

LA RECOPIACION DE 1680: DIFICULTADES PARA SU APLICACION

por

Victor Tau Anzoátegui

I

En esta comunicación vuelvo sobre el tema de la aplicación de la Recopilación de leyes de Indias de 1680. Tema, por cierto, inagotable y, a mi juicio, de apreciable interés para nuestra disciplina en atención a que "lo que la Recopilación establece, con respecto a determinada cuestión, así como no puede ser considerado de antemano como una exacta expresión legislativa de toda la época anterior, tampoco es, sin previa comprobación, el derecho realmente vigente en América desde aquella fecha".¹ Esta vez trataré de unos papeles que testimonian sobre un movimiento de opinión suscitado entre juristas y ministros, a raíz de la aplicación de la Recopilación en el Perú. Estos documentos reflejan el pensamiento de los hombres de la época ante el recién promulgado cuerpo legislativo y el conflicto que causaba su inserción en el derecho vivo.

La documentación que utilizo es inédita, pero no desconocida.² No obstante, considero innecesaria su publicación íntegra, en razón de que las transcripciones parciales que haré recogen las expresiones sustanciales que interesa destacar en esta ocasión.³

¹ Víctor TAU ANZOATEGUI, *Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680 en Revista de Historia del Derecho*, núm. 8, Buenos Aires, 1980, pp. 331-395, adonde me remito con referencia al tratamiento general de la cuestión.

² Archivo General de Indias, Lima 86. Antonio MUÑOZ OREJÓN en *El doctor Juan Luis López, Marqués del Risco y sus comentarios a la Recopilación de Indias*, Madrid, 1946, p. 30, alude a esta documentación al referirse a las *Observaciones theo-políticas* de López, originadas precisamente en ese encargo vi-reinal. Asimismo aparece en el inventario de LEWIS HÄNKE, *Guía de las fuentes en el Archivo General de Indias para el estudio de la administración vi-reinal española en México y en el Perú. 1535-1700*. Köln-Wien, 1977, t. III.

³ El citado expediente consta de las siguientes piezas y actuaciones:

a) Representación del Virrey del

Perú, Duque de la Palata, al rey. Lima, 3 de abril de 1686.

- b) Copia de la carta que el Virrey dirigió a la Real Audiencia de la Ciudad de los Reyes. Lima, 13 de diciembre de 1685.
- c) Copia de la carta que el Virrey dirigió al Oidor don Pedro Frasso. Lima, 13 de diciembre de 1685.
- d) Copia de la carta que el Oidor Frasso escribió al Virrey. Lima, 30 de marzo de 1686.
- e) Anotaciones de recepción y despacho en el Consejo. 21 y 26 de mayo de 1687.
- f) Dictamen del Fiscal del Consejo, don Francisco Tréllez. Madrid, 22 de septiembre de 1696.
- g) Informe de Secretaría, sin fecha.
- h) Anotaciones sobre despachos del Consejo, de 25 de septiembre y 9 de diciembre (?) de 1696.

II

Apenas llegaron a Lima los primeros ejemplares de la flamante Recopilación —en diciembre de 1685, según parece⁴— y tras un examen de su contenido, se suscitó entre los juristas y ministros del círculo virreinal una actitud crítica que dio origen, en abril del año siguiente, a una representación del Virrey Duque de la Palata dirigida al rey, en la cual no sólo recogía esa postura sino también proponía medidas en el sentido que veremos en las páginas siguientes.

Atendamos a las palabras con que el propio Duque de la Palata explicaba el origen de esta cuestión:

Luego que llegaron a esta Ciudad los Libros de la nueva Recopilación de las Indias, se fue reconociendo que como muchas de estas Leyes se han formado de las resoluciones que se han tomado sobre negocios particulares, en que el tiempo ha traído mucha variación, y ha introducido diferente práctica, así en los Tribunales, como en el Gobierno, se hace muy dificultosa su observancia y como hay Ley escrita, y tan moderna, unas partes se valen de ella, y otras se defienden con la observancia calificada por los Tribunales, y entre tanto, que no haya declaración de Vuestra Majestad crecerán los pleitos, y serán dudosas y aun contrarias las decisiones de las Audiencias, y desde una Sala a la otra, podrá conocerse esta variedad.

Se trata, sin duda, de un párrafo medular. En primer lugar, la Recopilación aparece como un cuerpo que recogía disposiciones casuísticas, cuyas soluciones habían quedado desajustadas por la mucha variación que había traído el tiempo. Esta expresión no envolvía una crítica al contenido de la Recopilación —que también la hubo, según veremos más adelante—, sino apuntaba a su adecuada caracterización. Es más, de la misma emergencia la fuerza de un criterio casuista, que se resistía a una rigurosa fijación de los preceptos y prefería una mayor libertad de acción en la labor del jurista.

El Virrey describía con exactitud el conflicto planteado: en Lima, unos se aferraban al nuevo texto legislativo, invocando su modernidad, otros se amparaban en la práctica existente, avalada por la observancia de los Tribunales. Adviértase como el Duque de la Palata, pese a su alta investidura, estaba muy lejos de considerar que la ley nueva era la que debía imponerse —de aplicar un riguroso criterio legalista— y antes estimaba que se había planteado un conflicto entre el orden jurídico existente y el preceptuado en el flamante cuerpo legislativo. Me parece necesario subrayar este punto de vista, pues de acuerdo al mismo en modo alguno la Recopilación alcanzaba el carácter de norma suprema,⁵ haciéndose así caso omiso de la Pragmática del 18 de mayo de 1680, promulgatoria de la Recopilación.

⁴ En septiembre de 1684 se embarcaron los ejemplares de la Recopilación en Sevilla (Juan MANZANO, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, 2ª ed. Madrid, 1981, t. II, p. 342) y llegaron a Lima “por diciembre de este año pasado”, según escribía Pedro Frasso al Virrey el 30 de abril de 1686.

⁵ Sobre la Recopilación como “fuente suprema del derecho imperante”, véase Ricardo ZORRAQUIN BECU, *El trabajo en el período hispánico en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 19, Buenos Aires, 1968, p. 143 y mi citado trabajo *Consideraciones...*, p. 340.

Este conflicto entre ambos órdenes jurídicos no se solucionaba pues, a juicio del Virrey, con la imposición de las nuevas leyes, sino con su examen y conciliación con la práctica existente, de todo lo cual deberían brotar nuevas declaraciones reales sobre cada punto, según veremos. Apoyaba ingeniosamente esta postura en una de las leyes redactada especialmente para la Recopilación —II, II, 1—, en donde se establecía que si fuese conveniente que se hicieran algunas leyes además de las contenidas en la misma “los Virreyes, Presidentes, Audiencias, Gobernadores y Alcaldes Mayores nos den aviso y informen por el Consejo de Indias, con los motivos y razones... para que reconocidos, se tome la resolución que más convenga y se añadan por cuaderno aparte”.

La invocación era, por cierto, habilidosa, pues de este modo se encaubaba dentro de una vía grata a la autoridad regia, este intento de reforma de la Recopilación. Pero, sin duda, la interpretación limeña de la citada ley era mucho más amplia de la que se derivaba de una ajustada lectura de su texto. No se trataba sólo en este caso de agregar nuevas leyes —como decía la Recopilación— sino de cuestionar de modo generalizado las ya dadas.

Fue precisamente bajo esta invocación legal que el Duque de la Palata encargó, en el mismo mes de diciembre de 1685, el examen de la Recopilación a la Audiencia y a otros ministros. Atendamos al párrafo con que el Virrey encabezaba la nota dirigida a la Audiencia, en donde colocaba en boca del monarca unas razones que no figuraban en la recordada ley de la Recopilación, pero sí formaban parte de la interpretación limeña de la misma:

Reconociendo Su Majestad que en el Gobierno de estas dilatadas Provincias del Perú puede el tiempo haber variado tanto las cosas que no se hallen todas con bastante decisión en las leyes promulgadas en esta Recopilación que ha mandado hacer y publicar, manda en la ley primera del libro segundo título primero que se le dé noticia de las que pareciere conveniente añadir para que se hagan y pongan en cuaderno aparte.

De este modo, el criterio de la revisión aparecía ampliado con relación al previsto en aquella ley, bajo el supuesto de que las variaciones devenidas por el tiempo incidían sobre las soluciones previstas en la Recopilación. Pero esta ampliación no terminaba aquí. El Virrey agregaba, aun más, al dirigirse al tribunal limeño:

Y como quiera que el mismo tiempo haya obligado a diferentes y diversas resoluciones que se han tomado sobre negocios particulares de cuyas cédulas se han formado estas leyes recopiladas, y su observancia se hace dificultosa por la diferente práctica que se tiene así en los Tribunales como en el Gobierno, se hace muy preciso el advertir estas contradicciones para que Su Majestad las declare y las componga con nueva ley en los puntos que pareciere convenir.

Como ya lo hemos visto, y ahora se reafirma, meollo de la cuestión era el conflicto entre las leyes nuevas y la práctica observada en los tribunales y en el gobierno. Se trataba, en consecuencia, de descubrir esas contradicciones para que, una vez examinadas, se alcanzara la adecuada solución por la vía legislativa. Dos puntos sustanciales quedan

en evidencia: el valor atribuido a la "práctica" jurídica, al punto de enfrentarla de igual a igual con la ley nueva; y la expresa aceptación de un criterio legalista, al sostener que la solución final provendría del rey, como supremo legislador.

El Virrey encargaba principalmente a la Audiencia que

vaya observando lo que falta que prevenir en estas leyes recopiladas y lo que advirtiere que en ellas se necesitare de revocar, o, declarar según el tiempo presente y el fin que tiene Su Majestad en la promulgación de las leyes por el mayor alivio de sus vasallos en el más fácil expediente de sus causas y su mejor gobierno para que con esta noticia se pueda representar a Su Majestad lo que con venga como nos lo manda y previene en su ley Real.

Este encargo fue asimismo hecho a otros juristas. Así puso al cuidado del oidor Pedro Frasso "todo lo que toca al Patronato Real", sin dejar de expresar sus deseos de que viéndolo menos ocupado "le encargaría el reconocimiento de toda esta obra, porque fiándola a su estudio, pudiera prometerse el mayor acierto...". De igual manera, el Duque de la Palata distribuyó el examen de distintas materias entre el Asesor General, el Fiscal, el Asesor de los Naturales y el Protector General de Indios.

Según parece, de todos ellos, sólo el citado Frasso y el Asesor Juan Luis López alcanzaron a concretar sus trabajos. El primero volcó en treinta y dos pliegos "una sucinta glosa o comentario" de las leyes del título I del libro I, con el propósito de extenderla a los demás. Estos apuntamientos fueron realizados en menos de cuatro meses, al correr de la pluma, en los ratos que —según confiesa el autor— "he podido cercenar al natural descanso del cuerpo". Esta forzada redacción de las glosas obedece, en parte, al interés de Frasso por acreditar nuevos servicios para obtener la mudanza de su plaza a la Audiencia de Charcas, con la esperanza de una mejoría en la salud de su mujer. No han llegado a nuestro conocimiento estos comentarios de Frasso, cuyo examen tal vez podría ayudar a penetrar mejor el sentido de esta orientación crítica que venimos observando.

En cuanto a Juan Luis López, el resultado de su esfuerzo se habría plasmado en sus *Observaciones Theo-políticas*, que quedaron inéditas.⁶

Apercibido el Duque de la Palata de la necesidad de contar con el auspicio real en este proyecto de reforma, dándole un carácter general, propuso al monarca que se encargase la revisión de la Recopilación a dos ministros de la Nueva España y a otros dos del Perú. Para cubrir estas dos últimas comisiones se adelantaba a sugerir los nombres del oidor Frasso y del Fiscal de la Audiencia limeña, don Juan González de Santiago. Con relación al Fiscal González decía que con lo mucho que ha trabajado en su oficio "se halla con mayor noticia y observación de todo lo perteneciente a este derecho municipal". Debemos prestar atención a esta escueta valoración del candidato propuesto, pues a través de

⁶ Sobre este asunto, además del recordado trabajo de MUÑOZ OREJÓN, véase Ismael SANCHEZ BELLA, *Los comentarios a las leyes de Indias en*

Anuario de Historia del Derecho Español, t. 24, Madrid, 1954, pp. 439 y siguientes.

ella quedaba nuevamente resaltado el papel que correspondía al derecho municipal en la reforma proyectada.

III

¿Cuál fue la acogida que tuvo en la Corte este proyecto limeño? La primera impresión que se recibe es de indiferencia, en razón de la extraordinaria demora que sufrió su tratamiento. Recibida la representación del Virrey por vía bonaerense el 21 de mayo de 1687 y tratada por el Consejo el siguiente día 26, se dispuso su remisión al Fiscal, junto con los demás papeles anunciados por aquél. Ya sea porque se quedó a la espera de estos últimos o por problemas burocráticos, lo cierto es que el expediente quedó casi una década a la espera del dictamen. Sólo cuando el licenciado Francisco Tréllez ocupó la Fiscalía, el asunto fue despachado de inmediato el 22 de septiembre de 1696 con un dictamen que se puede calificar de ampliamente favorable a la propuesta del Duque de la Palata, al menos en su fundamentación. Es cierto, empero, que para entonces el Duque ya había dejado de ejercer el oficio de virrey.

Afirmaba Tréllez que eran "ciertísimos los motivos representados por el señor Virrey". En cuanto a la propuesta de encargar el reconocimiento de la Recopilación a dos ministros de cada virreinato, asentaba lo siguiente:

Parece que fuera muy conveniente se ejecutase así porque no es dudable que la Recopilación necesita de segunda mano, o ya por las muchas leyes que están sin uso, otras antinomiadas, otras diminutas y muchos títulos defectuosos por la falta de leyes que les corresponden, de que tiene muchas experiencias el Consejo así por razón de esta censura como por las muchas Consultas que se han hecho para derogación de algunas...

Es muy sugerente el empleo del superlativo *ciertísimo* para calificar las razones alegadas por el Duque de la Palata, como también lo es el franco apoyo que prestaba a su idea de revisar la Recopilación. Juicios de este alcance no eran frecuentes en un fiscal del Consejo. Menos aun en quien recién ocupaba el oficio y aspiraba a continuar la carrera burocrática, salvo que su punto de vista apareciese compartido al menos por algunos consejeros, ya por expresiones vertidas en las sesiones del cuerpo, o ya en meras conversaciones privadas. Esto puede llevar a pensar que este dictamen no reflejaba sólo la opinión fiscal, sino que parecía recoger un sentir generalizado en el seno del Consejo.

El Fiscal no se pronunció expresamente sobre el conflicto entre el derecho municipal existente y las normas recopiladas —meollo del planteo del Virrey—, pero las expresiones críticas sobre éstas últimas parecen inspiradas en la comprobación de un desajuste con aquél, que interesaba corregir.

Después de estas consideraciones, Tréllez manifestaba su deseo de conocer los informes limeños y especialmente los Comentarios de Frasso. Solicitaba su envío a la Secretaría y de no hallarse en ésta, se requiriese la remisión de los originales o copias de los mismos.

De ahí en más el expediente se deslizó por una vía poca atractiva, si tenemos en cuenta la idea que lo había inspirado. Luego de una información negativa de la Secretaría acerca de la existencia de esos papeles, el Consejo resolvió el 25 de septiembre siguiente que "se esperen estas noticias". Una nueva anotación nos indica que en 9 de diciembre (?) de 1696 se volvió a ver este expediente en el Consejo, acordándose entonces que se esperasen aquellos informes y al mismo tiempo se encargó al ministro don Martín de Solís que hiciese diligencias con los testamentarios del oidor Frasso para determinar si entre los papeles de su pertenencia aparecían algunos relativos a esta materia, y también que solicitase a don Juan Luis López lo que había escrito sobre la Recopilación.

El Consejo demostraba interés por conocer esos informes, pero ciertamente había quedado al margen el meollo de la cuestión. La espera de aquellos trabajos fue el motivo real o la excusa adecuada para que el asunto sustancial quedase postergado. Ahí terminan las anotaciones en este expediente, que deja trunca la iniciativa, pero que contiene rico material para examinar.

IV

Corresponde establecer, una vez concluida la relación documental, el valor que ofrecen estos papeles. Sin pretender, por cierto, hallar en los mismos revelaciones espectaculares, estimo que prestan una utilidad difícil de encontrar en otros documentos coetáneos con relación al menos a tres puntos. Veamos:

1º) En primer lugar, nos encontramos ante la primera propuesta reformadora de la Recopilación. Promovida en el círculo virreinal limeño, la empresa buscó el amparo real y aunque no llegó a concretarse, encontró sugestivos apoyos, como el del Fiscal del Consejo. Según vimos, no se trataba de una mera agregación de leyes, tal como lo preveía la propia Recopilación, sino que consistía en examinar y conciliar esas normas con la práctica indiana. En este aspecto, la pretensión reformista destacaba su singularidad.

La idea que emerge de estos papeles no es la de rechazar la Recopilación, sino de buscar su perfeccionamiento a través de un proceso en el cual aparecía resaltada la función de la ley promulgada por el rey, como única vía posible para ello.

Esto es, sin duda, un síntoma de la fuerza que iba adquiriendo la ley frente a las demás fuentes del derecho, como la costumbre y la ciencia jurídica. Se trataba, como es sabido, de un movimiento general que obraba en el campo del derecho europeo. En Indias había tenido especial desarrollo desde los inicios de la colonización en virtud de la presencia de elementos estatales con mayor vigor que en los reinos europeos. Cabe recordar que en esta centuria la literatura política española acudía abrumadoramente para robustecer el respeto hacia la ley emanada del rey. Pero esa ley debía ser conforme a la razón y su sanción estar justificada.⁷ De tal modo, cabía dentro de estos carriles manifestar formal-

⁷ José A. MARAVALL, *La teoría española del Estado en el siglo XVII*. Madrid, 1944, pp. 210 y siguientes.

mente su oposición —mediante el recurso de suplicación— o exponer las dificultades que aparejaba la aplicación de una norma o de un cuerpo legislativo, como en este caso se hacía. Lo más interesante de este expediente, con relación al aspecto que tratamos, es la impugnación del criterio seguido en la formación de la Recopilación. Según la idea limeña, ésta no debía ser el producto de una mera revisión de los antiguos cedularios del Consejo, sino el examen contrastado de esas normas con la realidad jurídica indiana, para lo cual se proponía la intervención de ministros limeños y novohispanos, conocedores de esa práctica. De haberse concretado la idea, la Recopilación hubiese adquirido, con esta reforma, un elemento criollo, que indudablemente no tuvo tal como fue elaborada y quedó vigente.

2º) El tema de la reforma nos lleva de la mano a la segunda cuestión, que es el juicio que, a los contemporáneos, mereció la Recopilación. Bien sabemos que un cuerpo legislativo puede ofrecer distintas imágenes. De tal modo, podemos encontrar juicios dispares dados no sólo por una diferente apreciación de las cosas, sino por una distinta perspectiva temporal o espacial. El que ofrece el círculo limeño es muy expresivo, al decir el Duque de la Palata que “muchas de estas leyes se han formado de las resoluciones que se han tomado sobre negocios particulares, en que el tiempo ha traído mucha variación. . .”. En esta frase se compendian dos características del derecho indiano que aparecían reflejadas en la Recopilación: el casuismo y la mutabilidad de las situaciones. Aquellas palabras estaban dirigidas a sustentar su tesis acerca de la dificultad que provocaba el encuentro de las normas recopiladas con el derecho municipal vivo.

Pero el Virrey también hacía una crítica al contenido de la Recopilación al señalar que el examen limeño del cuerpo legislativo apuntaba a observar las leyes contradictorias, anotar las que “repugnen a la práctica admitida en los Tribunales y Gobierno”, e indicar “las que faltan y deben hacerse en muchas materias”. Agregaba que “de todo éstas se ha reconocido necesita la nueva Recopilación”.

Este tono crítico era compartido por el Fiscal Tréllez cuando brevemente señalaba las razones por las cuales la Recopilación “necesita de segunda mano”. Decía así que muchas leyes estaban “sin uso, otras antinomiadas, otras diminutas y muchos títulos defectuosos por la falta de leyes que les corresponden. . .”. Asomaba en el Fiscal una postura sistemática, al aspirar a que la Recopilación alcanzara una mayor plenitud normativa.

3º) Entramada con las dos anteriores, surge una tercera cuestión, relativa a la incidencia del nuevo cuerpo legislativo en la praxis indiana. Es para mí la más interesante, no tanto por lo que dicen las propias palabras de los documentos, sino por lo que su atenta e inteligente lectura sugiere.

La impresión que recibe el lector de estos papeles es bien distinta de la que nos han transmitido los juristas del siglo XVIII y los posteriores historiadores del derecho, prontos a ver en la Recopilación un cuerpo legal que impuso orden y, en cierto modo, unidad al derecho indiano. Esto es muy explicable. En primer término, el paso del tiempo había borrado toda huella del momento de la inserción de la Recopilación en el ámbito indiano de fines del seiscientos. Asimismo, empezaron a imponerse criterios nuevos, dominados por una orientación unificadora

del derecho y acicateados por la fuerza que ostentan los cuerpos legislativos bajo una concepción positivista.

Por cierto que al abordar esta cuestión hay que tener presente como regla general que la introducción de todo cuerpo legislativo nuevo dentro de determinado orden jurídico —por más excelente que el tiempo demuestre que es— provoca críticas, roces, dificultades en su aplicación, debido no sólo a la ausencia de la aureola de autoridad —tan necesaria en el campo del derecho para consolidar las grandes obras— sino también a una innata resistencia al cambio, que en el mundo jurídico hallamos quizá en mayor proporción que en otras áreas de la sociedad.

Basándonos en esta hipótesis, no resulta extraña la actitud de resistencia a la Recopilación que observamos en Lima. Pero, en realidad, no conocíamos ningún testimonio que nos permitiera constatarlo. De acuerdo a esto, al menos entre un selecto grupo de juristas y ministros, dicho cuerpo no fue recibido en triunfo, como bienvenido para dar orden a un supuesto caos indiano —imagen de tiempos posteriores— sino, al contrario, apareció como un molesto y extraño agente que exigía un proceso de acomodación a la praxis indiana.

Es sintomático que en esta documentación no asoma ninguna crítica al orden existente, sino que todo el fervor de las observaciones se encamina hacia la Recopilación. Es más, el criterio dominante que aparece en este expediente es que la necesaria acomodación se hiciera resolviendo los conflictos en un pie de igualdad entre la práctica existente y la nueva normativa. Desde luego que esto era mucha concesión si recordamos que los preceptos legales de la Recopilación gozaban de toda la fuerza y vigor de las leyes propiamente dichas.

Este enaltecimiento del derecho existente en Indias a la llegada de la Recopilación estimula la curiosidad científica por conocer ese entramado singular de normas generales y particulares, tanto legales, consuetudinarias y doctrinarias, que constituían el derecho prerrecopilado, en parte de carácter regional, y que hasta ahora no ha sido estudiado de un modo sistemático. Para ello se ofrecen algunas fuentes históricas, hasta ahora inexploradas en ese sentido, como los archivos de las audiencias, la correspondencia de los oidores y fiscales, las consultas del Consejo, los dictámenes de los fiscales del alto tribunal, etc.

Esta estimación del derecho existente por parte de juristas y ministros nos coloca ante la casi evidencia que ellos no prescindieron del mismo, sino que lo continuaron, aun a costa de la propia Recopilación. Esto para mí no hace más que confirmar lo que creo haber demostrado en oportunidad del ya citado trabajo sobre la aplicación de la Recopilación. Es decir, tanto en el Consejo de Indias como en el Nuevo Mundo, si bien el cuerpo normativo de Carlos II pasó a ocupar el centro del orden legislativo —y seguramente el acomodamiento fue lentamente haciéndose a expensas del derecho anterior— de ninguna manera monopolizó las soluciones jurídicas. Esta documentación, a mi juicio, arroja luz sobre los fundamentos de tal postura de una manera que no he encontrado en otros testimonios.