III CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO
Madrid, 17-23 de enero de 1972

ACTAS Y ESTUDIOS

JOSE M. MARILUZ URQUIJO

# EL DERECHO PREHISPANICO Y EL DERECHO INDIANO COMO MODELOS DEL DERECHO CASTELLANO

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

MADRID, 1973

III CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO
Madrid, 17-23 de enero de 1972

# ACTAS Y ESTUDIOS

JOSE M. MARILUZ URQUIJO

# EL DERECHO PREHISPANICO Y EL DERECHO INDIANO COMO MODELOS DEL DERECHO CASTELLANO

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

MADRID, 1973

# EL DERECHO PREHISPANICO Y EL DERECHO INDIANO COMO MODELOS DEL DERECHO CASTELLANO

Por

JOSE M. MARILUZ URQUIJO

*Universidad de Buenos Aires*

## I

Algunos tratadistas de Derecho indiano, antiguos y modernos, han subrayado cómo el Consejo de Indias se ajustó al precepto de "reducir la forma y estilo del gobierno" de América al estilo y orden con que era gobernada Castilla; otros han preferido, en cambio, destacar los rasgos peculiares del Derecho indiano determinados por "la diversidad y diferencia de las tierras y naciones". Pero todos han valorado como corresponde el capítulo de las Ordenanzas del Consejo de Indias de 1571 reiterado en las de 1636 y recogido en la Recopilación de 1680, según el cual "siendo de una Corona los Reinos de Castilla y de las Indias, las leyes y orden de gobierno de los unos y de los otros debe ser el más semejante y conforme que ser pueda". Se ha hablado así de paralelismo, de criterio asimilista, de modelo castellano, de trasplante institucional, de un derecho inspirador y de una constante influencia. Trabajos serios y bien fundamentados han estudiado de qué manera y bajo qué condiciones rigió el derecho castellano en América y cómo el derecho indiano se fue modelando a través de tres siglos en los que siguió pautas que le eran señaladas por el sistema normativo castellano.

Toda esa literatura es inobjetable, pero si bien refleja acertada-

mente los lineamientos más salientes de la realidad no agota totalmente el fenómeno del paralelismo. La citada ley de la Recopilación, al fijar las bases de la articulación entre el ordenamiento castellano y el indiano había dispuesto que fuera éste el que siguiera a aquél y en las analogías discernibles entre ambos suele reconocerse, efectivamente, un origen castellano y una secuencia indiana. Pero una vez establecido y afianzado, el paralelismo obra, a veces, con fuerza propia y escapando a ese esquema general funciona en sentido inverso, o sea, que ocasionalmente algunas soluciones del ámbito indiano van a servir de precedente —o, por lo menos, a ser propuestas como tal— para reglar situaciones peninsulares. Particulares de buena voluntad sugieren remediar males metropolitanos con expedientes que han visto practicar en América, funcionarios celosos de aumentar las prerrogativas de la Corona introducen en los reinos peninsulares estilos nacidos al amparo de las diferentes circunstancias de Ultramar, consejeros prudentes experimentan primero en las Indias las reformas que proyectan aplicar luego en todo el Imperio o creen encontrar en el derecho indígena un paliativo para los males metropolitanos.

Es sobre esta faceta poco conocida del paralelismo castellano indiano, sobre esa función ejemplar que a veces cumple el derecho indiano que desearíamos ahora llamar la atención valiéndonos de la enumeración no exhaustiva de unos pocos ejemplos.

## II

Un elemento importante del derecho indiano es, desde luego, el derecho indígena integrado en el sistema en cuanto no contraríe la religión ni las leyes dadas por los españoles. Pero al margen de esa condicionada aceptación oficial se registra una variadísima gama de actitudes personales frente a la costumbre indígena sistematizables en una escala que va desde el rechazo total hasta su elección como modelo para Europa.

En un extremo de esa escala encontramos a un Motolinia que nos habla de las "leyes bárbaras" vigentes en un México calificado de "Babilonia llena de confusiones y maldades", o a Pedro Sarmiento de Gamboa, que reiteradamente insiste en las "tiránicas leyes y costumbres" dictadas por los Incas o a un abate, Juan Ignacio

Molina, que alude a las leyes arbitrarias y a la jurisprudencia imperfecta de los araucanos [1].

Un paso más allá tropezamos con los que procurando ubicarse en una perspectiva desprejuiciada sostienen que las leyes de los indios eran buenas para los indios. Se parte del reconocimiento de que los aborígenes alcanzan un mínimo nivel racional o, como dice Gonzalo Fernández de Oviedo refiriéndose a los de Tunja, que son "gente llegada a razón para ser de aquellas partes" [2]. No se trata de un juicio de valor absoluto, sino relativo, fundado principalmente en la adecuación que habrían tenido esas leyes con aquéllos a los que debían regir. La policía de los mexicanos, observa un jurista del siglo XVI, "para ellos era muy buena y muy necesaria" [3]. Y Antonio de Solís agrega que como conservaban "entre sus abusos y bestialidades algunas luces de aquella primitiva equidad que dio a los hombres la Naturaleza" alcanzaron a establecer un régimen "bastante a deshacer los agravios y a mantener la sociedad entre los suyos" [4].

Aunque no todos los que comparten este punto de vista lo explicitan, es obvio que empiezan por pensar que las Indias son un mundo aparte, diferente, para el que no sirve el Derecho Civil. "Plugiera a Dios —exclama Gerónimo de Mendieta— que ni Código ni Digesto ni hombre que había de regir a indios por ellos pasara a estas partes porque ni Justiniano hizo leyes ni Bartolo ni Baldo las expusieron para este Nuevo Mundo y su gente" [5].

Si avanzamos algo más en la escala hallaremos a quienes sostienen

---

1. Fr. Toribio de BENAVENTE o MOTOLINIA, *Historia de los indios de la Nueva España* (México 1941) 202.—P. SARMIENTO DE GAMBOA, *Historia Indica*. Con un prólogo de Roberto LEVILLIER (Buenos Aires 1942) 9 y 150. Giovanni IGNACIO MOLINA, *Saggio sulla storia civile del Chili* (Bologna 1787) 61.

2. Gonzalo FERNÁNDEZ DE OVIEDO Y VALDÉS, *Historia general y natural de las Indias, islas y tierra-firme del Mar Océano*, lib. 7, cap. 28 (ed. Asunsión del Paraguay 1944) VI 221.

3. Alonso de ZORITA, *Breve y sumaria relación de los señores de la Nueva España*. Prólogo y notas de Joaquín RAMÍREZ CABAÑAS (México 1942).

4. Antonio de SOLÍS, *Historia de la conquista de México, población y progresos de la América Septentrional conocida por el nombre de Nueva España* I (Madrid 1783) 421.

5. Cartas del P. Fr. Gerónimo de Mendieta al P. Comisario General Fr. Francisco de Bustamante (Toluca, 1.º-I-1562), en *Cartas de religiosos de Nueva España 1539-1594* (México 1941) 17.

que las leyes indígenas no sólo eran adecuadas a los indios, sino que eran buenas en sí, ya que se encuadraban perfectamente dentro de los principios inmutables del Derecho Natural y tendían a lograr un orden de justicia. Se leen, así, forzadas comparaciones entre el derecho indígena y el de los pueblos civilizados, que constituyen un tácito homenaje a la razón natural de los indios. Lo que guardaban los mexicanos para elegir a sus señores —afirma Alonso de Zorita— era "conforme a Derecho Natural y en algo conforme a Derecho Divino, y aun conforme a Derecho Civil y Canónico, aunque les era incógnito" [6]. Es más, los indios salían a veces gananciosos de tales cotejos, como, por ejemplo, cuando Bernardino de Sahagún nos informa que a excepción de algunas tiranías contenidas en su modo de regir, los mexicanos, "en las cosas de policía, echan el pie adelante a muchas otras naciones que tienen gran presunción de políticos" [7].

Los indios del Perú contaron con admiradores igualmente devotos. En la relación de Rodrigo de Cantos de Andrada, de 1586, se estampa que los antiguos peruanos se gobernaban por las "justísimas" leyes dictadas por los Incas para su conservación y acrecentamiento [8]. Y el Inca Garcilaso reúne una caudalosa colección de elogios propios y ajenos que más tarde serviría de obligada cantera a cuantos procurasen fundar una idealizada versión de la sociedad incaica. Adjudicando a los Incas concepciones identificables con los ideales defendidos por la doctrina jurídica del siglo XVI, Garcilaso expresa que la "ley natural... era lo que estos Incas más desearon guardar". Sus numerosas leyes fueron "buenas" y "bonísimas", leyes "de gente prudente", leyes "puestas en razón y muy conformes a las leyes de los muy grandes letrados" [9].

De la creencia en la bondad de las leyes indígenas era fácil deducir el corolario de la conveniencia de restablecerlas donde hubieran

---

6. Alonso de ZORITA, *Los señores* 28.

7. Bernardino de SAHAGÚN, *Historia general de las cosas de Nueva España.* Con anotaciones y apéndices por Angel María GARIBAY I (México 1969) 29.

8. Marcos JIMÉNEZ DE LA ESPADA, *Relaciones geográficas de Indias, Perú,* en *Biblioteca de Autores Españoles* 183 (Madrid 1965) 307.

9. Inca Garcilaso de la VEGA, *Comentarios Reales de los Incas,* lib. 2, capítulo 13; lib. 5, cap. 11; lib. 6, cap. 12 y lib. 7, cap. 8 en *Obras completas* II (Madrid 1960) 60, 162, 209 y 255.

caído en desuso. Si los indios habían sido felices con tales leyes, nada más natural que abogar por su restauración integral, sólo depurada de aquellas normas impregnadas de las idolatrías prehispánicas. Consultado el Licenciado Polo de Ondegardo sobre cierto problema jurídico atinente a los indígenas peruanos responde en 1561, que los indios a los que se les quebrantó el régimen tradicional "padecen necesidad" y que ninguna orden podría dárseles "mejor que la suya". Por ende, la solución no era "mudarles la orden que les ha quedado, sino buscar y averiguar lo que de ella se ha perdido y tornarla a introducir" [10]. Y con similar intención el autor de una relación anónima dada a conocer por Marcos Jiménez de la Espada, después de atestiguar que muchas de las loables leyes de los Incas se observan en su tiempo, añade que "fuera bien que se guardasen todas porque siquiera gozasen los naturales de las migajas que sobran a los advenedizos" [11].

La mayoría de los que recomiendan restaurar el ordenamiento indígena parcialmente abolido por la conquista piensan en el bien de los naturales y reduce implícitamente ese remedio al ámbito de la llamada república de los indios. Pero, adelantando un poco más en la gradación que hemos esbozado, no falta quien sugiera que sería beneficioso aplicar el derecho indígena tanto a los indios como a los españoles afincados en América. Bernardino de Sahagún ha advertido que los españoles que se trasladan a América a "pocos años andados de su llegada... se hacen otros" y que mucho más cambian los que nacen en la nueva tierra, lo que parece atribuible al clima y constelaciones que incitan a vicios y sensualidades. "Es

---

10. *Informe del licenciado Juan Polo de Ondegardo al licenciado Briviesca de Muñatones sobre la perpetuidad de las encomiendas en el Perú,* en *Revista Histórica de Lima* 13 (1940) 149, 151, 169, 177, 178, 179, 180 y 182.

11. Fernando de SANTILLÁN, Blas VALERA y Juan de SANTACRUZ PACHACUTI, *Tres relaciones de antigüedades peruanas.* Con prólogo de Marcos JIMÉNEZ DE LA ESPADA (Asunción del Paraguay 1950) 181. La relación del "jesuita anónimo" publicada por Jiménez de la Espada ha sido posteriormente atribuida al P. Blas Valera. Véanse también los pasajes de Blas Valera reproducidos por Garcilaso y José de ACOSTA, *Historia Natural y Moral de las Indias,* lib. 6, cap. 1 en *Obras.*—Estudio preliminar y edición del P. Francisco MATEOS *(Biblioteca de Autores Españoles* LXXIII [Madrid 1954] 182-83).

gran vergüenza nuestra —dice— que los indios naturales cuerdos y sabios antiguos supieron dar remedio a los daños que esta tierra imprime a los que en ella viven... y nosotros nos vamos al agua abajo de nuestras malas inclinaciones". "Si aquella manera de regir, limpiada de todo lo idolátrico que tenía y haciéndola del todo cristiana, se introdujese en esta república indiana y española, cierto sería gran bien y sería causa de librar así a la una república como a la otra de grandes males y de grandes trabajos a los que las rigen" [12].

Desechada toda idea de superioridad que no sea la de la religión, queda así audazmente planteada la tesis de que no sólo los indios, sino el pueblo conquistador, podía beneficiarse con la observancia de normas prehispánicas. La postura admirativa de Sahagún, asentada en el reconocimiento de que por lo menos algunos aspectos del derecho indígena eran difícilmente superables, no es única, y encuentra otra expresión similar en el P. Acosta, para quien el orden y modo de proceder de los indios cuando vivían en su ley presentaba "muchas [cosas] dignas de admiración" y en gran parte aventajaba a "muchas de nuestras Repúblicas" [13].

Yendo aún más allá de esa manifestación genérica sobre la bondad de las leyes de los indios, otros autores descienden a especificar casos concretos en los que el derecho indígena puede servir de modelo a los españoles o bien elogian unilateralmente alguna solución del derecho indígena que se sabe diferente de la correlativa del derecho castellano, procurando demostrar por esa vía indirecta la superioridad de aquél. Por ejemplo, al referirse al régimen sucesorio de los mexicanos, el Doctor Francisco Hernández, siguiendo a López de Gómara, expone que había lugares "donde la fortuna paterna pertenecía indistintamente a los hijos y dividida en partes iguales era distribuida entre todos". Y a renglón seguido valora dicha solución diciendo que ello era "más equitativo y más cómodo" [14].

Por su parte, Fray Juan de Torquemada, que dedica uno de los libros de su *Monarquía Indiana* a enunciar las principales leyes de los indios concordadas con el derecho Real y el Romano, puntualiza varios casos de superioridad de las primeras. Por ejemplo, al refe-

12. Fr. Bernardino de SAHAGÚN, *Historia general* III 161.
13. José de ACOSTA, *Hist. Nat. y Moral*, lib. 6, cap. 1, pág. 183.
14. Dr. Francisco HERNÁNDEZ, *Antigüedades de la Nueva España*. Traducción del latín y notas por Joaquín GARCÍA PIMENTEL (México 1945) 36.

rirse al castigo impuesto a las celestinas por los indígenas mexicanos indica que "la diferencia de estos indios y nosotros en esto no es otra sino que nuestras justicias usan encorozarlas afrentándolas en público", mientras que los indios les quemaban los cabellos "hasta que llegaba el calor y fuego a lo vivo de la cabeza". Y tras esta comparación no oculta que le parece preferible la pena de los mexicanos, pues más vale contener con castigo que cause "dolor y escocimiento" que con pena de vergüenza a quien ha demostrado sobradamente que carece de ella al usar de semejante oficio [15].

En otro pasaje referente a los tutores sostiene que convendría que los españoles aprendiesen de los indios y que no incurriesen en "un abuso tan malo de entregar las tutelas con muchos papeles de gasto y poco dinero de recibo" [16]. La administración de justicia le brinda una nueva oportunidad para comparar favorablemente a los indios frente a las dilaciones y crecidos gastos de letrados y procuradores que se advierten entre los españoles [17].

Como ya recordara Joaquín Costa en su *Colectivismo agrario en España,* el Licenciado Francisco Murcia de la Llana fue otro de los que elogió sin reservas las disposiciones sobre previsión y asistencia social de los Incas. En un memorial de 1624 Murcia de la Llana remata su propuesta de que se disponga el cultivo compulsivo de los baldíos diciendo que "cuando no hubiere otra razón para convencer lo dicho, se había de considerar y tomar ejemplo en aquellos reyes bárbaros Ingas, señores del Perú, que hacían hacer lo propio a sus pueblos para que de lo que se fertilizase, curasen sus enfermos y pagasen sus gabelas y pechos". Y que si eso se hubiera hecho en España la carga impositiva sería menos abrumadora [18].

En el siglo XVIII el creciente espíritu localista de algunos ameri-

---

15. Fray Juan de TORQUEMADA, *Monarquía Indiana,* lib. 12, cap. 4 II (ed. México 1943) 380.

16. TORQUEMADA, *Mon. Ind.* lib. 12, cap. 7 (II 385).

17. TORQUEMADA, *Mon. Ind.* lib. 12, cap. 10 (II 390).

18. Joaquín COSTA, *Colectivismo agrario en España* (Buenos Aires 1944) 62. Costa menciona también a Rafael de Floranes entre los que proponen como ejemplo la legislación de los antiguos peruanos. De la propuesta de Murcia de la Llana se han ocupado asimismo Carmelo VIÑAS MEY, *El problema de la tierra en la España de los siglos* XVI-XVII (Madrid 1941) 159 y Antonio RUMEU DE ARMAS, *Historia de la previsión social en España* (Madrid 1944) 179.

canos que se complacen en exaltar lo propio, la mayor curiosidad de los europeos por todo lo exótico y el difundido deseo de descubrir destellos de una misma razón universal en los distintos pueblos de la tierra obran conjuntamente para estimular la lectura de viajeros o de autores que traten de las cosas de América. La actitud crítica y reformista induce también a buscar distantes apoyos imaginarios o reales y mientras algunos inventan reinos utópicos dotados de todas las perfecciones anheladas por la Ilustración, otros recorren libros sobre China o sobre América persiguiendo textos que puedan invocarse para fundamentar muy precisos afanes de cambio. Las leyes de los antiguos mexicanos y, sobre todo, las de los Incas son reexaminadas para seleccionar aquéllas que puedan proponerse como modelos de las reformas jurídicas que se consideran convenientes.

En su Historia de México, Francisco Javier Clavigero, tras observar que la administración de justicia de los mexicanos suministraba varias útiles lecciones de política, entra a tratar de la tortura judicial, una de las cuestiones más candentes de la temática dieciochesca. En tácita denuncia de las leyes de su tiempo dice Clavigero que los indios no admitían contra el reo otra prueba que la de testigos y que entre ellos jamás se vio usar de la tortura para convertir al inocente en culpable [19].

A su vez, Hervás y Panduro dirige sus miradas hacia la América Meridional y, fundándose en Acosta y Garcilaso, pasa revista a las "admirables providencias" de los Incas que "hacen envidiable" su legislación económica. Y en una elocuente comparación concluye que "no hallamos en las naciones antiguas (menos en las modernas, exceptuando la China) el cuidado y la legislación tan acertada de los Incas para que hasta el más infeliz súbdito fuese útil a la sociedad y gozase de sus beneficiosas providencias" [20].

No fue este el único eco de un Garcilaso puesto al servicio de los ideales de la Ilustración; Manuel de Lardizábal y Uribe se encargaría de alegarlo para apoyar su crítica de las penas infamantes. Frente a una legislación que hacía trascender la infamia a los hijos

---

19. Francisco SAVERIO CLAVIGERO, *Storia antica del Messico* dissertazione 6, § 7 "su le leggi dei messicani", IV (Cesena 1781) 251.

20. Lorenzo HERVÁS Y PANDURO, *Historia de la vida del hombre*, lib. 5, trat. 3, cap. 6, § 5, VI (Madrid 1798) 134 y ss.

del traidor al Rey, Lardizábal —citando a Garcilaso— puntualiza que "con más humanidad y generosidad pensaban los peruanos bajo el gobierno de los Incas, entre los cuales, cuando un curaca se rebelaba, aunque le imponían la pena capital, no quitaban el Estado al sucesor sino que se le daban representándole la culpa y la pena de su padre para que se guardase de hacer otro tanto"[21].

A través de esta sucesión de opiniones puede advertirse que en ningún momento decayó el interés español por ese apasionante mundo del derecho indígena. En el siglo XVI facilitó el acceso a esa realidad la abierta y universal curiosidad del hombre del Renacimiento a la fascinación que ejercía la novedad de un mundo recientemente hallado, en el siglo XVII fue el orgullo de algún mestizo genial y la desesperada búsqueda de remedios para paliar una decadencia económica que a todos preocupaba, en el siglo XVIII fue el propósito de romper el esquema de una Europa monopolizadora de toda razón y verdad y el deseo de fundamentar el programa reformista de la Ilustración con ejemplos extraídos de la realidad propia o de la ajena. Aunque los motivos varían, pues, persiste en todo momento esa atracción por lo americano, que en casos extremos conduce a proponerlo como modelo de Europa.

## III

Otro filón de ejemplos es proporcionado por las disposiciones dictadas por los españoles para América que obran luego como modelos que podrían seguirse en la Península. Uno de esos casos ha sido abordado por Alberto de la Hera cuyo estudio nos exime de hacer otra cosa que recordar sus palabras. En la historia del regalismo —nos dice— "la influencia no pertenece precisamente a las instituciones metropolitanas sobre las indianas. Poseyendo los Reyes mayores facultades y menos obstáculos para el gobierno de la iglesia ultramarina, muchas doctrinas que nacieron para encauzar éste sirvieron luego en la Península al más amplio desarrollo del regalismo". La Corona pretende conseguir en la Metrópoli pri-

---

21. Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*[2] cap. 5, § 4 (Madrid 1828) 226.

vilegios análogos a los obtenidos en América, "busca la anulación de las reservas y el reconocimiento del Patronato Universal en los reinos de España al modo indiano" —dice de la Hera— y para ello invoca expresamente el ejemplo del Nuevo Mundo al celebrar el concordato de 1753 [22].

Podríamos añadir que en la segunda mitad del siglo XVIII continúa idéntica postura, como lo revela una encuesta sobre dispensas matrimoniales que realiza el Consejo de Castilla en 1783, según referencia que leemos en un trabajo aún inédito de Daisy Rípodas. Al pedir a los obispos que informen sobre el problema de las dispensas el Consejo insinúa discretamente el sentido de la respuesta que aguarda aduciendo que los Obispos de las Indias ya gozaban de las dispensas en cuestión [23].

La explicación es obvia: habiendo logrado, tras no pocos esfuerzos, consolidar en un área determinada una estructura jurídica que estima satisfactoria, la Corona pugna por extender esa misma estructura a otras áreas donde aún no ha conseguido situación tan ventajosa y utiliza lo ya obtenido como argumento para reforzar su pretensión.

En otros casos el carácter de modelo de lo indiano surge mediante un diferente mecanismo. No se trata ya de alegar un precedente favorable frente a terceros sino de aprovechar una experiencia propia para mejorar el sistema jurídico peninsular. Tal es lo que ocurre con las demandas de esponsales interpuestas con posterioridad a la Pragmática sobre matrimonios de hijos de familia. Procurando afianzar el espíritu restrictivo que campea en la Pragmática y avanzando un paso más allá de lo dispuesto por ella, el Obispo de Cuba expide en 1780 un reglamento para el gobierno de los ministros de su curia en el que prohibe a provisores y vicarios generales y foráneos que en lo sucesivo admitan demandas matrimoniales a hijos de familia menores o contra ellos en virtud de contrato esponsalicio mientras no se haga constar que previo a la celebración de este contrato medió el asenso y consentimiento de los padres de ambos o se hubiera decidido a favor de los hijos el juicio de disenso por el tribunal competente.

---

22. Alberto de la HERA, *El regalismo borbónico en su proyección indiana* (Madrid 1963) 35, 39, 41 y 82.

23. Daisy RÍPODAS ARDANAZ, *El matrimonio en Indias.*

El reglamento cubano es aprobado en 1783 a consulta del Consejo de Indias y en 1788, a iniciativa del Consejo de Castilla, una Real Cédula resuelve que los tribunales eclesiásticos metropolitanos no admitan demandas de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno salvo que hubiese sido declarado irracional el disenso [24]. O sea, que la Pragmática sobre matrimonios de hijos de familia dictada inicialmente para la Metrópoli y extendida poco después a América da lugar a una medida de carácter local, americana, y ésta sirve, a su vez, para modelar una análoga disposición destinada a regir en la Península.

Sobre jurisdicción eclesiástica en cuestiones matrimoniales se registra otro caso en el que la solución se anticipa —según lo ha señalado Zorraquín Becú [25]— en la órbita del derecho indiano. En efecto, habiéndose tramitado en Lima la causa de divorcio del Marqués de Casa Castillo, el tribunal eclesiástico no sólo declaró el divorcio, sino que condenó al marido a restituir a su mujer dote, gananciales y alimentos, y, como el marqués huyera a España, libró requisitoria para que se le hiciesen embargar los bienes. La Sala de Justicia del Consejo de Indias retuvo entonces dicha requisitoria del Provisor de Lima por considerar que había sido despachada con notorio exceso de su jurisdicción en perjuicio de la real, y unos años más tarde el Consejo de Indias, en pleno de tres salas, volvió sobre el asunto, dictándose, finalmente, la R. C. del 22 de marzo de 1787, por la que se dispone "que los jueces eclesiásticos sólo deben entender en las causas de divorcio sin mezclarse con pretexto alguno en las temporales y profanas sobre alimentos, *litis expensas* o restitución de dotes como propias y privativas de los magistrados

---

24. Daisy RÍPODAS ARDANAZ, *La Pragmática de Carlos III sobre matrimonios de hijos de familia en las Indias,* trabajo presentado a las Terceras Jornadas de Historia del Derecho Argentino (Rosario 1970). La Pragmática de 1776 ya encargaba a los Ordinarios Eclesiásticos que tuvieran presente en las demandas por esponsales el consentimiento de los padres, pero no llegaba a disponer claramente el rechazo de las demandas en caso de omisión, lo que había abierto paso a que fueran admitidas tanto en América como en la Península.

25. Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización judicial argentina en el período hispánico* (Buenos Aires 1952) 118 n. 19.

seculares a quienes incumbe la formación de sus respectivos procesos [26].

Así resuelta la cuestión para las Indias volvió a plantearla un vecino de Madrid exponiendo que en los autos de divorcio que seguía ante el teniente de Vicario Eclesiástico de esa villa, éste lo había condenado a pagar alimentos y *litis expensas* a su mujer. Invocando expresamente el antecedente americano y la conveniencia de uniformar las prácticas de los tribunales de todos los dominios, una Real disposición de 1804 extiende la solución indiana a la Península [27].

Análoga proyección indiana-castellana puede observarse en un aspecto de la regulación de las vinculaciones. Cuando en la segunda mitad del siglo XVIII arrecian las críticas contra los mayorazgos, el Consejo de Indias encara el problema y a los argumentos contra la institución ya acumulados por la doctrina agrega nuevas críticas específicamente válidas para las Indias, enderezadas a proponer que, en lo sucesivo, no pueda fundarse mayorazgo en América, ni aun por la vía de mejora del tercio y quinto, sin preceder licencia real. Conformado el Rey con esta consulta se expide la R. C. correspondiente en 1786. Y tres años después, sin mencionarse esta disposición vigente en Indias, pero utilizando casi sus mismas palabras, una R. C. exige también que en todos los casos preceda la licencia real para fundar nuevos mayorazgos en la Península.

Ocasionalmente es alguna práctica americana nacida al margen de las leyes y arraigada luego con el correr del tiempo, la que suscita el deseo de verla reproducida en España. Por ejemplo, en las Indias era frecuente que delincuentes y deudores, especialmente sindo indios, fuesen destinados a cumplir un período de trabajo obligatorio en establecimientos privados que abonaban un salario del que se descontaba lo necesario para pagar las deudas, indemnizar a los perjudicados, costear sufragios para las víctimas o engrosar los fondos de penas de cámara y gastos de justicia. Esta utiliza-

---

26. ARCHIVO HISTÓRICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires.* Con Advertencia de Ricardo LEVENE I (Buenos Aires 1929) 166.

27. Josef GARRIGA, *Continuación y suplemento del prontuario de D. Severo Aguirre que comprende las cédulas, resoluciones, etc., expedidas el año de 1804 y algunas de las anteriores* (Madrid 1805) 277.

ción de la mano de obra de penados y deudores por parte de los dueños de obrajes, panaderías, trapiches y tocinerías es objetada por algunos funcionarios que se resisten a aceptar la existencia de cárceles en manos de particulares, pero no falta quien piense que constituye un modelo digno de ser imitado. Así, Lardizábal recuerda en su célebre *Discurso* que en "América se destinan muchos reos a los obrajes de paños y a las panaderías" y aunque reconoce que se cometen abusos dimanados de la dureza o codicia de panaderos y obrajeros, aclara que podrían remediarse fácilmente en caso de que se decida generalizar ese estilo americano [28].

No pensamos haber agotado los ejemplos pero sí creemos que los reunidos bastan para iluminar un aspecto poco explorado de la relación entre España y sus Indias y de la proyección que tuvo el derecho indiano fuera de los límites de su vigencia [29].

---

28. José M. MARILUZ URQUIJO, *Los mayorazgos*, en *Lecciones y Ensayos* de Buenos Aires 42 (1970) 60, 65 y 69. La solución recomendada en la consulta de 1786 se ajustaba a una antigua práctica seguida por el Consejo de Indias que ateniéndose a lo que consideraba el espíritu de la ley 20, tít. 33, lib. 2 de la *Recopilación de Indias*, ya venía exigiendo la licencia regia.

29. José M. MARILUZ URQUIJO, *Cárceles en establecimientos privados del Alto Perú*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* de Buenos Aires 13 (1962) 87 y ss.