y en otros, atender a las especificidades propias de una región, procurando su integración. Esto desde luego creó innumerables conflictos entre corregidores y alcaldes mayo-

res y los consejos y alcaldes ordinarios, sobre todo en los aspectos judiciales.

Gobernadores: Las gobernaciones, puede decirse, eran (sin desconocer la amplitud y vaguedad que encuentra don Rafael Altamira respecto al uso de este vocablo a lo largo de la Legislación Indiana²²) circunscripciones territoriales muy amplias y comprendían varios corregimientos.

En un principio vemos como los gobernadores son los propios conquistadores, que en su calidad de adelantados, ejercen el gobierno político, administrativo, judicial y militar (cuando tiene el cargo de capitán general) en los territorios por ellos conquistados.

Mas adelante, y ya con la introducción de la audiencia en el continente (diciembre de 1528), vemos a los gobernadores como presidentes de la audiencia de su territorio, bajo la coordinación de la audiencia de la ciudad de México, que a partir de 1535 se convierte en virreinal al elevarse a la Nueva España a la categoría de virreinato.

Ahora bien, en la primera etapa la interrelación del gobernador con el municipio respecto a las facultades de gobierno y administración es enorme e incluso llegan a confundirse, por esto vemos como Hernán Cortés, que ya para 1522²³ tiene los títulos oficiales de gobernador y capitán general, dicta en 1524 y 1525 las ordenanzas a las cuales se habrían de sujetar los municipios que surgieron en las ciudades y villas novohispanas.

Sin embargo al irse extendiendo el territorio y al ser introducida tanto la audiencia como el virreinato, la interrelación entre gobernadores y consejos sólo sigue siendo muy marcada en la ciudad donde los primeros tienen su asiento, respecto-

a los demás, por el crecimiento de la burocracia administrativa y la presencia de los corregidores como instancia intermedia, - sus funciones se reducen prácticamente a las de coordinación y supervisión tanto de corregidores y alcaldes, como de cada uno de los municipios en particular. Este criterio surge del renovado vigor que la mayoría de los autores le conceden a la presencia del municipio en el nuevo mundo durante sus primeros años, - el cual no se limitaba a seguir y complacer las políticas y caprichos de las autoridades jerárquicamente superiores, sino que verdaderamente representaba su papel como máxima autoridad local, vigilante de la comunidad y sus intereses.

La Real Audiencia y el Virrey: Como autoridades supremas - en Nueva España, tuvieron una intervención muy especial en la vida de ciudades y pueblos. Su interrelación con los municipios se establece en razón de las diferentes políticas administrativas y de gobierno dictadas por la Corona, y aplicadas por el virrey y la audiencia.

Las funciones de gobierno de las audiencias, se refieren a la vigilancia y supervisión de la buena administración de las - ciudades comprendidas en su distrito y al nombramiento de oficiales y funcionarios interinos cuyo cargo no fuese vendible. El ejercicio de estas funciones lo hacían a través de su presidente o constituidas en real acuerdo.

La audiencia de la ciudad de México, como audiencia virreinal, era considerada superior jerárquica a las demás, esta situación ya la explicamos en el primer capítulo al hablar de la audiencia como institución y es debido a las funciones de gobierno que desde un principio tuvo la audiencia, que el virrey tenía la obligación de consultar, que no de acatar, las opiniones de la -

audiencia virreinal como cuerpo consultivo de gobierno.

Las atribuciones de gobierno del virrey en Nueva España son amplísimas y para ejercerlas cuenta con el auxilio de gobernadores, corregidores y alcaldes mayores en sus respectivas jurisdicciones, así como del consejo de la audiencia, que sin embargo - en no pocas ocasiones fue motivo de enfrentamiento entre éstas - dos autoridades; de este punto también ya hablamos ampliamente al inicio del presente trabajo, por lo cual y para finalizar eg te inciso, bástenos mencionar que la administración y gobierno de la Nueva España en general, y de cada una de las ciudades en particular, no obedece a un criterio uniforme y definido, de ahí la enorme complejidad que representa el tratar de explicarla y comprenderla; aquí sólo hemos tratado de presentar algunos de los aspectos administrativos considerados como más importantes.

b) ASPECTOS PENALES.- En el derecho castellano los reyes y emperadores estuvieron considerados como "la espada" temporal - a través de la cual Dios hacía justicia en la tierra, por ser - las más nobles personas en honra y poder; así pues, los reyes y emperadores tienen bajo su potestad, por derecho divino y volun tad de sus vasallos, el gobierno y justicia de su pueblo²⁴. Por tanto les correspondía la suprema jurisdicción, misma que conce dían o transmitían en simple jurisdicción a quienes estarían fa cultados para conocer y decidir en cualquier causa civil o criminal, los cuales serían conocidos como jueces ordinarios.²⁵

Luego entonces, el juez ordinario fue la persona elegida - conforme a derecho para conocer y decidir, con arreglo a las le yes y costumbres, de todas las causas que surgieren en el terri torio de su jurisdicción. Como eran los que conocían de estos - asuntos por primera vez, se les denominaba justicias ordinarias

de primera instancia.

Ahora bien, dentro del derecho indiano y él de Castilla como fuente supletoria, ¿cuales funcionarios estaban facultados para conocer y decidir sobre las causas civiles y criminales?

- Alcaldes Ordinarios: Estos funcionarios son los jueces ordinarios en primera instancia, gozaron de competencia plena dentro de su jurisdicción y eran elegidos anualmente; por lo general se nombraban dos por cada ciudad o villa, teniéndose preferencia por los descendientes de los conquistadores²⁶.

Conocían, como ya apuntamos, de las causas civiles y criminales en primera instancia que surgieron entre españoles y entre españoles e indios, estando prohibido a los gobernadores entremeterse en estos asuntos²⁷.

De las resoluciones dictadas por los alcaldes ordinarios tanto en asuntos civiles como criminales, conocía en grado de apelación el cabildo de la localidad, según la cuantía del negocio o su gravedad (desde 1519 ya se había conferido esta facultad a los consejos, cuando el asunto no excediere de 10 000 maravedís), de esta facultad ya hablamos en páginas anteriores. Los corregidores y alcaldes mayores conocían de las alzas interpuestas contra fallos de los alcaldes ordinarios y es de suponerse que conocían en esta segunda instancia de aquellos asuntos que excedieren del monto fijado para la competencia de los cabildos; las audiencias, como tribunales ordinarios de apelación, conocían de este recurso en aquellos casos fallados por las justicias ordinarias y que excedieren la cuantía fijada tanto al cabildo, como a los corregidores y alcaldes mayores (v.gr. en 1528 cuando un asunto excedía de 500 pesos en lugar de conocer de ellos los alcaldes mayores y corregidores, conocía, mediante fianza -

del apelante, la audiencia de la Española o directamente el Supremo Consejo; para 1533 la competencia del cabildo en las apelaciones se fija en sesenta mil maravedís)²⁸.

- Los Cabildos o Consejos municipales. De este órgano colegiado y sus funciones judiciales ya hemos tratado ampliamente - tanto en el capítulo primero, como en el inciso a) de este capítulo; aquí sólo mencionaremos que para resolver de las apelaciones elegía a dos de sus miembros o a su capitular y un alcaide-que, unidos al juez y al escribano de la primera instancia, conocían del negocio en segunda, y cuya decisión era inapelable²⁹.

- Los corregidores y alcaldes mayores. Estos funcionarios eran nombrados por los gobernadores y capitanes generales, y posteriormente por el virrey o incluso por el rey en casos especiales, para ejercer entre otras, la función judicial en un distrito determinado. Conocían de los asuntos civiles y criminales, de oficio o a petición de parte en primera instancia, sin invadir la competencia de los alcaldes ordinarios -esto en la práctica- resultó un verdadero problema, tanto, que se llegó a sugerir la supresión de la presencia del alcalde ordinario donde hubiere - corregidor³⁰; así como de las apelaciones que no excedieren de un monto determinado contra fallos de las justicias ordinarias.

- Los Gobernadores. Como ya vimos en el inciso a) de este capítulo, dentro de sus funciones los gobernadores tenían la facultad de conocer en primera y segunda instancia de los asuntos civiles y criminales según su monto, hasta antes del establecimiento de la primera audiencia continental la importancia de estos funcionarios es enorme y sólo la audiencia de la Española y la Casa de Contratación, y el Supremo Consejo después de su establecimiento en 1524, eran los órganos superiores de aquellos-

en materia judicial.

- Jueces de Comisión. Este funcionario era nombrado expreso para que conociese y decidiera sobre causas civiles o criminales determinadas, su elección, infiero, podía hacerla tanto el cabildo, como los gobernadores, las audiencias, el virrey y el Consejo atendiendo a la solvencia moral y a la capacidad intelectual de la persona a elegir.

- Las Audiencias. Las funciones judiciales de estos órganos colegiados son muy amplias pues no sólo conocen de asuntos civiles y criminales en primera instancia, que por su gravedad, cuantía o la calidad de las personas que en ellos intervenían, se ventilaban desde un principio ante ellas, y a los cuales se les conoció como casos de Corte, sino que también, y muy especialmente, eran los órganos de apelación ante quienes se ventilaba este recurso contra fallos emitidos por autoridades inferiores. En ellas también se ventilaba el recurso de fuerza contra resoluciones de tribunales eclesiásticos. Por último, a cargo de las audiencias estaba la inspección periódica de los órganos judiciales inferiores, a través de visitadores ordinarios y pesquisidores extraordinarios³¹.

Como tribunales de segunda instancia, resolvían de las apelaciones interpuestas contra sentencias emitidas en primera instancia por cualquiera de los funcionarios u órganos judiciales con esa jurisdicción. A la sentencia dictada por la audiencia en estos asuntos se le denomina de vista. Contra las resoluciones emitidas por la audiencia en grado de vista no había la apelación, por tratarse del tribunal supremo representante de la persona del rey, sin embargo existía un ulterior recurso, la súplica, ventilado ante la misma audiencia y cuya resolución se -

denominaba revista.

No obstante lo anterior, aun contra la revista cabía una - última instancia, oponiendo el recurso de la segunda suplicación contra las sentencias de revista, pero ya no ante la audiencia - sino ante el Consejo de Indias. Para las causas criminales la - Corona estableció en 1522, que después de la sentencia de revista ya no cabía recurso alguno y la autoridad debía proceder a - su ejecución; en el mismo sentido existen algunas disposiciones posteriores, de 1542 y de 1563³².

En relación a este punto el investigador don Toribio Esquivel nos dice, al comentar las Ordenanzas de 1530 de la audiencia de la ciudad de México, "...En materia criminal admitían apelación ante el Consejo las sentencias de casos que ameritaran pena de muerte, absolutorias o condenatorias, las de condenación o confiscación de bienes por más de mil quinientos pesos y las de mutilación o destierro; las demás admitían sólo súplica"³³.

Esto contradice las instrucciones citadas, pues en las de 1522 está expresada claramente la prohibición de intentar la segunda súplica ante el Consejo, sin ninguna distinción; en las - instrucciones posteriores de 1542 y 1563 no se establece expresamente esta prohibición pero el sentido es igual a la de 1522.

Dentro de la Real Audiencia de México, y al parecer a partir de 1568, se creó por instrucción real de 19 de junio, una sala de alcaldes del crimen que conocía en primera instancia de - las causas civiles y criminales dentro de un radio de cinco leguas, principalmente de las criminales, y en los demás casos eran ellos quienes conocían de los recursos de vista y revista de aquellos asuntos sancionados en primera instancia por la autoridad respectiva³⁴.

- El Consejo de Indias. Era, como todos sabemos, la más alta autoridad judicial indiana radicada en la metrópoli después del rey y desde sus inicios en agosto de 1524, se constituye en el tribunal superior de todas las justicias de las provincias ultramarinas de España, y como tal, su función primordial, en materia de justicia, es la de revisar como última instancia los asuntos sancionados por los juzgadores de Indias, habiéndose agotado primeramente los recursos fijados por la Ley para recurrir alguna decisión judicial emitida por los órganos que ya hemos tratado. Su jurisdicción es plena, con excepción de la materia mercantil, que estaba reservada a la competencia de la Casa de Contratación.

En primera instancia su actividad se limita a los asuntos de encomiendas, según lo dispuesto en este punto por la ley de Malinas de 1545³⁵ y a aquellos negocios que por su cuantía, gravedad o personas que en ellos intervinieren, requiriesen de su atención.

Otro punto importante respecto de su función judicial, lo encontramos en el control político de los funcionarios de las Indias a través de dos procedimientos judiciales, la Visita y el Juicio de Residencia.

Desde 1542, con las Leyes Nuevas, la Corona expresa su voluntad en el sentido de que la labor que más importaba al Consejo era la administrativa y no la judicial, por esto a través de algunos de los capítulos de las mencionadas Leyes, restringe un poco la jurisdicción del Consejo en los asuntos de primera instancia y algunas residencias, ordenando que estos negocios se sustanciaran en las Indias y sólo se remitiesen al Consejo para su final decisión³⁶.

Así pues, en forma muy general hemos visto cuales órganos-intervienen en materia judicial en las causas criminales, pasaremos ahora a tratar algunos de los aspectos procesales más importantes dentro de las causas criminales, pero antes comentaré en forma muy general, algunos puntos básicos sobre los delitos y las penas.

En la época el delito era: Aquel acto cometido por un hombre, por olvido o atrevimiento, en perjuicio o deshonra de otro y en desobediencia de las leyes de Dios, y de los hombres y sus buenas costumbres, por lo cual se hacía acreedor a una pena que sirviera de escarmiento crudo al delincuente, y de ejemplo a la sociedad³⁷.

Jorge Corvalán M. y Vicente Castillo citan en su obra a un autor de la época, el cual expresaba: "...El delito era la transgresión de la ley...la comisión u omisión advertida y dolosa de todo hecho o dicho mandado por ella; y precisando su definición expresaba Villanova y Mañes, la transgresión a la ley debía ser advertida, con ánimo y voluntad de transgredirla, ya que tal advertencia calificaba el delito, aun cuando jurídicamente siempre se presumía que el delincuente obraba en conocimiento de ella.- Y no sólo se precisaba que la contravención fuese advertida, sino dolosa, pues tal calidad era propiamente aquella indicada advertencia y libre voluntad del delincuente para que se constituyera el delito"³⁸.

Para los autores citados el delito era "el quebrantamiento de una ley cometido voluntariamente y a sabiendas, con daño u ofensa del Estado o algunos de sus individuos"³⁹.

El concepto de delito contenido en las Partidas es, a mi juicio, el más exacto dada la mención referente a las leyes de-

Dios, y no solo alas del hombre, pues en la época en que se sitúa nuestro estudio, y en España principalmente, las cuestiones religiosas tienen una importancia vital y son las orientadoras principales de la actividad del Estado.

No obstante lo anterior, cuando una persona obrando con descuido, imprudencia o impericia, causara un mal a otra sin la intención dolosa, pero incurriendo en culpa, era también castigada, aunque con mucho menos rigor por considerar a estos actos - como cuasidelitos.⁴⁰

Por otro lado, algunos actos que, cometidos por los hombres con plena conciencia de estar causando un mal o un daño a otro y con el deseo de hacerlo, no eran castigados por no considerarse como delictivos, v.gr. el homicidio en defensa propia, el homicidio del ladrón sorprendido en la propiedad del homicida, de noche y que el ultimado pretendiese huir, etc.⁴¹

Ahora bien, algunas de las clasificaciones mas aceptadas - de los delitos eran⁴²: a) Delitos públicos y delitos privados - (atendiendo a la acción que del delito emanaba, yo diría más específicamente, según el interés que se lesionaba. Por lo tanto, si el interés lesionado es el público, su persecución se hace oficiosa por denuncia o acusación; y en aquellos casos en que el único interés afectado es el del particular su persecución se hace a petición de parte). A mi juicio, desde este punto de vista todos los delitos resultarían de orden público, pues es obligación del Estado velar por los intereses de cada uno de sus ciudadanos. Podríamos decir entonces, que un delito será público - cuando las consecuencias inmediatas del ilícito penal afecten - directamente a la comunidad y su convivencia pacífica y ordenada y un delito será privado cuando las consecuencias del mismo sólo

afecten directamente al particular.

b) Delitos nominados e innominados -u ordinarios o extraordinarios, como los denomina José M.^a Alvarez-, atendiendo a su regulación los nominados u ordinarios eran aquellos que estaban expresamente regulados por la ley; y los innominados o extraordinarios los que a pesar de no estar regulados por la ley como tales, eran contrarios a la ley de Dios y al espíritu de las normas de los hombres y sus costumbres.

c) Delitos y cuasidelitos (según la intención que prevalece en la comisión del hecho ilegal, al hablar del concepto de delito explicamos esta circunstancia).

d) Capitales y no capitales (según si la pena aplicada era la -de muerte, natural o civil; o si el castigo era cualesquier otro diverso de la pena máxima).

e) Atroces y atrocísimos o exceptuados (según la gravedad del -hecho punitivo; atroces serían el hurto, las injurias, lesiones, etc. y los atrocísimos la herejía, lesa majestad, parricidio, -homicidio incidioso, moneda falsa, etc.).

Finalmente diremos respecto a los delitos y su persecución, que el derecho para perseguir y castigar al delincuente no era permanente; así los delitos atroces o atrocísimos o exceptuados prescribían en 40 años, la injuria y el robo en un año, los delltos tales como el incesto, el adulterio y el estupro prescribían en 5 años, el engaño hasta 2 años, etc.⁴³

El concepto de pena que se tenía en los siglos XV y XVI era: El escarmiento o castigo, pecuniario o corporal, impuesto por el juzgador al delincuente, con el fin de escarmentarlo por el mal hecho e imponer a través de élla el ejemplo a los demás para que se cuiden de errar. Al imponer la pena el juez debía asegurarse

de probar debidamente la existencia del ilícito y las características de su comisión, a fin de sancionarlo adecuadamente.⁴⁴

El concepto doctrinario de pena propuesto por los autores Corvalán y Castillo, es el de considerarla como "el castigo que se imponía al delincuente por su hecho criminoso y destinado a restablecer el equilibrio moral perturbado por el delito, a satisfacer la vindicta, escarmentar al hecho para que no volviera a delinquir y para que tal castigo sirviera de ejemplo a los demás delincuentes y así se abstuvieran de cometer hechos ilícitos. - Es "un mal que la ley hace al delincuente por el mal que él ha hecho con su delito. La pena pues produce un mal lo mismo que el delito; pero el delito produce más mal que bien, y la pena más bien que mal".⁴⁵

Siguiendo la exposición de los autores antecitados, podemos decir que la finalidad primordial de la pena era el dar escarmiento a los infractores de la ley, satisfacer la vindicta social y establecer un ejemplo para desanimar a los posibles delincuentes.

La pena podía ser aplicada en la persona, bienes o reputación del infractor y para imponerla, el juez debía tomar en cuenta quien era el delincuente (si era un siervo, un hidalgo, un mozo, o un hombre adulto), contra quién cometió el delito (su señor, su padre, etc.), el tiempo, modo, lugar y circunstancias en que se perpetraron los hechos y la gravedad del ilícito. Entratándose de sanciones pecuniarias, el juzgador tendría en cuenta si el delincuente era pobre o rico, por otro lado, y ya dentro de la Recopilación de Indias de 1680, encontramos como agravante de la sanción el hecho de que algún español cometiera actos delictuosos contra los indios.⁴⁶

La mayoría de los tratadistas y los instrumentos legales - consultados coinciden en clasificar las penas en la siguiente - forma⁴⁷:

- 1) Penas Corporales.- Aquella sanción aplicada en forma directa en la persona del delincuente.
 - a) pena capital (la pena de muerte aplicada por ahorcamiento, decapitación, garrote, fusilamiento, etc.; o la muerte civil, v.gr. el destierro del delincuente del reino de por vida).
 - b) Pena corporal en estricto sentido (mutilación, azotes, prisión, trabajos forzados, etc.)
- 2) Penas Infamantes.- Aquellas penas cuya sanción consistía en la deshonor pública del infractor, atacaban la reputación y buen nombre del individuo (pérdida de la hidalguía, prohibición de desempeñar oficios reales, judicaturas, escribanías; exposición a la vergüenza pública, y en fin, en una sociedad como la novohispana, el sólo hecho de ser considerado-sujeto activo de un delito cualquiera, era en sí un agravante muy serio al buen nombre de las personas y a su reputación).
- 3) Penas Pecuniarias o "de pecho".- Eran aquellas que afectaban el patrimonio del delincuente, y que iban - desde la confiscación total de sus bienes, v.gr.- la traición -ley 2, tít. II, P. 7- hasta la simple multa, así por ejemplo en los delitos de engaño - el juez tenía la libertad de imponer la pena económica adecuada según su criterio, atendiendo a la gravedad del engaño y la calidad de la persona bur

lada -ley 12, tit. XVI, P. 7-.

Para los juristas Corvalán y Castillo⁴⁸ había otras penas que no estaban comprendidas en la clasificación anterior, tales como:

a) El trabajo sin remuneración en obras públicas (que en mi opinión es sólo una modalidad de la pena corporal en estricto sentido).

b) Admonición, que según exponen los autores, puede considerarse como una reclusión preventiva (pena corporal) por un lapso mínimo de tiempo, con una amonestación al sujeto previa a su libertad, sin someterle a un prolongado proceso por considerar el ilícito como una falta leve.

c) El destierro (que si fuese definitivo se puede considerar como muerte civil, y si fuese temporal, como una sanción corporal en estricto sentido ya que en el lugar del destierro no tenía una libertad absoluta).

d) Publicación de la pena (que por sus características se puede considerar como infamante, pues la intención de tal publicación es sin duda la de mermar y desacreditar el buen nombre y la reputación que pudiese tener el infractor).

Por todo lo anterior podemos concluir que si bien, por un lado dentro del derecho penal aplicado en Indias aún encontramos razgos de su utilización como un instrumento de venganza social sobre el delincuente con sanciones infamantes, y algunas hasta-grotescas, por el otro se vislumbra ya la aplicación de esta rama del derecho con una idea mas humanitaria, en donde aparte de buscar crear en la comunidad la conciencia del mal social que encierra la comisión de hechos delictuosos, ya se atienden aspectos tales como el dolo, la culpa, imputabilidad del individuo -

por razón de su edad, estado mental, congruencia entre la gravedad del delito y el rigor de la pena, etc.

Pasemos ahora sí, a tratar algunos aspectos generales del proceso criminal.

De acuerdo con la doctrina y la legislación aplicable de la época, los juicios en Nueva España podían iniciarse de tres formas:

- 1).- Por acusación o querrela.
- 2).- Por delación o denuncia.
- 3).- De oficio.

1).- La acusación o querrela era el escrito a través del cual el querellante hacía del conocimiento del juez que en contra de su persona, honor o sus bienes se había cometido un hecho delictuoso, señalando perfectamente al imputado y las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, solicitando, en ese momento, se le admitiera la sumaria relación de los hechos para acreditar su dicho.

2).- Denuncia o delación es el aviso extrajudicial dado por alguna persona a la autoridad (escribanos, alguaciles o jueces) para ponerla en conocimiento de la existencia de un hecho criminal, ya sea con identificación o sin ella, del delincuente, pero sin la intención de seguir el juicio en su nombre, por no estar directamente afectados sus intereses.

3.- De oficio era la persecución judicial de un delito cuando el juez entraba en conocimiento, por cualquier causa diversa a las antes mencionadas, de la existencia de un hecho ilícito, para su investigación y castigo.

Una vez que la autoridad entraba en conocimiento de la existencia de un delito, el juzgador se avocaba a la preparación de

la información sumaria (es precisamente en esta etapa donde radica la diferencia fundamental entre los juicios civiles y los criminales en cuanto a su substanciación).

Esta etapa sumaria o "juicio" informativo (con carácter segreto en sus actuaciones) permitía al juzgador:

- a) Conocer con certeza la existencia del delito y sus circunstancias.
- b) Conocer la identidad del delincuente en caso de duda.
- c) Asegurar al imputado y sus bienes (en caso de ser necesario, según el ilícito cometido, y existir estos).
- d) Tomar la declaración preparatoria del imputado, para conocer su versión de los hechos o en su caso, se declarase inocente; así como también tomar la declaración de las demás personas que estuvieran implicadas en los hechos.
- e) En caso de que confesare su responsabilidad, recibirle formalmente su confesión, con el fin de conocer la intención de su acción y los motivos que lo llevaron a cometer el ilícito penal.

a) Durante esta diligencia el juzgador se encargaba de verificar la real existencia del delito; en muchos ilícitos penales la integración del cuerpo del delito coincide con el hecho en sí mismo, v.gr. en el delito de lesiones la existencia del daño físico en el sujeto en quien se perpetró la acción criminal, demuestra la certeza de su existencia y para integrar el corpus delicti sólo bastará conocer las circunstancias en que sucedió. No así en el caso de un homicidio, en donde aún no se encuentra el cadáver, ya que las circunstancias en que sucedieron los hechos pueden crear, por sí mismos, la convicción en el juez, aun -

sin tener a la vista el cadáver, que hay elementos suficientes para continuar las investigaciones. Como se puede ver, en este caso el cadáver en sí no constituye el cuerpo del delito, ya que este se integrará cumplidamente con aquellos hechos y circunstancias que rodearon al ilícito penal, los cuales crearon conciencia plena en el juzgador de la existencia del delito.

Para Corvalán y Castillo⁴⁹ el cuerpo del delito, al igual que el delito mismo, constaba de:

- Persona o cosa ofendida.
- Agente ofensor.
- La intención de ofender.

Ya se tratara de delitos permanentes (por dejar huellas visibles de su perpetración, v.gr. lesiones, homicidios, etc.), o transeúntes (por no dejar tales huellas, como en las injurias, amenazas, blasfemia, etc.)

b) Conocer la identidad del delincuente en caso de duda, Para lograr esta identificación se contaba con los siguientes elementos:

- Instrumentos públicos y auténticos (cuya fe probatoria era plena) y los privados (cuyo valor dependía de la comprobación de su autenticidad).

- Testigos (mínimo dos y de preferencia españoles, con reconocida solvencia moral, los cuales eran llamados de oficio o presentados por el querellante).

- Confesión judicial (de la cual hablaremos más tarde); e

- Indicios o presunciones (que son los razonamientos del juzgador con base en las circunstancias de los hechos, y los resultados obtenidos de la realización de los puntos anteriores, que creaban convicción en el juez acerca de la presunta respon-

sabilidad de tal o cual sujeto) ⁵⁰.

c) Asegurar al imputado y sus bienes (en caso de que esto último fuera necesario). Estas seguranzas implicaban el poner preso al supuesto delincuente y embargar sus bienes, según el monto que el juez determinase.

El encarcelamiento provisional procedía mediante orden judicial librada por escrito, sólo en los casos de flagrancia, de sector, raptor de vírgenes o religiosas, incendiarios, etc., no era necesario expedir tal orden, pero debía presentarse al delincuente a las veinticuatro horas de habersele aprehendido ante la autoridad competente.

La finalidad de la seguridad corporal preventiva del supuesto infractor, era con el fin de evitar que huyera para evadir a la justicia.

El embargo era la caución precautoria de los bienes del delincuente y procedía cuando el ilícito penal generaba obligaciones pecuniarias, tales como el resarcimiento de los daños y perjuicios; no obstante lo anterior, si el juez decretaba una fianza y el inculcado la cubría, el embargo resultaba improcedente.

Generalmente en el auto por el cual se ordenaba el encarcelamiento se incluía el decreto del embargo. Al practicarse el mismo y recibirse los bienes, se realizaba el inventario formal, el cual se agregaba a los autos del proceso y se depositaban (generalmente ante los Depositarios del Cabildo, aun cuando la principal función de estos era la de servir como tales en los juicios de primera instancia en materia civil, en donde las partes decidieran poner en depósito, ante la autoridad, el objeto en litigio).

d) Declaración preparatoria. El siguiente paso después de la seguridad del presunto responsable, era la realización de una

indagación preparatoria a través de un interrogatorio, el cual iniciaba el juez preguntando al sujeto su nombre, nacionalidad, vecindad, oficio, situación civil, edad, etc., para despues, sin acusar ni formular cargos directamente, preguntarle su versión sobre el delito y sus circunstancias. Cuando en su dicho el declarante implicara a alguna o algunas personas, éstas debían ser citadas, a fin de conocer su versión y relación con los hechos.

e) La Confesión era la declaración bajo juramento realizada formalmente ante el juez y el escribano, en ella el juzgador no sólo podía preguntar sino también acusar y formular cargos - contra el confesante. La confesión sólo procedía despues de realizada alguna probanza sobre el delito. Si el juez no realizaba personalmente esta diligencia, la misma carecía de legalidad y - por tanto las subsecuentes actuaciones quedaban nulificadas.

Al igual que en la declaración preparatoria, si en su confesión el inculpado implicaba a algunas personas, éstas eran llamadas a exponer su dicho en relación a la mención que de ellos se hizo.

Cuando el reo fuese un menor o un indio, la confesión no podía hacerse sin antes habérsele nombrado a un curador, el cual podía presenciar el juramento de su representado y la firma de la declaración, pero no podía estar presente durante el desarrollo de la misma. 51

Una vez realizada la confesión y firmada por el reo, el juez en el auto que señala su realización, no la dá por concluida si no que la suspende y la deja abierta para continuarla si así - fuere necesario, ya por surgir nuevos elementos o para hacer preguntas importantes que se hubiere olvidado realizar.

En otro auto el juez procedía a dar vista al promotor fis-

cal (antecedente colonial del ministerio público) para que, como representante de la sociedad, formalizara los cargos y la acusación contra el imputado. Lo anterior se hacía del conocimiento del mismo para que éste nombrara a su abogado o representante en el juicio, apercibiéndolo que de no hacerlo, la causa sería seguida en rebeldía, para que en su representación alegara lo que a su derecho conviniera, rebatiendo la acusación del fiscal. De este alegato se daba vista al fiscal, para que finalmente se diera por terminada la etapa de alegatos; finalmente el juez, - en auto diferente, los daba por concluidos y abría la etapa de pruebas. 52

En opinión de los multicitados autores, muchos juicios criminales de las Indias no pasaban al período probatorio sino que a través del corte de la Sumaria el juez, ya por no existir elementos suficientes para su continuación, ya por que el tiempo - de reclusión del delincuente en ilícitos leves hubiese sido suficiente para su castigo o ya por perdón del ofendido en delitos en que el interés público no resultó afectado en mayor medida, - decretaba o daba por terminado el proceso. 53

Abierto el período de pruebas, se fijaba un término más o menos breve (los autores consultados coinciden en señalar nueve días aproximadamente) a fin de recibir todo aquello que las partes presentasen como medio para demostrar su dicho, constriéndose, desde luego, a lo que la ley determinase en este sentido; - sin embargo el juez tenía facultades para ampliar aún más dicho término, según las particularidades del juicio (no el interés de las partes), en este período se examinan y se rectifican o ratifican los resultados obtenidos en las diligencias de la Sumaria.

Por lo que hemos visto, y lo expresado en la ley 15, tit. XIV

partida 3, y tomando como base a los autores Corvalán y Castillo, las pruebas en un juicio criminal podían consistir en:

- 1) Confesión del reo,
- 2) Testigos,
- 3) Documentos (públicos, auténticos y privados),
- 4) Inspección ocular del juzgador,
- 5) Las Evidencias, indicios, presunciones o conjeturas obtenidas por el juzgador a lo largo del proceso.

Analizadas las pruebas, el juez, en otro auto, da por agotado el período de pruebas, dando vista al fiscal y al acusado para que expresen en sus alegatos lo que a su derecho conviniese.

Una vez concluidos los alegatos el juez se avocaba a la revisión del proceso, no teniendo un límite de tiempo determinado por la ley para emitir su fallo. Este, absolutorio o condenatorio, debía ejecutarse como cosa juzgada si en el plazo por la ley establecido para recurrirla, no se hubiere promovido el recurso correspondiente para suspender sus efectos, o si la sentencia era ratificada por el órgano superior de apelación que conoció de dicho recurso.

Los autores consultados para la explicación de los aspectos procesales, nos hablan de algunos casos en los cuales aún teniendo la sentencia la calidad de cosa juzgada es suspendida en su aplicación.⁵⁴

a) Cuando el sentenciado es procurador, administrador o gestor del ofendido y éste le solicita las cuentas de su gestión - (entiendo que tal suspensión es meramente temporal, para no afectar los intereses del ofendido).

b) Cuando el sentenciado poseyere cualidades y/o habilitades únicas en su villa o pueblo, por cuya utilidad, y con anuen

cia real, la pena se conmutaba por una menor que le permitiere al reo prestar sus servicios a dicha comunidad.

c) El perdón, individual o general, otorgado por el rey.

d) Las mujeres embarazadas sentenciadas a muerte o con pena de encarcelamiento, hasta que dieren a luz.

Además del juicio criminal ordinario existieron otros procedimientos, conocidos como especiales, para la aplicación de la justicia criminal:

- El juicio con reo ausente, es un procedimiento que desde las Partidas se practicó⁵⁵. Durante todo el procedimiento el juez tenía la obligación de llamar por edictos y pregones al imputado, a fin de que compareciere ante él en descargo de los hechos que se le imputaban. En sí, el trámite que se seguía en el juicio criminal con reo ausente es muy semejante al del procedimiento criminal ordinario;

- Procedimiento contra personas con fuero;

- Procedimientos de Comercio, de Correos, de Caminos, de Minas, de la Hermandad, de la Inquisición, etc.⁵⁶.

Una vez conocidos algunos de los aspectos conceptuales del delito y la pena, así como los puntos generales más importantes del proceso criminal, trataremos, para finalizar, algunos de los delitos más comunes en los inicios de la vida novohispana.

- El Homicidio, tanto en las Partidas como en la Recopilación de Indias de 1680, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación⁵⁷, era castigado con la pena máxima, siempre que el homicida hubiese actuado con dolo y ánimo de matar o de manera culposa, sin importar si éste era libre o siervo, sin embargo la ley 15, Tít. VIII, P. 7 establece que si el asesino fuere un noble se le desterraría de por vida, pero si el delito lo come-

tía a traición o con alevosía, la pena debía ser la de muerte.

Para imponer la pena de muerte era necesaria la comprobación cabal del delito.⁵⁸

En aquellos casos en los cuales las circunstancias y los hechos del delito llevaran al juzgador a considerar a aquellas como atenuantes de la responsabilidad del infractor o en aquellos en que a pesar de que el infractor tenía la cabal intención de cometer el homicidio éste no se consumó, el juzgador podía conmutar la pena capital por alguna otra de carácter corporal (cárcel, azotes, galeras, etc.)⁵⁹

Dentro del homicidio existían las figuras calificadas de -parricidio (homicidio de familiares consanguíneos en línea recta ascendente), homicidio del señor por el liberto o su siervo; en estos casos la pena capital se agravaba con azotes y mayores sufrimientos antes de ejecutar la pena en el sentenciado.

También merecían pena de homicidas los jueces que al imponer la pena capital cometían una injusticia con el sentenciado, así mismo los testigos que falsearan su testimonio en los procesos criminales; el individuo que castrara a cualquier hombre o el siervo que, pudiendo ayudar a su señor en casos de grave peligro y no lo hiciese, también era castigado con la pena aplicada a los homicidas, al igual que aquellos que impusieron graves castigos a sus discípulos (sin intención de matarlos, pero conociendo el peligro y lo inhumano de tales castigos) y la mujer que se provocaba el aborto en forma intencional.⁶⁰

Para finalizar, mencionaremos que dentro del delito de homicidio estaban contempladas como causas excluyentes de responsabilidad las siguientes:

- Homicidio en defensa propia;

- El que diere muerte al forzador de su mujer, hija o hermana;
- El homicida del ladrón nocturno que no se dejase prender;
- El siervo que matara al agresor de su señor;
- Homicidio en venganza de linaje; y
- El que accidentalmente matara a otra persona en lugar poblado (el responsable sólo pagaba el daño económico); si el accidente ocurría en campo abierto no había pena alguna.⁶¹

- Lesiones. Esta figura delictiva no estuvo regulada en forma independiente dentro del derecho español de la época, por esto vemos que en Indias siempre aparece regulada conjuntamente con el homicidio, podemos decir, como si se tratase de un grado menor de éste, por tanto las sanciones que se imponían por lesiones eran de tipo corporal, tales como azotes, prisión, etc. sin llegar nunca a la pena capital; excepción hecha del que hiriese a otro mediando asechanza o consejo (un grupo o banda de ladrones)⁶².

- Injurias. De acuerdo con la ley 1, Tít. IX, P. 7, era toda deshonra proferida de palabra o de hecho en contra de una persona; dada la moralidad de la época esto se consideraba como una grave afrenta, sin embargo el injuriante de palabra que probara sus asecuranzas no recibía castigo alguno.

Las sanciones que correspondían por injurias eran esencialmente pecuniarias y con la obligación del injuriante de desdecirse en público ante el juez, sin embargo si aquel era un noble, la sanción pecuniaria aumentaba pero no tenía que desdecirse en público. El monto de la sanción iba de acuerdo a la calidad personal del ofendido y el ofensor. Pero quedaba a cargo del ofen-

dido el optar por el resarcimiento pecuniario o si lo considera ba conveniente, dejaba a criterio del juzgador el escarmiento del infractor.

Cuando las injurias eran proferidas por los hijos a los pa dres, el juez podía encarcelar a aquellos por veinte días o imponer el pago de seiscientos maravedís. Si el injuriante fuere el siervo del ofendido y obrare no sólo de palabra sino de hecho (poniendo la mano encima a su señor o amenazándole con armas) - sería encarcelado por treinta días, y desterrado por dos años - si fuese hijodalgo, si no era el caso, sólo se le traería la - vergüenza.⁶³

- Robo. Desde las siete Partidas vemos ya reglamentada esta figura delictiva, la cual se consideraba como el apoderamiento de cosa ajena mueble sin consentimiento del dueño y en forma violenta; distinguiéndolo así del hurto, que era el apoderamiento de cosa ajena mueble, sin el consentimiento de su dueño, pero en forma oculta, clandestina y sin violencia física. En sí - el hurto y el robo constitufan el mismo delito, en mi opinión, - y sólo se diferenciaban por la forma de su realización, v.gr. la sustracción de una "cartera" sin violencia y en forma oculta y clandestina era un hurto; la misma acción pero mediando las ame nazas y/o los golpes se consideraba como robo.

Las penas aplicadas por hurto y robo varían según la grave dad de los hechos, el monto de lo robado, la calidad social del ladrón y del ofendido, el lugar donde se cometía y la existencia de engaños, malicia o violencia; y van desde la sanción pecuniaria y la vergüenza pública, azotes, cárcel y destierro, hasta - la pena máxima. En sanciones no muy graves o de bajo monto económico, se podía conmutar la pena al infractor por el servicio -

de éste en las galeras, de 4 a 8 años, pudiendo en ocasiones - llegar a ser perpetuo.

- Adulterio. Para las siete Partidas el adulterio lo cometía aquel que yaciera con mujer casada o desposada, a sabiendau-de este hecho, y la mujer casada o desposada que yaciere con hombre diverso a su marido sin ser su familiar. No así cuando - el hombre casado o desposado yaciere con otra mujer que no estuviere casada.⁶⁴

La pena por el adulterio era la muerte o el perdón de ambos por el ofendido, cuando el juez los hubiere puesto a su digposición; pero si perdonaba a uno forzósamente tendría que perdonar al otro.

Si el ofendido mataba a los adúlteros en el momento mismo de estarse cometiendo el delito no era sancionado, pero no pasaban asu poder ni la dote ni los bienes de su mujer.

La ley 2, Tit. XIX, libro 8 de la Nueva Rec. establecía que sólo el marido podía acusar a su mujer de adulterio (entiendo - que si acusaba al adúltero también acusaba a su mujer), derogando lo previsto por la ley 2, Tit. XVII, P. 7.

- Incesto. Es el contacto carnal de una persona con su pariente, ya fuere por consanguinidad o por afinidad hasta el cuarto grado o con cuñada que fuese mujer de su pariente hasta esegrado o con religiosa, profesa o su comadre. Las penas por adulterio eran la muerte y la confiscación de la mitad de sus bienes.

Podía denunciar la comisión de este delito cualesquier persona que tuviere conocimiento de él.⁶⁵

- El Estupro. Lo comete aquel que corrompiendo a una mujer virgen, religiosa o viuda honesta, yace con ella sin mediar la-violencia física o moral. La pena prevista por las Partidas es-

la pérdida de la mitad de sus bienes, si fuese hombre honrado, - de azotes en público y destierro por cinco años en una isla si fuese hombre vil y la hoguera para el estuprador que fuese sirviente o criado en la casa donde viviere la mujer corrompida.

Sin embargo, y dada la gravedad de las penas, casi siempre se optaba por permitir al estuprador que resarciera su daño mediante dote y matrimonio, añadiéndose desde luego alguna otra - pena de menor rigor.⁶⁶

c) ASPECTOS DEL DERECHO ECLESIASTICO.- La actuación de la Iglesia Cristiana en América, resulta trascendental en la conformación de la naciente sociedad. Su presencia en las posesiones ultramarinas de España es evidente desde un principio, más aún si tomamos en cuenta que fueron los propios monarcas quienes solicitaron la ayuda de la autoridad papal para legitimar su presencia en América.

Así, el papa Alejandro VI emite en favor de los Reyes de - Castilla las bulas a través de las cuales estos legitiman su presencia en las nuevas tierras descubiertas y al mismo tiempo mediante ellas la Iglesia formaliza su presencia y hace patente - su autoridad y poder en el nuevo mundo.

Las bulas otorgadas por Alejandro VI, relativas a la posesión de las Indias y el compromiso adquirido por Castilla de - evangelizar a los naturales, fueron:

a) La Inter Caetera del 3 de mayo de 1493, en la cual se - concede a los Reyes de Castilla la propiedad absoluta sobre las nuevas tierras descubiertas y por descubrir, con la autoridad - necesaria para ejercer ese derecho; siempre que no estuvieren - sujetas al poder temporal de algún señor cristiano. A cambio de esto la Corona quedaba obligada a propagar la fe de cristo y a -

convertir a todos los infieles.

b) La Eximia Devotionis, de igual fecha que la anterior, - confirma y amplía las concesiones ya otorgadas. En ésta se señala la que dichas concesiones son las mismas que las otorgadas a Portugal en relación a las posesiones de ese reino en el Africa. - Con esto se quiso evitar que los portugueses intentaran cuestionar los títulos y las gracias concedidas a Castilla.

c) La Inter Castora del 4 de mayo de 1493. Esta bula confirma nuevamente las concesiones de las dos anteriores y traza, además, una línea ubicada a cien leguas al occidente de las Azores y Cabo Verde. En esa dirección sólo Castilla podía realizar expediciones de descubrimiento; hacia el oriente la facultad se concedió a Portugal.

d) La Piis Fidelium, fechada en junio 25 de 1493 y en la cual el punto que destaca a nuestro interés, es la autorización concedida a los Reyes Católicos para iniciar la propagación de la fe en las nuevas posesiones españolas, quienes ponen al frente de la empresa a fray Bernardo de Boil.

e) La Dudum Siquidem, del 26 de septiembre del mismo año. - En ésta se amplía el derecho de la Corona de Castilla para descubrir y conquistar, ya que por medio de la bula se le permite navegar hasta, y no hacia, las Indias.⁶⁹

Los sucesos ocurridos durante los primeros años en la Española y los grandes enfrentamientos entre colonos y misioneros - en ocasión del trato cruel y poco cristiano de los primeros párrafo con los naturales, fincan las bases del inicio de la intervención directa de la Iglesia como protectora de los indios y como cuestionadora de las políticas de gobierno de la Corona, entendiéndose en este punto como Iglesia a los misioneros de los pri

meros años de la expansión española.

De lo anterior se infiere que la Iglesia cristiana fue la única reconocida y permitida en Indias, al igual que en España, más aún si tomamos en cuenta que la Corona de Castilla obtuvo - de ella la legitimación de la posesión de dichas tierras y el - derecho y obligación de evangelizar a los naturales de las mis mas conforme a los principios de la doctrina cristiana. Por tanto, las leyes que regían a la Iglesia en España fueron las mismas (con algunas modificaciones de forma, más no de fondo) que se observaron para la de Indias.

De acuerdo con estas leyes la suprema autoridad cristiana - en el mundo era el Papa, el cual podía ceder en favor de cualquier príncipe cristiano la realización, supervisión y cumplimiento de la propagación de la fe de Cristo (por esta razón se exp dieron las bulas ya comentadas). Sin embargo la tarea de evange lizar a los naturales y propagar y establecer la fe de Cristo - en el nuevo mundo, implicaba un gran esfuerzo en el terreno eco nómico para los Reyes Católicos, por lo cual el Papa Alejandro - VI otorga a los monarcas castellanos el derecho a cobrar los - diezmos correspondientes a la Iglesia, por medio de la bula Exi mie Devotionis Sinceritas de diciembre de 1501, en ella se con - cede a la Corona el derecho a cobrar el diezmo, con la obligación de señalar el monto de la dote correspondiente para que de ella se pudieran sostener los prelados de las iglesias y sus curas, - así como lo necesario para cubrir los gastos de culto y el pago del derecho parroquial.⁶⁸ A más de establecer las iglesias y - obispados necesarios a cargo de la Corona.

Para 1508, y a través de la bula Universalis Ecclesiae Re- gimen⁶⁹, el pontífice cede a la Corona de Castilla el derecho a

construir las iglesias, catedrales o monasterios que considerase necesarias, sin que nadie pudiera hacerlo sin su expreso consentimiento; así como el derecho de Patronato y de presentación de las personas adecuadas para ocupar las dignidades eclesiásticas superiores (con excepción de los cargos pontificales) y de las que habrían de hacerse cargo de las dichas iglesias y monasterios; debiendo presentar al Vaticano a las personas electas, - al año siguiente de su elección.

A partir de ese momento la actividad de la iglesia en Indias quedó sujeta y bajo la dirección de la Corona a través del Patronato Indiano, por lo cual resulta de vital importancia el conocer esta institución que, aunque de derecho canónico, resulta verdaderamente trascendente en los inicios de la vida jurídica de la Nueva España.

El derecho de patronato consiste en la facultad (gracia) - concedida por la Iglesia al patrono, para presentar a los candidatos (clérigos) para ocupar un beneficio vacante (el beneficio es el derecho perpetuo de recibir una renta, producto de los bienes eclesiásticos, por servir un oficio espiritual constituido por la autoridad eclesiástica; "es el derecho de vivir del altar por servir al altar").⁷⁰

Este derecho podía ser adquirido mediante edificación o fundación de una iglesia o bien por fijación de una dote, y por supuesto por el otorgamiento de privilegio o gracia apostólica del sumo pontífice, siendo este último el más amplio, pues incluye el derecho de presentación respecto de los beneficios de jurisdicción de los ordinarios, excluyendo los de provisión pontifical.

Tienen capacidad para que les sea concedido el derecho de-

patronato los laicos o seculares, con excepción de los infieles- y herejes.

Esta gracia es honorífica, útil y onerosa, y aunque impone la obligación de cuidar y defender a la iglesia, el patrono no puede entremeterse en su jurisdicción. Desde luego no debemos confundir la obligación del patrono con la de los príncipes (católicos o infieles) de proteger a todos sus súbditos, como lo puede ser la Iglesia, dentro de su territorio por razones de orden público y bienestar común.

"...No tiene, pues, el patrono jurisdicción eclesiástica, ni administración de bienes, ni puede quitar o poner clérigos en la iglesia".⁷¹

Ahora bien, de acuerdo con el autor antecitado el Regio Patronato Indiano podía considerarse como extraordinario, tanto por su extensión como por su contenido, ya que implicaba una cierta intervención de los reyes en el gobierno y administración de la Iglesia en Indias, cosa que no sucedía en las reglas comunes del patronato en general como ya dejamos apuntado.

El Regio Patronato de la Iglesia en Indias no debemos confundirlo con el otorgado por el sumo pontífice a los reyes en ciertas provincias de España, pues aun cuando se trata de una misma Iglesia y de un mismo patron, el contenido, la extensión y las modalidades del Patronato Indiano difieren enormemente del concedido a los monarcas españoles, en diversos documentos por el papado, en forma fragmentaria y respecto de diversos territorios o reinos de la península (v.gr. la bula de Urbano II de 1085 a favor de Pedro I de Aragón, la bula de Inocencio VIII en favor de los Reyes Católicos que concedía el derecho de patronato sobre el recién reconquistado reino de Granada, así como la-

bula de Alejandro VI de 1523, por la cual se concedía a los Reyes Católicos el derecho de patronato sobre los beneficios consisto-
 riales en España, etc.), y que para 1753, mediante el concordato celebrado entre Benedicto XIV y Fernando VI, Rey de España, - el papado concedió el derecho de patronato universal para toda-España.⁷²

Hemos establecido que el derecho de patronato no concede - jurisdicción eclesiástica al patrono, ni derecho de administración de bienes, y sin embargo respecto del Regio Patronato Indio no apuntamos que el mismo implicaba una cierta intervención de la Corona en el gobierno y administración de la Iglesia en las-nuevas posesiones, debido a la amplitud con que fue concedido - éste derecho, el cual facultaba fácticamente a los monarcas a emitir una serie de disposiciones legales (de derecho real y no canónico, que atendiesen los aspectos jurídico-públicos y jurídico-privados del ejercicio de su derecho como patronos) en relación con su patronazgo, v.gr. la Ley 1, Tít. IX, Lib. 1 de la Recopilación de 1680, que dice: "Que el Consejo haga guardar, - cumplir y ejecutar las bulas y breves apostólicos en lo que no perjudicaren al derecho concedido al Rey por la Santa Sede, de Pratonazgo y Regalía"⁷³. Más aún, el citado título noveno del - libro primero de la Recopilación de 1680⁷⁴, regula y establece en forma general que las bulas y breves apostólicos relacionados con la Iglesia de Indias debían pasar por el Supremo Consejo de Indias, para que éste aprobara su aplicación, y que los virreyes y presidentes no debían aplicar aquellas disposiciones si no contaren con el pase del Consejo.

Esto, desde luego, permitió a la Corona el poder evitar in-tromisiones directas del Vaticano en sus posesiones, bajo el ar-

gumento de que algunas decisiones pontificales podían obstaculizarle el libre ejercicio de su derecho de patronazgo en Indias, aun cuando tales argumentos no estuviesen de acuerdo con el derecho canónico.

En seguida haremos un análisis muy general de aquellas disposiciones emitidas por la Corona para regular los aspectos públicos de la Iglesia de Nueva España en general y su derecho de patronazgo en particular.

Como ya sabemos, desde el inicio de la conquista y a lo largo de toda la colonia, principalmente en sus primeros años, una de las grandes preocupaciones de la Corona fue la de difundir la doctrina de Cristo entre los naturales de las posesiones ultramarinas para obtener su conversión, esto desde luego no sólo provocado por el innegable espíritu cristiano de los españoles, sino también por el compromiso político contraído por los monarcas con el papado al obtener de él la legitimación de su dominio sobre los territorios descubiertos, y por que con la bula de 1508, a través del derecho de patronazgo, la Corona se convirtió fácticamente en la máxima autoridad temporal y espiritual en las Indias o al menos así lo quiso entender; esto se refleja evidentemente en el contenido de las leyes de Indias dirigidas a regular estos aspectos, asegurando por otro lado con esta actitud, que el papado no intervendría en sus políticas y mucho menos diera marcha atrás respecto a la concesión del Patronato.

Así, en el libro 1, Tit. I, las diversas disposiciones están dirigidas a lograr la evangelización del indio, aun contra su voluntad, y si era preciso, con métodos un tanto violentos - (leyes 4, 6 y 7), debiendo tener los virreyes, gobernadores y audiencias muy especial cuidado de ello. Aquí vemos claramente co

mo a través de autoridades temporales se vigila, y aun se interviene normativamente, en los asuntos espirituales.

Era también obligación de los gobernadores, audiencias y virreyes la erección de iglesias, monasterios, hospitales y conventos, estando a cargo de los indios, españoles y el rey el coste de las mismas y su manutención, incluso se señalaban repartimientos de indios para su construcción; con excepción de las erigidas en las cabeceras de los pueblos indios, pues éstas se edificaban con cargo a los tributos. Mención aparte merece la obligación de contribuir a los gastos de mantenimiento y servicio de las iglesias por parte del encomendero, pues el fundamento principal de su encomienda era precisamente el de evangelizar a los naturales (lib. 1, Tít. II de la Recopilación).

Ahora bien, de acuerdo al derecho de patronato, reglamentado en el libro 1, Tít. VI de la Recopilación de leyes de Indias de 1680, ninguna iglesia, monasterio o lugar pío podía construirse sin la anuencia real.

Para el nombramiento de los Arzobispos, Obispos y Abades el rey presentaba sus candidatos al Papa, quien finalmente decidía; sin embargo en la práctica parece ser que el procedimiento fue el siguiente: "...señalaba el rey al que había de gobernar un obispado...amparado con una cédula real, al mismo tiempo que por otra se avisaba al cabildo de la Catedral que gobernaba durante el período de la sede vacante quién era el candidato para el obispado y rogaba y encargaba que lo nombraran gobernador del obispado, lo que solía hacer y con esa autoridad delegada gobernaban los nombrados hasta que recibía la autorización del sumo pontífice". 75

Pero cuando se trataba de dignidades y prebendas los candi

datos eran presentados por el rey a sus prelados.

La ley 30, del Tít. VI, lib. 1 establece que los clérigos y religiosos no serían admitidos a doctrinas sin saber la lengua general de los indios que habrían de administrar, sin embargo, - en mi opinión, el cumplimiento de esta ley en la práctica debió ser muy difícil, primero porque la diversidad de lenguas indígenas en el territorio de Nueva España hacía casi imposible su aprendizaje por parte de los misioneros, segundo porque su verdadero aprendizaje sólo se conseguía en la práctica de la evangelización y tercero por la dificultad que representaba el acreditar, previamente a la designación, el conocimiento de dicha lengua. En todo caso sólo era factible el comprobar los conocimientos generales del nahuatl por parte del clérigo o en su caso de la lengua de los incas del Perú (por ser las de mayor difusión dada la extensión de ambos imperios y su vasta zona de influencia).

Estaba prohibido el admitir en los beneficios, a clérigos - extranjeros sin carta de naturaleza u orden real; tampoco se permitía la presentación de deudos de los encomenderos radicados - en el mismo beneficio; ni se permitía que los prelados prefirieran en las doctrinas, a parientes o dependientes de ministros, - ni que se proveyeran por sus intercesiones (leyes 31, 33 y 34, - Tít. VI, lib. 1 de la Rec.).

Para la remoción de cualquier doctrinero se exigía el acuerdo del Prelado y de quién tuviere la representación del real patronazgo.

Los clérigos y religiosos que pasaban a las Indias sin contar con el permiso o la licencia real, no podían obtenerlo del Obispo, y por tanto carecían de facultades para administrar los

sacramentos, dar misa o adoctrinar a españoles e indios, siendo obligación del Obispo y de las autoridades reales el reembargarlos a España.

Una de las obligaciones más importantes de los prelad^{os} era la de visitar su diócesis (ámbito territorial de la jurisdicción de los obispos), en forma personal o a través de un visitador designado. El objeto de tales visitas era el conocer y corregir, en su caso, los errores e injusticias de los clérigos y religiosos. Estos visitadores tenían facultades para castigar a aquellos eclesiásticos que cometieran delitos o maltrataren a los indios; a los que fueren vagamundos o no tuvieran licencia para ser admitidos en el beneficio (que como ya explicamos es el derecho perpetuo de recibir una renta, producto de los bienes eclesiásticos por servir un oficio espiritual constituido por la autoridad eclesiástica; "es el derecho de vivir del altar por servir al altar").⁷⁶

Las visitas debían realizarse anualmente debiéndose informar al Consejo de Indias de sus resultados (leyes 11, 12, 24 y 25, Tít. VII, lib. 1 de la Rec. de 1680).

Los visitadores tenían prohibido recibir alguna gratificación económica por su labor, u obtener alimentación y hospedaje con cargo a los vecinos radicados en la diócesis visitada, y mucho menos de los indígenas, en todo caso serían las audiencias o el virrey quienes los aprovisionarían (leyes 23, 26 y 29 del mismo título del mismo libro).

Cuando de los resultados de la visita surgiera algún delito que castigar, y hubiese sido cometido por algún aborigen, el visitador no podía sacarlo del pueblo para hacer efectiva la sanción, que no podía ser ni pecuniaria, ni implicar el sometimien

to del indio a obrajes (leyes 27, Tít. VII, lib. 1 y 6 y 7, Tít. X, lib. 1).

Si los obispos y visitadores se excedían en su jurisdicción la Real Audiencia estaba facultada para conocer de estos asuntos (ley 31, Tít. VII, lib. 1).

A este respecto las leyes 54, Tít. VII, lib. 1; 1, Tít. X, lib. 1 y 4 y 5, Tít. X, lib. 3 establecen claramente que en los asuntos de jurisdicción eclesiástica no se debía impedir a los prelados el libre ejercicio de la misma, por el contrario se les debía proporcionar la ayuda y auxilio necesarios, estando prohibido por otra parte a los prelados entremeterse en asuntos de jurisdicción real, para que entre ambas jurisdicciones hubiese siempre paz y concierto.

Cabe aquí anotar lo siguiente: La jurisdicción eclesiástica era considerada como absoluta en aquellos asuntos en que, por la materia (espiritual) o el carácter de los sujetos que interviniesen, que podían ser clérigos o religiosos), sólo la Iglesia tenía interés. Y se consideraba como jurisdicción mixta cuando los asuntos de alguna forma se referían al imperio temporal, propio del Estado, pero que tenían relación con la Iglesia (v.gr. el matrimonio, incapacidad de los jueces eclesiásticos de conocer causas civiles y criminales de los infieles, ley 4, Tít. X, lib. 1; construcción de iglesias, seminarios, hospitales, etc.). es decir, en asuntos en los cuales el Estado -más aún si tomamos en cuenta su calidad de patrono- y la Iglesia tenían un interés común. 77

Ahora bien, en la regulación por parte de la Corona de la Iglesia de Indias podemos distinguir:

a) Al clero regular (los religiosos -o frailes- pertenecien

tes a alguna orden monástica, como la de los franciscanos, agustinos, dominicos, etc.); y

b) Al clero secular (los sacerdotes o curas integrantes de la jerarquía sacerdotal, muchas veces encargados de alguna parroquia, sacerdotes, obispos, arzobispos, etc.).

a) El clero regular fue en realidad el que sentó las bases e inició la conquista espiritual de los indios. Las órdenes monásticas, que desde los primeros años de la presencia española - en América realizaron la difusión del evangelio, fueron la de los dominicos, franciscanos y agustinos (sin olvidar que el primer grupo de misioneros, al frente del cual estaba fray Bernardo de Boil, como ya lo habíamos mencionado, eran benedictinos); sin ellos la conquista espiritual y la expansión del territorio de la Nueva España, principalmente hacia el norte de América, tal vez no se hubiese realizado en forma tan contundente y en tan pocos años.

Su presencia en las Indias llegó a adquirir una verdadera fuerza política, que en no pocas ocasiones cuestionó la actuación de conquistadores, encomenderos y autoridades, y no con poco éxito, ante la Corona.

Por esto, y con el fin de tener un control más eficaz y directo sobre los religiosos, la Corona establece un sin número de disposiciones dirigidas a regular su presencia y actuación en las nuevas tierras, algunas de las cuales aparecen recopiladas en el libro I, Tít. XIV, de la Rec. de 1680.

Así, tenemos que tanto los virreyes, audiencias y gobernadores, como arzobispos y obispos (altos jerarcas del clero secular) tenían la obligación de conocer el número y distribución de los religiosos existentes en sus respectivas jurisdicciones,

así como de las solicitudes de ingreso de los mismos a las Indias (leyes 1, 2 y 3. Tit. XIV, lib. 1). Además, para poder pasar a las Indias los religiosos debían contar con la licencia del superior de la Orden, debiendo existir algún monasterio en la región a la cual eran destinados, no pudiendo pasar a una diferente a la señalada sin contar con el permiso adecuado; asimismo - les estaba prohibido pasar con parientes o parientas a las nuevas tierras (leyes 10, 12, 13, 14, 15, 16 y 21, Tit. XIV, lib.1)

Con el fin de tener un más estricto control respecto de los religiosos, se nombraban Vicarios Generales y Visitadores para conocer el estado de las órdenes monásticas y remediar los males que ocasionaren por error o injusticia, castigando a los infractores, sin perjuicio de los indios y con el auxilio de virreyes, audiencias y gobernadores. Siendo facultad de los virreyes y presidentes el informar periódicamente (cada 3 años) sobre el estado de las religiones (entiendase órdenes monásticas) a fin de evitar que, por el poder tan amplio con que se investía a los Visitadores y vicarios, éstos cometieran algún abuso contra quien no se sometiere a su autoridad.

Dadas las especiales circunstancias en que se realizaba la introducción de la fe católica en Nueva España, la autoridad pontificia, a través de un breve, permitió a los frailes mendicantes el administrar los santos sacramentos a los indios, la ley 47, Tit. XIV, lib. 1 ordenaba la difusión de esta autorización. Esta facultad otorgada a los frailes, desde luego iba contra las reglas eclesiásticas que expresamente prohibían esta práctica - a los frailes, por ser competencia exclusiva del clero secular.

Peró como ya mencionamos, fue precisamente el clero regular y no el secular, el que en los primeros años de la Nueva España

ña se encargó de realizar prácticamente estos menesteres; a fines del siglo XVI y mediados del XVII fueron quienes durante la expansión española hacia el norte de las Indias, realizaron tales oficios, pues la presencia del clero secular durante estas etapas sólo sirve para afianzar y continuar la labor penetradora de los misioneros.

b) El clero secular estaba conformado por sacerdotes de "carrera" (si es permisible esta expresión), es decir, por aquellas personas que recibieron una instrucción especial para hacerse cargo de las almas de los vecinos de un lugar determinado y administrarles los santos sacramentos, "indudablemente son de derecho divino...en cuanto al orden sacerdotal, fuente y origen de la jerarquía parroquial, pero no en cuanto a la jurisdicción que ejercen en virtud de facultades recibidas. No son sin embargo, meros encargados de los obispos...sino verdaderos pastores con jurisdicción ordinaria, y gobiernan a su grey de tal manera que al obispo no le es lícito quitar o disminuir las facultades de un párroco legitimamente instituido y no envuelto en expediente gubernativo, ni en causa criminal".⁷⁸

"Muchas veces vemos a clérigos encargados de hospitales, cárceles, establecimientos benéficos, etc., y no al frente de una parroquia".⁷⁹, de ahí que nuestro multicitado autor nos distinga entre clero secular propiamente dicho y el clero secular parroquial.

Ya a mediados del s. XVI la presencia del clero secular en la parte central de nuestro territorio resulta vigorosa y acentuada, dada la proliferación de iglesias, en gran parte producto de la grandiosa labor de los misioneros, y al establecimiento de la diócesis de la ciudad de México el 2 de septiembre de 1530

(habiéndose erigido la primera del continente en Santa M^a de los Remedios de Yucatán en 1519, posteriormente trasladada a Tlaxcala en 1526, de donde pasó a la ciudad de Puebla de los Angeles definitivamente).⁸⁰

Esta situación en ocasiones provocó pugnas entre religiosos y clérigos, dado que al crearse la diócesis de la ciudad de México los monasterios quedaron sujetos a la vigilancia indirecta de la misma, así como del virrey, audiencias y gobernadores, aun cuando los religiosos no pertenecían a la jerarquía secular.

Estas pugnas resultaban hasta cierto punto lógicas, ya que al aumentar la presencia del clero secular, sobre todo en la parte central de Nueva España, y teniendo los religiosos, por autorización pontificia de excepción, facultades similares a las de los clérigos, se creó una gran confusión acerca de quienes estaban facultados para hacerse cargo de la parroquia de un lugar determinado, cuando en él existía algún monasterio, y quién debía administrar los sacramentos y adoctrinar a los indios.

Con el fin de evitar tales situaciones se decidió por mandato real, no destinar clérigos a los lugares donde hubiera o estuviese erigido un monasterio (leyes 1 y 2, Tít. XIII, lib. 1, R. I.).

Más adelante, a fines del siglo XVI y principios del XVII, vemos como va generalizándose la presencia del cura doctrinero, principalmente donde las comunidades cristianas, integradas tanto por españoles como por indios, ya han quedado conformadas por la previa labor del fraile, que será continuada y reafirmada por el cura doctrinero sobre las bases, como ha afirmado, sentadas por los misioneros en la conversión de los naturales (leyes 3, 4 y 5, Tít. XIII, lib. 1, R. I.).

Para finalizar el presente inciso, trataremos enseguida sobre el Tribunal de la Santa Inquisición, por ser éste el tribunal eclesiástico encargado de castigar a aquellos miembros de la Iglesia, quedando exentos de su jurisdicción desde luego los gentiles, moros o judíos, que habiendo sido bautizados y recibido la doctrina, intentaban alterar la religión de Cristo o profesar otra, y dada la íntima relación existente entre el poder civil y el religioso, también conocía de los delitos de carácter mixto (v. gr. bigamia, adulterio, incesto, blasfemia, etc.). Puede decirse que el Tribunal tenía jurisdicción eclesiástica - por delegación papal y jurisdicción civil por delegación real, - ya que el Papa concedió a los Reyes de España la potestad de -- nombrar a los inquisidores.

Aunque formalmente el Tribunal del Santo Oficio se establece, para las provincias de Nueva España y el Perú, por cédula - real de fecha 25 de enero de 1569, la presencia del tribunal inquisitorial español había llegado a América desde los primeros años de la colonia, y así lo explica la Dra. Yolanda Mariel de Ibañez al transcribir el párrafo respectivo de la cédula real - de 1519, a través del cual: "El dicho Cardenal de Tortosa, inquisidor General, proveyó por Inquisidores Apostólicos en todas las ciudades, villas e logares de las Indias e islas del Mar Océano al señor Don Alonso Manso, Obispo de la Isla de San Juan, e Frey Pedro de Córdoba vice provincial de la orden del Señor Santo Domingo en las dichas Indias e Islas simul et solidum e con poder de proveer los notarios, alguacil fiscal, e los otros oficiales que fueren necesarios para el ejercicio del Santo Oficio".⁸¹

Para 1524 el franciscano Fray Martín de Valencia llega con los religiosos de su orden y se convierte en comisario de toda.

la Nueva España con facultades para castigar delincuentes; ya sea que dicho nombramiento se lo haya conferido fray Pedro de Córdoba, para lo cual estaba facultado, o que éste se derivara de las facultades extraordinarias concedidas a los franciscanos en las Bulas de León X y Adriano VI, en su calidad de frailes misioneros.⁸²

En 1535 el Obispo fray Juan de Zumárraga es nombrado por Alvaró Manrique, Arzobispo de Sevilla, Inquisidor Apostólico en su diócesis, concediéndole facultades administrativas para organizar el Tribunal, nombrando y removiendo con absoluta libertad a los funcionarios y oficiales del mismo, el cual queda establecido en la ciudad de México el 5 de junio de 1536.⁸³

El Tribunal del Santo Oficio de la Nueva España erigido, como ya lo mencionamos por Felipe II, dependía directamente del de España, por lo que su organización y funcionamiento es similar.

La Inquisición española se puede considerar como un tribunal mixto, primeramente por que dependía por concesión papal (1480), de la autoridad de los Reyes Católicos, aun cuando los integrantes del mismo sólo eran gente de la Iglesia; y en segundo lugar por que aunque su tarea consistía en perseguir y castigar a los pecadores, herejes y en general a todos aquellos que pudieran poner en entredicho la validez de la verdadera fe, aspectos estos de carácter esencialmente espiritual, en un sinnúmero de ocasiones tales delitos implicaban también la violación de las normas civiles, en los cuales la autoridad civil se abstenía de conocerlos turnando los asuntos al Santo Tribunal para su resolución; en todo caso las autoridades civiles eran las encargadas de ejecutar las sentencias dictadas por este tri

bunal. Cabe aquí anotar que en el caso particular de la Nueva - España, el Santo Oficio, desde su establecimiento en 1569, tenía expresamente prohibido proceder contra los indios en asuntos que por la materia fueran de su competencia.⁸⁴

El principal medio a través del cual el Santo Oficio entraba en conocimiento de los delitos contra la fe era la denuncia, la cual era examinada por los teólogos calificadores, si era precedente, el fiscal solicitaba formalmente se procediera contra el inculpado y se le hiciera prisionero a fin de sujetarlo a proceso.

La identidad, tanto del denunciante, como la de todos aquellos que despusieran en su contra, siempre era guardada en el máximo secreto, esto permitía a la gente que quería denunciar a alguien, mayor seguridad. Y para evitar venganzas personales al amparo de este secreto, al reo se le preguntaba si tenía enemigos o si sabía de alguien que quisiera hacerle daño.

La detención era realizada por el alguacil, el receptor, - el escribano de secretos y el depositario de los bienes que quedarían en calidad de fianza. La incomunicación del inculpado, - hasta el día en que se le informaban los cargos y se le tomaba su declaración, era absoluta.

Esta primera audiencia en la cual se le tomaba su declaración, debía realizarse a los ocho días de su aprehensión. En presencia del escribano se le tomaba juramento para que se condujera con verdad, se le preguntaba su nombre, edad, estado civil, - religión, profesión, genealogía, amistades, viajes, conocimientos y por supuesto, su relación con los hechos que se le imputaban.

Generalmente al hacer la acusación, el fiscal solicitaba los

castigos más graves para el reo a fin de asustarlo y así obtener su confesión.

La acusación era leída al reo en presencia de los inquisidores y el escribano, a la que respondía punto por punto, pudiendo nombrar un defensor, al cual se le hacía conocer la acusación. El defensor y el acusado jamás podían estar solos, siempre estaban en presencia de un inquisidor. Cuando se trataba de menores de 25 años el defensor era nombrado antes de que rindiera su declaración, en cuya presencia debía ratificar su dicho.

Entre las probanzas más importantes figuraba la testimonial, por esto, al reo y a su defensor se les ponía en conocimiento de los testimonios rendidos, tanto por sus detractores como por los que declaraban en su favor, sin revelar desde luego sus identidades, como ya apuntamos.

Cuando las pruebas y la defensa no acreditaban la inocencia del reo y su culpabilidad resultaba "casi evidente", se le aplicaba el tormento para que se declarase culpable; respecto a las modalidades y la crueldad del mismo, sería difícil hablar en pro o en contra de este Tribunal (bástenos decir que si actualmente, estando prohibido cualquier uso o aplicación de procedimientos que se acerquen siquiera a lo que pudiera considerarse como tortura, se aplica el tormento como medio para obtener confesiones de los delincuentes, resulta difícil creer que, por muy regulado que estuviere por el tribunal de la Inquisición el tormento, no fue un procedimiento inhumano y monstruoso). Durante la aplicación de la tortura debía estar siempre presente un médico que vigilara que la vida del torturado no fuese puesta en peligro.

Llegado el momento de la sentencia y antes de dictarla, el tribunal en pleno repasaba cada una de las diligencias del pro-

caso en presencia del ordinario y de los teólogos consultores.

Si el reo se había declarado culpable se le reconciliaba - previa abjuración y no le conflagaban sus bienes, no le sometía a cárcel perpetua o a usar el sambenito. La reconciliación evitaba la aplicación de la pena capital, por muy grave que fuere el delito del sentenciado; el castigo aplicado variaba en su rigor según el tiempo que el reo hubiere tardado en confesar.

Otra de las sanciones aplicadas por el Santo Oficio era la cárcel, que se le denominaba perpetua para diferenciarla de la preventiva, su duración variaba según el delito y durante su cautiverio el reo podía trabajar para ganarse la vida; también era común la condena al servicio de galeras o al destierro.

El relajar al castigo del brazo secular a un delincuente - resultaba una sanción muy grave, pues el juez real ordinario sancionaba a los delincuentes conforme a las leyes civiles aplicables y siempre se les imponían las sanciones previstas para los apòstatas y herejes, que era la muerte en la hoguera. Los que se arrepentían después de dictada la sentencia eran ejecutados por garrote y sus restos eran quemados públicamente en la hoguera; cabe decir que por esta razón fueron muy pocos los casos de delincuentes que sufrieron en vida los horrores de la hoguera. 85

- (1) Margadant, Guillermo Floría, "1 Derecho Privado Romano", Ed. Esfinge, 7a. ed. 1977, México, D.F., p. 102
- (2) García Máynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, 3a. Ed., 1949, México, D.F., p. 145.
- (3) Lalinde Abadía, Jesús, "Iniciación Histórica al Derecho Español", Ed. Ariel, Barcelona, España, 1970, pp. 178-195.
- (4) Lalinde Abadía, Jesús, Ob.cit. p. 189.
- (5) Porras Muñoz, Guillermo, "El Gobierno de la Ciudad de México en el siglo XVI", Ed. Instituto de Investigaciones Históricas-UNAM, México, D.F., 1982, p. 25.
- (6) Pereira, Carlos, "Hernán Cortés", Ed. Porrúa, México, D.F., 1971, p. 9.
- (7) Porras Muñoz, Guillermo, Ob. cit., p.- 29.
- (8) Ezquível Obregón, Toribio, "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Ed. Polis, México, D.F., 1938, p.p. 221 y 224; Ots y Capdequi, J. M., "Manual de Historia del Derecho Español en Indias", Ed. Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, Argentina, 1943, T. II, p. 168.
- (9) Ibidem, p. 169.
- (10) Ezquível Obregón, Toribio, Ob. cit., T. II, p.p. 269, 232. Esto de ninguna manera contradice lo explicado a este respecto cuando hablamos de la obligación de los fundadores de una ciudad de nombrar tanto a los alcaldes ordinarios, como a los demás oficiales del Consejo; pues los nombramientos posteriores, desde luego ya se ajustaban a lo establecido por la Corona a través de múltiples disposiciones destinadas a regular estos aspectos.
- (11) Ots y Capdequi, J. M., Ob. cit., T. II, p. 176.
- (12) Ezquível Obregón, T., Ob. cit., T. II, p. 269.

- (13) Ots y Capdequi, J. M., Ob. cit., T. II, p. 173; Novísima Recopilación de Castilla, Tit. XXXVI, libro VII, leyes 4, 5, 8 y 9; Cedulaario Indiano recopilado por Diego Encinas, reproducción facsimilar de la edición única de 1596, estudios e índices por el Dr. Alfonso García Gallo, 1945, libro primero, p. 81.
- (14) Ordenanzas de Cortés de 1525 para el buen gobierno y administración de las ciudades y villas de Nueva España, en Ezquivel Obregón, T., Ob. cit. T. II, p. 213.
- (15) Ibidem.
- (16) Ezquivel Obregón, Toribio, Ob. cit., T. II, p.p. 259-264; Ots y Capdequi, J. M., Ob. cit., T. II, p.p. 175, 177, 178 y 179; Actas del Cabildo de la Ciudad de México, Ed. del "Municipio Libre", México, 1893, libro octavo, p.p. 374 y 375.
- (17) Ezquivel Obregón, T., Ob. cit., T. II, p.p. 230 y siguientes.
- (18) Ibidem, p. 241.
- (19) Cedulaario Indiano, Recopilado por Diego Encinas, Reproducción facsimilar de la edición única de 1596, Madrid, España, 1945, Estudio e Índices por Alfonso García Gallo, libro primero, p. 64.
- (20) Ibidem, p. 66.
- (21) Rubio Mañé, J. I., Ob. cit., T. I, p.p. 98 y 99; Ots y Capdequi, J. M., Ob. cit., T. II, p.p. 162 y 163.
- (22) Altamira y Crevéa, Rafael, "Diccionario Castellano de palabras jurídicas y técnicas", Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México, D.F., 1951, p.p. 162 y 163.
- (23) Porrás Muñoz, Guillermo, Ob. cit., p. 137.

- (24) Leyes 1, 2, 5, 6, T. I, P-2; y el prólogo del T. I de la misma Partida.
- (25) Leyes 1 y 2, Tít. IV, P-3.
- (26) Cedulaario Indiano de Diego Encinas, Ob. cit., p.p. 28 y 32.
- (27) Ibidem, p. 31.
- (28) Ots y Capdequi, J.M., Ob. cit., p. 186.
- (29) Novísima Rec. de Castilla, Ley 8, Tít. XX, lib. XI.
- (30) Ots y Capdequi, J. M., Ob. cit., p. 174.
- (31) Ibidem, p. 149.
- (32) Cedulaario Indiano de Diego Encinas, Ob. cit., T. II, p. 9.
- (33) Ezquivel Obregón, Toribio, Ob. cit., T. II, p.p. 326 y 327.
- (34) Cedulaario Indiano, Ob. cit., T. II, p.p. 73, 74, 75 y 76.
- (35) Ezquivel Obregón, T., Ob. cit. T. III, p.p. 123 y 124.
- (36) Ibidem.
- (37) Prólogo de la séptima partida.
- (38) Corvalán Menéndez, J. y Castillo Fernández, V., "Derecho - Procesal Indiano" (Memorias de Licenciados. Historia del Derecho, Vol. XX, T. II), Ed. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1951, p. 174.
- (39) Ibidem.
- (40) Ley 1, Tít. XXXI, P-7, Leyes 2, 3, 4 y 5, Tít. VIII, P-7.
- (41) Leyes 2, 3 y 4, Tít. VIII, P-7.
- (42) Corvalán M., J. y Castillo F., V., Ob. cit. p.p. 176 y 177; Alvarez, José M^a, "Instituciones del Derecho real de Castilla y de Indias", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., México, D.F., 1982, T. II, p.p. 8, 9, 10 y 12;
- (43) Corvalán, J. y Castillo, V., Ob. cit., p. 179; Ley 6, Tít. XVI, P-7; Ley 3, Tít. XIII, P-7; Ley 2, Tít. XVIII, P-7; - Ley 22, Tít. IX, P-7.

- (44) Ley 1, Tít. XXXI, P-7; y Ley 5, Tít. XXVII, P-3.
- (45) Corvalán, J. y Castillo, V., Ob. cit., p. 180.
- (46) Ley 8, Tít. XXXI, P-7; y Ley 21, Tít. X, Lib. VI, Recopilación de 1680.
- (47) Corvalán, J. y Castillo, V., Ob. cit., p.p. 181 y 182; Levaggi, Abelardo, "Historia del Derecho Penal Argentino", Ed. Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene", Ed. Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1978, p.p. 57-77; Novísima Recopilación de Castilla, Libro XII y la Séptima Partida.
- (48) Corvalán, J. y Castillo, V., Ob. cit., p.p. 182 y 183.
- (49) Ibidem, p. 195.
- (50) Ibidem, p.p. 98-202.
- (51) Ibidem, p.p. 201, 211, 212.
- (52) Ibidem, p. 211; J. M^a Alvarez, Ob. cit., p.p. 280, 281.
- (53) Corvalán y Castillo, Ob. cit., p.p. 213 y 214.
- (54) Ibidem, p.p. 228 y 229.
- (55) Ley 10, Tít. XII y Ley 108, Tít. XVIII, p. 3.
- (56) Corvalán y Castillo, Ob. cit. p. 232.
- (57) Leyes 1 y 2, Tít. VIII, P-7; Leyes 1 y 3, Tít. XXIII, Nueva Rec. de Castilla; y Leyes 1, Tít. XXI, y 1 y 2, Tít. XI, libro XII de la Novísima Rec.
- (58) Ley 26, Tít. I, P-7; Leyes 5 a la 14, Tít. XXI, Libro XII, Novísima Rec.
- (59) Ley 4, Tít. XXIV, Nueva Rec. de Castilla; y Leyes 5 a 7 y 9 a 12, Tít. XXI, Libro VIII, Novísima Rec.
- (60) Leyes 8, 9, 10, 13 y 16, Tít. VIII, P-7.
- (61) Leyes 1, 13, y 14, Tít. XXI, Libro XII, Novísima Rec.; Leyes 10 y 11, Tít. VIII, P-7.

- (62) Ley 2, Tít. XXIII, Libro 8, Nueva Rec.; y Ley 3, Tít. XXI, Libro XII, Novísima Rec.
- (63) Tít. IX, P-7; Tít. X, Libro 8, Nueva Rec.; Tít. XXV, Libro XII, Novísima Rec.
- (64) Ley 1, Tít. XVII, P-7.
- (65) Tít. XVIII, P-7; Tít. XX, Libro 8, Nueva Rec.; Tít. XXIX, Libro XII, Novísima Rec.; J. M^a Alvarez, Ob. ct., p.p. 199 200 y 201.
- (66) Ibidem.
- (67) García Gallo, Alfonso, "Las Bulas de Alejandro VI y el Ordenamiento Jurídico de la Expansión Portuguesa y Castellana en Africa y en Indias", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, España, 1958, p.p. 61-72; Martínez Buyegoyri, Victor Manuel, "Juan Ginés de Sepúlveda y la Controversia de Indias", Tesis de licenciatura, México, D.F., 1984, p.p. 9-15.
- (68) Balthasar de Tobar, "Compendio Bulario Indico", Sevilla, España, 1954, Ed. Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, T. I, p. 22.
- (69) Ibidem, p. 46.
- (70) Gómez Zamora, Matías, "Regio Patronato Español e Indiano", Madrid, España, 1897, p.p. 678 y 679.
- (71) Gómez Zamora, M., Ob. cit., p.p. 139-158.
- (72) Ibidem, p.p. 247, 248, 285, 288 y 289.
- (73) Manuel Josef Ayala, "Notas a la Recopilación de Indias", Transcripción y estudio preliminar de Juan Manzano Manzano, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, España, 1945, T. I, P. 181.
- (74) Ibidem, T. I, p.p. 180-190; García Gutiérrez, Jesús, "Apuntes para la Historia del Origen y Desarrollo del Re

- gio Patronato Indiano". Ed. Escuela Libre de Derecho. Serie 3, Vol. IV, México, 1941, p. 87.
- (75) García Gutiérrez, Jesús, Ob. cit. p. 86.
- (76) Gómez Zamora, Matías; Ob. cit., p.p. 678 y 679.
- (77) Ibidem, p.p. 746 y 747.
- (78) Ibidem, p. 482.
- (79) Ibidem, p. 430.
- (80) García Icazbalceta, J.; "Don Fray Juan de Zumárraga. Primer Obispo y Arzobispo de México", edición de Rafael Aguayo -- Spencer y Antonio Castro Leal; T. I, p.p. 27 y 28, Editorial Porrúa, col. escritores mexicanos, México, D.F., 1947.
- (81) Mariel Ibáñez, Yolanda; "El Tribunal de la Inquisición en México (s. XVI)"; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., 1979, 2a. edición, p. 31.
- (82) Ibidem, p. 32.
- (83) Ibidem, p.p. 35 y 36.
- (84) Esquivel Obregón, T.; Ob. cit., T. II, p. 690; Junco, Alfonso, "Inquisición sobre la Inquisición", Ed. Jus, México D.F., 1967, cuarta edición, p. 31.
- (85) Respecto del Tribunal del Santo Oficio en la Nueva España, las obras consultadas fueron "El Tribunal de la Inquisición en México (s. XVI)", de Yolanda Mariel Ibáñez; "Apuntes para la Historia del Derecho en México", de Toribio Esquivel Obregón, T. II, p.p. 649 a 688; y la obra "Inquisición sobre la Inquisición", de Alfonso Junco, principalmente en los aspectos procesales. Su exposición se apega exclusivamente a los textos enunciados.

CAPITULO V

DERECHO PRIVADO

a) ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO CIVIL.

Concepto jurídico de persona en la España del Siglo XVI; restricciones al ejercicio de los atributos de la personalidad-jurídica. Concepto de obligación en el derecho hispano, análisis comparativo del concepto indígena de obligación. Propiedad y posesión en Nueva España; el concepto de propiedad y posesión entre los naturales de las Indias.

b) ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA.

El matrimonio y su regulación jurídica en Nueva España; la patria potestad, la legitimación, la adopción, la tutela; las sucesiones y su regulación jurídica en Nueva España, sucesión testamentaria, sucesión ab intestato, el mayorazgo, sucesión en cacicazgo.

c) ASPECTOS GENERALES DE LA REGULACION DEL COMERCIO EN LA NUEVA ESPAÑA.

El comercio novohispano en la etapa anterior a la Casa de Contratación; el comercio durante la época de la Casa de Contratación; el comercio indiano en la época del Consejo Real y Supremo de Indias. El Consulado de Mercaderes de la Ciudad de México, su organización y funciones.

En el capítulo anterior hicimos referencia a las concepciones jurídicas de la época en relación a la división del derecho en Público y Privado y las diferentes materias del conocimiento jurídico que, debiendo ser incluidas dentro del Derecho Privado, por regular el interés de los particulares, se confunden con las del Derecho Público al quedar englobadas dentro del Derecho Real.

En este capítulo hablaremos de tales materias, haciendo énfasis sobre aquellas características por las que, a nuestro juicio, puede incluirse a tales materias dentro del Derecho Privado, sin olvidar desde luego la dificultad que esta tarea representa dada la confusión creada por dicha absorción.

a) Derecho Civil.

Como ya mencionamos, el Derecho Privado regula los intereses de los particulares y la interacción del individuo como tal dentro de la sociedad, por lo cual resulta absolutamente necesario conocer el concepto jurídico de persona en la España del siglo XVI, sus derechos y obligaciones.

Por el nacimiento, las personas físicas adquirían los derechos civiles. Se consideraba naturalmente nacida a una persona cuando "nacía viva" y así permanecía durante las 24 horas siguientes a su alumbramiento, habiendo sido bautizada antes de su deceso.¹

Aun cuando los hijos concebidos, pero no nacidos, podían tener expectativas de derecho, las cuales se harían efectivas al momento de su nacimiento, si éste se verificaba en y con las condiciones ya apuntadas.²

Ahora bien, si el individuo, por el solo hecho del nacimiento

to adquiría los derechos civiles inherentes a las personas, el ejercicio de los mismos se encontraba condicionado por razón del sexo, edad y capacidad.

Así tenemos, que las mujeres no podían ser parte en un juicio, a no ser por medio de sus ascendientes o descendientes; no podía ejercer cargos públicos, con excepción de las mujeres aborígenes que heredasen un cacicazgo, cargo que sí podían ejercer; no podían testificar en algún testamento; no podían ejercer tutorías, con excepción de las relativas a sus descendientes en línea recta mientras no se casaren; no podían repudiar herencias sin el permiso de su marido; no podían ser encarceladas por deudas civiles, sino sólo por aquellas generadas por hechos delictivos; etc.

En relación con la edad, podemos decir que según ésta los individuos podían ser sujetos de responsabilidad penal (de diez años y medio atrás no eran responsables penalmente; entre los diez años seis meses, hasta los 14 sólo eran responsables en delitos fiscales; de los 14 a los 25 sólo incurrian en ella cuando actuaban con malicia -dolo-; los menores de 14 años no podían ser sometidos a tormento); un huérfano menor de 14 años debía quedar sujeto a la tutela; en algunos casos el mayor de 14 y menor de 25 años quedaba sujeto a la curatela. El menor de edad no podía prestar juramento en juicio, ni comparecer a él sin su tutor; el individuo mayor de 18 años, emancipado por la vía matrimonial, tenía la facultad de administrar sus bienes y disponer de ellos libremente.

El ejercicio de los atributos inherentes a la personalidad jurídica, estaba también limitado por consideraciones de tipo social y así vemos como se distinguía entre naturales y extranje-

ros, nobles y villanos, libres o esclavos, españoles o indigenas.

Por natural se entendía al individuo nacido dentro de las posesio-
nes españolas, aun los hijos de padres extranjeros; también lo era el -
nacido en el extranjero de padres españoles que estuviere de mero trán-
sito en el extranjero o en el ejercicio de algún cargo público.

Al extranjero casado con española radicado en suelo hispano por -
más de seis años, se le permitía el ejercicio de oficios públicos, a excep-
ción de los cargos de gobernador, alcalde mayor o corregidor; si vivía-
20 leguas tierra adentro y ejercía algún oficio en el lugar, podía gozar
del uso de los pastizales comunales para el ganado.

Por lo demás, los extranjeros no sólo no podían ejercer oficios de -
gobierno, sino que ni siquiera se les permitía tener negociaciones tales-
como panaderías, carnicerías, pescaderías, etc.

Aun entre los naturales existían ciertas diferencias por razón de -
la vecindad. Vecino era aquel español con domicilio en un lugar determi-
nado por más de 10 años, admitido por el ayuntamiento en la ciudad o
villa mediante fianza, con la condición de permanecer radicado en ella-
cuando menos por un tiempo mayor al señalado.

En una villa o ciudad sólo los vecinos estaban obligados a los --
cargos consejiles y los impuestos municipales; a cambio de ésto, sólo --
ellos podían ejercer oficios públicos y de República dentro de los pueblos
donde radicaban, así como los oficios de mayordomía, escribanía y fiel-
dades.

Dentro de la sociedad novohispana también existían limitaciones en
el ejercicio de la personalidad jurídica por razón de la categoría so-
cial.

La nobleza tenía diversas categorías, y se adquiría en distintas -
formas, e incluso a veces sólo por temporalidades, siendo algunas here-
dables y otras no. Sus beneficios eran:

a) La obtención de franquicias por tributos correspondientes a pecheros, aun respecto de sus bienes; aunque debían contribuir en reparación de muros, cercos y puentes del pueblo.

b) No podían ser presos por deudas pecuniarias, a excepción de las contraídas como recaudadores o arrendatarios de impuestos de la Real Hacienda, o por delito, y aun así su cárcel la sufrirían separados de los plebeyos.

c) Sus cosas, caballos, mulas y armas no eran embargables, incluso cuando renunciaran a este beneficio.

d) No eran sometidos a tormento.

e) Si injuriaban a alguien no eran obligados a desdecirse, sino que se les conmutaba la pena por otras no infamantes o públicas.

El carácter eclesiástico libraba, a quienes quedaban comprendidos en él, del pago del derecho de Alcabala por la venta o trueque de sus bienes, en tanto no fuera por mero negocio o granjería. Estaban también exentos del pago del diezmo y de las cargas personales, con excepción de aquellas dirigidas a la realización de obras de utilidad pública y sólo cuando el Consejo o Ayuntamiento no tuviere fondos. Uno de los aspectos importantes relativos al carácter eclesiástico, era la existencia de tribunales especiales eclesiásticos en los cuales se ventilaban los asuntos relativos a los religiosos regulares y seculares, quedando sustraídos de la jurisdicción ordinaria.

Por lo demás, los villanos eran el pueblo en general; el ejercicio de las atribuciones inherentes a la personalidad jurídica y sus restricciones los veremos en forma implícita a lo largo de este capítulo.

Los aborígenes de las Indias fueron considerados, como ya-

lo hemos apuntado en capítulos anteriores, como vasallos de la Corona de Castilla y así dentro del Derecho Indiano se distinguían tres categorías:

- Libres.
- Libertos.
- Esclavos.

• Cabe decir respecto a esta última categoría, que los reyes católicos no llegaron a precisar con claridad si jurídica y filosóficamente los indios podrían pertenecer a ella en los términos del pensamiento aristotélico; fue materia de teólogos y juristas el "resolver" si los naturales de las posesiones españolas ultramarinas eran siervos por excelencia.

Desde luego se admitía la reducción a la esclavitud de los indios tomados como prisioneros de guerra. Aun cuando por real-cédula de noviembre 9 de 1526, Carlos V prohibió el estado de esclavitud en los naturales de las Indias, sin hacer ninguna distinción; esta prohibición fue violada por los españoles en incontables ocasiones, inclusive con el conocimiento de las autoridades coloniales.

Por otra parte, como ya lo hemos apuntado, la esclavitud entre los indios fue una institución conocida y aplicada, y notwithstanding las diferencias conceptuales con la europea, los indios la aceptaron como algo natural, lo cual facilitó el sometimiento, a pesar de la labor de algunos funcionarios públicos y misioneros en contra de la esclavitud de los aborígenes.

Desde luego la esclavitud de los negros capturados en las costas de Africa y su importación a las Indias para trabajar en las minas y regiones tropicales, estaba legalmente aceptada, dada su mayor resistencia física en comparación con los indios, -

para el excesivo trabajo al que eran sometidos.

La manumisión del esclavo se hacía mediante la declaración voluntaria del dueño, realizada ante testigos o en una iglesia. Por medio del matrimonio del esclavo con mujer libre; por testamento o por carta; por actos heroicos del esclavo; porque el dueño lo maltratara o cometiere delitos en su contra; por ser nombrado tutor de los hijos del amo; y por prescripción, de 10 años si era de buena fe y en presencia del amo, de 20 si éste estaba ausente, y de 30 años, si actuaba de mala fe. Cabe aclarar que dicha institución nunca igualó al esclavo manumitido al status-social del ingenuo o al libre por nacimiento.

Como hemos mencionado en diferentes ocasiones, formalmente para la Corona de España los indios y los españoles en Indias - eran considerados como vasallos libres del reino de Castilla, - pero en la práctica, las diferencias eran profundas, no obstante el proteccionismo legal a los naturales que acusa la legislación de las Indias, v. gr. en principio, dentro de la administración de justicia, eran defendidos por el fiscal como si se tratara de intereses reales, sus juicios se sustanciaban en forma oral, sin estar obligados a presentar títulos de propiedad por escrito o documentos de sus contratos, el virrey conocía de sus negocios debiendo estar presente al momento en que fueran resueltas las apelaciones de los mismos. En causas de fe la inquisición no tenía ninguna facultad en relación a los indios.

Tendrían preferencia en repartimiento de tierras realengas, estaban exentos del pago de alcabala, las tierras propiedad de los aborígenes no debían ser ocupadas por ganados después de las cosechas, no pagaban costos procesales cuando eran reos; etc.

Pero no sólo las consideraciones de tipo social limitaban

el ejercicio de los atributos de la personalidad, y así tenemos que la capacidad legal de las personas se encontraba sujeta a las condiciones de salud mental de los individuos.

La ley distinguía a las personas en sanas y dementes, las cuales a su vez podían ser locos, furiosos, fatuos y pródigos.

Los locos y furiosos estaban civilmente inhabilitados para casarse pues carecían por completo de inteligencia; a menos que en algún intervalo de lucidez se hubieran casado, en tal caso el matrimonio era legalmente válido; eran incapaces de adquirir por prescripción, siempre y cuando ésta no hubiere comenzado a operar en un momento de lucidez de la persona. No podían hacer donaciones, pero les estaba permitido recibirlas; no podían obligarse contractualmente, ni dar testimonio: El mentecato o desmemoriado era equiparado al loco.

Penalmente su responsabilidad se graduaba según su capacidad de comprensión de la falta y el daño cometido.

La incapacidad física, por defecto o enfermedad (ciegos, sordos, etc.) inhabilitaba al individuo para heredar feudos, debido a la incapacidad natural para cumplir con las obligaciones inherentes al mismo; y por lo tanto sí podían heredar bienes, derechos y obligaciones cuyo disfrute y ejercicio no fuera obstatulizado por el defecto físico.

El ciego estaba inhabilitado para testar in scriptis, a menos que fuera en forma nuncupativa ante notario y con cinco testigos.

El pródigo no tenía facultades para obligarse contractualmente per se dadas las características de su enfermedad, por esto y para evitar su ruina, se le asignaba un curador; las únicas operaciones convalidables eran en las cuales se veía favorecido.

En todo caso tenía la posibilidad de solicitar la restitutio in integrum.

Personas morales:

Este concepto jurídico lo encontramos en forma incipiente en la legislación hispana del siglo XVI, tanto en la esfera pública (pues reconocía personalidad jurídica propia a las ciudades, villas, pueblos, etc.), como en la público-religiosa (conventos, monasterios, cofradías, hospitales, colegios, capellanías y obras pías reguladas como "asociaciones privadas" dedicadas a la realización de obras de asistencia social, caridad, de educación y difusión de la doctrina cristiana a través de la práctica de sus principios), así como también en la esfera estrictamente privada (asociaciones de comercio, minas, etc. en las cuales se llega a manejar incluso el concepto incipiente de sociedad anónima).

En el Derecho Romano las asociaciones podían ser sujetos de derecho (las ciudades, universidades, colegios, etc.), pero no eran sujeto imputable de responsabilidad como tal, ya que ésta radicaba en cada uno de sus miembros como personas físicas integrantes de la asociación.

Este mismo criterio es el que se aplicó en la España del siglo XVI, por lo cual si un particular se veía afectado en su patrimonio por actos del Consejo o Municipio local, considerados como arbitrarios, podía, en el juicio de residencia de los condesales, solicitar la reparación del daño sufrido. De esto se desprende que la responsabilidad de dichos actos no se ejecutaba contra la institución, ni contra la autoridad en sí, sino en -- contra de la persona física; desde luego esto no podemos confundirlo con la responsabilidad del funcionario en sí mismo, puesto

que la acción del particular era ejercida con el fin primordial de que los actos, y los perjuicios que éstos le produjeron, fueran dejados sin efecto resarcidándolo en su honor y patrimonio; - aun cuando también en dicho juicio la Corona exigía de su funcionario, la responsabilidad de sus actos como su inferior jerárquico, en contra del cual ejercía la acción penal (la cual no podemos confundir, como lo apuntamos línea atrás, con la acción del particular) en caso de que el funcionario no hubiera actuado -- apegándose a la ley.

Dentro de las asociaciones públicas se distinguan las creadas en forma independiente de la voluntad real, como aquellos - pueblos surgidos de la acción de sus habitantes, v. gr. los pueblos de indios preexistentes y subsistentes a la conquista; y - las asociaciones surgidas en base a una decisión del monarca, - como las villas y ciudades específicamente creadas por una disposición de la Corona.

Las primeras son reconocidas por la Corona como un hecho - independiente de la acción del gobierno, las segunda surgen de su voluntad directa y expresa.

De las asociaciones estrictamente privadas en ocasión del comercio, hablaremos en el inciso correspondiente del presente - capítulo.

- Concepto de obligación en el Derecho español del s. XVI.

Como explicamos al hablar del Derecho público en la España del s. XVI, en el capítulo anterior, las nuevas corrientes del pensamiento europeo obligaban a la revisión de los conceptos filosóficos de la antigua Grecia.

En el derecho, las consecuencias llevan a los estudiosos a la "implantación" de la nueva corriente del Derecho natural como

base fundamental del Derecho en general. Esto obliga a una revi sión y reorientación del Derecho Común surgido principalmente - del Derecho Romano y algunas instituciones jurídicas bárbaras.

El auge adquirido por el Derecho Real implica la absorción en una gran medida, del Derecho Público y la intervención esta- tal en la regulación de algunos aspectos que posteriormente fue- ron considerados como de exclusivo interés del particular (v.gr. el comercio y algunos aspectos del Derecho Familiar).

A todo esto debemos sumar que la materia civil como toda - la regulación jurídica hispana de las Indias, se ve impactada- por las características sui generis de los nuevos territorios y sus habitantes.

La convivencia cotidiana impone necesariamente el respeto - mütuo de las personas y, en su interrelación, el cumplimiento - de las obligaciones surgidas por dicha convivencia. El derecho- civil atiende principalmente a este objeto.

Ahora bien, en el derecho español del siglo XVI, ¿cuál era el concepto de obligación civil? Obligación civil era el vínculo legal que "unía" a una persona con otra imponiéndole el cumpli- miento de un dar o hacer en relación al objeto principal del vín- culo, dicho cumplimiento podría obtenerse incluso contra la vo- luntad de la persona que libremente se obligó. (Prólogo de la - P. 5; Tít. XI, P. 5; Tít. XII, P. 5 y ley 5, Tít. XII, P. 5).

Las partidas (L.5, Tít. XII, P. 5) establecían la distinción entre obligaciones civiles y obligaciones naturales, siendo es- tas últimas los actos o contratos realizados por personas sin - autorización legal para ello, que en justicia debían cumplir la obligación contraída (v. gr. contratos celebrados por un menor- próximo a la pubertad, sin autorización del tutor; o cualquier-

contrato celebrado por un siervo), aunque él, a pesar de no estar obligadas por la ley cumplían voluntariamente, no podían posteriormente solicitar se les reintegrara lo que debían naturalmente.

De esto se desprende que la fuente principal de las obligaciones eran los contratos o convenios, aun cuando la ley podía imponer obligaciones al particular sin haber ningún acuerdo de voluntades o consentimiento, concepto que explicaremos más adelante, como en el caso de la copropiedad, en donde la ley obliga a los copropietarios a contribuir a la reparación de la cosa común y a pagar cada uno la parte proporcional correspondiente a quien adelanta el pago total. Cuando para salvar una nave se tiraban las mercancías al mar, todos, incluyendo los dueños de las mercancías arrojadas, debían contribuir al pago de las pérdidas en proporción del valor total de los cargamentos. La gestión de negocios sin mandato del dueño de los mismos, creaba entre el gestor y el dueño obligaciones semejantes a las surgidas del mandato. La litis contestatio, que entraba dentro de la clasificación de los cuasi-contratos por su analogía con ellos, en cuanto que las partes, obligándose a estar a lo dicho por el juez, que daban obligadas por una voluntad diversa a la suya.

Desde las Partidas ya se entendía al contrato como: "El otorgamiento que fazen los omes con otros, por palabras e con entención de obligarse, aviniéndose sobre una cosa cierta, que deven dar o fazer, unos a otros. E tienen grand pro a las gentes, quando es fecha derechamente, e con razón. Ca aseguran los omes, los unos a los otros, lo que prometen, e son tenudos de lo guardar" (Ley 1, Tít. XI, P. 5).

Don Toribio Esquivel Obregón nos explica que más adelante-

el contrato se definió como "Todo pacto o convenio que tiene nombre cierto y causa civil obligatoria, o solamente ésta última".³

Siguiendo la exposición de nuestro autor podemos decir que, desde las partidas el contrato tenía los elementos esenciales a su existencia, consentimiento y objeto.

El consentimiento, como el acuerdo libre de voluntades debía estar exento de vicios, errores o coacciones, engaño o dolo, de no ser así el contrato se consideraba nulo.

El objeto materia del contrato podía consistir en un dar o hacer; cuando se trataba de objetos materiales las cosas debían estar dentro del comercio, cuando fuese una obligación de dar o hacer no debía estar prohibido por las leyes o las buenas costumbres; por ésto los contratos sobre cosas religiosas o santas, o de uso público, o bien imposibles por naturaleza, eran nulos.

Para que la voluntad de contratar fuera legalmente válida, el contratante debía tener capacidad legal para ello, desde este punto de vista la capacidad para obligarse era general con excepción de:⁴

- 1) Los locos o desmemoriados.
- 2) El menor de 7 años (o infante).
- 3) El mayor de 7 y menor de 14 (pupilo), el cual no podía obligarse en su daño, por tanto si el contrato le reportaba algún beneficio económico, éste era válido hasta el monto que fuera en su provecho, no pudiendo quedar obligado más allá de esta cantidad.

- 4) El mayor de 14 años y menor de 25 que tuviere asignado curador, pues los negocios realizados sin el consentimiento de éste, sólo se consideraban válidos en los términos señalados al pupilo.

5) Los pródigos, inhabilitados legalmente para disponer de sus bienes.

6) La mujer casada sin el permiso de su marido, excepto -- cuando aquella fuere comerciante y únicamente en relación a los contratos celebrados en ocasión de sus negocios.

7) Los hijos no podían contratar con el padre bajo cuya pu testad se encontraban, excepto en relación al peculio castrense y cuasi castrense.

Así mismo, ya en la legislación de Indias, la capacidad de contratar de algunas personas se encontraba limitada por razón de su oficio o posición social, así tenemos que a los virreyes -- les estaba expresamente prohibido el celebrar cualquier trato, -- contrato o granjería, por sí o por interpósita persona, ya criados o ya familiares, de cualquier monto, forma y circunstancias (Ley 74, Tít. 3, Lib. III, R. I.); los presidentes, oidores y demás ministros de las Audiencias no podían servirse de naturales, ni tratar ni contratar con ellos; los oidores, alcaldes y fiscales no debían tener casas, chacras, estancias, huertas o tierras, -- ni sembrar trigo o maíz. Quedando comprendidos en esta prohibición tanto sus hijos como sus esposas (Leyes 54, 55, 56, 57, 58 59 y 66, Tít. 16, Lib. II, R. I.).

La prohibición de tratar y contratar se extendía también a gobernadores, alcaldes mayores, tenientes, alguaciles mayores, -- oficiales reales en relación con la hacienda del rey, así como -- sus mujeres e hijos, contadores de la Real Hacienda, alcaldes -- mayores de minas, etc. (Lib. 47, Tít. 2, Lib. V; 32, Tít. 20, -- Lib. II; 45 a 48, Tít. 4, Lib. VIII; 1, Tít. 21, Lib. IV, R. I.).

Por razón de su calidad de clérigos y religiosos, los curas y monjes tenían prohibido lucrar por sí o indirectamente en su-

beneficio particular a través de tratos, contratos, o granjerías.

Así también, los extranjeros tenían prohibido realizar cualquier trato o contrato en Indias, de esto hablaremos en el inciso c) de este capítulo.

Las obligaciones podían ser puras, condicionales o de plazo. Puras eran aquellas en donde la obligación no estaba sujeta a algún plazo o condición. Cuando la exigencia de estas obligaciones se sometía a juicio, el juez señalaba a su arbitrio un término razonable para su cumplimiento.

Obligación condicional era aquella cuyo cumplimiento se sujetaba a la realización de un hecho, surtiendo sus efectos a partir del momento mismo en que se cumplía la condición.

La condición podía ser suspensiva o resolutive, entendiéndose por no puestas las ilícitas o imposibles.⁵

Las obligaciones de plazo podían considerarse como condicionales sujetas al cumplimiento de un término o una fecha.⁶

La existencia de las obligaciones nacidas de convenios o contratos se podían demostrar por:

- 1) Escritura, pública o privada;
- 2) Por confesión;
- 3) Por testigos;
- 4) Por juramento decisorio; y
- 5) Por presunciones.

Extinción de las obligaciones.- La ley establecía como formas de extinción de las obligaciones al:

- Pago o cumplimiento del contrato.
- La compensación.
- La pérdida o extinción de lo debido.
- La remisión.

- La novación.
- y la cesión de bienes.

Lo hasta aquí explicado en relación al concepto de obligación civil en Nueva España, se refiere principalmente a la idea y a la práctica europea de esta institución.

En el Derecho Indígena, según explica don Toribio Esquivel⁷, el concepto de obligación de origen civil no existió, incluso - la palabra misma parece no haber existido como concepto general, aun cuando sí conocían la institución de la obligación producto del delito.

Así pues, nuestro autor explica que resulta difícil establecer siquiera si los aztecas conocían la obligación proveniente del mero acuerdo de voluntades o si para existir un convenio se hacía necesaria la entrega de la cosa para el surgimiento de una obligación.

En relación a este punto las opiniones de los autores no - han llegado a conclusiones satisfactorias, lo evidente es que, - por un lado los naturales de las Indias comerciaban a grande y - pequeña escala, unos como verdaderos profesionales en el arte - del comercio, aun en lugares muy apartados, y otros en el trans - curso de su vida cotidiana, e incluso existía un verdadero apa - rato judicial especializado en la materia, dedicado a dirimir - las controversias surgidas en ocasión de los tratos comerciales; lo cual desde luego implicaba la existencia, aunque incipiente, del concepto de obligación; puede ser que no del todo apegado - al concepto europeo de obligación, pero es evidente que tales - transacciones comerciales, aunque fuesen generalmente realizadas mediante el mecanismo del trueque, implicaban por un lado, la - obligación de respetar los términos de la transacción y por el -

otro la existencia de una autoridad vigilante del cumplimiento de la misma, la cual evitaría el abuso del comerciante. La falta de existencia de un concepto de obligación entre los indios-la atribuye el jurista Esquivel a dos factores principales:

a) La sumisión irrestricta e incuestionable del indio a las órdenes y deseos de sus superiores; y

b) La ausencia del uso de la moneda, pues aunque utilizaban algunos objetos para la realización de la operación comercial, éstos carecían de la facultad liberatoria de obligaciones reconocida y aceptada con ese carácter y cuya producción y control fuera estatal y permitiera el establecimiento de una relación de precios. No existiendo moneda, no había compra-venta ni medida exacta para prestaciones a futuro.

a) Esta sumisión implicaba el aniquilamiento de la personalidad y la negación del derecho, y requería la presencia y actualidad del que mandaba; en cambio la existencia del concepto de obligación implicaba la exaltación de la personalidad y del derecho como creación humana, sin requerir la presencia de nadie para cumplir con las obligaciones que impone el vivir en sociedad y nuestro libre albedrío, sin quebrantar los derechos ajenos.

Por otro lado, es evidente que el mundo indígena tenía muchas diferencias con el hispano en cuanto a las concepciones jurídicas que normaban su existencia, por lo cual el español bien intencionado trató de evitar que sus demás compatriotas se aprovecharan de esta situación con la finalidad de obtener pingües ventajas del indígena, el cual a pesar de su visión diversa del mundo, por razones históricas se encontraba en esos momentos viviendo bajo el yugo hispano y las reglas del mundo europeo, y tenía que aprender a sobrevivir en ellas.

Por esto en la legislación dirigida a los indios encontramos disposiciones que tratan de prepararlo a comprender el concepto de obligación europeo, las cuales se pueden agrupar en dos corrientes:

- Limitar su capacidad de contratación, y
- Obligarles a trabajar, pagándoles la justa retribución y concediéndoles privilegios especiales.

Con el emperador Carlos V la política en relación a los indios, fue el concederles la misma libertad para contratar que a los españoles: "Que los indios puedan comerciar libremente con los españoles, y a satisfacción de las partes... sus frutos y mantenimientos con que los indios no sean inducidos, atemorizados, ni apremiados ... y no se puedan rescatar ni dar armas a los indios, ni ofensivas ni defensivas; ni se les venda vino; - permitiéndoles que hagan sus tianguis, etc.". (leyes 12 y otras del Tít. I, Lib. VI, R. I.)

Sin embargo ya en la época de Felipe II, dados los enormes abusos del español para con los indios por su ingenuidad y de conocimiento del nuevo sistema jurídico, se consideró los inconvenientes de la libertad irrestricta del indio para contratar, - sobre todo en materia de venta de tierras, pues los españoles - habían comenzado a acaparar las tierras de los indígenas, por egto se dieron las reales cédulas del 24 de mayo y 23 de julio de 1571, con la previsión de que cuando algún natural tratara de vender bienes raíces o muebles con un valor superior a los 30 pesos en oro común, debía contar con el permiso de la autoridad, quien debía cerciorarse primero si el indio era el verdadero dueño y - si la operación no le paraba algún perjuicio. Cumplidos tales - requisitos se procedía a su venta en almoneda pública, en presen

cia de la autoridad y mediante pregón.

Otra limitación a la capacidad del indio para contratar fué el hecho de estar impedido a salir del pueblo donde tenían su domicilio, esta prohibición trataba de evitar que el indio buscara radicar en las montañas para eludir la doctrina y el roce con los españoles.

También el español vio limitada su capacidad legal por causa de los indios, pues tenían prohibido venderles armas, vino y en un principio (hasta el 15 de diciembre de 1551) caballos y yeguas; permitiéndose posteriormente su venta a los indios, pero prohibiéndoles su monta (real provisión de junio 12 de 1568).

La otra medida tomada por los españoles para lograr la adaptación del indio a la nueva cultura jurídica fue el compelerlo a trabajar.

Así la Ley 1, Tít. 12, Lib. VI R.I., ordenaba: "que en todas nuestras Indias se introduzca, observe y guarde que los indios se lleven y salgan a las plazas públicas y lugares públicos acostumbrados para ésto, donde con más comodidad suya pudieren ir, sin vejación, ni molestia más que obligarlos que vayan a trabajar ... por día u o por semana, y ellos vayan con quien quisieren y por el tiempo que les pareciere ... y de la misma forma sean compelidos los españoles vagabundos ociosos, y los mestizos, negros mulatos y zambaigos libres, que no tengan otra ocupación y oficio ... con que el trabajo de los indios no sea excesivo, ni mayor de lo que permita su complexión ... y que sean pagados en mano propia como ellos quisieran y mejor les estuviere".

Esta ley no obligaba al indio a someterse al servicio forzado con una persona determinada, sólo lo constreñía a aceptar-

cualquier trabajo, estaba obligado a trabajar contratando sus servicios con quien deseara y en la forma más conveniente para él, para evitarle andar vagando ocioso.

De la obligación de contratarse quedaron exentos los indios labradores y agricultores de tierras y los especializados en algún oficio (Ley 2, Tit. 12, Lib. IV).

El jornal contratado debía incluir el transporte de ida y vuelta, la distancia al lugar de trabajo no podía exceder a 10 leguas (Ley 3, Tit. 12, Lib. IV) y cuando el indio tasare muy altos sus servicios, serían las justicias quienes lo harían (Ley 2, Tit. 13, Lib. VI).

Esta modalidad en la forma de someter a los indios al control del español, utilizandolo como fuerza de trabajo productivo en beneficio del conquistador y no propiamente del conquistado, no debe confundirse con la institución de la mita de la cual ya hablamos en el capítulo primero de este trabajo.

La utilización de los indios como tamemes estuvo prohibida contra su voluntad o cuando fueren menores de 18 años y la carga no podía exceder de 2 arrobas. Sólo estaban obligados a prestarse como cargadores cuando la necesidad pública y la falta de caminos para bestias de carga lo hicieran necesario, en estos casos las autoridades fijarían los jornales, la distancia, el peso de las cargas y el número de indios que requeriría la empresa (Leyes 6 a 13, Tit. 12, Lib. VI).

Las mujeres e hijos de indios "de estancia" no podían ser obligados a trabajar, pero con autorización del padre los hijos podían ser pastores, a dos reales y medio la semana más comida y vestido (Ley 9, Tit. 13, Lib. VI R.I.).

Para finalizar, enunciaremos algunos de los contratos más

comunes en la España del siglo XVI: la compra-venta, la permuta, el arrendamiento, el mutuo, el comodato, de compañía (sociedades) depósitos, donaciones, de fianza, de prenda (con pacto comisorio o sin él), la hipoteca, etc.

Propiedad y Posesión en Nueva España.

Antes de tratar de explicar los conceptos de propiedad y posesión, considero pertinente aclarar el concepto de las cosas-objeto de dicha propiedad y posesión.

Para las Partidas los Bienes eran "... aquellas cosas de - que los hombres se sirven y ayudan, y estas son de dos maneras, las unas muebles, las otras raíces" (P. 2, Tít. 17, prol.); in cluidas las acciones y los créditos.

Cabe aclarar que para el derecho no todas las cosas son bie nes, v. gr. el aire, el agua, son cosas de las que indudablemen te se sirve el hombre, no obstante no se consideran en sí mismas como bienes susceptibles de apropiación privada, se consideran así cuando el hombre a través de un trabajo (intelectual o fisi co) les da un valor especial, v. gr. el agua de un río no puede venderse, pero si esta misma agua se hace llegar a un lugar por medio de acueductos, indudablemente que quien recibe el benefi cio de utilizarlo deberá pagar, no por el agua, sino por el servi cio, por la comodidad de tener acceso a ella sin tener que ir al río.

Ahora bien, ya desde Roma se conoce la universal clasi ficación de los bienes en: 1) Muebles e 2) Inmuebles.

1.- Los primeros los definen las Partidas como "aquellos - bienes que son capaces de trasladarse de un sitio a otro por sí mismos (psemovientes) o por un agente extraño; los cuales a su vez se subdividen en:

Fungibles y no fungibles.

Los fungibles son de carácter perecedero inmediato y se acostumbra referirse a ellos en forma generalizada, señalándoseles por número, peso o medida (1 kg. de manzanas, un metro de tela, etc.).

Los no fungibles son, al contrario de los anteriores, factibles de individualización por su carácter impercedero o perecedero a largo plazo (v. gr. una carroza, un caballo, un libro).

En los primeros, cualquier transacción que implique el uso de la cosa objeto del negocio, conlleva la transmisión del dominio de la misma, pues su uso implica el consumo o la pérdida inmediata de su función propia, en tanto que los otros pueden ser utilizados sin consumirse, por lo cual no es necesaria la transmisión del dominio en una transacción consensual.

Sin embargo, no podemos olvidar la existencia de algunos bienes muebles cuya naturaleza nos hace considerarlos como raíces o inmuebles por su destino, los frutos de una finca no cosechados son inmuebles; después de cosechados por el propietario de la finca ya son muebles; los palos destinados a sostener el sarmiento, si están enterrados son inmuebles, si no, son muebles, etc.

2.- Los bienes raíces o inmuebles son aquellos que no pueden moverse (ni por sí mismos, ni por acción ajena), sin afectar su forma y naturaleza propia, y se dividen en:

- Raíces por su naturaleza (fincas rústicas, edificios, cosechas sin segar, animales para pie de cría de una finca, o utilizados como animales de labranza, etc.).

- Raíces por su destino, son aquellos empleados en una finca para su explotación, labor o servicio, tales como semillas dadas

para la siembra, aperos de labranza, las palomas, peces del estanque, abonos, muebles adheridos a las fincas urbanas con argamasa (o "cemento"); así como también el usufructo de aquellas cosas inmuebles, el derecho de habitación y las servidumbres reales; y además las acciones encaminadas a obtener algún bien raíz.

Otra clasificación es la que atiende al derecho de las personas de usar y disfrutar de los bienes, y así tenemos:

- 1.- Bienes comunes.
- 2.- Bienes privados.

1.- Los bienes comunes son aquellos cuya propiedad, uso y disfrute no es adjudicable a una persona en particular "...ca cualquier criatura que viva puede usar de cada una destas cosas segunt quel fuere menester: et por ende todo home se puede aprovechar del mar et de su ribera pescando et navegando et faciendo hi todas las cosas que entendiere que a su pro serán..." (P. 3, Tit. 28, leyes 2 y 3).

Los bienes comunes a su vez se dividían en cosas públicas y cosas universales o de consejo.

Las primeras son aquellas cuyo uso pertenece a todos los hombres, sin importar si son o no naturales del pueblo, y la propiedad solo al príncipe, v. gr. los ríos, los puertos, etc. (Ley 6, Tit. XXVIII, P. 3; Ley 20, Tit. XXXII, P. 8).

Los segundos son aquellos pertenecientes al común de alguna villa o ciudad en particular y se dividen en aquellas de uso común libre para todos los vecinos del lugar (ejidos, plazas, etc.) conocidas como dehesas o términos públicos y las pertenecientes a la villa o ciudad, pero sólo administradas por el Ayuntamiento o Consejo de la ciudad y sus productos son destinados-

a la utilidad pública por constituir el patrimonio de la ciudad, son los propios, arbitrios, pósitos, censos y bienes de comunidad que resultan del trabajo personal de los indios, cajas de - comunidad (Leyes 2 y 9, Tit. XXVIII, R.3)

2.- De los bienes privados hablaremos ampliamente más adelante, por ahora bástenos mencionar que son aquellos considerados dentro del patrimonio de algún particular, cuyo dominio y - disposición sólo a él y a las leyes concierne.

Otra clasificación es la que divide a los bienes en:

- Corpóreos, e
- Incorpóreos.

Los primeros se pueden ver y tocar, y son todos aquellos que quedan comprendidos dentro de la clasificación de muebles e in muebles; los segundos son los que no se pueden ver ni tocar y - son producto de la legislación y de las ficciones jurídicas (de rechos, acciones, etc.).

Para finalizar este punto, mencionaremos aquellos bienes y cosas que se encontraban fuera del comercio por estar destinadas por su calidad y naturaleza, al culto divino y por tanto no pertenecían a nadie, "pues fueron donadas por Dios a los hombres - para su culto", y se dividían en sagradas, religiosas y santas.

Sagradas eran las cosas destinadas al culto público de Dios tales como iglesias, altares, ornamentos, etc.

Eclesiásticos o religiosos eran los bienes destinados a sufragar los gastos que se hacen en las iglesias y para el sustento y manutención de los ministros.

Y santas eran los muros de las poblaciones y sus puertas, - los sepulcros, etc., cuya violación se castigaba con la decapitación (leyes 12, 13, 14 y 15, Tit. XXVIII, P. 3).

Propiedad privada y concepto de posesión, tanto entre los - españoles como en los indios. Situación de ambos respecto a la propiedad de la tierra.

De acuerdo con la Ley 1, Tit. XXVIII, P. 3, "Señorío -entiéndase derecho de propiedad- es, poder que ome ha en su casa de fazer della, en en ella lo que quisiere según Dios, e segund fue ra. Esto es, el dominio absoluto y total que el hombre tiene en relación con la cosa cuyo único límite lo encuentra en los preceptos divinos y en el derecho que rige su sociedad.

La citada ley distingue tres clases de Señorío, el primero se refiere al poder del Emperador o rey, como señor de sus tierras, de castigar a los malhechores y de hacer justicia en su reino. El segundo es el "poder que ome ha em las cosas muebles- de este mundo durante su vida; e despues de su muerte pasa a sus herederos, o a aquellos a quien la enagenasse mientras biviessse". El tercer tipo de señorío es el "poderío que ome ha en fruto, o en renta de algunas cosas en su vida, o a tiempo cierto; o en - castillo, o en tierra que ome oviesse en feudo, assi como dice- en las leyes deste nuestro libro...".

Para José M^a. Alvarez^B el dominio tiene dos causas "procsi ma y remota". Próxima es la que dá dominio sobre alguna cosa sin que medie otra y remota la que requiere la existencia precedente de la cosa mediante la cual se adquiere el dominio, v. gr. en - una compra-venta la tradición o entrega es la causa próxima y el contrato la causa remota. La causa próxima la denomina modo de - adquirir y a la remota, título.

El título da derecho a la cosa y sólo concede una acción - personal; el modo de adquirir concede el derecho sobre la cosa - y genera una acción real contra cualquier poseedor.

Luego entonces, para perfeccionarse legalmente la adquisición del dominio sobre una cosa, era necesario tanto el título, como la tradición o entrega. Con excepción de aquellos negocios en los que por su naturaleza la tradición no se verifica, pero se perfecciona por ficción jurídica (en la hipoteca no se hace entrega de la cosa al acreedor y sin embargo produce sus efectos por el solo pacto, sin tradición; las adquisiciones por testamento; las cosas adjudicadas mediante juicio divisorio; las servidumbres negativas; etc.).

La tradición como modo derivativo de adquirir el dominio es, como ya dijimos, el modo por el cual el señor de la cosa que tiene derecho y ánimo o intención de enajenar, transfiere con justa causa, el dominio de una cosa en el que la recibe.

Por esto se dice que sólo las cosas corporales se pueden entregar, la cosa debe ser entregada por el señor, el dominio no es transferible si no existe tal ánimo en el dueño y la sola tradición no transfiere dicho dominio, pues es necesario el título (causa legal o contrato) para transferirlo.

Así mismo, nuestro citado autor divide a los medios de adquirir en:

- De derecho natural y de gentes, comunes a todas las naciones; y
- De derecho civil, que se diferencian según el derecho de los pueblos.

Las formas de adquirir en el derecho natural son:

- Originarias: Cuando la cosa no está en el dominio de otro y puede ser perfecta, cuando se adquiere la sustancia misma de la cosa o su aumento y frutos y se conoce como ocupación; y menos perfecta, cuando se adquieren los aumentos o frutos de la -

cosa, más no la cosa en sí, v. gr. la accesión, cuando se adquiere la colmena se adquiere la miel como producto; en cambio si sólo se adquiere la miel no se entra por ello en el dominio de las abejas.

- Derivativas: Cuando la cosa está bajo el dominio de otro y se adquiere por causa de algún negocio, como ejemplo tenemos a la donación, etc.; la tradición, como ya lo explicamos líneas atrás, puede ser un modo derivativo de adquirir el dominio sobre las cosas.

- La Ocupación, que puede ser de tres clases:

- La caza (con sus limitaciones lógicas, no cazar en tiempo de cría, para la pesca no usar cal viva, etc.).

- Invención, adquisición de cosas muebles que no sean de nadie o que hubieren sido abandonadas por su dueño.

- Ocupación bélica, toma de las cosas del enemigo en guerra.

- Accesión, figura jurídica por la cual se adquiere el dominio de aquello que se une, aumenta o junta a un bien de nuestra propiedad; de lo cual se sigue que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Según don José M^a. Alvarez en el derecho indiano se reconocían tres clases de accesión, la natural, la artificial y la mixta. La primera era aquella en que la unión de los bienes se realizaba por medios naturales, como ejemplo tenemos la accesión por aluvión, el feto en la vaca, etc. La artificial operaba en base a una obra humana, v. gr. el engaste de una piedra en un anillo, la construcción, que una vez realizada se considera como parte indivisible del terreno, etc. Y la mixta, resultado tanto de la obra humana, como de la naturaleza, v. gr. las siembras y

los plantíos que ya han hechado raíces.

Concepto de Posesión.

Para la ley 1, Tit. XXX, P. 3, la posesión "tanto quiere - decir, como ponimiento de pies... , possession en, tenencia derecha que el ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo, e del entendimiento. Ca las cosas que no son corporales, assi - como las servidumbres que han las unas heredades en las otras - cosas que no son corporales semejantes destas, propiamente non se pueden posseer, nin tener corporalmente; mas usando dellas a aquel a quien pertenece el uso, e consintiendo lo a quel en cuya heredad lo ha, es como manera de possession".

De acuerdo con la ley 2, Tit. XXX, P. 3, hay dos formas de posesión, la natural y la legal. La primera ocurre cuando el hombre tiene por sí la cosa corporalmente, como su casa, castillo, heredad u otra cosa semejante, estando en ella.

La legal se presume cuando la persona, aún sin estar en su casa, castillo, etc. o sin estar en relación directa con la cosa no la deja con intención de abandonarla y aunque no está físicamente en posesión de ella, su voluntad es la de continuar como su poseedor y dueño.

La posesión y tenencia sobre las cosas las adquiere todo - hombre por sí mismo con sano entendimiento, así también los hijos, los siervos y personeros pueden ganarla por él, como si la poseyera por sí mismo.

Si el hijo gana en su nombre la posesión de alguna cosa, - en tanto está bajo la tutela de su padre, la cosa no se considera como parte del patrimonio del hijo, sino del padre, con excepción de los bienes conocidos como castrenses, de los cuales el hijo sí podía ganar la propiedad (ley 5, Tit. XXX, P. 3).

Para entrar en posesión de una cosa es necesario que concu^{rran}, la voluntad de ganar la posesión de dicha cosa y la tenen^{cia} real y efectiva de la misma. Sin embargo, si uno entrega a otro las cartas o títulos por los cuales la tuvo, o haciendo -- unos nuevos se los da, le concede, por este hecho, la posesión, aunque corporalmente no se la entregue (leyes 6 y 8, Tít. XXX, P. 3).

En ocasión de una compra-venta el comprador gana la pose^{sión} de la cosa y el dominio sobre la misma, tanto como si se - le entregara corporalmente. "...Eso mismo sería, si aquel que enagenava la cosa dixese: Otorgo, que de aqui en adelante tengo la posesión della en vuestro nombre". (ley 9, Tít. XXX, P. 3).

Una persona no siendo dueña de la cosa, puede entrar en pose^{sión} de ella por disposición del propietario o por disposición- judicial, por razón de paga o porque aun habiendo sido vencido- en juicio demostrase que la cosa es de su propiedad. Pero si en^{trase} en posesión de una cosa por violencia o robo, aun cuando- la tenga en su poder no la tiene en legítima posesión y el pro^{prietario} o legal poseedor puede reclamar su derecho (ley 10, -- Tít. XXX, P. 3).

La posesión de las cosas muebles se puede perder por causas naturales, como las crecidas de los ríos o mares, o bien por cau^{sas} accidentales, como cuando la cosa poseída caía al mar o al - río (quedando a salvo su derecho de propiedad), por lo que si - alguien la encontraba o la sacaba, el propietario podía demandar del que la encontró su restitución.

La posesión o tenencia de los bienes inmuebles se perdía - por:

- 1) Violencia, v. gr. cuando el legítimo poseedor era despo

jado por la fuerza de alguna heredad.

- 2) Por despojo clandestino, por ejemplo cuando estando ausente el dueño o legítimo poseedor de un inmueble se introduce en él el despojante y le impide la entrada.
- 3) Cuando el propietario se entera indirectamente del despojo de que ha sido objeto y no acude al lugar por miedo a ser hechado por la fuerza de su propiedad.

Esto desde luego no le impedía al despojado el demandar la restitución del inmueble por medio de un juicio (ley 17, Tit. - XXX, P. 3).

Respecto de las cosas muebles, la tenencia de ellas podía perderse por hurto, en donde no existe una persona directa a inculpar y de quien exigir la restitución. Con todo esto, siempre se le consideraba como tenedor al dueño, en tanto la unduviere buscando.

Pero si la cosa no tuviere señor que la guardara o que la tuviese prestada, arrendada, legada o encomendada a otra, si la perdiera aquel que la tuviese por él en alguna de estas maneras, perdía por ende la tenencia de ella. Con excepción de los siervos (en este caso se consideraba a los siervos como un bien del señor), pues aunque el siervo se pierda no estando en guarda del señor, siempre éste se consideraba como tenedor de aquel (ley 17, Tit. XXX, P. 3).

"Con el fin de evitar todo atentado que pudiera interrumpir con violencia el estado de derecho, la ley hacía que cuando el quejoso probaba el despojo por la fuerza, se le restituyera inmediatamente en la posesión, sin oír al despojante, aunque reconvandole su acción para hacer valer su derecho en un juicio petitorio", Bbia

Para don Toribio Esquivel las consecuencias más importantes de la posesión eran:

- La protección de la validez de los interdictos, como documentos que recogían las prácticas generalmente admitidas, sin que fueran leyes formales.

- Los efectos de la acción posesoria, que propiamente no - sometía a discusión el derecho de propiedad en si mismo, por lo cual establecía la imposibilidad para el poseedor de poder triunfar contra el propietario en el juicio respectivo.

- Y la prescripción, que otorgaba al poseedor el carácter y la calidad de propietario por el solo transcurso del tiempo, - término que era establecido por la ley.

La figura jurídica de la prescripción ya la encontramos establecida desde las Partidas, con el objeto de hacer factible - la determinación o adjudicación del derecho de propiedad sobre las cosas, a quien demostrare a la autoridad el tener un mejor derecho; obligando a los propietarios a actuar de manera responsable y productiva respecto de sus bienes, ya que si un propietario negligente se desentendía de sus propiedades por años, sin atenderlas, ni hacerlas productivas, resultaba totalmente injusto que, el que estuviere en posesión de ellas se las cuidara y - las hiciera fructíferas en beneficio directo de la población y viviera con la inseguridad de que en algún momento el legítimo - dueño regresara y le hiciera perder algo que, si bien no le pertenecía conforme a derecho, en estricta justicia sí (ley 1, Tit. XXIX, Partida 3).

Para adquirir la propiedad de un bien mediante prescripción es necesario, primero que nada, que exista en el poseedor el animus domini, y sólo la posesión civil podía conducir a la prescrip

ción adquisitiva.

Por esto vemos que los locos o desmemoriados no son capaces de adquirir bienes por prescripción, salvo que antes de perderla razón hubieran comenzado a adquirir por este mecanismo (Ley - 2, Tit. XXIX, P. 3).

El siervo tampoco adquiría por prescripción, ya que resultaba ilógico que alguien adquiriese el dominio o señorío sobre las cosas cuando no lo tenía sobre sí mismo. Claro que su señor sí podía adquirir por él (Ley III, Tit. XXIX, P. 3), cuando aquel tuviere algun caudal por ser mercader, menestral o cambiador, pues el señor es tenedor del siervo y su caudal.

Por su propia naturaleza, las cosas sagradas (aquellas consagradas por el prelado al culto divino), las cosas santas (aquellas cosas protegidas por una sanción legal, como los muros de las poblaciones) y las cosas religiosas o lugares destinados a sepultura; así como los tributos, pechos, rentas u otros derechos pertenecientes al rey por costumbre o disposición legal, no podían ser adquiridos por el poseedor mediante la figura de la prescripción. Así mismo, tampoco prescribían en favor del poseedor las calles, plazas, caminos, dehesas, ejidos u otros lugares de uso común de los pueblos. En general, podemos decir que la prescripción procedía en tratándose de bienes susceptibles de posesión exclusiva.

En esa época, y según don Toribio Esquivel Obregón, para que operara la prescripción se requería:

- La existencia de un justo título, entendiéndose por tal, aquel que por su propia naturaleza fuese suficiente para transmitir el dominio (P. 3, Tit. XXIX, Leyes 4, 5 y 9).

- El poseedor siempre debía actuar de buena fe, que se pre-

sumía salvo si era demostrado lo contrario, debiendo de ser con tínua, y tratándose de bienes inmuebles no sólo el adquirente, - sino también el transmisor debía actuar de buena fe. La prescrip ción en bienes raíces adquiridos sin buena fe e incluso por deg pojo violento era factible, aun cuando el lapso para que opera ra la figura fuese mayor (leyes 10, 12, 19 y 21, Tit. XXIX, P. 3)

- La posesión de la cosa debía ser continuada y sin inte rrupciones, de hecho o de derecho (leyes 9 y 20, Tit. XXIX, P. 3) excepto en los bienes inmuebles.

- El tiempo para que operara la prescripción era de tres a ños en bienes muebles, cuando era de buena fe; para los inmuebles de buena fe y entre presentes, el término era de 10 años, entre ausentes, de 20 años; si la ausencia del dueño no era permanente, el tiempo de la ausencia se computaba por duplicado y el tiem po que estuviera presente se contaba como sencillo; con mala fe presente o no el dueño, el término era de 30 años.

El último poseedor podía añadir al tiempo de su posesión, - el de su causante (leyes 9, 14, 15, 16, 18, 19, 20 y 21, Tit. - XXIX, P. 3).

- Y como ya mencionamos, la cosa debía ser susceptible de posesión exclusiva para que operara la prescripción (como sucedía en las cosas santas, religiosas o sagradas, que al no ser sug ceptibles de apropiación privada, la prescripción no operaba reg pecto a ellas).

Ya apuntamos que el poseedor para adquirir por el mero trans curso del tiempo debía, necesariamente, actuar en relación a la cosa con animus domini (como si fuera el dueño), por esto los ar rendatarios y todos los que poseían un bien, reconociendo en otro el dominio, y con fundamento en un acuerdo de voluntades -

(arrendamiento, depósito, etc.), no podían adquirir por prescripción. Tampoco prescribía la cosa en favor de quien la adquiría a título traslativo de dominio, a no ser que la traslación incluyera el derecho a disponer de ella.

La prescripción no operaba en cosas cuyos dueños estaban - imposibilitados legalmente para hacer efectivos sus derechos, - los hijos menores de 25 años, los dementes y desmemoriados, los privados de la facultad de administrar sus bienes, los bienes - de la mujer dados en dote, sino hasta después del matrimonio -- (respecto de estos bienes, ya durante el matrimonio, si el marido enajenare o de cualquier manera pasaren a posesión de otro y la mujer no demandare su propiedad, perdería esos bienes por - prescripción negativa).

Tampoco operaba la prescripción en los bienes propiedad - del sujeto que, en guerra o misión que le encomendare el rey o el común del consejo, o estando en una escuela para aprender al guna ciencia o por otra razón semejante, estuviere ausente y o tra persona comenzare a ganar por el tiempo un bien de aquel, - pués desde el momento de su llegada hasta 4 años después podía solicitar al juez que el tiempo transcurrido en su ausencia no se computase para la prescripción, o su heredero, si muriese en su misión (leyes 8 y 27, Tit. XXIX, P. 3).

Otra forma de prescripción es aquella por la cual, mediante el transcurso del tiempo, una persona pierde para sí la facultad de ejercer o hacer efectivo algún derecho.

Tratándose de acciones personales en vía ejecutiva, en diez años, quedando la acción ordinaria que prescribía en otros diez años. Si la acción era mixta (personal y real) o meramente real, el término de la prescripción era de 30 años (leyes 21 y 22, --

Tít. XXIX, P. 3).

Había acciones que transcurrían en un término menor, 3 años (las que competían a los criados y sirvientes para cobrar sus salarios, y comenzaba a correr a partir del día en que eran despedidos. Los de los confiteros, joyeros, boticarios, especieros y demás oficiales mecánicos o tenderos de comestibles por el importe de sus efectos, y las de los letrados, procuradores, notarios y escribanos por sus derechos). (Nov. Rec. Lib. 2, Tít. VI, ley 32 y Lib. 4, Tít. XV, ley 9; Novísima Rec. Lib. 10 Tít. XI leyes 9 y 10).

Por último, hablaremos de la interrupción de la prescripción, que nacía por el abandono o la pérdida de la posesión de bien.

Respecto de las cosas y los derechos, se interrumpía la prescripción por demanda judicial o cualquier acto que revelara el reconocimiento de la deuda de parte del obligado o de la propiedad del dueño de parte del poseedor.

Se interrumpía también porque el posible demandado se ausentare de la tierra, enloqueciera o muriera sin heredero o con hijo menor de 7 años sin tutor, ya que el menor no podía ser demandado y bastaba al que quería interrumpir la prescripción comparecer ante el juez u obispo del lugar manifestando su deseo de demandarlo así como el impedimento mencionado.

Igualmente sucedía cuando el adquirente por prescripción, y posible demandado, era tan poderoso que el dueño o acreedor no se atrevía a demandarlo (Ley 29, Tít. XXIX, P. 3 glosa 2 y 30).

Para finalizar este inciso trataremos de explicar, en forma general, cual era el concepto de propiedad y posesión entre los indios.

Para don Toribio Esquivel Obregón⁹, de la lectura de los párrafos transcritos de la carta dirigida por Cortés al Consejo

de Indias el 20 de septiembre de 1538, se desprende:

1) Que los indios no eran propietarios de las tierras que cultivaban ya que no podían enajenarlas, sino sólo nombrar un sustituto si querían separarse del lugar, y a satisfacción del Tequitato.

2) La tierra era sólo un instrumento de producción de tributos, pues éste absorbía toda la producción de la misma, dejando al tributario lo indispensable para no morir en la miseria. Si de la tierra los vecinos del pueblo no sacaban más que una exigua alimentación, lejos de ser propietarios eran siervos adscritos a la misma.

Continúa el destacado jurista, afirmando que la otra forma de relación del hombre con la tierra en las que se ha querido ver un derecho de propiedad, la constituyen por ejemplo, las concesiones que hacía el monarca en favor de sus parientes o de sus servidores y empleados o de los caciques de los pueblos, que en realidad no era sino un permiso para cobrar el tributo de determinado pueblo, lo cual compara con lo que en las Siete Partidas se denomina tierra.

Más aún, nos explica que ni siquiera el monarca indio tenía un derecho de propiedad sobre la tierra, como podría pensarse, pues aunque él podía disponer a su antojo de las tierras y de todos los bienes de sus súbditos, esto en sí no era un derecho, no era un jus, sino más bien lo que en el derecho romano se conoció como potestas. Y aclara que la diferencia principal entre uno y otro es que el jus era una facultad dada y limitada por las leyes y la potestas era un poder, sin más límite que el arbitrio de quien lo ejercía.

"... Es decir, que el poder omnimodo del monarca indio no-

bre la tierra, lejos de ser un derecho, era la negación del derecho de parte suya y la de sus súbditos".¹⁰

"... Lejos, pues, continúa diciendo el jurista, de que los españoles despojaron a los indios, fueron ellos quienes introdujeron la noción misma del derecho de propiedad".¹¹

En este punto difiero totalmente de la opinión de don Toribio Ezquivel, en primer lugar porque, y esto sin entrar a discutir si realmente los indios tenían o no un concepto de derecho de propiedad, resulta ilógico tratar de explicar jurídicamente un "derecho" adquirido mediante la violencia; hacer esto, en mi opinión, sería tanto como negar uno de los fines principales del Derecho, que a mi juicio debe ser el proporcionar a los hombres y a los pueblos, los elementos de seguridad y de justicia necesarios para lograr una convivencia pacífica y ordenada, evitando por todos los medios la violencia y el abuso del fuerte en contra del débil.

Por otro lado, los argumentos del investigador, aun desde el punto romanista en que se encuadran, resultan no ser tan sólidos.

Concediendo, sin afirmar, que los indios no tuvieran un concepto de derecho de propiedad, según el derecho civil europeo, ellos tenían en posesión (legítima) las tierras que habitaban, y por un lapso superior cuando menos a los trescientos años, -- tiempo transcurrido desde el momento en que los pueblos aztecas se establecieron como tribus sedentarias de la región, y explicando el asunto a la luz del derecho hispano, podemos afirmar -- que de mala fe, con violencia o sin ella, el término de la prescripción adquisitiva era de 30 años en forma ininterrumpida, término por demás agotado; a este respecto desde luego, podrían ope

nerse los argumentos formulados por algunos juristas como Juan-Ginés de Sepulveda y Francisco Vitoria respecto a si los indios eran o no veri domini, y toda la teoría aristotélica respecto a los barbaros y los esclavos, así como la teoría de la Iglesia que explica la autoridad Papal en relación al dominio heredado de Jesucristo, utilizada como fundamento en las Bulas de Alejandro VI que concedían a España la propiedad de todas las tierras descubiertas, aun cuando estos argumentos, a la luz de la época en que se dieron, fueron discutibles.

Pero la siguiente afirmación, hecha por don Toribio Esquivel: "Lejos, pues, de que los españoles despojaran a los indios fueron ellos los que introdujeron la noción misma del derecho de propiedad... "¹², resulta, para mí, inaceptable, porque una cosa es decir que para los españoles, y de acuerdo con la doctrina jurídica y filosófica de la época, no hubo despojo, y mucho menos era reprochable su actitud respecto a los indios y sus tierras, puesto que eran infieles, cosa que según nuestro autor no sucede así, como lo explica más adelante en su obra; y otra muy distinta es decir que, a la luz de los datos que hoy se tienen, el despojo no ocurrió.

Ahora bien, tenían o no los indios un concepto de derecho de propiedad?, esto lo veremos en seguida tomando como base de nuestra explicación el propio derecho azteca y sus instituciones.

Primeramente hablaremos del derecho de propiedad azteca en relación a la tierra.

Como todos sabemos, las tierras ocupadas por los aztecas en el islote del lago situado en la parte central, no pertenecía a nadie, ya que ningún pueblo se había ocupado en poseerlas dada la existencia de mejores heredades en la ribera del lago.

Desde luego, la extensión de dicho islote era reducida y - por esto los mexicas se vieron obligados a establecer un sistema de propiedad de la tierra que permitiera subsistir a toda la nación, sin que la relación de propiedad tierra-hombre acabara por ser un elemento de discordia y desunión entre los aztecas; quizá fue ésta la causa principal de la regulación tan peculiar de la propiedad, tenencia y explotación de la tierra, sobre todo si - tomamos en cuenta que en un principio no cobraban ningún tributo y si tenían que pagarlo, siendo la agricultura la principal fuente de sustento.

Así, las tierras de la ciudad-estado de Tenochtitlan fueron divididas por el pueblo mexica en base a sus necesidades; la mejor y mayor parte se dividió en calpullis, desde un principio - la ciudad se repartió o conformó por cuatro barrios o calpullis, adjudicados a grupos cerrados para su explotación y la propiedad de la tierra pertenecía al calpulli.

Parte de las tierras del calpulli se repartían entre los - macehuales para ser explotadas por ellos en su particular provecho, el poseedor tenía derecho a usar y disfrutar de la parcela adjudicada a él de por vida, con la facultad de poder transmitir la por herencia a sus hijos¹⁴ sin desmembrarla o subdividirla, - y sin poder enajenarla, si la abandonaba o no la cultivaba en - el término de más de dos años, haciéndola permanecer en estado ocioso, o por que se ausentara del calpulli, a menos que fuera causa de guerra, la perdía.

Al frente del calpulli se encontraba un señor o principal-elegido por las mismas familias que integraban el calpulli, és te cuidaba de dotar y repartir equitativamente las tierras del-calpulli, así como de vigilar y resolver, en su caso, los asuntos

surgidos en relación a la tierra entre los miamon del barrio o con los de otro calpulli.

También dentro del calpulli encontramos las tierras labradas comunalmente, cuyo producto se destinaba a cubrir el tributo.

Otra forma de tenencia y propiedad de la tierra eran las Tecpantlalli, Mictlanchimalli y Teopantlalli (formas de propiedad pública de la tierra).

Los Tecpantlalli eran las tierras cuyos frutos eran destinados a satisfacer las necesidades de la casa reinante, entregadas a la nobleza para su explotación; a cambio de esto quedaban libres de tributo los nobles. A este tipo de tierras pertenecían las asignadas a los funcionarios públicos para su sostén en tanto tenían el cargo; estas tierras tampoco eran transmisibles, ni por herencia.

También pertenecían a este tipo de propiedad, las tierras que el Hueytlatoani adjudicaba a los guerreros, que por sus hazañas, se ganaban tal distinción, en calidad de Tectecutzin (especie de encomendero, cuya propiedad le pertenecía en tanto viviera, sin posibilidad de transmisión, ni en vida, ni en muerte).

Mictlanchimalli eran las tierras cuyo producto era asignado exclusivamente al sostenimiento del ejército y eran labradas por los macehuales a título de tributo.

Teopantli eran las tierras dedicadas por los aztecas en forma exclusiva al sostenimiento de la numerosísima casta sacerdotal y de las prácticas religiosas, y cuya explotación estaba a cargo del pueblo.

Decididamente a la luz del derecho español, estas formas de apropiación de la tierra pueden no considerarse como un verdadero derecho de propiedad, dadas las enormes limitaciones reg

pecto de su libre disposición. Sin embargo, algunos autores¹⁵ - coinciden en que el modelo azteca Pillali o Teccalli, tierras - que se encontraban generalmente en los territorios conquistados por los mexicas, dados en propiedad a los macehuales que, por - su excepcional valor o grandes servicios al imperio, la merecían sin ninguna restricción, es la prueba de que los aztecas conocían el concepto de la propiedad sin limitaciones, que no practicaban por las razones apuntadas.

Dende luego, los aztecas no tenían por costumbre ocupar físicamente los pueblos conquistados ni apropiarse de sus territorios, pues el móvil de sus guerras era principalmente la obtención de tributos en especie y de víctimas para los sacrificios a sus dioses, así como el libre paso por el territorio para hacerle la guerra a otros pueblos; claro que establecían algunas guarniciones para hacer patente su presencia, sobre todo en los sitios más alejados de la gran metrópoli. Es por esto que este tipo de propiedad no fue común, pero existió, lo cual indica -- que si conocieron el concepto de derecho de propiedad particular sobre la tierra sin ninguna restricción, y que, como apuntamos líneas atrás, no se generalizó dada la reducida extensión del territorio que conformaba la ciudad de los mexicas.

Ahora bien, no obstante que respecto del derecho de propiedad sobre la tierra los aztecas no aplicaban en forma generalizada la apropiación privada ilimitada, dada la escases de tierra en Tenochtitlan, esto no quiere decir, de ninguna manera, que no tuvieran la libre disposición sobre otros bienes materiales, principalmente los bienes muebles, como canoas, los productos de la caza, los productos de su trabajo, como la cerámica, artesanías, etc.

El comercio, desde luego, implica el concepto del derecho de propiedad sin grandes restricciones, ya que a través de él se enajenan bienes producto del esfuerzo humano a cambio de otros - que serán utilizados para la satisfacción de diversas necesida-des; desde luego que la concepción mesoamericana del mundo era muy distinta a la hispano-romana, de ahí las enormes diferencias, pero aún así considero que el concepto de propiedad es algo con-substancial al hombre mismo.

Por todo lo anterior, es lógico que el concepto de pose-
sión entre los aztecas no tuviera los matices que en el derecho español, principalmente por dos razones fundamentales:

1) Los aztecas no aplicaron la institución de la prescrip-
ción, ni la adquisitiva, ni la negativa.

2) Por lo cual la posesión prolongada de un bien no impli-
caba la adquisición de la propiedad de algún bien.

Por último, para finalizar este inciso, aclararemos que la cultura conquistadora impuso su visión del mundo y sus institu-
ciones jurídicas, lo cual modificó totalmente no sólo el concep-
to de propiedad del mundo americano, sino el destino de un con-
tinentes, de una raza, de una cultura que no murió, pero que deu-
de luego fue absorbida y fusionada con la europea para crear una
nueva.

b) El derecho de familia.

El fundamento de la familia en toda sociedad es, desde luego,
el matrimonio. En las Indias esta institución tuvo una regulación
especial, además de la observancia de las reglas generales del
derecho canónico español y la legislación común de Castilla di-
rigidas a normar esta institución.

La ley 1, Tít. II, P. 4, define al matrimonio como "...ayuntamiento de marido, e de la muger, fecho con tal entención de bevir siempre en vno, e de nom se departir; guerdando lealtad cada vno dellos al otro, e non se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a otro varon, biviendo ambos a dos...".

Se dice que es un contrato porque requiere del libre consentimiento de ambas partes, y que es indisoluble porque por su naturaleza, y por derecho divino, no puede disolverse (leyes 5 y 7 Tít. 2, P. 4); cuyo fin primordial es la procreación (ley 4, Tít. 2, P. 4).

Como todos sabemos, en los inicios de la vida novohispana - dos de los principales problemas de facto a resolver por la legislación de Indias, fueron:

El de los muchos conquistadores venidos a estas tierras, - casados o solteros, que se unieron a las mujeres indias, unión que con el tiempo se hizo necesario legalizar.

Y segundo, la práctica indígena, que aunque no muy difundida si preocupaba a los misioneros, de tener varias mujeres en forma sucesiva.

Así en dos reales cédulas, una del 29 de marzo de 1503 y - otra de 5 de febrero de 1515, la Corona trató de solucionar estos problemas ordenando a las autoridades de sus colonias que - procuraran y fomentaran los matrimonios entre indios, entre españoles e indias y entre españolas e indios.

Una de las reglas importantes para contraer matrimonio era la obtención de la licencia o permiso paterno cuando los contrayentes fueren hijos de familia, esta regla de obligada observancia en España, e Indias tuvo sus excepciones por razones lógicas; así "los mulatos, negros, coyotes y demás individuos de castas-

semejantes"¹⁶, sin dejar de hacerlos concientes del respeto natural debido a los padres y a las personas mayores, podían casarse sin dicho permiso.

Los indios en este renglón se equiparaban a los españoles y por tanto, al igual que ellos, requerían la autorización paterna; en caso de no ser posible, de la madre, de los abuelos o de los parientes cercanos, y finalmente del tutor, necesitado además, en los dos últimos casos, de la licencia judicial. Los indios tributarios podían suplir la autorización paterna con el permiso del cura doctrinero, cuando el padre no fuese conocido o viviese en una región apartada.

Los españoles cuyos padres o tutores vivieren en España o en alguna provincia apartada de las Indias, podían suplir su autorización mediante la obtención de permiso judicial.

Si los padres negaban el permiso en forma injustificada, la autoridad judicial podía otorgarlo.

Un matrimonio celebrado sin las debidas licencias no producía ningún efecto civil, ni en la pareja, ni en los hijos, por lo cual las cuestiones de dote, mayorazgo o algún otro derecho de familia no tenía ningún valor pues carecían del fundamento legal necesario para su existencia.

Para evitar los matrimonios por coacción o por conveniencias políticas o económicas, y sobre todo para evitar vínculos familiares entre las autoridades de una región y sus habitantes, se prohibieron los matrimonios entre los virreyes, presidentes, oidores, gobernadores, corregidores, fiscales, alcaldes, mayores y del crimen, y alguna mujer nacida y/o avecinada en el lugar donde la autoridad ejerciere su jurisdicción. Esta prohibición cobró una relevante importancia en cuanto a su observancia en las

Indias, dada la extensión de la tierra y la ambición "natural"- (y desmedida) de un gran número de funcionarios.

La misma prohibición existía para los oficiales reales y los demás ministros de la Real Hacienda, aunque limitando el matrimonio con hijas, hermanas o parientas, dentro del cuarto grado, - de los compañeros que sirvieran en las cajas de sus distritos.

El parentesco en determinados grados era una causa fundamental de impedimento para la celebración de matrimonios. En línea recta, ascendente o descendente, en todos los grados, estaba prohibido. En línea transversa desigual en primer grado; en línea recta sin límites (tío con sobrina); en línea transversa hasta el cuarto grado, de esta regla se exceptuó a los indios porque el Papa Paulo III concedió tal privilegio para que pudieran contraer matrimonio dentro del tercero y cuarto grado consanguíneo, limitándose el impedimento hasta el segundo grado (Concilio de Lima ses. 3. Cap. 69). En este punto la iglesia, como parte fundamental en la celebración de matrimonios, fue muy exigente respecto a los grados de parentesco que impedían el matrimonio. Así, estaban prohibidas las uniones entre parientes en primero y segundo grado colateral, por consanguinidad, y primero por afinidad, siendo importante la advertencia apuntada por don Toribio Ezquivel Obregón al señalar "...los grados de parentesco se cuentan en diversa forma en el derecho civil que en el derecho canónico, pues mientras en el primero el parentesco en la línea colateral se cuenta ascendiendo hasta el tronco común y luego descendiendo hasta el individuo de que se trata, en el derecho canónico - solamente se cuenta una de las dos ramas, así por ejemplo, en el derecho civil los primos hermanos, que son parientes en cuarto grado en el canónico, lo son en segundo grado y el tío lo es en

primero"17.

Sin embargo, dadas las circunstancias prevaletientes en las Indias, hubo necesidad de acudir a las dispensas para resolver problemas de facto insuperables de otro modo, y no sólo en relación a los indios sino también en relación a los mestizos, criollos y españoles.

Las dispensas en Europa sólo eran concedidas por el sumo pontífice, pero en las Indias, tanto los preladados como otras autoridades eclesiásticas, tuvieron facultades para otorgarlos.

Uno de los aspectos más humanos reflejados en la Legislación de las Indias, nos lo proporciona la forma de reglamentar el matrimonio entre los indios, pues si se hubiesen impuesto las mismas reglas observadas en España para estos asuntos, los resultados hubieran sido contraproducentes. Lo que se trató fue el establecer disposiciones más o menos benignas sin transiciones demasiado fuertes para el indio, siempre atrayéndolos al molde hispano.

El primer punto fue el dar validez y forma legal a las uniones de los indígenas preexistentes y subsistentes a la conquista.

Dada la práctica de la poligamia, en ocasiones fue difícil el otorgar tal validez; en un principio se intentó resolver la situación casando al varón con la primera mujer con la que tuvo contacto carnal, o en su defecto, se le permitía al indio elegir a una de las varias. Esto provocó tantos desaguisados que finalmente se dio tal misión a los indios más viejos de la parroquia, quienes, después de oír a las mujeres y al varón, finalmente decidían.

La convalidación canónica de los matrimonios entre indige-

nas, fue discutido ampliamente en el Sínodo de la ciudad de los Reyes, en Lima en 1550¹⁸, algunas de cuyas disposiciones resultan importantes, tales como:

Cap. 14. En matrimonios de fiel con infiel, al infiel se le debe compeler a bautizarse, si accediere, el matrimonio se celebraría conforme a las normas cristianas, pero si no, y quisere continuar con el cristiano, no se le apartaría a menos que el infiel amonestado tres veces incurriere o continuare en pecado mortal.

Cap. 15. Cuando un sacerdote bautice a un indio, le deberá preguntar por el nombre de su mujer, sin dar pie a las sospechas - del indio, por el móvil de la pregunta, una vez señalada la mujer se les casará aun cuando ya no vivan juntos.

Cap. 16. Los matrimonios con hermanas o demás parientes deberán ser respetados; con excepción de los primeros, que lo serán entanto el sumo pontífice no ordenase otra cosa.

Cap. 17. A los nuevos conversos, si no hay otra salida, se les dispensará el impedimento del parentesco del tercero y cuarto - grado en adelante, consanguíneo o por afinidad.

Cap. 18. Se declarará nulo todo matrimonio clandestino celebrado a partir de ese momento, entre indios sin testigos o con uno solo, considerándolo como impedimentum criminus, hasta en tanto S.S. no ordenare otra cosa.

Cap. 23. El sacerdote al casara un indio debía amonestarlo tres veces en el sentido de que ya no podía volver a casarse, - salvo a la muerte de su cónyuge; si incurriere en este hecho se le darían cien azotes y le cortarían el cabello; aplicando la misma sanción al segundo contrayente si conociere del primer matrimonio y el indio sería devuelto con su mujer.

Otra causa de malestar, tanto de la iglesia como del gobierno, fue el hecho de que muchas veces el encomendero o el cacique no permitían a los indios el casarse libremente por "reservarse" para sí a alguna o algunas de las indias o vendían al indio su derecho de escoger, por lo cual en dos cédulas del 3 de febrero de 1515 una, y del 17 de diciembre de 1557 otra, se dispuso que nadie debía impedir el libre matrimonio de los indios e indias o de españoles e indios, salvo las limitantes de la ley; prohibiendo a los caciques casarse más de una vez o tener mujeres encerradas o privarles de su derecho de escoger marido libremente.

Otro grave problema en relación al matrimonio y la familia, lo era el hecho generalizado de que los hombres, buscando aventuras, olvidaban a sus esposas e hijos y cuando llegaban a tierra salvaje tomaban a cuanta mujer querían y algunas veces establecían una nueva familia¹⁹, por lo cual la Corona, en afán de detener e impedir tales actos que provocaban la disolución de la familia, emitió un sinnúmero de disposiciones tendientes a fomentar la unidad familiar en el domicilio conyugal así, en varias cédulas reales se prohibió a los hombres casados pasar a las Indias o vivir en ellas dejando abandonada en España a su mujer. En la Rec. de 1680 encontramos incluso todo el título 3, del libro séptimo, dedicado a regular esta materia. En este título en especial, y en general en toda la Recopilación, las disposiciones en relación al matrimonio son muy estrechas y numerosas, de manera que no se prestaren a dar algún resquicio por el cual los casados encontrasen alguna salida legal y aún así no se logró el estricto control pretendido.

Así, no solo les estaba prohibido a los hombres casados pasar de España a Indias sin su mujer, sino trasladarse de un día

trito de la colonia a otro sin llevarla consigo y en caso de pa-
sar sin ellas, debían otorgar una fianza con vigencia de dos años
(leyes 28, Tit. XXVI, Lib. 10 R I; 30, Tit. XLV, Lib. 9 R I; y -
una real cédula de octubre 13 de 1554).

Como siempre, algunos hombres encontraron la forma o de vio-
lar la ley o de utilizar su contenido en su particular provecho,
por lo cual la real cédula de 1546, más tarde recogida por la -
ley 26, Tit. XXVI, Lib. 9 de la R I, establecía la obligación a
los hombres casados que pasaren a las Indias con sus mujeres, -
de probar la legalidad de la unión.

Por razones obvias, a los mercaderes se les permitió casi -
siempre otorgar la fianza, e incluso se amplió el término de du-
ración hasta tres años (real cédula de julio 16 de 1550).

En relación a los indios, también se procuró la unidad del
domicilio conyugal, así en las Ordenanzas del 4 de septiembre -
de 1528, para el buen tratamiento de los indios, en su capítulo
III, se prevenía que ningún encomendero retuviera a indias casa-
das separadas de sus maridos e hijos contra su voluntad. Ni tam-
poco sacarlas de su reducción sin su marido. Ni tomar en casa o
hacienda en servicio a indias casadas si su marido no trabajare
en ellas; así mismo las solteras que desearan vivir en los pue-
blos, no podían ser apartadas de ellos contra su voluntad.

Incluso se llegó a considerar a las indias casadas como ori-
ginarias del pueblo de su marido; sólo si enviudaba podía reco-
brar su residencia de origen llevando consigo a sus hijos (Cédu-
la real de octubre 10 de 1618).

La patria potestad:

La ley 1, Tit. XVII, P. 4 nos define a la Patria potestad-

como "...el poder que han los padres sobre los hijos. E este poder es un derecho atal, que han señaladamente los que biven, e se judgan segud las leyes antiguas e derechas... e hanlo sobresus fijos, e sobre sus nietos, e sobre todos los otros de su linaje, que descienden dellos por la liña derecha, que son nancidos del casamiento derecho".

La principal obligación de los padres era criar y alimentar a los hijos, hasta los tres años esta obligación era propia de las madres (ley 2, Tit. XIX, P. 4), de ahí en adelante lo sería el padre.

Otra obligación era la de educarlos, corregirlos y castigarlos (moderadamente) para hacerse obedecer y prepararlos así para desempeñar algún oficio o destino útil del cual pudieran vivir y sostenerse honestamente.

La patria potestad incluía el derecho del padre a adquirir la propiedad de los bienes ganados por los hijos, cuando están bajo su potestad; a estos bienes se les llama profectilium peculium cuando los ganaban con los bienes del padre; adventicios son los adquiridos por el hijo como producto del esfuerzo de su trabajo o por donación o herencia de su madre o parientes, por hallazgo o aventura, la propiedad de tales bienes pertenece al hijo pero el usufructo pertenece al padre. Los únicos bienes ganados por los hijos que no pertenecen al padre, ni de ellos obtienen ganancia alguna son los peculium castrense, o sea los ganados por servir militarmente en castillos, fortalezas o cortes reales (leyes 5 y 6, Tit. XVII, P. 4). Lo mismo sucedía respecto de los bienes cuasi castrenses, que son bienes obtenidos en la enseñanza, la judicatura, escribanía o algún otro cargo honorífico.

La potestad del padre sobre el hijo era tan grande que incluso podía venderlo o empeñarlo por extrema pobreza o hambre - (ley 8, Tit. XVII, P. 4).

Los modos de adquirir la patria potestad eran: el matrimonio legítimo celebrado conforme a las leyes de la iglesia; por legitimación obtenida mediante sentencia judicial; por sanción-contra el hijo emancipado que ofende a su padre, por lo cual volvia bajo su potestad, y por adopción (ley 4, Tit. XVII, P. 4).

Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Este fué otro de los grandes problemas que dentro del derecho de familia, tuvo que resolver la legislación de las Indias-dada la situación imperante en los primeros años de colonización.

De acuerdo con la legislación española aplicable, en concreto las partidas y las leyes de Toro, en las Indias sólo los hijos nacidos dentro de matrimonio celebrado con todas las formalidades del derecho canónico y civil se consideraban como hijos legítimos, esta circunstancia resultaba verdaderamente importante, sobre todo en una sociedad como la española y la novohispana, por los efectos legales que producía esta consideración.

En primer término, un hijo habido fuera de matrimonio se consideraba como un hijo sin padre y por tanto no quedaba dentro - de la potestad del mismo, ni gozaba de las ventajas legales que tenía un hijo legítimo, tales como poder usar el nombre de su - padre, ser considerado para sucederlo, no poder desempeñar los-cargos públicos que por ley estaban prohibidos para su ejercicio por hijos ilegítimos, etc. Sin olvidar la enorme carga social - que significaba el ser hijo ilegítimo.

Ahora bien, para subsanar el error de los padres y poder - dar un nombre a los hijos naturales, las leyes españolas aplica

ban la institución de la legitimación, figura que permitía considerar retroactivamente a los hijos ilegítimos, como hijos nacidos en justo matrimonio.

Los efectos de la legitimación eran:

- El reducir, sujetar o amparar bajo la patria potestad del padre a los hijos.

- Dar derecho a los hijos a disfrutar y hacer uso del nombre de su padre;

- Dar derecho a los hijos a suceder al padre en sus bienes por causa de muerte (cuando la legitimación se adquiere mediante la rescripto del príncipe, para suceder al padre no requiere que éste lo mencione así en su testamento y señale los bienes, - pues no podía suceder ab intestato, ni extestamento si tuviera hermanos posteriores a él, pudiendo suceder a sus otros parientes madre, tíos, abuelos, etc.).

- No tener restricciones por su calidad de legitimado para desempeñar algún cargo.

Son dos las formas en que se realizaba la legitimación:

- Por el reconocimiento voluntario del padre respecto del hijo natural al casarse con la madre, para lo cual se requería que ella fuese honesta, que tanto el padre como la madre no tuvieran ningún impedimento legal ni religioso para casarse y se casaren conforme a derecho. Por este procedimiento solo podían legitimarse los hijos naturales.

- Por rescripto del príncipe, es decir, por la petición del padre, mediante memorial dirigido a la suprema majestad, para que se le concediera la gracia de legitimar a sus hijos. Mediante este mecanismo se podían legitimar no sólo los hijos naturales sino también los espúrios, adulterinos, incestuosos, etc., -

ya sea que se casaren sus padres con dispensa, o no hubiere habido forma de que se verificara el matrimonio por no existir forma alguna de dispensa.

Como es sabido, la enorme distancia entre la metrópoli y la Nueva España, así como la gran extensión de esta última, generaron, en un sinnúmero de ocasiones, la inobservancia de los preceptos legales, bien porque las circunstancias exigieran su no aplicación para evitar males mayores, o bien por la corrupción de los funcionarios, y en razón de las legitimaciones tampoco hubo excepción, prueba de ello nos lo da la ley 120, Tit. 15, Lib. II de la Rec. de 1680, por la cual se restablece la facultad exclusiva al Consejo de Indias de resolver sobre las peticiones de legitimación que surgieren en las Indias, debido al incremento en los abusos cometidos por algunos virreyes, audiencias y gobernadores, considerándose nulas las que en adelante estas autoridades concediesen, incapacitando al solicitante para pedir la nuevamente y enjuiciando en residencia al funcionario infractor.

La Adopción.

Como otro de los mecanismos legales para adquirir la patria potestad tenemos a la adopción, no muy frecuente en España, y mucho menos en Indias.

La adopción se definía como el acto solemne a través del cual una persona tomaba bajo su potestad a un menor para educarlo y protegerlo como si fuese hijo propio.

En sentido general la adopción se dividía en:

- arrogación
- y adopción propiamente hablando.

La primera era el acto por el cual un hombre, con libre -- disposición de sí mismo, se sujetaba voluntariamente a la patria potestad de otro por autoridad real. Entrando el patrimonio del arrogado a formar parte del arrogante; sólo operaba mediante la concesión de la gracia por parte del monarca (rescripto del príncipe) (ley 7, Tít. VII, P. 4).

La arrogación no operaba en infantes menores de siete años dado que no tenían libre disposición de sí mismos.

Para que operase la arrogación debía comprobarse el beneficio que tal institución podría producir en el arrogado; si el -- arrogado moría antes de llegar a los catorce años sus bienes se rían restituidos a sus legítimos herederos por el arrogante.

La adopción propiamente dicha, consistía en recibir por hijo ante autoridad judicial, a aquellos que estaban bajo la potestad de sus padres naturales.

Cuando existían los padres, éstos debían presentarse ante el juez y expresar su deseo de dar en adopción a su hijo a quien en ese momento lo recibía como hijo propio.

Se llamaba adopción perfecta a aquella en la que el adoptante era pariente ascendiente del menor y se llamaba así porque -- adquiría la patria potestad sobre el adoptado.

Adopción imperfecta era aquella en que el adoptante era un extraño o si era pariente no lo era en grado ascendente y no adquiría la patria potestad pues ésta quedaba en el padre natural.

Como podemos ver, la adopción con un sentido más humanitario en la que principalmente se desea proteger a los menores que por alguna causa no tienen padres que velen por ellos, no se -- practicó ni en España, ni en Nueva España sino hasta fines del-

s. XVII y principios del s. XVIII, y así en una real cédula de-
 lli de diciembre de 1790 vemos como el monarca dispone que los -
 espósitos (menores huérfanos por abandono o muerte de sus padres)
 puedan ser adoptados o prohijados por cualquier persona decente
 y honesta, capaz, moral y económicamente, de proporcionar al me
 nor adoptado amor, protección y educación.

La patria potestad terminaba por:

- La muerte de quien la ejercía.
- La muerte civil del padre por condena en trabajos forza-
 dos de por vida o destierro por confiscación de bienes; los que
 tuvieran un límite en sus condenas o no les confiscaran sus bie
 nes no perdían la patria potestad.

- Por estar condenado el padre a las penas señaladas y ser
 prófugo de la justicia.

- Por tener el padre relación incestuosa o matrimonio con-
 parienta dentro del cuarto grado sin licencia.

- Por habérsele otorgado al hijo alguna dignidad que de a-
 cuerdo a la ley concedía la emancipación o implicaran jurisdic-
 ción o trajeran anexa la recaudación de sus rentas.

- Por el casamiento del hijo con todas las solemnidades y-
 requisitos impuestos por la ley para el matrimonio.

- Por emancipación concedida por el padre ante un juez.
 (leyes 1, 2, 6, 7, 8, 9, 15, 17, Tít. XVIII, P. 4; leyes 8 y 9,
 Tít. I, Lib. 5, Rec. de Cast.).

El padre perdía su derecho a la patria potestad por casti-
 gar al hijo en forma cruel y salvaje; cuando obligare a sus hi-
 jas a prostituirse; cuando admitiese algún legado que le impusi-
 ere como condición el emancipar a sus hijos; y cuando consumie-
 re y malgastara los bienes del adoptado en arrogación (leyes 6-

y 8, Tit. XVIII, P. 4).

La Tutela.

Es una institución cuyo origen lo encontramos en el derecho romano, por la cual la autoridad puede conceder a una persona, - el derecho de educar a un menor y administrar sus bienes como - si fuese el padre (ley 1, Tit. XVI, P. 6).

De la misma ley se desprende que el huérfano debía ser libre, si era hombre menor de 19 años, o mujer, menor de 12, con-tra su voluntad se le designaría tutor.

De acuerdo con la ley 2, Tit. XVI, P. 6, eran tres las for-mas legales de la tutela:

- La testamentaria, llamada así, lógicamente porque el pa-
dre a su muerte designaba en su testamento a un tutor para los
hijos que estaban bajo su potestad, aun a los no nacidos, que -
al hacerlo, podían quedar bajo su potestad (ley 3, Tit. XVI, P.
4).

Para ser tutor testamentario se requería que la persona de-
signada tuviera la capacidad requerida para ejercer algún cargo
público, v. gr. los hijos de familia mayores de 25 y los siervos
que han adquirido su libertad previamente (leyes 2, 3, 6 y 8, -
Tit. XVI, P. 6).

- La tutela legítima se concedía cuando el padre no nombra
ba a nadie en su testamento, ni el juez lo designaba, en ese ca-
so la ley decidía quienes serían los tutores del menor; y ésta-
se dividía en cuatro:

1) La tutela de los parientes inmediatos consanguíneos por
ambas líneas, siendo en primer lugar la madre, y a falta de ésta
o por su negativa, la abuela, los tíos, etc.

Cuando hubiere varios parientes con el mismo derecho y todos quisieren ejercerlo entonces un juez designaba al más idóneo.

2) La de los patronos para con sus libertos (entendiéndose por patrono al que daba libertad graciosa a un siervo).

3) La del padre para con su hijo emancipado antes de la pu bertad.

4) La del hermano mayor de 25 años con su hermano emancipado menor de 14 años, después de muerto el padre.

El fundamento de estas tutelas es el principio legal que dice "a donde corresponde el provecho de la herencia allí mismo debe ir la carga de la tutela"²¹.

- Tutela dativa es aquella en que por haber muerto intestado el padre o habiendo testado, no designaba tutor o no tenía parientes el menor que ejercieren la tutoría, o teniéndolos no aceptaban tal encargo, entonces el juez con autoridad de la ley le designaba un tutor; debiendo elegir a un hombre bueno, leal y honrado, esto con el fin de evitar que el pupilo o sus bienes pudieran sufrir mengua o abusos.

Ahora bien, no podían ser tutores los menores de 25 años, - los mudos, sordos, ciegos, locos, pródigos, deudores o acredores del menor, el que estuviere en servicio militar o en servicio - del rey, enfermos cuyo padecimiento les impidiera el desempeño de tal función, los obispos, monjes y clérigos seculares, salvo si fueren parientes del menor, el excomulgado mayor, el rico venido a pobre, el fiador del deudor del pupilo, y las mujeres, - con excepción de la madre o la abuela que continuaran viudas (layes 2, 4, 5, 14, 16 y 17, Tit. XVI, P. 6).

A los varones mayores de 14 años y a las mujeres mayores - de 12 pero menores de 25 años, y a los mayores de 25 años pero-

que fueren locos, desmemoriados y/o pródigos, se les nombraba - un curador, a petición de ellos, con excepción de los perturbados mentales o pródigos en donde era forzoso. Sus funciones eran similares a las de un tutor; sólo que en el caso de los menores ellos escogían a su curador y el juez confirmaba la designación, esto desde luego implicaba una mayor libertad y más participación del menor en la administración de su persona y bienes.

La administración de los bienes por parte de tutores y curadores se encontraba limitada al hecho de no poder disponer de ellos libremente enajenándolos, hipotecándolos o gravándolos sin que tales actos justificaren una verdadera necesidad para evitar la disminución del patrimonio del menor.

Por esto los tutores y curadores debían otorgar una fianza para garantizar su administración, aun cuando se tratase de la abuela o la madre. Debiendo realizar, al entrar en funciones, - un inventario de los bienes del menor, so pena del pago de daños y perjuicios.

La tutela y la curatela terminaban cuando el menor cumplía la edad límite, por muerte, destierro, cautiverio o esclavitud del tutor, curador o al huérfano; si fuese por tiempo determinado o condicional, cuando se cumpliera el término o se cumpliera la condición; por excusa legítima superveniente, comprobada ante el juez, el tutor o curador (ley 21, Tit. XVI, P. 6); por ser clara la mala fe y fraudulenta administración de los bienes del menor por parte del tutor o curador.

De acuerdo con el destacado investigador, don J. Ma. Ota y Capdequi²², una de las disposiciones más interesantes en torno a la tutela y curatela en las Indias occidentales la constituyó la cédula real de 1544 que ordenaba: "no se discierna tutela ni

curatela de ningún menor en que intervenga hacienda, sin averse asentado por escrivano del ayuntamiento la razón de la tal tutela en el libro que ha de tener".²³

La importancia de esta disposición radica en la intención de la autoridad de dar mayor seguridad al menor y sus bienes, - pues dadas las peculiares circunstancias que privaban en la Nueva España, los fraudes podían ser más frecuentes. Tan es así que Cédulas posteriores, de 1581 y 1586, insisten en este particular.

Desde los primeros años de la colonia se conocieron ya los muchos fraudes cometidos por los tutores y curadores en el patrimonio de los menores, por lo cual en real cédula fechada en marzo 20 de 1525 se ordenaba a la audiencia de Santo Domingo que - tomare las cuentas y estado de las tutorías que hubiese en la Española, aún cuando los menores hubieren muerto, en cuyo caso además pondríanse a disposición del depositario del difunto los bienes del menor fallecido, sin perjuicio de las sanciones en que incurrieren los tutores por mala administración.

Incluso en una cédula real de octubre 31 de 1543, el rey - ordenó, para evitar los abusos y garantizar la buena administración de los bienes de menores, se nombrasen personas adecuadas - para revisar la rendición de cuentas anual a que estaban obligados los tutores, relevando de la tutoría a quien no diere razón satisfactoria de su administración, instituyendo a otro en su lugar.

Dadas las constantes misiones de conquista, y lo precario de los viajes de España a las nuevas tierras, la cantidad de menores huérfanos debe haber sido considerable, así se puede inferir del contenido de la real cédula del 18 de febrero de 1555, - tal y como lo apunta don J. Ma. Ots y Capdequi, pues en ella: -

"...se hablaba de los muchos huérfanos de españoles y mestizos, -es evidente que también indios, mulatos y negros, sólo que estos últimos no preocupaban gran cosa a la Corona- que se encontraban en Indias en completo abandono, sumidos en la miseria, -requerían de ayuda, por lo cual el rey ordenaba se les proveyese de tutores para sus personas y haciendas, poniendo en oficio a los varones y en servicio o en colegios y casas de recogidas- a las doncellas, según consintieran sus respectivos patrimonios y dando en general licencia a los que quisiesen regresar a España (entiendo que esto sólo podía referirse a los menores hijos de españoles, ya fuesen criollos o peninsulares), pudieren hacer lo...".²⁴

En cuanto a las limitaciones señaladas específicamente para las Indias, el citado autor sólo nos menciona la contenida en la cédula real de mayo 7 de 1548, por la cual se prohíbe instituir como tutor o curador del entenado a su padrastro, por los grandes abusos que estos cometían.

Respecto de esta institución, diremos por último, que por instrucciones reales de octubre de 1637 los virreyes no debían conceder habilitaciones a los menores de 18 o 20 años dado que su inexperiencia, y la gran facilidad existente en las nuevas tierras de crear aventuras quiméricas en busca de fama y riquezas, los haría caer fácilmente en desgracia, por lo cual tales solicitudes de gracia debían pasar al conocimiento del Consejo.

De las sucesiones.

Como hemos visto, la regulación jurídica de las personas, -sobre todo por lo que toca al derecho de familia, adquiere en las Indias una dimensión muy especial dada la distancia, el rela

jamiento en la observancia y aplicación del derecho y los nuevos problemas que planteaba la sociedad naciente, hasta antes desconocidos o siquiera imaginados.

No escapa a esta situación desde luego, la regulación jurídica de la transmisión de los bienes integrantes del patrimonio de las personas por causa o en ocasión de la muerte de las mismas.

Don son las formas contempladas por el derecho español para la transmisión de los bienes de los difuntos y son por testamento, expresión o testimonio de la voluntad del hombre acerca de la forma en que se ha de disponer de sus bienes, designando para ello a la o las personas a las cuales habrán de asignárseles o ab intestato, es decir cuando la persona muere sin testamento, y entonces es la ley la que determina a quien o quienes y cómo y en qué forma habrá de disponerse de los bienes del difunto.

Sucesión testamentaria.

En la ley 1, Tit. I, P. 6, se mencionan dos formas para la realización de los testamentos.

- Testamento nuncupativo o abierto. El que se realiza ante testigos, hecho de palabra o por escrito, mencionando a quienes se nombra como herederos y la forma y modo de disposición de sus derechos, hacienda y bienes.

- Testamento in scriptis o cerrado. El realizado por escrito ante siete testigos, no siervos ni menores de 14 años, ni mujer, ni hombre de mala fama, debiendo asentarse sus nombres en la parte final del testamento y sus sellos; firmando finalmente el testador.

De acuerdo con lo anterior, y con los títulos consultados, podemos decir que cualquier persona puede testar, por escrito o

de palabra pero se requiere que la persona esté en su entero juicio, pues si está privado de razón no puede disponer libre y responsablemente de sus bienes, por esto ni los locos o desmemoriados, infantes o pródigos podían testar; por último, todas las formalidades impuestas por la ley para realizar el testamento debían observarse, de lo contrario el testamento era nulo.

Como apuntamos, toda persona puede testar a excepción de los ya mencionados y por las mismas razones estaban impedidos para testar los sordos que sabían escribir, mudos de nacimiento, el ciego (aun cuando era válido su testamento si lo hacía el escribano real en presencia de cinco testigos).

Los condenados a muerte, si la pena incluía la confiscación de bienes, tampoco podían testar; igualmente aquellos delincuentes cuya pena era precisamente esa (los condenados por libelos infamatorios, los apóstatas, herejes). Eran inhábiles para testar los Obispos, por gozar de bienes de la iglesia y de los pobres, aunque sí se les permitía donarlos en vida; los clérigos-seculares, pero si hicieren algún testamento se les sostendría como válido; los canónigos seglares y demás religiosos profesos.²⁵

Los herederos instituidos en un testamento podían ser de tres clases:

- suyos (en él estaban los hijos, descendientes y demás familiares que pudieran ser designados herederos).
- necesarios. Que en las partidas se entendieron como los siervos designados como herederos por el testador, los cuales estaban obligados a aceptar y pagar las deudas y legados del testador, incluso debiendo pagar de su propio peculio, cuando la herencia no alcanzara; y sin embargo en las leyes de Toro, Rec. de Castilla y Novísima Rec. los herederos necesarios fueron aque-

llos que el testador "necesariamente" debía incluir, exceptuando aquellos que dieran causa de justa desheredación (descendientes, ascendientes, etc.).

- extraños. Los que no entraban en las clasificaciones anteriores.

El heredero podía aceptar o no la herencia; si no la aceptaba así debía expresarlo verbalmente o por escrito, incluso podía solicitar un plazo, entre 100 días y nueve meses si lo concedía el juez, y de un año si lo otorgaba el rey.

Si el heredero realizaba actos no considerados como de mera conservación, se tenía por aceptada tácitamente la herencia, o bien podía aceptarla de palabra o por escrito.

Una vez aceptada la herencia, expresa o tácitamente, ya no podía rechazarsele; claro que para evitar perjuicios a un heredero por razón de excesivas cargas en la herencia por aceptar, - la ley permitía aceptar una herencia con beneficio de inventario, que se efectuaría con las solemnidades de ley en presencia del juez y el escribano, si el inventario no era realizado el heredero tenía la obligación de pagar todas las deudas del testador.

Quiénes pueden ser herederos:

Heredero es aquella persona designada por otra para sucederle en todos sus bienes, derechos y obligaciones o parte de ellas, al momento de su muerte (ley 1, Tít. III, P. 6).

Pueden ser designados herederos el rey, la iglesia, las villas o ciudades, los clérigos y en sí, todo hombre que no tenga limitación específica en la ley para serlo (ley 2, Tít. III, P. 6).

No podían heredar los hijos producto de uniones prohibidas por la ley (incestuosos, adúlteros, etc.), tampoco pueden here-

dar los condenados a destierro perpetuo, o a trabajos forzados perpetuos en las minas del rey; traidores, herejes, apóstatas; los bautizados dos veces a sabiendas de esto; así tampoco las cofradías y ayuntamientos ilegales; la mujer viuda que se casare antes de transcurrido un año de la muerte de su marido (leyes 4 y 5, Tít. III, P. 6). Así tampoco podía ser instituido heredero el confesor que asiste al moribundo en sus últimas horas.

No podían heredar los bienes del cautivo aquellos que pudiéndolo liberar no lo hicieron; ni los que conociendo al asesino o matador del decuyus no lo denunciaban. Si el decuyus hubiere muerto por causa o consejo del heredero; o por adulterio de éste con la mujer de aquél; cuando pidiendo en los tribunales la nulidad del testamento perdía el pleito, etc. (leyes 6 y 13 Tít. VII, P. 6) y los bienes correspondientes pasaban al fisco.

La libertad del testador para disponer de sus bienes al momento de su muerte se encontraba limitada por algunas disposiciones dirigidas a proteger a su familia. Así, si el decuyus tenía hijos, no podía disponer en favor de extraños más de un quinto de su caudal.

Cuando el testador no tenía descendientes en línea recta y al morir sólo tenía ascendientes, podía disponer de un tercio de su patrimonio en favor de extraños; si no había hijos ni ascendientes tenía plena libertad para disponer de sus bienes; pudiendo nulificar dicho testamento sus hermanos o parientes colaterales sólo cuando en él se instituyera como heredero a persona de mala fama, a siervos del testador u otro a quien el testador hubiere aforado (ley 21, Tít. III, P. 6; ley 2, Tít. VIII, P. 6).

Los conyuges en el testamento.

El cónyuge supérstite casado por segunda vez, debía conser-

var a los hijos de su primer matrimonio todos los bienes obtenidos, por cualquier causa, de su primera unión (ley 15 de la legislación de Toro que se refiere a la ley 1, Tit. 11, Libro 3 - del fuero de las leyes). Teniendo en realidad el cónyuge supérstite sólo un usufructo sobre tales bienes hasta su muerte, mis- mos que al ocurrir ésta se adjudicaban a los hijos, conforme a - la voluntad del padre desde el momento de su muerte o de acuer- do con la ley.

Cuando la viuda quedaba pobre tenía derecho a la cuarta par- te de los bienes de su marido, mismos que debían entregar los - hijos del total del patrimonio adquirido por ellos de la heren- cia de su padre, siempre que no excediese esta cuarta parte a - cien libras de oro (ley 7, Tit. XIII, P. 6).

Nulidad (o invalidez) testamentaria.

El testamento realizado por persona inhabilitada expresamen- te por la ley o cuando dicho testamento no se realizaba con las formalidades esenciales de ley, se consideraba nulo y no produ- cía ningún efecto.

Sin embargo había testamentos que siendo en un principio - válidos, posteriormente perdían tal calidad, ya por el nacimien- to de un hijo, posterior a su realización o por el otorgamiento- de un instrumento sucesorio posterior.

Testamentos inoficiosos.

En ocasiones el testador, a pesar de cumplir con todas las formalidades en la realización de su última voluntad y sin tener ningún impedimento legal para expresarla, no respetaba el dere- cho de porción legítima de sus ascendientes o descendientes pa- ra sucederle, por lo tanto la ley (ley 1, Tit. VIII, P. 6) les- concedía la acción inoficiosi testamenti por medio de la cual-

los dichos parientes solicitaban, con expresión de legítima causa, al juez los admitiera como herederos, adjudicándoles las porciones señaladas por la ley, o bien les asignara la porción exacta correspondiente, cuando el testador les hubiere asignado menos de lo debido (ley 5, Tít. VIII, P. 6).

Si bien el derecho a ejercer la citada acción solo compete a los ascendientes o descendientes con derecho a porción legítima, por excepción también se les concede a los hermanos pero sólo cuando no hubiere ascendientes o descendientes y el heredero fuere hombre de mala fama (ley 2, Tít. VIII, P. 6).

Los efectos que producía tal acción eran:

- Nulificar el testamento, pero sólo respecto a la institución de heredero, y la forma en que se dividían las porciones de la herencia; quedando en vigor todo lo demás, legados, nombramiento de tutor, etc.

- Sólo se daba curso a esta acción cuando realmente el juez consideraba que el heredero no tenía otra forma de reclamar lo que por derecho le pertenecía.

- El derecho a ejercerla prescribía a los 5 años de aceptada la herencia por el heredero instituido. Si el pariente ascendiente o descendiente fuere menor de 25 años el término de prescripción era de 4 años y comenzaba a correr en cuanto el menor cumplía los 25 años.

La porción legítima correspondiente conforme a derecho a los ascendientes y descendientes como herederos legítimos, comprendía todos los bienes del decuyus, exceptuando la quinta parte, de la cual éste último puede disponer libremente (y en esta parte de donde eran cubiertos los gastos funerarios, misas, etc.) (ley 12, Tít. VI, Lib. 5 Rec. de Castilla).

Y la parte que los descendientes debían dar a sus ascendientes cuando no había descendientes, constituía sólo las dos terceras partes de sus bienes, quedando en libertad de disponer conforme a sus deseos de una tercera parte, sin perjuicio de la que correspondiere a sus descendientes cuando existieren (ley 1, - Tít. VIII, lib. 5, Rec. Cast.).

Sucesión ab intestato:

Es aquella institución por medio de la cual los hombres ganan los bienes patrimonio del decuys por razón del parentesco (prólogo. Tít. XIII, P. 6) sin que haya testamento alguno.

La ley 1, Tít. XIII, P. 6 reconoce cuatro formas de considerar que una persona ha muerto ab intestato.

- Cuando el hombre muere sin hacer testamento;
- Cuando hace testamento no cumplido (sin respetar las formalidades y requisitos que exige la ley para hacerlo).
- Cuando habiendo hecho testamento, éste se debe modificar por el nacimiento de un hijo posterior y no lo hace.
- Cuando habiendo testamento, sin ningún problema legal respecto de sus herederos, formalidades jurídicas o de contenido, - el heredero no acepta la herencia, desechándola.

Los descendientes directos de una persona muerta ab intestato, son quienes entraban en poder de los bienes del decuys, - ya fueren hombres o mujeres.

Cuando teniendo varios hijos, y un nieto cuyo padre o madre ya hubiere muerto, el nieto entraba como heredero con la misma porción de los hijos sin descendencia (ley 3, Tít. XIII, P. 6).

Así mismo, los abuelos o padres ascendientes pueden entrar en poder de los bienes del hijo difunto, ya sean el padre o la madre, si no hay hermanos, y si los hay, entrarán ellos en la -

parte de la herencia, junto con el padre y la madre por cabeza. En estos casos los abuelos o abuelas no entran en la repartición de bienes.

Solo cuando no hay padre, madre o hermanos, heredaban los abuelos, mitad para los maternos y la otra para los paternos, sin importar si de alguna de las ramas ya solo existía uno de ellos (ley 4, Tít. XIII, P. 6)

Los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos) tenían derecho a heredar ab intestato cuando el decuryo no tuviera parientes ascendientes y descendientes en línea recta, heredando por cabeza; así si el difunto tuviera cuatro hermanos, uno de ellos muerto pero con descendencia, los bienes se repartían en cuatro, correspondiendo a la descendencia del hermano difunto una cuarta parte, la cual a su vez se dividía en tantas partes como descendencia hubiera.

Los medio hermanos y sus hijos no podían suceder a su medio hermano muerto si el padre o la madre vínculo de la relación estaban muertos (ley 3, Tít. XIII, P. 6).

Finalmente, si no hubiera parientes ascendientes o descendientes que heredasen los bienes del difunto, ni parientes colaterales, se buscaba al pariente más cercano, hasta el décimo grado, para entregarle los bienes; pero si no hubiera tal, entonces la esposa legítima heredaba todos sus bienes; igualmente si la difunta era ella, él heredaba en las mismas circunstancias todos los bienes.

Pero aun en el caso anterior, si no fuese casado entonces heredaba los bienes del difunto la Cámara del Rey (ley 6, Tít. XIII, P. 6).

Los hijos ilegítimos naturales podían heredar junto con su madre dos de las doceavas partes en que se divide la herencia-

del padre muerto ab intestato cuando no hubiere hijos legítimos, ni dudas acerca del parentesco filial entre ambos (ley 8, Tít. - XIII, P. 6).

Solo recibiría una de las doce partes cuando la madre ya no viviese, teniendo o no el padre mujer legítima (ley 9, Tít. XIII P. 6).

Los hijos ilegítimos, con excepción de los naturales, no podían heredar de alguna manera los bienes de sus padres (ley 10, - Tít. XIII, P. 6); sin embargo todos los hijos, legítimos o no, - podían heredar los bienes de su madre, con excepción de los incestuosos o espurios (ley 11, Tít. XIII, P. 6).

Los hijos naturales muertos sin testamento, no teniendo hijos, nietos ni madre, eran sucedidos por sus hermanos por parte - de madre por ser ciertos (no del padre por prestarse a dudas el parentesco). Sólo cuando no hubiera hermanos por parte de la ma dre, ni hermano legítimo por parte de padre, entonces lo heredaban los hermanos naturales por parte de padre, por ser los más cercanos.

Por último los hijos naturales únicamente podían suceder a sus hermanos y demás parientes por parte de madre muerta ab intes tato (ley 12, Tít. XIII, P. 6).

Ya propiamente en el derecho aplicado a las nuevas posesiones de España en América, nos encontramos con que la cuestión su cesoria adquiere una nueva dimensión en relación a las encomiendas, pues como todos sabemos su regulación, en cuanto al término por el cual los españoles habrían de gozar de ellas, va desde los dos años hasta dos vidas y en ocasiones cuatro, por simulación.

La institución de la encomienda, tal y como se aplicó en - Nueva España, tiene su origen en la institución medieval, pero -

muy pronto adquiere noticium proprio que demandaban una regulación especial.

Respecto a la cuestión sucesoria de la misma, don Toribio Ezquivel nos dice que la primera real cédula que se ocupó de la sucesión de la encomienda es la de noviembre 6 de 1528, la cual establecía que a la muerte de un casado no debían quitársele los indios a su mujer, ni a sus hijos aunque estos fueren bastardos.²⁶ Práctica acostumbrada por la Audiencia de México, por vía de "dⁱ simulación", según nos dice el propio Ezquivel Obregón.

El 26 de mayo de 1536, a través de una real provisión, se establece en favor del encomendero el derecho a disfrutar de su encomienda por dos vidas, la de él y la de quien fuere su legítimo heredero, (casi siempre fue el mayor de los hijos legítimos) el cual tendría un escudero que serviría a la Corona por él en las guerras, con los mismos costos que su padre. Si el encomendero no tenía hijo de legítimo matrimonio, la encomienda pasaría a su viuda; si ésta se casare por segunda vez con otro encomendero no podría tener los dos repartimientos, debiendo escoger aquel que deseara²⁷. A partir de 1575, para que la viuda pudiera suceder en la encomienda debería haber vivido por lo menos seis meses en matrimonio con el encomendero, esto para evitar fraudes por casamientos post mortem.

Esto confirmaba la naturaleza jurídica de la encomienda, ya que como merced real, los monarcas no dejaban a libre albedrío del encomendero el señalar a su sucesor, sino que debería serlo su hijo mayor legítimo, y en su defecto su esposa legítima.

Aclarándose posteriormente por dos reales cédulas, de 4 de mayo y 5 de abril de 1552, respectivamente, que tanto las hijas como los hijos podían recibir por herencia la encomienda, asignán

douelas del mayor al menor, si los primeros tuvieran algún impedimento.

No obstante lo anterior, podemos ver como gracias a las constantes quejas, la mayoría fundadas en el mal trato de los indios, llevan a la corona a determinar, dentro de las Nuevas Leyes de - 1542, concretamente en la ley 30, que ni los virreyes, gobernadores o audiencias, den a persona alguna y bajo ninguna circunstancia, nuevo título de encomienda; ni por herencia, pues dispone que a la muerte del encomendero los indios pasen a la tutela de la Corona. Debiendo las Audiencias recabar los datos necesarios en relación a la actitud del encomendero con sus indios, su calidad y categoría y sus méritos para con la Corona, así como el informe de sus parientes (mujer viuda e hijos que dejó), enviando tal información a la metrópoli para que los monarcas proveyeren lo necesario en relación a la mujer e hijos, y si entre tanto la Audiencia considera necesario asignar algún beneficio a los dichos parientes, les determine una cantidad suficiente del tributo proveniente de los indios de su encomienda, pero en el entendido de que tales indios ya estaban bajo la tutela real.²⁸

Fue tal el revuelo generado por esta disposición, que finalmente el Emperador Carlos V revocó el contenido de la misma por una cédula dictada en la ciudad de Malinas de fecha 20 de octubre de 1545, subsistiendo solamente la prohibición para los virreyes, gobernadores y audiencias de crear nuevas encomiendas con indios vacos; por lo demás, la cuestión sucesoria en relación a la encomienda se regularía como hasta entonces.

De acuerdo con el principio de considerar a la encomienda como una merced real, y de que por lo tanto no era admisible en ella el derecho de representación, si a la muerte del encomendero

ya hubiere fallecido su primogénito, los tratadistas opinaban que debía sucederle el hijo siguiente del primer encomendero y no el nieto mayor nacido de su primogénito. Sin embargo en 1580, el 31 de enero, Felipe II por cédula real, más tarde la ley 5, Tit. 11, Lib. VI de la Rec. de 1580, dispuso que a la muerte del encomendero le sucederían en ella su primogénito o los descendientes de éste del mayor al menor.

En caso de segundas nupcias, si la segunda mujer del encomendero tenía encomienda por una vida, y la del encomendero fuere - de dos, el encomendero podía escoger entre una u otra, pero ateniéndose a la duración original de cada una de ellas; y así si escogía la de la mujer, a la muerte de ella la encomienda pasaba a la Corona; en cambio si el que moría era el encomendero, la encomienda de la mujer volvía a ella, y los hijos del primer matrimonio del encomendero no podían sucederle respecto de la encomienda de su segunda esposa.

Ahora bien, respecto al derecho del padre a disfrutar del usufructo producto de encomienda adquirida por el hijo proveniente de la madre o abuelos maternos, la ley no resolvía de manera clara esta situación; sin embargo Esquivel Obregón nos explica que la solución más aceptada era la de los tratadistas Matienzo y León Pinelo, en el sentido negativo, por considerar a la encomienda como un acto de liberalidad del príncipe, lo cual semejaba a la encomienda con un bien cunsi castrense, de los que el padre no tenía derecho de usufructo. Para Solórzano la encomienda era parte de los bienes profecticios y por lo tanto el padre si tenía derecho al usufructo, pero don Toribio Esquivel nos explica que solo hay un caso particular, aquel en el cual, si bien el rey no otorgaba la encomienda, lo hace para beneficiar al marido cedién-

dola con el carácter de una dote.²⁹

, Los hijos naturales legitimados por subsecuente matrimonio y los hijos putativos, si podían ser llamados a la sucesión de las encomiendas; pero para que los hijos legitimados por rescripto - del príncipe pudieran suceder al propio padre, debía señalarlo así en el rescripto de legitimación.

Los religiosos de ambos sexos y los clérigos también estaban incapacitados para suceder en encomiendas, aun cuando éstos últimos sólo si pertenecieran a órdenes mayores. Tampoco podían suceder los propietarios de otra encomienda; ni se les asignaba a aquellos herederos que al momento de diferirse la encomienda no estuvieren en Indias, pasando a suceder el pariente de grado más cercano.

Sin embargo, las incapacidades legales para suceder en las encomiendas, en muchas ocasiones fueron dispensadas por la corona mediante el pago de composiciones importantes por parte del heredero (lo cual revela aún más el carácter mercantilista tan marcado de la presencia española en América), y así vemos como en la cédula real de 1559 se permite a los hijos naturales suceder en encomienda a sus padres cuando no hubiere legítimos, mediante el pago respectivo, cuyo monto iba en relación al valor de la encomienda; o la cédula real de abril 8 de 1629 que permite la concesión de prórroga para una tercera vida, en la encomienda mediante el cobro de una composición.³⁰

El mayorazgo.

Esta institución jurídica de índole familiar, se remonta en el derecho español, hasta las leyes conocidas como las Siete Partidas, de Alfonso X el Sabio.

El mayorazgo era la institución a través de la cual, el fundador del mismo, heredaba sus bienes en favor del primogénito (generalmente) o el elegido conforme a las propias reglas fijadas por el fundador, con la carga de que tales bienes se conservaran perpetuamente integrados al patrimonio de la familia.

Existían diversas formas de establecer el mayorazgo; y así tenemos el regular, por el cual se seguía el orden de sucesión fijado por la ley (ley 2, Tit. XV, P. 2) que en sus propios términos consignaba como preferido, siempre de "el mayor al menor y el varón a la hembra".

Los irregulares, en los cuales el propio fundador establecía la forma y modos en que se sucederían los bienes del mayorazgo, dentro de estos tenemos:

a) El mayorazgo de rigurosa asignación (sólo sucedían los hombres);

b) El mayorazgo de fingida asignación (en favor de hombre pariente de la madre o mujer en donde, después del primer nombrado, sucederían sus descendientes varones o de la mujer);

c) El mayorazgo de pura masculinidad (sólo sucedían los parientes masculinos del fundador, ya fueren agnados o cognados);

d) El de feminidad o asignación contraria (sólo las mujeres podían suceder);

Y en general, había tantas clases de mayorazgos irregulares como formas para suceder establecieran los fundadores, siempre y cuando no fueren contra las leyes de Dios y de los hombres.

En un principio su fundación sólo era posible mediante licencia real y como un privilegio de la nobleza, pero más tarde se extendió a quienes tuvieran poderío económico.

Manteniendo esta institución como merced real, la Corona e-

jerci6 un control del crecimiento de latifundios amayorazgados.

El fundador de un mayorazgo podfa modificarlo o revocarlo - en vida, cuando asi lo quisiere, anul6ndose todo derecho contrario a la voluntad del fundador (siempre que se apegara a la ley); por 6sto los hijos privados de su legitima herencia tenfan en su fa vor el derecho de alimentos, y las hijas mujeres adem6s tenfan a asegurado su derecho a dote.

El mayorazgo se podfa establecer por contrato, escritura in tervivos, codicilo o testamento. Y consiste primeramente en la - solicitud de fundaci6n, en la cual se definfa clausularmente el - orden necesario y r6gimen patrimonial del mayorazgo, reglamentando las cuestiones de arrendamiento, censo, etc.

La confiscabilidad del mayorazgo, respecto de diversos derechos- como dotes, alimentos, usufructos; administraci6n de mayorazgo - en caso de herederos menores; exclusi6n e inclusi6n de impedidos, hijos legftimos; y las reservas de derecho establecidas en su fa vor por el propio fundador.

La mujer por testamento podfa fundar mayorazgo sin licencia del marido, pero necesitaba autorizaci6n real; por escritura in tervivos el permiso era indispensable.

Tambi6n podfa fundarse por comisi6n testamentaria del fundador a otra persona, quien deberfa tener un poder solemne para probar y realizar la voluntad del testador-fundador.

Solo los hijos legftimos o legitimados por subsecuente matrimonio podfan suceder por mayorazgo, y la sucesi6n ocurrirfa por- derecho de sangre, por lo cual el hijo sucedfa aun cuando el padre lo hubiere desheredado.

De acuerdo con la ley 41 de Toro, la existencia del mayorazgo se probaba por la escritura de constituci6n, por la licencia-

real o por testigos que así lo confirmen; y por la demostración de la existencia de tiempo inmemorial de dicho mayorazgo.

En el mayorazgo la voluntad del fundador prevalecía por sobre las reglas de sucesión, según su voluntad y conveniencia, y solo él podía revocarlo, fijar o añadir condiciones, imponer cargas (a menos que habiéndose constituido entre vivos se hubiere dado la posesión del mayorazgo al beneficiario, o al momento de fundarlo lo hubiere hecho con carácter irrevocable).

El beneficiario del mayorazgo debía cumplir con todas y cada una de las condiciones y cargas impuestas por el fundador; los bienes de mayorazgo eran inalienables.

El incumplimiento de la voluntad del fundador por parte del poseedor originaba su destitución como tal, y entraba en la nueva posesión del mayorazgo aquel que conforme a las reglas del fundador le correspondiere.

En Nueva España para fundar un mayorazgo, como requisito previo, debía solicitarse a la Audiencia informara directamente, y no por conducto del posible fundador, lo relativo al número de sus hijos, bienes, derechos y haciendas, su calidad y valor, y si no existía algún inconveniente para su fundación.³¹

A los pobladores y colonizadores de las nuevas tierras se les concedió por gracia real de Felipe II, la posibilidad de fundar uno o más mayorazgos, dotando respectivamente a sus familias de las tierras y bienes que les correspondieren a los fundadores por los grandes servicios prestados a la Corona en el engrandecimiento del reino, siempre y cuando tales pobladores y colonizadores cumplieran con todas sus obligaciones, legales y cristianas, en la fundación de su asiento o población, de acuerdo a lo capitulado, lo cual resultó ser una de las causas más determinantes-

en el crecimiento de los dominios españoles de América.³²

Sucesión en Cacicazgo.

Como lo mencionamos en el capítulo primero inciso b) del presente trabajo, al hablar de las instituciones indígenas conservadas al término de la conquista, el Emperador Carlos V ordenó, por real provisión de 6 de agosto de 1555, se guardaran y respetaran las leyes y costumbres indígenas que de antiguo tenían, y las que ellos se dieran en estos tiempos para su gobierno y policía, siempre y cuando estas no contravinieren los principios fundamentales del cristianismo y los del nuevo derecho.

Por lo cual, y en relación a la sucesión de los cacicazgos, Felipe II, en una real cédula fechada en febrero 26 de 1557, dispone que las Reales Audiencias hagan justicia a los caciques o señores, descendientes de los primeros monarcas y señores en tiempos de su infidelidad, que pretendieran hacer valer su legítimo derecho como herederos del señorío o cacicazgo correspondiente. Incluso las audiencias debían proceder de oficio en cada pueblo para restablecer el orden y el gobierno acostumbrado, decidiendo las cuestiones sucesorias conforme a las costumbres y tradiciones legales de los mismos.³³

A este respecto cabría mencionar primero, que la idealidad de estas disposiciones no concuerda con la realidad vivida en Nueva España, pues eran tantos los problemas surgidos en ella que resultaba bastante difícil creer que la Audiencia de motu proprio se avocaría, con el interés y esfuerzo necesario, para reivindicar a los legítimos herederos de las diversas cabeceras o señoríos de los pueblos indígenas, pues el hacerlo hubiera implicado el retraso de otros asuntos de mayor importancia para los españoles.

Por otro lado, para realizar las asignaciones necesarias conforme a las tradiciones y costumbres indígenas, era necesario conocerlas, aplicando sólo aquellas que no fueren contra la iglesia o las leyes españolas, lo cual no era fácil de realizar; finalmente, como es de todos conocido, al momento de la conquista el caos social en el mundo indígena, producido por el choque con el nuevo mundo, trae como consecuencia que muchos indígenas actuando maliciosamente, se hicieran de un linaje que en realidad no tenían, ya con engaños a los españoles o ya por haberse congraciado con ellos por hacerles algunos servicios, o bien porque muchos de los nobles con legítimo derecho de sucesión en el señorío correspondiente, o murieron o por orgullo de nobles no quisieron reclamar de su verdugo algo que por derecho les correspondía y huían a morir en los bosques y montañas.

Testamento de Indios.³⁴

El multicitado investigador don Toribio Esquivel Obregón, nos explica que los indios tenían en la legislación de Indias, una gran libertad para disponer de sus bienes a su muerte por la vía testamentaria, pues la Corona comprendió que obligar al indio a cumplir con todas las formalidades exigidas por el derecho español para realizar un testamento, tanto en su contenido como en su forma, habrían hecho imposible a cualquier natural, sobre todo en los inicios de la Nueva España, el poder disponer libremente y conforme a su voluntad, de sus bienes para después de su muerte.

Aun con las facilidades concedidas por la ley, muchos indios morían intestados o no cumplían con las mínimas formalidades, provocando que otras personas se aprovecharan de esta situación, por

lo cual dispuso la Corona: "...los doctrineros y otras personas, recogiendo sus bienes y alhajas, (las de los indios muertos sin-testamento), y disponiendo que se gasten en limosnas y sufragios ...y para que no se queden exheredados los hijos, padres o hermanos, y los demás que conforme a derecho deben suceder rogamos y encargamos a los Arzobispos y Obispos y provinciales de las religiones que con efecto remedien los excesos que en estos casos intervinieren, haciendole las diligencias que son obligadas. Y mandamos a nuestros virreyes, audiencias y gobernadores que cerca de lo susodicho hagan guardar y guarden lo dispuesto por derecho y leyes de estos reinos de Castilla..." (Rec. de Indias lib. I, - Tit. 13, ley 9).

La forma que exigía la ley para el testamento de indios la tomaremos del texto de Solórzano citado por don Toribio Esquivel:

"...porque en esta materia de testar tienen los indios plena libertad y facultad, y aun mayores privilegios que los rústicos (otra forma privilegiada testamentaria concedida al hombre rústico para que en presencia de cinco testigos; y no siete que era lo normal; expresaran su voluntad, siendo requisito que cuando menos uno de ellos supiere firmar para que firmara por los demás); pues si en los testamentos de éstos se requiere a lo menos cinco testigos, y hay quien diga que deben ser rogados y vecinos, en las Indias está recibido que no necesitan de hacerse ante escribano, ni testigos vecinos, y rogados, sino que basta que intervengan dos o tres testigos varones o hembras de los que allí cómodamente se hallaren. Y comprobado ésto después ante juez competente, el cual se persuade que lleva color de verdad, vale y pasa por testamento solemne y se lleva a debida ejecución. Porque todo esto obra en los indios su mucha simplicidad y llaneza, y ha-

llarse muchas veces en partes donde no hay escribanos, ni testigos".³⁵

c) Regulación del comercio en la Nueva España.

Como todos sabemos, el móvil principal del financiamiento de los reyes católicos al Almirante genovés para navegar hacia el este del atlántico en busca de una nueva ruta a las Indias orientales, fue eminentemente mercantil, pues requerían mantener el comercio de las especias y los turcos habían cortado a España el paso a oriente a través del Asia menor y los portugueses no permitían la navegación por el cabo de Buena Esperanza (en esos años los navegantes no se atrevían a alejarse mucho de las costas y sólo bordeando el África se llegaba por mar a la India).

Esto impedía a España el participar en los productivos mercados de oriente, restándole o limitando su presencia político-militar, lo cual en verdad preocupaba a la Corona.

Con el tiempo España poco a poco se percató de la importancia político-económica que le pueden significar sus posesiones en América, pues las riquezas naturales, sobre todo en la etapa continental de su presencia en el nuevo mundo, lo darán una amplia hegemonía y relevancia frente a todos los estados europeos.

Esto puede explicar la política económica que trata de seguir España a lo largo de los 300 años de colonialismo, y que de acuerdo con don José Ma. Ols y Capdequí³⁶, tiene dos principios rectores fundamentales:

- El exclusivismo colonial que, con algunas excepciones, sólo permite a los súbditos de los reinos de Castilla y León, en un principio, y posteriormente a los pertenecientes al reino de Aragón, el comercio directo con las colonias.

- La teoría de los metales preciosos, que finca el poderío económico-político-militar de los estados europeos del Renacimiento en la mayor o menor cantidad de metales preciosos (oro y plata principalmente) que tengan o sean capaces de adquirir.

Principios que, finalmente no permitieron el desarrollo comercial de las colonias, frenando el fortalecimiento de la industria española y del comercio español en general.

- El comercio en la etapa anterior a la Casa de Contratación.

Ya desde el segundo viaje de Cristóbal Colón, la Corona quiere establecer el monopolio comercial con las Indias en su beneficio.

Por lo cual, en las instrucciones dadas al almirante en mayo 29 de 1493, prohíbe el comercio a las Indias o de ellas a la metrópoli, a cualquier persona, toda persona o mercancía cuyo destino fueren las Indias debía registrarse ante un agente de la Real Hacienda al momento de salir, y al llegar a su destino se verificaría con un nuevo registro que era comparado con el primero; las mercancías que excedieren al primer registro eran para beneficio de la Corona; las personas que no estuvieren en el primer registro eran regresadas a España, debiendo cubrir su viaje de retorno (y el de ida si no lo hubiere cubierto).

En las mismas instrucciones se dispuso que el Almirante estableciera una estación aduanal (que recibiría las mercancías regulares enviadas a Indias, y toda operación mercantil y comercial se debía realizar, para su validez ante el tesorero, el interventor y un diputado o personero del Almirante, debiéndose asentar en un libro de registro destinado al tal efecto.

El monopolio real resultó efímero, pues ya en una cédula real del 10 de abril de 1495, se concedió a los súbditos de los -

reinos de Castilla y León la facultad para viajar al nuevo mundo, ya sea para establecerse, ya para desarrollar alguna actividad - comercial. Los barcos, las mercaderías y el pasaje tendrían un - minucioso registro en el puerto de Cádiz, que en los primeros -- años de navegación a las Indias fue el único puerto de salida y arribo del nuevo mundo.

Durante esta época, la Corona reservaba para su uso una décima parte del tonelaje del navío, por supuesto libre de flete y otra décima parte de las ganancias obtenidas del comercio particular. Del oro adquirido o extraído en la Española la Corona se reservaba las dos terceras partes.³⁷

En los primeros años de comercio de España con las Indias, el realizado de la metrópoli a la colonia fue el más importante, dado que en ésta aún no se producía lo necesario para la subsistencia de los españoles, por lo que a través de reales decretos de principios de 1497, las mercancías importadas, y las exportaciones para el mantenimiento y sostén de las colonias quedaron exentas del pago de almojarifazgo, portazgo y cualquier otro gravamen, así como del pago de alcabala de las mercancías importadas a la metrópoli por su primer venta.³⁸

En 1504 esta exención se prorrogó a diez años y fue renovada por Carlos V en 1519 y en 1523 (en las capitulaciones de descubrimiento nuevo y población de Hernán Cortés)³⁹; por lo cual - la Corona no recibió nada por derechos de aduana del comercio americano sino hasta 1534. Tales exenciones se referían sólo a la - salida de mercancías de los puertos españoles y no a la entrada de las mismas en los puertos americanos así, casi desde un principio, las mercancías que entraban en la Española pagaban derechos del 7.5%, en las instrucciones dadas en 1503 al gobernador de la En

pañola, don Nicolás de Ovando, se le facultaba expresamente para gravar las mercancías llegadas de España. Y en un decreto arancelario de 1504, que dispensaba al comercio americano en Sevilla, establecía en forma expresa que cuando alguna mercancía fuere introducida en Indias se pagaría el almojarifazgo a la tasa acostumbrada en Sevilla (el almojarifazgo era el impuesto cobrado sobre la importación y exportación de toda mercancía destinada a la venta, tanto de las que estuvieren en tránsito a las Indias, como las procedentes de ellas).⁴⁰

- El comercio en la época de la casa de Contratación de Sevilla.

A partir de 1493 y durante toda una década, Cádiz fue el punto de partida y llegada de la navegación a las Indias, pero al desarrollarse y tornarse cada vez más complejos los asuntos de las Indias, fue necesaria la creación de un órgano especial que atendiera tales cuestiones, por lo cual en 1503, en enero 20, se dan las primeras Ordenanzas de la Casa de Contratación de las Indias, y todas las atribuciones de organización y fiscalización de las nuevas posesiones y su comercio, que una vez estuvieron en manos del miembro del Consejo de Castilla don Juan Rodríguez de Fonseca, pasaron a la Casa, que por real cédula de 14 de febrero de 1503 adquiere su asiento definitivo en Sevilla.

Las razones principales por las cuales los monarcas establecen la Casa en el puerto interior de Sevilla son, al decir del investigador chileno Sergio Riveaux, las siguientes:⁴¹

- "1.- Ser puerto interior de fácil acceso por el Guadalquivir con mayor proximidad que los marítimos a la región central, donde generalmente se encontraba la Corte y libre de ataques enemigos (corsarios, piratas, etc.)

- 2.- Gran tradición comercial con los puertos de mayor tráfico de esa época en el mediterráneo (Génova y Venecia).
- 3.- Tradición expansiva acreditada en Africa y la reciente reconquista de Granada (1492).
- 4.- Existir en ella factorías extranjeras y Casañ de Banca, etc."

En las primeras Ordenanzas de la Casa, sus principales atribuciones en materia de comercio son: servir de almacén de las mercancías provenientes de las Indias o que estuvieren por enviarse, debiendo estudiar las necesidades económicas de las nuevas posesiones, con la finalidad de satisfacer y buscar los mercados europeos donde se pudiesen adquirir a un bajo costo para enviarlas.⁴² De estos estudios se originó que algunas mercancías de importación a las nuevas posesiones, requirieran de una licencia especial de exportación de la metrópoli (v. gr. metales preciosos labrados, animales de crianza y las armas; así como los esclavos negros, - cuya demanda era muy elevada en las colonias, pues si bien en un principio su trato fue prohibido por Isabel, en 1510 se expidieron un sinnúmero de licencias para su comercio e importación a Indias, dadas las ventajas económicas que su trato reportaba a la Corona. Para 1518 ya se realiza el primer gran asiento de negros con Lorenzo de Gorrenword, gobernador de Bresse).⁴³

Tenía además competencia en asuntos concernientes a contratos comerciales, compañías (sociedades) de comercio, fletes, negros, etc.; debiendo ajustar sus procedimientos y fallos a las leyes y costumbres del consulado de Burgos.⁴⁴

En marzo de 1503 se dan instrucciones al gobernador de la Española, Nicolás de Ovando, para que fundase una institución similar a la Casa Sevillana en la isla, lo cual no es más que una-

reiteración del deseo de establecer una aduana en las Indias, como se le había ordenado a Colón en las instrucciones de 1543.

El 15 de junio de 1510 se dan nuevas Ordenanzas a la Casa - de Contratación y en ellas la idea monopólica de la Corona en el comercio con las tierras descubiertas se diluye. Se dan reglas - más complejas para el registro de las embarcaciones, teneduría - de libros sobre despachos oficiales, de cuenta y asiento de las entradas y salidas de los bienes reales y de las mercancías almacenadas para el bastimento de las flotas; se dan instrucciones - para evitar la importación clandestina de metales preciosos; se dan normas dirigidas a regular el comercio particular; así como sobre las funciones y deberes de los funcionarios de la Casa.⁴⁵

Al morir la reina Isabel en 1504, el rey Fernando se hace - cargo por algún tiempo del reino y por esos años concede el derecho de comerciar en América, no sólo a los súbditos de Castilla y León, sino también a los del reino de Aragón, primero, y después para todos sus súbditos, incluidos los extranjeros residentes en Castilla, Cádiz, Sevilla y Jerez, siempre que tuvieran bienes -- raíces en alguna de estas ciudades o reinos y una residencia superior a los 15 años en alguno de los reinos peninsulares, y para realizar el comercio debían asociarse con españoles y tener - en Indias, como representantes o factores, a españoles naturalizados.⁴⁶

Cabe aquí notar que aun a pesar del auge adquirido por Sevilla como centro generador del comercio entre España y América, - Cádiz aún continuó siendo "el otro puerto", de donde también podían salir directamente embarcaciones a las Indias, ya para 1508 por disposición expresa, algunas naves podían salir directamente de este puerto rumbo a occidente, pero siempre bajo el control -

de la delegación sevillana que para ese efecto se asentaría en Cádiz.

La importancia de la Casa Sevillana como órgano superior administrador y de gobierno de las Indias iba en aumento y por real provisión de septiembre 26, de 1511 se le facultaba para conocer de los juicios civiles y criminales en ocasión del comercio y/o la navegación a las Indias.

Así en 1534, 1536, 1539 y 1543 se expiden reglamentos de la Casa cuya importancia radica en la regulación del abasto, tripulación y armamento de las flotas.

Las de 1539 en particular, facultaban a la Casa de Sevilla para conocer y sancionar las causas criminales derivadas del incumplimiento de las Ordenanzas y leyes y provisiones de la Casa - o comercio, dicha competencia era exclusiva de las autoridades judiciales de la contratación, con exclusión de cualquier otro tribunal o autoridad en asuntos de esta naturaleza.

Fiscalmente la Casa se encargaba de la recepción de los metales preciosos correspondientes a la Corona por concepto del "quinto real", así como de la percepción de las rentas provenientes de los bienes reales.⁴⁷

Sin embargo en 1552 se vuelven a reunir en nuevas Ordenanzas todas las disposiciones que regulaban el funcionamiento de la Casa, destacando por interés a nuestro estudio las relativas a los deberes y calificaciones de comerciantes, pasajeros, banqueros, maestros, marinos, etc.⁴⁸

- El comercio indiano en la época del Consejo Real y Supremo de Indias.

Con la creación del Supremo Consejo de Indias el auge de la Casa Sevillana decrece, aun cuando siguió teniendo gran ingeren-

cia en las cuestiones mercantiles. Para 1539 su jurisdicción se ve restringida a las cuestiones civiles del comercio y comunicaciones exclusivamente, siendo apelables sus resoluciones ante la Audiencia de Grados hasta los 40 000 maravedís, los que sobrepasaren de tal cantidad correspondían a la jurisdicción del Consejo.

El primero de agosto de 1524 se establece el Real y Supremo Consejo de Indias, como órgano independiente tenía a su cargo la revisión en última instancia de todos los asuntos de Indias, tanto civiles como criminales, nombraba funcionarios, se encargaba de los aprestos de las flotas, y en general de toda la organización jurídica, administrativa y comercial de las colonias, por lo cual tuvo facultades para legislar en todas estas materias, en especial la mercantil y comercial; y así vemos como regula expediciones de descubrimiento nuevo y población, consulados, tráfico marítimo, organización político-administrativa de las colonias, funcionamiento de audiencias, virreinos, etc.

En la época del emperador Carlos V el comercio abre sus puertas a los extranjeros e intenta acabar con el monopolio del comercio indiano de la ciudad de Sevilla.

El primer paso importante lo constituye un Edicto de 1526, por el cual el Emperador autoriza a todos sus vasallos, y no sólo a sus súbditos españoles, a comerciar con las Indias.

La medida provocó un efímero auge comercial en las nuevas tierras, tanto en la formación de compañías de comercio y el establecimiento de factorías en América, como en concesiones de colonización, principalmente con sus súbditos alemanes.

En 1529, mediante cédula real, autorizó la salida de embarcaciones de los puertos de Bayona, Avilés, Laredo, Bilbao, San Sebastián, Málaga, Cartagena y Cádiz, con rumbo a Indias y no sólo

del puerto de Sevilla, aun cuando a su regreso todos debían tocar el puerto sevillano antes de atracar en cualquier otro.

Congruente con esta política, el emperador, por cédula real de abril 2 de 1540, autoriza que todos los navíos con destino a Indias se carguen libremente y permite a los mercaderes y contantes cargar sus mercancías en cualquier tipo de embarcación, procurando que tuvieren la defensa suficiente.⁴⁹

El 28 de febrero de 1543 el emperador decretó la revocación de las exenciones tributarias al comercio con las Indias "...todas y cualesquier persona que traxesen a estos reinos, de las Indias, cualesquier mercaderías y mantenimientos y otras cosas, o los cargasen en estos dichos reinos para los llevar a las dichas Indias, paguen de entrada por tierra, y cargo, y descargo, y venta de ellas los derechos de almojarifazgo y alcabala, y otros derechos que de ellas nos debieren, conforme a las leyes y condiciones del quadero del almojarifazgo del arzobispo de Sevilla y obispado de Cádiz".⁵⁰ Sólo quedaban exceptuadas las pertenencias personales de los pasajeros, los objetos sagrados y destinados al culto y todo aquello que fuere destinado al servicio real.

Los derechos de exportación a cubrir en Sevilla y Cádiz eran del 2.5% ad valorem y de 5% el de importación en cualquier puerto de América, más una alcabala del 10% por la primera venta, se verificase o no, en un principio se aplicó en forma restringida y fue del 2% del valor del producto, pero a fines del s. XVI los problemas económicos de la Corona obligaron a introducir de manga general la alcabala en las colonias.

Para 1566 el impuesto de exportación de España a América, en su salida, se incrementó a un 5% y en su entrada al puerto colonial a un 10%, pagándose un total de 15% de almojarifazgo; el de Impor

tación de productos o mercancías provenientes de América aumentó a un 17.5% total, hasta 1660.

El comercio intercolonial fue gravado en un 5% sobre importación y en un 2.5% por exportación, con un total de 7.5% de impuesto de almojarifazgo, exceptuando de este impuesto al trigo, la harina y las legumbres en puertos de una misma provincia.⁵¹

Conforme crecía el comercio en América, los enemigos de España (Inglaterra, Holanda y Francia) protegieron, estimularon e incluso patrocinaron la piratería y las empresas del contrabando, -ésto obligó a la Corona española a preparar flotas armadas para la protección del comercio y la navegación, cobrando a los mercaderes y comerciantes un impuesto que se denominó de Avería.

Toda mercancía exportada o importada de España con destino o proveniente de las Indias, debería pagar el impuesto de Avería.

Su tasa se calculaba en forma proporcional tomando como base el monto de los artículos y mercaderías en tráfico, computándolo con los costos de preparación, armado y bastimento de la armada.

Los oficiales de la Casa de Contratación, el Prior y Cónsules de la Universidad de Mercaderes sevillanos efectuaban dichos cálculos y cobraban el impuesto en el momento de registro de las mercancías.

Todos estaban sujetos al pago de dicho impuesto, incluso la Corona, estando exentos tan sólo los objetos sagrados y de culto, las mercancías que representaren alguna ganancia a los capitanes por su fletamiento, así como el azogue de la Corona.

Esta armada fue establecida en 1522, la cual parece se disolvió tres años mas tarde, integrándose nuevamente en 1528, 1533 y 1536, obedeciendo a sucesivos contratos celebrados por los comer

cientes con la Corona o los particulares; este impuesto también se cobró a las ciudades costeras expuestas al peligro de la piratería.⁵²

La liberación del comercio durante la época de Carlos V llegó incluso al punto de promover las industrias en las colonias. - El deseo de crear industrias productivas en América data de los inicios de la dominación española, y en calidad y capacidad habría sido competitiva, aun en Europa, pero dada la política monopolista y proteccionista de la Corona se prohibieron las industrias coloniales que de alguna manera pudieran competir y afectar la producción de la metrópoli.

A pesar de esto hay industrias novohispanas, como la textil, que adquieren gran relevancia (los rasos, sedas, tafetanos y terciopelos, fueron muy estimados y su producción alcanza a satisfacer las necesidades regionales e incluso se exportaron al Perú).

La plantación del árbol de la morera es común y apreciada, - incluso don Martín Cortés, en 1537, celebra un contrato con el virrey para plantar cien mil de estos árboles en un período de quince años.

Para 1543 existían ya en Nueva España más de cuarenta fábricas textiles protegidas por distintas ordenanzas, que incluso garantizaban su crecimiento.⁵³

En ese mismo año, el 23 de agosto, y dado el auge económico que estaban alcanzando las colonias de América, el Emperador dispuso que anexo a la Casa de Contratación se formara un Consulado de comerciantes bajo el nombre de Universidad de Cargadores de las Indias.

Este consulado estaría integrado por un Prior y un Cónsul, - electo anualmente de entre los mismos comerciantes y cargadores-

de Indias en Sevilla, por treinta electores previamente designados y elegidos por los dichos cargadores y mercaderes (leyes 1, - 2 y 8, Tít. VI, Lib. 9 R.I.).

Las atribuciones de este Consulado fueron, el tener jurisdicción para conocer de cualquier diferencia y pleito que hubiere - sobre cosas tocantes a las mercaderías llevadas o enviadas a las Indias, o provenientes de ellas; entre mercader y mercader, y - compañías (sociedades mercantiles) y factores, sobre asunto de - compra-venta, cambios, seguros, cuentas y compañías que hayan te - nido y tengan, fletamiento de navíos y factorías que tales merca - deros hubieren dado a sus respectivos factores, tanto en los rei - nos de España como en los de Indias; y en general, sobre todas las cosas tocantes al trato, comercio y mercaderías de las Indias, - para que las oigan, conozcan y resuelvan breve y sumariamente, - según estilos de mercaderes y sin dar lugar a dilaciones. También tenían facultades de conocer de los fraudes cometidos por los so - cios o factores en contra de compañías o mercaderes; ya por no - querer rendir las cuentas debidas, ya por haber tomado para sí - parte de la hacienda de sus compañeros o amo, con sanciones que van desde la pena civil, hasta la inhabilitación en la profesión de mercader; y si mereciese pena criminal debía ser remitido a - la Casa de Contratación para su castigo; igualmente el Consulado tenía facultades para conocer, en vía de composición, de las que - bras de los mercaderes y hombres de negocios (con apelación ante el Consejo de Indias por sus relaciones en este punto), con ex - cepción de los bancos públicos y de los mercaderes que no perte - necieren al Consulado de Indias. Teniendo así mismo jurisdicción sobre las causas que ocurriesen entre los cargadores de la ciudad de Cádiz (leyes 23, 24 y 25, Tít. VI, Lib. 9 R. I.)

Las causas criminales, con excepción de las quiebras, quedan bajo la jurisdicción y conocimiento de la Casa sevillana (Ley 26, Tít. VI, Lib. 9 R. I.).

Por último, cabe mencionar que este Consulado tuvo la facultad de darse a sí mismo sus propias ordenanzas, las cuales sólo serían válidas con la aprobación del Supremo Consejo (Ley 55, Tít. VI, Lib. 9 R.I.).

En 1556, Felipe II de España, sube al trono a la abdicación de su padre, el emperador Carlos I de España, con su llegada al trono la política comercial de la Corona vuelve a reestablecer el monopolio comercial con Indias para los peninsulares, principalmente los sevillanos.

Así, en 1573 revoca la cédula real de su padre mediante la cual se había habilitado a otros puertos, además del sevillano, para comercial con Indias. Se retorna al exclusivismo comercial de los españoles y para los hijos de extranjeros católicos con residencia mínima de diez años y domicilio adquirido en España.

Por edicto de julio 14, de 1561, se amplía el permiso a los extranjeros en España o América, con cuando menos diez años de residencia constante, casados con mujer española y que poseyeren raíces en cualquier reino español, con excepción de los soldados. ⁵⁴

Esta política monopolista propició el contrabando en cifras tan alarmantes que el Consejo legisló en forma especial para castigar su práctica y procurar su erradicación. Esta legislación se conoce con el nombre de Ordenanzas contra los descaminos y las arribadas forzosas, de 17 de enero de 1591. ⁵⁵

Como era de esperarse, la política económica de la Corona provocó un estancamiento del desarrollo comercial tanto colonial

como peninsular.

Esta fue una de las causas por las que Felipe II tuvo que - conceder mayores licencias para el tráfico de esclavos, actividad redituable, tanto para la Corona, como para los tratantes, que - se convirtió en una rama "comercial" muy explotada por los mercaderes que llevaban esclavos de Africa a las Indias. ⁵⁶

Con el descubrimiento de las Filipinas, a mediados del s. - XVI, el comercio de la Nueva España se convirtió no sólo en un - comercio directo, sino además en un comercio de tráfico de los - productos procedentes de oriente y que arrivaban en las Naos al puerto de Acapulco, embarcándose a la metrópoli en Veracruz; comerciándose con ellas en puntos intermedios, como la ciudad de - México, punto importante pues de ahí salían también los productos para el vireinato limeño.

En 1593, el 11 de enero, aumentan las restricciones al comercio intercolonial debido a las presiones ejercidas por los mercaderes de la península, pues los productos orientales competían con los productos que los tratantes hispanos introducían en las colonias, por lo cual se prohibió todo comercio entre la China y las Indias Occidentales, permitiendo sólo el comercio entre Nueva España y Filipinas en forma restringida y prohibiéndose a Nueva España el comercio intercolonial de mercancías provenientes de las Filipinas; incluso se ordenó a las demás colonias que todas sus mercancías en existencia provenientes de oriente, deberían enviarse a España para su trato, so pena de secuestro.

Dos naos realizaban la travesía del Pacífico anualmente y - en 1593 se impone la obligación a las navegaciones y mercaderes, de llevar registro pormenorizado de las mercancías, y su precio, - importadas de Filipinas a Nueva España, debiendo enviar una relación

ción del mismo al Consejo de Indias.⁵⁷

Esto provocó aún más el auge del contrabando, y para 1607 - se llegó incluso a prohibir el comercio intercolonial con mercancías provenientes de España, para tratar de frenar el comercio l legal.

Estas medidas desde luego frenaban el desarrollo comercial-colonial, y aun el peninsular, que al no tener competencia sólo se preocupaba de no perder lo adquirido; pero el contrabando no se erradicó, sino antes bien se fortaleció y desarrolló, pues todas estas medidas dirigidas a mantener a toda costa el monopolio comercial de los españoles en las colonias y las altas tasas impositivas de la Corona, por su necesidad de divisas, aumentaron el costo de la vida en Nueva España, lo cual permitía al contrabando ofrecer sus productos a un precio atractivo e inferior al elevado precio solicitado por el mercader español.

No obstante lo anterior, el desarrollo de la actividad comercial en Nueva España, hizo necesaria la autorización real de Felipe II, para la creación del Consulado de mercaderes de la ciudad de México.

Así, en junio 15 de 1592, Felipe II de España, tomando en cuenta que en la ciudad de México "...hay al presente y siempre residían Mercaderes de experiencia, ciencia, rectitud y conciencia y confianza para que ante ellos passen, y se hiziesen y concluyan y determinen con brevedad, todos los negocios, cuentas y contrataciones, según estilo de Mercaderes..."⁵⁸, manda se establezca el Consulado de la ciudad de México, dando facultad a los mercaderes de ella "...para poder elegir y nombrar Prior y Cónsul en la dicha ciudad de México, los cuales puedan conocer y determinar todos los negocios y causas que se ofrecieren entre los di

chos mercaderes e sus factores, e todas e cualesquier cosas tocantes y concernientes a su trato, comercio, según y como lo hacen el Prior y Cónsules de las dichas ciudades de Burgos y Sevilla".⁵⁹

Mientras se redactaban las ordenanzas del consulado mexicano, el rey Felipe accedió a que por un término de dos años este consulado se rigiera por las ordenanzas del Consulado de Sevilla.

Dentro de dichas ordenanzas quedaron incluidas muchas de las disposiciones contenidas en las Ordenanzas de Burgos y Sevilla.

Las ordenanzas fueron aprobadas por el rey en 1604 y sus funciones las podemos agrupar en cinco categorías:

- 1.- Legislativas,
- 2.- Administrativas,
- 3.- Financieras,
- 4.- Militares, y
- 5.- Judiciales.

1.- Legislativas: por tener el Consulado facultades para elaborar las disposiciones que, aprobadas por el rey, regirían el trato mercantil de los comerciantes de Indias.

2.- Las administrativas: por tener funciones de carácter administrativo dirigidas a fomentar y proteger el comercio; en este ramo el Consulado realizó diversas obras tales como el camino México-Veracruz por Córdoba y Orizaba, construyó edificios como la Aduana y el Hospital de Belemitas; realizó el canal del desagüe de Huehuetoca.

3.- Las atribuciones financieras: consistían en la facultad otorgada al Consulado para recaudar:

- el impuesto de avería (del 2, del 6 y finalmente del 15 - al millar sobre el valor fijado para pagar los derechos - de su Majestad, a las mercancías que entrasen por mar a -

Nueva España).

- Era arrendatario del alcabala y rentas públicas.

4.- Las atribuciones militares: el Regimiento Urbano del Comercio era un cuerpo militar, y ya para 1783 los integrantes eran propuestos por el Consulado, sin intervención de los inspectores, de el Coronel hasta el último oficial.

5.- Atribuciones judiciales:

El Consulado estuvo integrado por un Prior, dos Cónsules, - cinco Diputados; un Letrado, un Procurador, un Solicitador, un - Alguacil y un Portero. En España en la Corte Real tenía además - un Letrado y un Solicitador; eventualmente en negocios importantes enviaba a la península representantes especiales.

La elección de Prior y Cónsules se realizaba en forma semejante a la del Consulado sevillano, es decir, el segundo día del año se anunciaba a los mercaderes la forma como se habrían de elegir a los electores de los Cónsules y el Prior, pudiendo votar - todos los mercaderes.

Los electores designados por este procedimiento, duraban dos años como tales, debían ser casados o viudos mayores de 25 años, ser mercaderes de la Universidad de Mercaderes de la ciudad de - México y Nueva España y las provincias del Nuevo Reino de Galicia Nueva Vizcaya, Guatemala, Yucatán, Soconusco y de los tratantes - en los reinos de Castilla; con domicilio particular en la ciudad de México, que no sean ni extranjeros, ni criados de otras peragnas, ni escribanos.

Al día siguiente de ser elegidos los electores, estos se reunían en la Casa del Consulado ante el Juez Oficial para elegir - al Prior y a los Cónsules (que durarían en su cargo un año); así como a los diputados cuyas funciones eran de auxilio a los Cónsu

les y Prior.

La designación de Prior, Cónsul y Diputados no era declinable, salvo pena de 200 pesos oro de minas o rigor de prisión hasta que aceptase el cargo.

El tribunal celebraba sus Audiencias tres veces por semana.

Era una costumbre aceptada que el Prior y Cónsules de años anteriores supliesen (en orden regresivo) la falta de los que es viesen en funciones durante ese año.

La jurisdicción del tribunal comprendía la Nueva España, Nueva Galicia, Guatemala, Soconusco y Yucatán.

Con facultades para conocer de todos y cualesquier asunto o negocio, diferencia o pleito relativo a las mercaderías que se enviaren o trajeren a las Indias, o de ellas hacia la metrópoli, entre mercader y mercader, y compañías y factores; sobre compra-ventas, cambios, seguros, cuentas y compañías, así como causas surgidas en ocasión del fletamiento de navíos y factorías que los dichos mercaderes hubieren dado a sus factores, tanto en España, como en las Indias. Y en general de todos aquellos asuntos que eran de la jurisdicción de la Casa de Contratación de Sevilla, - hasta el momento de la creación del Consulado de México.

Esto limitaba la jurisdicción del tribunal consular a los a asuntos mercantiles privativamente entre mercaderes, sin poder conocer de pleitos o causas civiles, aun entre los mismos mercaderes que fueren ajenos al tráfico mercantil. Los asuntos que surgieren por cuestiones mercantiles entre civiles y comerciantes - también podían ventilarse ante este Tribunal.⁶⁰

La jurisdicción del Tribunal en estos asuntos de que hemos hablado no es voluntaria sino obligatoria.⁶¹

- ¿Qué era un mercader? La P. 5, Tit. VII, ley 1a., nos di-

ce que eran aquellos que ganaban por la compra y venta de las mercaderías; posteriormente se dijo que los cambiata y banqueros también eran mercaderes, entendiéndose las mercaderías como bienes muebles, por lo que los dedicados a la compra-venta de bienes raíces y al trato de encavos no eran considerados como comerciantes.

Así también, para ser considerado mercader, debía dedicarse al comercio haciendo de él su modus vivendi, y no como el negociante o negociador que solo era eventualmente.

En el procedimiento verificado ante el Tribunal podemos distinguir dos principios fundamentales:

- Evitar las formalidades y dilaciones propias de la justicia ordinaria.
- Buscando ante todo la equidad y la verdad real, aun por encima del imperio de la ley o la verdad jurídica.

Por ésto en los juicios ante el Consulado se buscaba que los negocios se resolvieran breve y sumariamente, a verdad sabida y buena fe guardada, sin intervención de letrados (abogados).

El procedimiento se iniciaba con la comparecencia personal del actor y la citación del demandado, quienes exponían brevemente y en forma oral la demanda y contestación; en ese momento se les compelia a avenirse, pero de manera efectiva, recurriendo incluso hasta a solicitar la ayuda de amigos y parientes de las partes.

En caso de no llegar a algún acuerdo, el actor presentaba - por escrito su demanda y el demandado contestaba a ella en igual forma.

Si el tribunal descubría que alguno de estos documentos había sido redactado por algún letrado lo desechara de plano dando a la parte un plazo de 20 horas para presentar uno en forma lla-

na y sin formulismos legales.

Este tribunal no aceptaba excepciones contra el procedimiento y las perentorias sólo las aceptaba en tanto fueren relativas al fondo del asunto.

Las pruebas se recibían sin mayores formulismos e incluso - el tribunal tomaba parte activa en la averiguación y comprobación de los hechos tal y como sucedieron.

Como no había alegato, después de analizadas todas las pruebas, se dictaba sentencia, ya por unanimidad o por mayoría de votos (emitidos en secreto), asentando la sentencia en el libro regpectivo.

Los conflictos jurisdiccionales entre Tribunal Consular y - los Tribunales ordinarios eran resueltos por el virrey (Lib. 9, - Tít. XLVI, ley 40, R. I.).

No cabía apelación contra autos interlocutorios, excepto de aquellos que produjeran un gravamen irreparable en la sentencia definitiva.

De las sentencias dictadas por el Tribunal Consular conocía el Tribunal de apelación, integrado por el Oidor de la Real Audiencia de México, designado por el virrey como juez de apelación y por dos comerciantes.

Si confirmaba la primer sentencia, quedaba firme, y ya no era recurrible en forma alguna, si la revocaba se le concedía - a la parte afectada en la sentencia de 2a. instancia, la revisión ante el propio Tribunal de apelación, debiendo nombrarse a otros dos mercaderes diferentes de los primeros. La resolución dada en la revisión de la apelación ya no era apelable en ninguna forma - ni ante ninguna autoridad.

Sólo en caso de injusticia notoria se podía solicitar la nu

lidad de la sentencia ejecutoriada ante el Consejo de Indias.

Para finalizar sólo habremos de mencionar que la política comercial de España en América tuvo marcados errores que propiciaron el retraso comercial y económico tanto de las colonias hispanas del nuevo mundo, como de España misma.

- El primer error fue tratar de monopolizar y centralizar la actividad comercial en una sola ciudad, Sevilla.

- El segundo, el hacer exclusiva la práctica comercial en las Indias para los hispanos, pues esto trajo consigo la falta de competencia externa, que naturalmente conlleva al desarrollo de la industria interna.

- El tercero, la prohibición del desarrollo de industrias coloniales que compitieran con los productos importados de la metrópoli, lo cual provocó la dependencia absoluta de las colonias con respecto a los mercados hispanos, quedando sujetos a los precios y calidad que se dio a las mercancías; y el freno al desarrollo industrial colonial.

- El cuarto la prohibición del comercio intercolonial.

- El quinto, el gravamen excesivo de aquellas mercancías producidas en las Indias que pudieron haberse utilizado como sustituto de productos importados de la metrópoli.

Todas estas medidas tuvieron dos resultados funestos:

- El convertir al comercio español y colonial en un comercio de intermediarios y no de productores, pues para los españoles fue más rentable ser intermediarios de los productos elaborados en el resto de Europa e introducirlos a las Indias, que desarrollar su propia industria, que de todas maneras estaba segura por las medidas proteccionistas de la Corona.

- El contrabando propiciado y fomentado en forma indirecta-

por las políticas económicas de la Corona aplicadas a sus colonias.

Y por último, tenemos la teoría mercantilista de los metales preciosos aplicada por la Corona, que finca la riqueza y el poder económico de un estado en sus recursos minerales (oro, -- plata), y no en el recurso humano como explotador y transformador de todos los recursos naturales de una nación, siendo los -- metales preciosos un reflejo de la riqueza industrial y comercial de un país y no la riqueza en sí.

- (1) Ley del Toro 13, y Ley 2, Tit. 5, lib. X Novin. Rec.
- (2) Ley 3, Tit. 22, P. 4.
- (3) Esquivel Obregón, T., Ob. cit., T. III, p. 322.
- (4) Ibidem, p. 324.
- (5) Leyes 12, 13 y 14, Tit. XI, P. 5.
- (6) Leyes 14, 15, 17 y 18, Tit. XI, P. 5.
- (7) E. O., T., T. 1, p. 374-379; tomo III, p.p. 304-317.
- (8) Alvarez, José Ma., "Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias", Inst. de Invest. Jurídicas, UNAM., Méx. 1982, dos volúmenes, Tit. 1, 2a. parte, p. 31.
- (8 bis) Esquivel Obregón, T., Ob. cit., tomo III, p. 236.
- (9) E. O., T., Ob. cit., T. III, p. 175.
- (10) Ibidem, T. III, p. 176.
- (11) Ibidem, p. 179.
- (12) Ibidem.
- (13) Ibidem, p.p. 180 y 181.
- (14) Toscano, Salvador, "Derecho y Organización social de los - Aztecas", Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho, UNAM México, 1937, p. 42.
- (15) Ibidem, p. 42 y siguientes.
- (16) Ots y Capdequi; T. II; Ob. Cit. p. 230.
- (17) Esquivel Obregón, Toribio; T. III, Ob. cit., p. 54.
- (18) Ots y Capdequi, J. M.; Ob. cit., T. II, p.p. 235 y 236.
- (19) Ots y Capdequi; Ob. cit., T. II, p. 240; Esquivel Obregón, Toribio; Ob. cit., T. III, p. 55.
- (20) Alvarez, J. Ma.; Ob. cit., T. I, p.p. 168 y 169.
- (21) Leyes 2, 6, 8, 9 y 10, Tit. XVI, P. 6.
- (22) Ots y Capdequi, J. Ma.; T. II, Ob. cit., p. 250.
- (23) Ibidem.

- (24) Ibidem, p. 252.
- (25) Alvarez, J. Ma., Ob. cit., T. I, 2a. parte, p.p. 171 a 176.
- (26) Esquivel Obregón, T.; Ob. cit., T. III, p. 271.
- (27) Ots y Capdequi; T. II, Ob. cit., p. 282.
- (28) Esquivel Obregón, T.; Ob. cit., T. III, p. 272.
- (29) Esquivel Obregón, T.; Ob. cit., T. III, p. 284.
- (30) Ots y Capdequi; T. II, Ob. cit., p. 285.
- (31) Esquivel Obregón, T.; T. III, Ob. cit., p. 286.
- (32) Ibidem, p.p. 288-290.
- (33) Ibidem, T. III, Ob. cit., p. 286.
- (34) Ibidem, p.p. 288-290.
- (35) Ibidem, p.p. 289-290.
- (36) Ots y Capdequi, J. Ma.; Ob. cit., T. II, p. 67.
- (37) Haring, C. H.; "El comercio y la navegación entre España y las Indias en la época de los Habsburgo" (Tr. L. Landaeta), Edit. Declée de Bower, París-Brujas, 1939, p. 5.
- (38) Ibidem, p. 6.
- (39) Solórzano; Política Indiana, T. II, Lib. 6; cap. VIII, No. 16
- (40) Haring, C. H., Ob. cit., p.p. 6 y 7; Riveaux, Sergio, "La política comercial de España en Indias", revista de anales jurídico sociales, No. 12, año 40, U. Católica de Chile, Santiago de Chile, 1957.
- (41) Riveaux, Sergio; Ob. cit., p.p. 56 y 57.
- (42) Esquivel Obregón, T.; Ob. cit., T. II, p.p. 116 y 117.
- (43) Schäfer, Ernesto; "El consejo real y supremo de las Indias", Esc. de estudios hispano-americanos de Sevilla, T. II, p. 334, Sevilla, España, 1947.
- (44) Riveaux, Sergio; Ob. cit., p. 60.
- (45) Haring, C. H., Ob. cit. p. 34

- (46) Riveaux, Sergio; Ob. cit., p.p. 64 y 65.
- (47) Ibidem, p.p. 66 y 67.
- (48) Haring, C. H., Ob. cit., p. 37.
- (49) Riveaux, Sergio; Ob. cit., p.p. 61 y 62.
- (50) Haring, C. H.; Ob. cit., p. 95; Riveaux, S., Ob. cit. p.64
- (51) Haring, C. H., Oc. cit., p.p. 96 a 98; Schäfer, E., Ob. cit., p.p. 353 y 354.
- (52) Riveaux, S.; Ob. cit., p. 65; Haring, C. H.; Ob. cit. p.p. 79 y 80.
- (53) Ibidem, p.p. 67 y 68.
- (54) Ibidem, p. 68.
- (55) Ibidem, p. 71.
- (56) Schäfer, E.; Ob. cit., p.p. 335 y 336.
- (57) Ibidem, p.p. 340-350.
- (58) Cervantes, Manuel; "El Derecho Mercantil Terrestre en la Nueva España", Revista General del Derecho y Jurisprudencia, año 1, No. 2, Abril-Junio, 1930, México, D.F., p.p. 238-239.
- (59) Ibidem,
- (60) Ibidem, p.p. 254 a 256.
- (61) Ibidem, p. 258.

Conclusiones:

PRIMERA - En la administración española de las provincias ultramarinas se descubren dos etapas principales:

a)- La Insular, bajo el reinado de los monarcas católicos.

En la cual priva el total desconocimiento de las dimensiones de lo descubierto, de sus habitantes y sus recursos naturales.

En los primeros años de la dominación española, la improvisación administrativa es evidente, las políticas de regulación jurídica y económica no tienen una directriz definida, ni integran un proyecto global de conquista.

En esta etapa se destaca la actitud mercantilista, religiosa y -humanitaria de la Corona, desde el punto de vista normativo, para con los indios, que difícilmente se hizo evidente en la práctica, a excepción del aspecto mercantilista, debido a la ambición-desmedida de los conquistadores.

b)- La etapa Continental, bajo el reinado de la Casa de los Austria (hasta 1700). Inicia en 1519 con la fundación de la primera ciudad española del continente, la Villa Rica de la Vera - Cruz.

Esta etapa cuenta ya con la incipiente experiencia adquirida por la Corona en la etapa anterior, se incrementa la importación de las instituciones jurídicas hispanas para el gobierno y administración de las colonias. Durante esta etapa surge la conciencia en la Corona de las dimensiones reales, riqueza e importancia político-económica de la buena administración de las nuevas posesiones, generando así el inicio del establecimiento de una verdadera política administrativa colonial.

SEGUNDA - Dentro de la regulación jurídica de las nuevas posesiones, la experiencia adquirida por los monarcas españoles en la época de la Reconquista tiene una importancia relevante; la mayoría de las instituciones y los modelos políticos de gobierno implantados en Nueva España para la fundación y regencia de ciudades, villas y pueblos tienen su origen en los adoptados por la Corona para regir las tierras reconquistadas a los moros; así tenemos la figura del Adelantado, Capitán General, el Cabildo y el Alcalde Mayor entre muchas otras.

Ahora bien, no debemos olvidar que el descubrimiento, conquista y colonización de América se realizó, en gran medida, gracias al esfuerzo privado, siendo los españoles ambiciosos y aventureros - quienes aportaron su dinero y posesiones para financiar las empresas, y la Corona, en la gran mayoría de los casos, únicamente se limitó a avalar y fijar los privilegios y condiciones para la realización de las expediciones, dandoles un carácter oficial mediante el otorgamiento de las Capitulaciones. Esto trajo como consecuencia que la única y/o suprema autoridad recayera en la persona inspiradora de la expedición y aportadora de la mayor suma de dinero para realizarla, y dada la distancia y las circunstancias, de la moralidad, la honestidad, capacidad de mando y talento militar y político de ésta, dependía la observancia de las diversas disposiciones reales y el castigo a los infractores de las mismas.

TERCERA - Si la etapa insular de la administración colonial se fundamentó en el otorgamiento Real, a través de las Capitulaciones, de las más amplias facultades como autoridad a los conquistadores y en la lealtad de estos hacia la Corona; en la etapa continental la metrópoli considera imprescindible, para proteger sus intereses coloniales, el sustituir de los puestos de mando y car

gos político-administrativos de importancia a los conquistadores, por funcionarios enviados de la península, sujetos por la disciplina burocrática a la autoridad de la Corona, y establece paulatinamente un sistema de gobierno de "frenos y contrapesos" para limitar la ambición desmedida de sus funcionarios, sustentandola en la interdependencia y "autonomía" de las autoridades novohispanas, lo cual, si bien generaba conflictos de competencia entre las diversas autoridades, colocaba a la Corona como la suprema - autoridad, siempre atenta para dictar la final decisión.

CUARTA - Dentro de la administración colonial, los órganos supremos de autoridad radicados en la metrópoli (el Rey, la Casa de - Contratación y el Supremo Consejo) señalaron, a través del Derecho Indiano, la dirección general del gobierno y la formación institucional de la Nueva España, orientados por el espíritu religioso y legalista de los monarcas católicos y las ideas renacentistas de la época, toleradas sobre todo durante el reinado de Carlos I de España, y por las noticias recibidas del nuevo mundo.

Sin embargo la acción vigorosa, eficiente y realista (sobre todo por la experiencia y conocimiento de la problemática administrativa colonial) surgió de los órganos locales, que a pesar de su origen, poco a poco adquirieron una fisonomía propia, plenamente identificada con la sociedad a la que regulan y sirven; de ahí que en incontables ocasiones estos órganos obedezcan sin cumplir las disposiciones reales y tomen la iniciativa en la solución de problemas, evitando así a la Corona males mayores que los que el exacto cumplimiento de la ley hubiera provocado.

QUINTA - La encomienda fue, en mi opinión, la institución de mayor trascendencia en los inicios de la Nueva España, a través de ella la Corona formaliza el cumplimiento de su compromiso con la

autoridad Papal; ella permite la sujeción, sin "violencia", del pueblo conquistado, estableciendo muy claramente la distinción - entre vencedores y vencidos; arraiga en las nuevas tierras a los conquistadores; su establecimiento asegura la permanencia de los núcleos de población; y con base en ella se establecen los diferentes escaños que conformarán a la nascente sociedad, las encomiendas más ricas y productivas se adjudican, en un primer momento, a los colaboradores más cercanos a Cortés y años más tarde - serán poseídas por aquellos funcionarios coloniales con mayor influencia en la corte.

De orígenes peninsulares, muy pronto adquiere características particulares que la transforman en una institución netamente novohispana. La inconsistencia e indefinición en su regulación jurídica, - hasta muy entrado el siglo XVIII, revelan la importancia que la Corona y los encomenderos le reconocen, consecuencia de esto son los múltiples enfrentamientos en los foros legislativos de dichos intereses; polémica iniciada con el sermón de fray Antón de Montesinos en 1511 y continuada con obstinada fe por Bartolomé de las Casas y que encuentra su momento culminante en la junta celebrada en la ciudad de Valladolid (1550-1551), donde tiene lugar la famosa controversia entre Ginés de Sepúlveda y las Casas.

SEXTA - En la actitud de la Corona de Castilla y la de sus vasallos conquistadores, en relación con los naturales de las Indias hay desde luego puntos oscuros y actitudes reprobables, sin embargo por lo que toca al Derecho Indiano, su contenido, trasfondo - filosófico, moral y religioso, tenemos que reconocer sus beneficios, el marcado avance de sus disposiciones y el profundo sentimiento humanitario que las mismas reflejan.

En la casi totalidad de las normas relativas a los indios y

su interrelación con el español encontramos un trato preferencial y de protección al natural, llegando en algunos casos a la sobre protección y paradójicamente a consecuencia de esto, la Legislación de Indias se hizo, en la mayoría de los casos, inaplicable, - regulandose estos casi siempre en forma supletoria conforme al - derecho castellano, influenciado en gran medida por la intransigencia religiosa adquirida en la época de la Reconquista y por el surgimiento del protestantismo. Por otra parte tenemos también - que resulta paradójico que la actitud de los monarcas católicos- de dar un trato humano y justo al indio, procurando siempre su - conversión, genera frecuentemente abusos por parte del conquista dor.

Sin embargo esto no demerita el valor jurídico-cultural del Derecho Indiano y sobre todo nos permite apreciar, en su justa medida, la actitud de España para con sus provincias ultramarinas, acti- tud que en el balance resulta positiva y es una constante a lo- largo de más de trescientos años de coloniaje.

Otro factor que influyó en gran medida en la aplicación del Derecho Indiano, fue el enorme desconocimiento por parte de las autoridades coloniales peninsulares de la realidad y problemática de las provincias novohispanas, pues esto generó, en incontables oca- siones, que las autoridades ultramarinas, aun conociendo perfecta- mente la existencia de una disposición y su exacto contenido, no- la aplicasen.

Por último, diremos que la gran mayoría de las normas integradoras del Derecho Indiano no son preceptos legales creados conforme al procedimiento jurídico establecido, pues seguirlo implicaba un - retraso verdaderamente significativo en la resolución de proble- mas que requerían acciones inmediatas. Son disposiciones emanadas

directamente del monarca con un valor equivalente al de la ley, dictadas con base en la facultad real de emitir por sí las instrucciones necesarias para el buen gobierno y policía del reino, sin otra restricción que el respeto a los fueros, leyes y pragmáticas vigentes en la colonia o en la metrópoli, pero con carácter supletorio éstas últimas.

Estas normas administrativas y de gobierno, dirigidas normalmente a las autoridades coloniales, no tuvieron un carácter general pues precisamente se emitían para resolver, en gran medida, problemas específicos, cuya urgente resolución no podía esperar la realización del procedimiento de creación de una norma general; a esto se debe el exacerbado casuismo del Derecho Indiano.

SEPTIMA - Mucho se ha dicho acerca de la barbarie y el salvajismo del conquistador, de la actitud mercantilista y utilitarista de la Corona española para con sus colonias y de la explotación, maltrato y sumisión del indigena americano, presentado, en ocasiones, como un ser inferior, sin dignidad y taimado.

Toda conquista, toda acción bélica, justificada o no, encierra en sí misma actos barbaros y crueles; la destrucción del hombre por el hombre no dignifica a nadie. Los españoles no fueron la excepción y como hombres de su época, respondieron a las exigencias del momento histórico. Algunos como Colón, los monarcas Católicos y Cortés, entre otros, van más allá y destacan por la fuerza de sus convicciones y la audacia de sus acciones.

No obstante lo anterior, casi desde el primer momento la Corona de España y en particular la Reina Isabel, trata de proteger al indigena de los abusos de los conquistadores, política que al menos en el papel siempre estuvo vigente en el ánimo de los sucesivos monarcas, desde luego sin sacrificar los intereses reales o

relegarlos a un segundo plano.

El que la cultura española prevaleciera sobre las de Mesoamérica no categoriza, ni califica a ninguna de ellas, como toda creación humana adolecen de defectos y tienen grandes cualidades, cuya - amalgamación generó una nueva cultura y una nueva sociedad, con defectos y virtudes propias, cuyos orígenes debemos estudiar y - conocer desde la perspectiva del derecho y las instituciones jurídicas, su regulación y aplicación durante este período histórico; pues ahí se pueden encontrar los orígenes de todo un proceso evolutivo de las instituciones jurídicas actuales, cuya repercusión puede detectarse a lo largo de la historia jurídica de México, aun en la época actual; lo cual facilitará, sin duda, la creación de una mejor estructura institucional de nuestro país, más adecuada, más justa, más nuestra.

BIBLIOGRAFIA.

- Altamira y Crevén, Rafael, "Diccionario Castellano de palabras Jurídicas y técnicas", Ed. Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México, D.F., 1951.
- Alvarez, José Ma., "Instituciones del Derecho Real de Castilla y de Indias"; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; México, D.F., 1982, 2 Vols.
- Balthazar de Tobar, "Compendio Bulario Indico"; Ed. Escuela - de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla; Sevilla, España, -- 1954, 2 Vols.
- Bascunán Valdés, Aníbal, "Elementos de Historia del Derecho"; Ed. Jurídica de Chile, colección de apuntes de clase No. 9, - Santiago de Chile, 1954.
- Cervantes, Manuel, "El Derecho Mercantil terrestre en la Nueva España", Revista General del Derecho y Jurisprudencia, Año 1, No. 2, Abril-Junio, 1930, México, D.F., p.p. 235-281.
- Cortés, Hernán, "Cartas de Relación", nota preliminar de Manuel Alcalá; Ed. Porrúa, col. "Sepan Cuantos...", No. 7; México, - D.F., 13a. edición.
- Corvalán Menéndez, J. y Castillo Fernández, V., "Derecho Procesal Indiano" (Memorias de Licenciados. Historia del Derecho, Vol. XX, T. II); Ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1951.
- Cosío Villegas, Daniel, et. al., "Historia General de México", 2 Vols.; Ed. Colegio de México, 3a. Edición, 1981; México, D.F. Tomo I.
- Díaz del Castillo, Bernal, "Historia Verdadera de la Conquista de la Nueva España", Ed. Promexa Editores, México, D.F., 1979. 2 Vols.
- Encinas, Diego, "Cedulario Indiano", 5 tomos, Edición facsimilar único de 1956, estudios e índices por el Dr. Alfonso García Gallo. Madrid, España, 1945.
- Esquivel Obregón, Toribio, "Apuntes para la Historia del Derecho en México", 4 Vols., Ed. Polis; México, D.F., 1938.
- Margndant, Guillermo Floris, "El Derecho Privado Romano", Ed. Esfinge, 7a. edición, 1977; México, D.F.
- Margndant, Guillermo Floris, "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano"; Ed. UNAM, Textos Universitarios, 1971.

- García Gallo, Alfonso, "Las Bulas de Alejandro VI y el Ordenamiento Jurídico de la Expansión Portuguesa y Castellana en -- Africa y en Indias", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, España, 1958.
- García Gallo, Alfonso, "Estudios de Historia del Derecho Indiano", Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid, Madrid, España, 1972.
- García Gallo, Alfonso, "El título jurídico de los Reyes de España sobre las Indias en los pleitos Colombianos"; Revista de la Facultad de Derecho, tomo XXVI, núms. 101-102, UNAM, México D.F., enero-junio, 1976.
- García Cutiérrrez, Jesús, "Apuntes para la Historia del origen y desenvolvimiento del Regio Patronato Indiano"; Ed. Escuela Libre de Derecho, serie 3, Vol. IV, México, D.F., 1941.
- García Icazbalceta, Joaquín, "Don Fray Juan de Zumárraga. Primer Obispo y Arzobispo de México"; edición de Rafael Aguayo - Spencer y Antonio Castro Leal; 3 vols. Ed. Porrúa, col. escritores mexicanos, México, D.F., 1947.
- García Máynes, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, 3a. edición, 1949, México, D.F.
- Gómez Zamora, Matías, "Regio Patronato Español e Indiano"; Madrid, España, 1897.
- González, Ma. del Refugio, "Historia del Derecho Mexicano", Introducción al derecho mexicano; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, D.F., 1981, tomo 1.
- Haring, C. H., "El Comercio y la navegación entre España y las Indias en época de los Habsburgo" (Tr. L. Landaeta); Ed. Desclée de Bower, París, Brujas, 1939.
- Josef Ayala, Manuel, "Notas a la Recopilación de Indias", -- Transcripción y Estudio preliminar de Juan Manzano Manzano; - Ed. Cultura Hispánica, Madrid, España, 1945, Tomos I y II.
- Junco, Alfonso, "Inquisición sobre la Inquisición"; Ed. Jus, México, D.F., 1967, 4a. edición.
- Lalinde, Abadía, Jesús, "Iniciación Histórica al Derecho Español"; Ed. Ariel, 1970; Barcelona, España.
- Las SIETE PARTIDAS; Glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., 4 vols., reimpresso en Perpiñán por D. J. Alzine, 1831.
- León-Portilla, Miguel y Garibay K., Angel Ma., "Visión de los

- Vencidos", relaciones indígenas de la conquista; Ed. UNAM, México, D.F., 1982, 9a. edición.
- LEYES DE RECOPIACION, 3 vols., en las imprentas de Pedro Marín y la Real de la Gazeta, Madrid, España, 1775 (reimpresión de la edición de 1567).
 - Levaggi, Abelardo, "Historia del Derecho Penal Argentino"; - Ed. Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene", Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1978.
 - Mariel Ibáñez, Yolanda, "El Tribunal de la Inquisición en México (S.XVI)", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, D.F., 1979, 2a. edición.
 - Martínez BulleGoyri, Víctor Manuel, "Juan Ginés de Sepúlveda y la Controversia de Indias"; tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, UNAM, México, D.F., 1984.
 - Motolinía, Fray Toribio, "Historia de los Indios de la Nueva España", estudio crítico, apéndices, notas e índice por Edmundo O'Gorman; Ed. Porrúa, colección "Sepun cuantos...", No. 129; México, D.F., 1979, 3a. edición.
 - NOVISIMA RECOPIACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA, 6 vols., Madrid España, 1804.
 - Ots y Capdequi, J. Ma., "Manual de Historia del Derecho Español en Indias", 2 vols.; Ed. Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943, Buenos Aires, Argentina.
 - Ots y Capdequi, J. Ma., "Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano"; Ed. Aguilar; Madrid, España, -- 1969.
 - Ots y Capdequi, J. Ma., "El Estado español en las Indias"; Ed. F.C.E., México, D.F., 1941.
 - Ots y Capdequi, J. Ma., "Estudios del Derecho Español en las Indias", Madrid, España, 1943.
 - Pacheco, Joaquín Francisco, "Comentario Histórico crítico a las Leyes de Toro"; Imprenta de Manuel Tello, 2 vols., Madrid, España, 1862.
 - Pereyra, Carlos, "Hernán Cortés"; Ed. Porrúa, col. "Sepun cuantos...", No. 165, México, D.F., 1971.
 - Porrás Muñoz, Guillermo, "El Gobierno de la Ciudad de México en el siglo XVI"; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, D.F., 1982.
 - Riveaux, Sergio, "La Política comercial de España en Indias"; revista de anales jurídico-sociales, No. 12, año 40; Univer-

sidad católica de Chile, Santiago de Chile, 1957.

- Rubio Mañé, J. Ignacio, "El Virreinato", 4 vols; Ed. F.C.E., UNAM, México, D.F., 1983, Tomos I y II.
- Sahagún, Fray Bernardino de, "Historia General de las cosas de Nueva España", preparada por Angel Ma. Garibay; Ed. Porrúa Colec. "Sepan cuantos..." No. 300, México, D.F., 1982, 5a. edición.
- Schäfer, Ernesto, "El Consejo Real y Supremo de las Indias", - su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria; Sevilla, España, 1935-1947, - 2 vols.
- Simpson, L. B., "Muchos Méxicos"; Ed. F.C.E., México, D.F., - 1977.
- Sistema de Universidad abierta, Facultad de Derecho, "Historia del Derecho Mexicano", 2 vols. Ed. S.U.A. (DUAD)-UNAM, México D.F., 1982.
- Solórzano y Pereyra, Juan de, "Política Indiana"; Edición facsimilar tomada de la de 1776 (Madrid), México, D.F.; Secretaría de Programación y Presupuesto, 1979, 2 vols.
- TEATRO DE LA LEGISLACION UNIVERSAL DE ESPAÑA E INDIAS, por - don Antonio Xavier Pérez López; 27 vols., imprenta de Manuel González, Madrid, España, 1791.
- Torquemada, Fray Juan de, "Monarquía Indiana"; Instituto de Investigaciones Históricas-UNAM, México, D.F.; 1975; 3a. Ed. 6 vols.
- Toscano, Salvador, "Derecho y Organización de los Aztecas"; - tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, UNAM, México, D.F. 1937.
- Vaillant, George C., "La Civilización Azteca", origen, grandeza y decadencia; Tr. S. Vasconcelos y M. Montero; Ed. F.C.E. México, D.F.; 1983; 2a. edición en español, sexta reimpression.
- Vitoria, Francisco de, "Relaciones del Estado de los Indios y del Derecho de la Guerra", Ed. Porrúa; Col. "Sepan cuantos..." No. 261, México, D.F.; 1974.
- Zavala, Silvio, "La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI-XVII)"; UNAM-UNESCO, México, D.F. -- 1982
- Zavala, Silvio, "La Filosofía Política en la conquista de América, colec. Tierra Firma, Ed. F.C.E., México, D.F.
- Zavala, Silvio, "Las instituciones jurídicas en la conquista de América"; Ed. Porrúa, México, D.F., 1971, 2a. edición.